

COURT OF APPEAL OF
NEW BRUNSWICK



COUR D'APPEL DU
NOUVEAU-BRUNSWICK

84-21-CA

PROVINCE OF NEW BRUNSWICK

APPELLANT

- and -

AMY VAN MALSEN

RESPONDENT

- and -

GARRY BROOKS CONSTRUCTION LTD.

RESPONDENT

Province of New Brunswick v. Malsen et al., 2022
NBCA 8

CORAM:

The Honourable Chief Justice Richard
The Honourable Justice French
The Honourable Justice LeBlond

Appeal from a decision of the Court of Queen's
Bench:
July 14, 2021

History of Case:

Decision under appeal:
Unreported

Preliminary or incidental proceedings:
None

Appeal heard:
January 27, 2022

Judgment rendered:
March 24, 2022

Reasons for judgment by:
The Honourable Justice LeBlond

PROVINCE DU NOUVEAU-BRUNSWICK

APPELANTE

- et -

AMY VAN MALSEN

INTIMÉE

- et -

GARRY BROOKS CONSTRUCTION LTD.

INTIMÉE

Province du Nouveau-Brunswick c. Malsen et
autre, 2022 NBCA 8

CORAM :

l'honorable juge en chef Richard
l'honorable juge French
l'honorable juge LeBlond

Appel d'une décision de la Cour du Banc de la
Reine :
le 14 juillet 2021

Historique de la cause :

Décision frappée d'appel :
inédite

Procédures préliminaires ou accessoires :
aucune

Appel entendu :
le 27 janvier 2022

Jugement rendu :
le 24 mars 2022

Motifs de jugement :
l'honorable juge LeBlond

Concurred in by:
The Honourable Chief Justice Richard
The Honourable Justice French

Souscrivent aux motifs :
l'honorable juge en chef Richard
l'honorable juge French

Counsel at hearing:

Avocats à l'audience :

For the Appellant:
Jason Caissie

Pour l'appelante :
Jason Caissie

For the Respondent Amy Van Malsen:
George A. McAllister, Q.C.

Pour l'intimée Amy Van Malsen :
George A. McAllister, c.r.

For the Respondent Garry Brooks Construction
Ltd.:
Donald V. Keenan

Pour l'intimée Garry Brooks Construction Ltd. :
Donald V. Keenan

THE COURT

LA COUR

The appeal is allowed. The summary judgment is set aside. The finding of liability in negligence against the Province is set aside.

L'appel est accueilli. Le jugement sommaire est annulé. La conclusion de responsabilité à l'encontre de la Province fondée sur la négligence est annulée.

The judgment of the Court was delivered by

LEBLOND, J.A.

I. Introduction

[1] This appeal from a judge's disposition of a motion for summary judgment raises a number of issues. However, it can be disposed of by determining two issues: (1) whether the judge erred in granting summary judgment for only part of the issue of liability while ordering a mini-trial under Rule 22.04(3) of the *Rules of Court* to address another component of the same issue; and (2) whether the judge erred in finding liability in negligence against the Province.

[2] With respect, for the reasons that follow, the motion judge erred in law on both counts. I would allow the appeal and set aside his Order granting summary judgment and his finding of liability against the Province. I would make no order as to costs.

II Factual Context

[3] The record before the motion judge disclosed that, on December 8, 2010, the plaintiff, Ms. Van Malsen, attended at the Sunbury West School between 9:00 and 9:30 a.m. She parked her vehicle near the entrance to the school and had no difficulty walking from the vehicle to the school's entrance. Under questioning from opposing counsel at her examination for discovery, she testified she did not recall seeing any slippery areas or icy spots as she was walking, and the area by the school entrance, where she would later fall, was clear to bare pavement. A light snow fell in the area while Ms. Van Malsen was inside the school. The amount of precipitation was not sufficient to require plowing. It was described as a dusting. She left the school between 10:30 and 10:45 a.m. and, while walking from the school to her vehicle, she slipped and fractured her ankle.

[4] The winter maintenance of the school's parking lot and entrance area was contracted to a third party, Garry Brooks Construction Ltd. Brooks' evidence discloses the property had been sanded and salted that morning in the usual fashion prior to 7 a.m., in accordance with the terms of the contract, and there was good coverage throughout the lot. However, there is conflicting evidence from school representatives and at least one other witness, which disputes the adequacy of the sanding/salting at the time Ms. Van Malsen fell. In addition to the contracted work, the evidence disclosed all school employees could report issues to a centralized facilities emergency line, which was staffed 24 hours a day, and have them addressed promptly. Furthermore, a district maintenance foreman made periodic visits to the school and could also contact the contractor if there were any issues.

[5] Ms. Van Malsen's affidavit in support of her motion for summary judgment reveals she left the school between 10:30 and 10:45 a.m. She also deposed there was ice under the fresh snow; however, she did not explain how she could tell or even know that, particularly after testifying at her discovery she had not seen any such ice on her way in roughly one to one and a half hours earlier. She also deposed in her affidavit she could not see where the ice was under the snow as she walked toward her vehicle, thereby further contradicting her earlier discovery evidence.

[6] Ms. Van Malsen did not testify at discovery she had slipped on ice. She simply said she had slipped and fallen. Her affidavit, however, contains hearsay evidence from an individual who claims she witnessed the fall and did not see any sand in the parking lot. That would stand to reason given the light dusting of snow that had just fallen. This witness apparently also informed Ms. Van Malsen, according to the latter's affidavit, that "the ice was very slippery under the snow and it appeared there had never been any sand on that ice at any time." The witness also said in a statement, which was attached to Ms. Van Malsen's affidavit, that she saw a skid mark in the snow with ice underneath, but she does not say Ms. Van Malsen made the skid mark. Ms. Van Malsen did not make that statement herself according to the record. The witness statement was properly ruled inadmissible by the motion judge, but none of Ms. Van Malsen's affidavit evidence, including the hearsay it contained, was challenged before him so there is no

explanation for the glaring inconsistencies between it and her discovery evidence in answer to questions from opposing counsel who did challenge her at that time.

[7] Although the motion judge had affidavit evidence of the school's winter maintenance program and procedures, he did not comment on it except to raise concerns about the fact the maintenance was contracted to Brooks and to state his belief there were issues about the school's monitoring of the program without clarifying his concerns.

[8] Ms. Van Malsen was wearing sneakers and, apart from photographs of them in the record and an allegation they had good tread, nothing more is said about them. The Province, in its Statement of Defence, pleaded contributory negligence against Ms. Van Malsen. It alleges the fall was entirely the result of her own negligence for, amongst others, failing to wear proper footwear and not paying attention to or looking out for her own safety given the prevailing circumstances. It pleads the *Contributory Negligence Act*, R.S.N.B. 1973, c. C-19, and the *Tortfeasors Act*, R.S.N.B. 2011, c. 231.

[9] Ms. Van Malsen filed her motion under Rule 22 seeking a summary judgment against the Province for "liability for the tort of negligence." The judge rendered his oral ruling at the end of the hearing, the transcript of which was before this Court. I reproduce below excerpts from it, which consist of his reasons. It is important to review these reasons to determine if the judge followed the framework established by Rule 22.

[10] The judge properly identified the central issue as to whether there is a genuine issue requiring a trial. He then noted the plaintiff was wearing sneakers when she slipped and fell. He found the fall caused the fractured ankle she sustained. He then discussed whether the Province met its standard of care. He reviewed the factors identified by the Supreme Court of Canada in *Mustapha v. Culligan of Canada Ltd.*, 2008 SCC 27, [2008] 2 S.C.R. 114, to establish liability in negligence. On the standard of care, he was not satisfied the Province had an adequate system in place to deal with "hazards that might arise," but he did not state in what manner the system might have been inadequate, nor does he identify the standard of care itself. He seems to have placed

significant reliance on an accident report prepared by the school, which stated: “The last sanding was not sufficient, so lot became quite slippery once snow started falling.” He ruled this established “as a fact” the sanding was not sufficient at the time it was done. However, in his review of the evidence before him, he did not address what had been done and why or how that might not meet the standard of care required of the Province. Again, he did not identify the standard.

[11] When dealing with the *Mustapha* causation factor, the judge said the following: “[...] I’m left with the question, whether or not the Plaintiff, by having decided to wear sneakers in conditions that might otherwise call for more appropriate footwear, has contributed to her own loss, so to speak. In my view, that is an issue requiring trial. The question, of course, is whether that can best be resolved by a mini-trial and so, I’m hesitant to grant the Plaintiff complete summary judgment on the issue of liability until the court better understands what her role was in the choice of footwear that she made, [...] but I can’t, from the pictures provided in the record, make any determination on whether that footwear was appropriate in the circumstances.” On the issue of the Province’s standard of care, he said: “[...] I find that the defences proffered by the Province do not withstand scrutiny - its [...] practice of tendering out its responsibility for the parking lot care does not relieve it of the ultimate responsibility for what takes place in that parking lot. Its failure to have a monitoring system of its own in place, a meaningful monitoring system, leaves it open to the type of responsibility that it now will deal with” (emphasis added).

[12] Obviously, contracting out the parking lot maintenance is common practice and in no way establishes a breach of the Province’s standard of care in this case. The judge seems to have faulted the Province for not having a “meaningful” monitoring system in place but, again, he does not identify what was wrong with the one in place. The law is clear that the standard of care is not perfection.

[13] The judge acknowledged that, at the mini-trial, there could be a finding that “[...] no person in their right mind would ever have stepped in the snow wearing

those sneakers, and they're kind of a hundred percent liable for their own loss. Like, that's a possibility" (emphasis added).

[14] The judge asked the plaintiff's counsel if he was to order a mini-trial to deal with the plaintiff's contributory negligence, how he might word the "partial" summary judgment. He inquired: "[...] is the plaintiff granted full summary judgment, or am I just ordering a mini-trial?" (emphasis added). Plaintiff's counsel suggested the judge grant summary judgment against the Province for liability for the tort of negligence subject to determination of the plaintiff's contributory negligence.

[15] The formal Order signed October 1, 2021, grants summary judgment in liability against the Province for the tort of negligence. It then provides: "The adjudication of the [Province's] allegation that the Plaintiff was contributorily negligent is adjourned pending a hearing or further Order by this Honourable Court."

[16] I also note the judge refused to award costs to the plaintiff as he was concerned the mini-trial could result in one hundred percent of the liability resting with her.

III Issues on Appeal

[17] 1) Did the motion judge err in his application of Rule 22?

2) Did the motion judge err in finding liability in negligence against the Province?

IV. Standard of Review

[18] The interpretation of Rule 22 is a question of law reviewable on the standard of correctness. A finding of liability in negligence is a question of mixed fact and law requiring the application of a legal principle which is reviewable on the correctness standard.

V. Analysis

1. *The Rule 22 framework*

[19] The step-by-step process set out in Rule 22 does not permit “splitting” an issue by granting summary judgment for part of it and ordering a mini-trial to deal with the other part. As noted, summary judgment is only available if the motion judge finds there is no genuine issue requiring a trial, and here the motion judge clearly stated the plaintiff’s potential contributory negligence was an issue requiring a trial. He might have misspoken as he clearly had a mini-trial in mind under Rule 22.04(3) to see if that could determine Ms. Van Malsen’s contributory negligence without the necessity of a full trial. The mini-trial under Rule 22.04(3) is the path a judge can follow to assist in determining whether there is a genuine issue requiring a trial. That determination, therefore, cannot be made until the mini-trial is completed. With respect, the motion judge erred in granting the partial summary judgment he ultimately ordered because the overall negligence issue was not yet fully adjudicated.

[20] Pursuant to Rule 22.04(2), in determining whether there is a genuine issue requiring a trial, the judge is required to consider the evidence in the record and, in so doing, can exercise any or all of the powers set out in that sub-rule. If the judge can determine at that stage that there is no genuine issue requiring a trial, summary judgment must be granted. However, if the judge cannot make that determination based strictly on the evidence before the court, in order to exercise the Rule 22.04(2) powers, the judge can order a mini-trial pursuant to Rule 22.04(3) on that issue. When the mini-trial is ordered, summary judgment cannot be granted, in whole or in part, until the mini-trial is completed and the judge determines if there is a genuine issue requiring a trial.

[21] Counsel for the plaintiff stated during argument before the Court the mini-trial was required to dispose of his client’s motion “as brought.” I agree. However, he went on to argue the issue of contributory negligence is nothing more than an “offset,” which forms part of the damages assessment and does not impact liability. With respect, I disagree. As will be seen, contributory negligence needs to be determined as part of the

causation factor. It must be determined before liability of either party can be pronounced. This Court has dealt with the law of contributory negligence in a number of cases. In *Estabrooks v. Hay*, [1950] 3 D.L.R. 680, it held:

[...] in dealing with questions of contributory negligence, if we find negligence by both parties, we are then confronted with the question of causation, a question of fact, which must be dealt with, [...] somewhat broadly and upon common-sense principles [...]. [p. 692]

[22] The onus of proving contributory negligence is on the defendant. It does not require proof the plaintiff owed the defendant a duty of care. However, all the other elements of negligence, i.e., the standard of care expected of the plaintiff, its breach and a causal connection with the plaintiff's damages must be established: "What has to be proved by the defendant [...] is that the injured party did not act in his or her own interest by taking reasonable care of himself or herself and so was a cause of his or her own injury. [...] Contributory negligence, like negligence, arises from a failure to take such care as the circumstances require. All the elements of actionable negligence must be established except the requirement of a duty owed by the plaintiff. There has to be a lack of the reasonable care demanded by the situation" (Fridman, *The Law of Torts in Canada*, 4th ed. (Toronto: Carswell, 2020) at pp. 590-591).

[23] Fridman's text deals specifically with causation as follows: "Contributory negligence involves a causal connection between the plaintiff's own carelessness and his or her injuries. [...] The plaintiff's negligence, to be contributory, must be a cause of the damage" (p. 594).

[24] Although in most instances where contributory negligence is in play, the court will split liability for the negligence between the parties in the proportions it deems appropriate, this does not exclude the possibility of one party being solely responsible. But in all cases, before the court can apportion, it must determine the extent, if any, of the plaintiff's contributory negligence and its causative connection to the injuries: "It is in that process that the court considers whether it is possible to decide that only one party, whether plaintiff or defendant, was the real, effective, proximate cause of what happened.

[...] It also does not mean that it is not possible for the apportionment of liability between the plaintiff and the defendant, when both are found to be careless, to be allocated 100% to one party and 0% to the other” (Fridman, at p. 599).

[25] In *Boulay v. Rousselle and Breau* (1984), 57 N.B.R. (2d) 235, [1984] N.B.J. No. 36 (QL), Meldrum J. found the plaintiff’s negligence to be the proximate cause of the accident and, although the defendant was held negligent for leaving his vehicle parked in a dangerous place before the plaintiff collided with the rear of it, the court held the defendant’s negligence only made him liable if it caused the injuries (at para. 52). The plaintiff’s negligence was determined to be the sole cause of the accident, and the claim was dismissed.

[26] Finally, this Court in *Chiasson v. Duguay Holdings Inc. and Duguay*, 2015 NBCA 8, [2015] N.B.J. No. 20 (QL), held that, in order to impact liability for damages, the plaintiff’s contributory negligence must be a cause of the loss (para. 5). If it is, that plaintiff cannot claim the full protection of the law: Allen M. Linden, et al., *Canadian Tort Law*, 11th ed. (Toronto: LexisNexis, 2018), p. 455. Unfortunately, the motion judge did not address causation in a manner sufficient to permit meaningful appellate review.

[27] The partial summary judgment granted below, pending the mini-trial on the issue of the plaintiff’s contributory negligence, constitutes an error of law because that judgment on liability could not be made without dealing with all the negligence considerations. Should the mini-trial proceed as ordered, the parties could very well find themselves with conflicting findings on the issue of negligence in separate judgments. Indeed, should a judge rule the sole proximate cause for the plaintiff’s injuries is her contributory negligence, the partial summary judgment she currently has will be worthless. This is the antithesis of Rule 22. The partial summary judgment splitting the issue of negligence runs contra to the foundational principles of Rule 22, namely timeliness, affordability, and proportionality.

2. *The finding of liability against the Province*

[28] I will make only one point on the Province's standard of care. As noted above, there is nothing in the judge's reasons to advise the Province what its standard of care is and in what manner it might have been breached. Nothing indicates which evidence the judge accepted or rejected on that score. He required evidence on the standard and had none. Making a determination of liability without evidence regarding one of the essential elements of the tort constitutes an error of law, and it follows the judge's determination of liability must be set aside.

VI. Disposition

[29] I would allow the appeal and set aside the summary judgment granted below. I would also set aside the motion judge's finding of liability in negligence against the Province. Under the circumstances, I would not award costs.

LE JUGE LEBLOND

I. Introduction

[1] Le présent appel, interjeté à l'encontre de la décision d'un juge sur une motion en jugement sommaire, soulève un certain nombre de questions. Il peut toutefois être tranché par la résolution de deux questions : 1) celle de savoir si le juge a commis une erreur en accordant un jugement sommaire relativement à une partie seulement de la question de la responsabilité tout en ordonnant la tenue d'un mini-procès en vertu de la règle 22.04(3) des *Règles de procédure* afin que soit instruit un autre aspect de la même question; et 2) celle de savoir si le juge a commis une erreur en concluant que la responsabilité de la Province fondée sur la négligence était engagée.

[2] En toute déférence, pour les motifs qui suivent, j'estime que le juge saisi de la motion a commis une erreur de droit relativement à ces deux chefs. Je suis d'avis d'accueillir l'appel et d'annuler l'ordonnance dans laquelle il a accordé le jugement sommaire ainsi que la conclusion de responsabilité qu'il a tirée à l'encontre de la Province. Je ne rendrais pas d'ordonnance quant aux dépens.

II. Le contexte factuel

[3] Le dossier dont disposait le juge saisi de la motion révélait que, le 8 décembre 2010, la demanderesse, M^{me} Van Malsen, s'est rendue à l'école Sunbury West entre 9 h et 9 h 30 du matin. Elle a garé son véhicule à proximité de la porte d'entrée de l'école et elle n'a rencontré aucune difficulté à se rendre à pied de son véhicule jusqu'à l'entrée de l'école. Lorsque l'avocat adverse l'a interrogée lors de son interrogatoire préalable, elle a témoigné qu'elle ne se rappelait pas avoir vu des endroits glissants ou des plaques de glace en marchant et a dit que le secteur situé tout près de l'entrée de l'école, là où elle a plus tard fait une chute, était dégagé jusqu'au revêtement qui était sec. Une neige légère est tombée dans le secteur pendant que M^{me} Van Malsen

était à l'intérieur de l'école. La précipitation n'était pas d'une quantité suffisante pour nécessiter un déneigement. Selon la description qui en a été faite, il s'agissait d'un léger duvet de neige. M^{me} Van Malsen a quitté l'école entre 10 h 30 et 10 h 45 et, pendant qu'elle se rendait à pied de l'école à son véhicule, elle a glissé et s'est fracturé la cheville.

[4] L'entretien hivernal du stationnement et de l'entrée de l'école a été confié par contrat à un tiers, la société Garry Brooks Construction Ltd. Le témoignage de M. Brooks révèle que, le matin en question, du sable et du sel avaient été épandus sur le bien-fonds de la manière habituelle avant 7 heures, conformément aux clauses du contrat, et que la couverture était bonne sur la totalité du stationnement. Toutefois, des représentants de l'école et au moins une autre témoin ont rendu des témoignages contradictoires qui viennent mettre en doute la présence d'une quantité suffisante de sable et de sel au moment où M^{me} Van Malsen est tombée. Outre les travaux donnés à forfait, la preuve révèle que tous les employés de l'école pouvaient signaler des problèmes au moyen d'une ligne téléphonique d'urgence centralisée destinée aux établissements, qui était dotée de personnel 24 heures par jour, et ainsi s'assurer qu'ils soient réglés rapidement. De plus, un chef des équipes d'entretien pour le district se rendait périodiquement à l'école et pouvait aussi communiquer avec l'entrepreneur en cas de problème.

[5] L'affidavit qu'a fait M^{me} Van Malsen à l'appui de sa motion en jugement sommaire révèle qu'elle a quitté l'école entre 10 h 30 et 10 h 45. Elle y dit également qu'il y avait de la glace sous la neige fraîche; toutefois, elle n'a pas expliqué comment elle pouvait en être certaine ou même le savoir, étant donné tout particulièrement qu'elle avait témoigné lors de son interrogatoire préalable ne pas avoir vu de glace au moment où elle était entrée environ une heure à une heure et demie plus tôt. Elle a également dit dans son affidavit qu'elle ne pouvait pas voir où se trouvait la glace sous la neige pendant qu'elle marchait en direction de son véhicule, contredisant ainsi encore davantage son témoignage antérieur rendu à l'interrogatoire préalable.

[6] M^{me} Van Malsen n'a pas témoigné, lors de l'interrogatoire préalable, qu'elle avait glissé sur de la glace. Elle a simplement dit qu'elle avait glissé et était

tombée. Son affidavit, toutefois, contient du ouï-dire provenant d'une personne qui prétend avoir été témoin de la chute et n'avoir vu aucun sable dans le stationnement. Cela serait logique étant donné le léger duvet de neige qui venait de tomber. Cette témoin aurait également informé M^{me} Van Malsen, selon l'affidavit de cette dernière, que [TRADUCTION] « la glace était très glissante sous la neige et il semblait n'y avoir jamais eu de sable sur cette glace à quelque moment que ce soit ». La témoin a en outre dit, dans une déclaration qui était jointe à l'affidavit de M^{me} Van Malsen, avoir vu dans la neige une trace de glissement qui laissait voir de la glace sous la neige, mais elle ne dit pas que c'est M^{me} Van Malsen qui a laissé la trace de glissement. Selon le dossier, M^{me} Van Malsen n'a pas fait cette déclaration elle-même. Le juge saisi de la motion a, à juste titre, jugé la déclaration de la témoin inadmissible, mais aucune partie du témoignage par affidavit de M^{me} Van Malsen, y compris le ouï-dire qu'il contenait, n'a été contestée devant lui de sorte que rien n'explique les contradictions manifestes entre ce témoignage par affidavit et celui qu'elle a rendu à l'interrogatoire préalable en réponse aux questions de l'avocat adverse qui avait, lui, contesté ses affirmations à ce moment-là.

[7] Bien que le juge saisi de la motion ait disposé d'une preuve par affidavit faisant état du programme et des procédures d'entretien hivernal de l'école, il n'a pas fait d'observations à cet égard, si ce n'est pour formuler certaines préoccupations à propos du fait que l'entretien avait été confié à Brooks par contrat et pour dire qu'il croyait que la surveillance de ce programme par l'école posait un problème sans préciser davantage en quoi consistaient ses préoccupations.

[8] M^{me} Van Malsen portait des espadrilles et, à l'exception de photos de ces espadrilles versées au dossier et d'une allégation selon laquelle elles avaient de bonnes semelles, on n'en a rien dit de plus. La Province, dans l'exposé de sa défense, a invoqué la négligence de la victime, ou négligence contributive, à l'encontre de M^{me} Van Malsen. Elle fait valoir que la chute est entièrement imputable à la négligence même de M^{me} Van Malsen puisque celle-ci a, notamment, omis de porter des chaussures adéquates et n'a pas fait attention ou veillé à sa propre sécurité compte tenu des circonstances à l'époque. La Province invoque la *Loi sur la négligence contributive*, L.R.N.-B. 1973, ch. C-19, ainsi que la *Loi sur les auteurs de délits*, L.R.N.-B. 2011, ch. 231.

[9] M^{me} Van Malsen a déposé sa motion sous le régime de la règle 22 afin de solliciter contre la Province un jugement sommaire constatant sa [TRADUCTION] « responsabilité fondée sur le délit civil de négligence ». À la fin de l'audience, le juge a rendu sa décision orale, décision dont la transcription a été remise à la Cour. J'en reproduis des extraits ci-dessous, lesquels extraits consistent en ses motifs. Il importe d'examiner ces motifs afin de déterminer si le juge a suivi le cadre établi à la règle 22.

[10] Le juge a convenablement cerné la question centrale, soit celle de savoir s'il y avait une véritable question en litige nécessitant la tenue d'un procès. Il a ensuite souligné que la demanderesse portait des espadrilles au moment où elle a glissé et est tombée. Il a conclu que cette chute avait causé la fracture de la cheville qu'elle a subie. Il a ensuite examiné la question de savoir si la Province avait respecté la norme de diligence à laquelle elle était tenue. Il a passé en revue les facteurs recensés par la Cour suprême dans l'arrêt *Mustapha c. Culligan du Canada Ltée*, 2008 CSC 27, [2008] 2 R.C.S. 114, en vue d'établir la responsabilité fondée sur la négligence. En ce qui concerne la norme de diligence, il n'était pas convaincu que la Province se fût dotée d'un système efficace pour répondre aux [TRADUCTION] « risques susceptibles de se présenter », mais il n'a pas dit en quoi le système pouvait être inefficace et il n'a pas non plus précisé quelle était la norme de diligence elle-même. Il semble s'être, dans une large mesure, reposé sur un rapport d'accident préparé par l'école, dans lequel on pouvait lire ce qui suit : [TRADUCTION] « Le dernier épandage de sable n'était pas suffisant, de sorte que le stationnement est devenu très glissant lorsque la neige a commencé à tomber. » Il a donc considéré comme [TRADUCTION] « un fait établi » que l'épandage de sable n'avait pas été suffisant au moment où il avait été effectué. Toutefois, dans le cadre de son examen de la preuve déposée devant lui, il n'a pas mentionné ce qui avait été fait et pourquoi ou en quoi cela pouvait ne pas satisfaire à la norme de diligence à laquelle la Province était tenue. Là encore, il n'a pas précisé quelle était cette norme.

[11] S'agissant du facteur de causalité évoqué dans l'arrêt *Mustapha*, le juge a dit ceci : [TRADUCTION] « [I]l reste la question de savoir si la demanderesse, du fait qu'elle avait choisi de porter des espadrilles alors que des chaussures mieux adaptées aux

conditions auraient par ailleurs pu être nécessaires, a contribué à son propre préjudice, pour ainsi dire. J'estime qu'il s'agit là d'une question en litige nécessitant la tenue d'un procès. La question est de savoir, bien entendu, si la meilleure façon de trancher cette question consiste à tenir un mini-procès, de sorte que j'hésite à accorder à la demanderesse un jugement sommaire complet sur la question de la responsabilité jusqu'à ce que la Cour comprenne mieux quel a été son rôle dans le choix des chaussures qu'elle a fait, [...] mais il m'est impossible, d'après les photos versées au dossier, de prendre une quelconque décision sur la question de savoir si les chaussures en question étaient appropriées dans les circonstances. » En ce qui concerne la question de la norme de diligence à laquelle la Province était tenue, il a dit ceci : [TRADUCTION] « [J]e conclus que les moyens de défense invoqués par la Province ne résistent pas à l'examen – la [...] pratique qu'elle avait adoptée de confier à des tiers, par voie d'appel d'offres, sa responsabilité au titre de l'entretien du stationnement ne la dégage pas de la responsabilité ultime qui lui incombe pour ce qui se passe dans ce stationnement. Le fait qu'elle ne se soit pas dotée de son propre système de surveillance, un système de surveillance valable, ouvre la voie au genre de responsabilité à laquelle elle fait maintenant face » (c'est moi qui souligne).

[12] À l'évidence, la sous-traitance de l'entretien du stationnement est une pratique courante et elle n'établit nullement un manquement à la norme de diligence à laquelle la Province était tenue en l'espèce. Le juge semble avoir reproché à la Province de ne pas s'être dotée d'un système de surveillance [TRADUCTION] « valable » mais, là encore, il ne précise pas ce qui ne marchait pas dans le système existant. Le droit établit clairement que la norme de diligence n'est pas la perfection.

[13] Le juge a reconnu que, lors du mini-procès, il se pourrait que l'on en arrive à la conclusion [TRADUCTION] « [qu']une personne sensée n'aurait jamais marché dans la neige en portant ces espadrilles et la personne qui le fait est en quelque sorte entièrement responsable de son préjudice. Alors, c'est une possibilité » (c'est moi qui souligne).

[14] Le juge a demandé à l'avocat de la demanderesse de quelle façon, pour le cas où il ordonnerait la tenue d'un mini-procès pour trancher la question de la négligence contributive de la demanderesse, il pourrait libeller le jugement sommaire [TRADUCTION] « partiel ». Il a posé la question suivante : « [L]a demanderesse obtient-elle un jugement sommaire complet ou est-ce que j'ordonne seulement la tenue d'un mini-procès? » (c'est moi qui souligne). L'avocat de la demanderesse a proposé au juge de rendre à l'encontre de la Province un jugement sommaire constatant sa responsabilité fondée sur le délit de négligence sous réserve d'une décision sur la négligence contributive de la demanderesse.

[15] L'ordonnance formelle signée le 1^{er} octobre 2021 accorde à l'encontre de la Province un jugement sommaire constatant sa responsabilité fondée sur le délit de négligence. On y lit ensuite que [TRADUCTION] « [l]a décision sur l'allégation de la [Province] selon laquelle il y a eu négligence contributive de la demanderesse est différée jusqu'à la tenue d'une audience ou jusqu'à ce que la présente Cour rende une nouvelle ordonnance ».

[16] Je souligne également que le juge a refusé d'accorder des dépens à la demanderesse parce qu'il s'inquiétait de ce que, à l'issue du mini-procès, l'entière responsabilité puisse lui être attribuée.

III. Les questions à trancher en appel

[17] 1) Le juge saisi de la motion a-t-il commis une erreur dans la façon dont il a appliqué la règle 22?

2) Le juge saisi de la motion a-t-il commis une erreur en concluant à la responsabilité de la Province fondée sur la négligence?

IV. La norme de contrôle

[18] L'interprétation de la règle 22 est une question de droit susceptible de contrôle selon la norme de la décision correcte. Une conclusion de responsabilité fondée sur la négligence est une question mixte de fait et de droit qui commande l'application d'un principe juridique susceptible de contrôle selon la norme de la décision correcte.

V. Analyse

1. *Le cadre énoncé à la règle 22*

[19] Le processus étape par étape énoncé à la règle 22 ne permet pas que l'on [TRADUCTION] « scinde » une question en accordant un jugement sommaire relativement à une partie de la question et en ordonnant la tenue d'un mini-procès afin que soit tranchée l'autre partie. Comme nous l'avons souligné, le jugement sommaire ne peut être rendu que si le juge saisi de la motion conclut à l'absence d'une véritable question en litige nécessitant la tenue d'un procès et, en l'espèce, le juge saisi de la motion a clairement dit que la possible négligence contributive de la demanderesse était une question en litige nécessitant la tenue d'un procès. Il se peut qu'il se soit mal exprimé puisqu'il est évident qu'il envisageait la tenue d'un mini-procès sous le régime de la règle 22.04(3) pour voir si cela pouvait permettre de trancher la question de la négligence contributive de M^{me} Van Malsen sans qu'il soit nécessaire de tenir un procès en bonne et due forme. Le mini-procès visé à la règle 22.04(3) est la voie que peut emprunter un juge pour être mieux en mesure de décider s'il existe une véritable question en litige nécessitant la tenue d'un procès. Il ne peut donc se prononcer sur cette question avant que le mini-procès ne soit terminé. En toute déférence, j'estime que le juge saisi de la motion a commis une erreur en accordant le jugement sommaire partiel qu'il a finalement rendu parce que la question de la négligence dans son ensemble n'avait pas encore été entièrement tranchée.

[20] Conformément à la règle 22.04(2), lorsqu'il décide de l'existence d'une véritable question en litige qui nécessite la tenue d'un procès, le juge doit tenir compte

des éléments de preuve versés au dossier et, ce faisant, il peut exercer l'un quelconque des pouvoirs énoncés à ce paragraphe ou tous ces pouvoirs. Si le juge est en mesure de conclure, à cette étape, qu'il n'existe pas de véritable question en litige nécessitant la tenue d'un procès, le jugement sommaire doit être accordé. Toutefois, si le juge ne peut tirer une conclusion à cet égard en s'appuyant uniquement sur la preuve produite devant la Cour, afin d'exercer les pouvoirs énoncés à la règle 22.04(2), il peut ordonner la tenue d'un mini-procès, conformément à la règle 22.04(3), sur cette question. Lorsque la tenue d'un mini-procès est ordonnée, un jugement sommaire ne peut être accordé, en totalité ou en partie, avant que le mini-procès soit terminé et que le juge décide s'il existe une véritable question en litige qui nécessite la tenue d'un procès.

[21] L'avocat de la demanderesse a dit, pendant le débat qui a eu lieu devant la Cour, que le mini-procès était nécessaire pour que la motion de sa cliente puisse être tranchée [TRADUCTION] « telle que déposée ». Je souscris à ces propos. Toutefois, il a ensuite prétendu que la question de la négligence de la victime n'est rien de plus qu'un [TRADUCTION] « facteur compensatoire », qui fait partie de l'évaluation des dommages-intérêts et n'a pas d'incidence sur la responsabilité. En toute déférence, je ne souscris pas à cette prétention. Comme nous le verrons, la question de la négligence de la victime doit être tranchée comme partie intégrante du facteur de causalité. Elle doit être tranchée avant que l'on puisse se prononcer sur la responsabilité de l'une ou l'autre partie. Notre Cour s'est penchée sur les règles de droit en matière de négligence de la victime dans un certain nombre d'instances. Voici ce qu'elle a dit dans l'arrêt *Estabrooks c. Hay*, [1950] 3 D.L.R. 680 :

[TRADUCTION]

[S]i, lorsque nous examinons des questions ressortissant à la négligence de la victime, nous concluons qu'il y a eu négligence des deux parties, nous sommes ensuite confrontés à la question de la causalité, une question de fait, qui doit être abordée [...] de façon quelque peu générale et selon le simple bon sens [...]. [p. 692]

[22] C'est à la partie défenderesse qu'incombe la charge de prouver la négligence de la victime. Il n'est pas nécessaire de prouver que la partie demanderesse était tenue d'un devoir de diligence envers la partie défenderesse. Toutefois, les autres

éléments de la négligence, c'est-à-dire, la norme de diligence à laquelle la demanderesse était tenue, le non-respect de cette norme ainsi que le lien de causalité avec le préjudice subi par la demanderesse doivent tous être établis : [TRADUCTION] « Ce que la partie défenderesse doit prouver [...] c'est que la partie lésée n'a pas agi dans son propre intérêt en exerçant une diligence raisonnable envers elle-même à telle enseigne qu'elle a été une des causes du préjudice qu'elle a subi. [...] La négligence de la victime, tout comme la négligence, découle du défaut d'exercer la diligence que les circonstances exigent. Les éléments de la négligence susceptible d'action doivent tous être établis sauf la présence d'un devoir dont aurait été tenue la demanderesse. [...] Il doit y avoir eu défaut d'exercer la diligence raisonnable qu'exigeait la situation » (*Fridman's The Law of Torts in Canada*, 4^e éd. (Toronto : Carswell, 2020), aux p. 590 et 591).

[23] L'ouvrage de Fridman dit expressément ce qui suit à propos de la causalité : [TRADUCTION] « La négligence de la victime suppose un lien de causalité entre le manque de diligence de la partie demanderesse et le préjudice qu'elle subit. [...] La négligence de la partie demanderesse, pour être contributive, doit être une cause du dommage » (p. 594).

[24] Bien que dans la plupart des instances où la négligence de la victime se pose, la Cour partage la responsabilité fondée sur la négligence entre les parties selon les proportions qu'elle juge indiquées, cela n'écarte pas la possibilité que l'entière responsabilité incombe à une des parties. Dans tous les cas, toutefois, avant que la Cour ne puisse effectuer un partage, elle doit déterminer la mesure, le cas échéant, dans laquelle il y a négligence contributive de la partie demanderesse ainsi que son lien de causalité avec le préjudice subi : [TRADUCTION] « C'est dans le cadre de ce processus que la Cour examine la question de savoir s'il est possible de décider qu'une seule des parties, qu'il s'agisse de la partie demanderesse ou de la partie défenderesse, a été la cause réelle, efficiente et proche de ce qui s'est passé. [...] Cela ne signifie pas non plus qu'il n'est pas possible que le partage de la responsabilité entre la partie demanderesse et la partie défenderesse, lorsque les deux sont jugées avoir manqué de diligence, donne lieu à une attribution de 100 % de la responsabilité à une partie et de 0 % à l'autre » (*Fridman*, à la p. 599).

[25] Dans la décision *Boulay c. Rousselle and Breau* (1984), 57 R.N.-B. (2^e) 235, [1984] A.N.-B. n^o 36 (QL), le juge Meldrum a conclu que la négligence du demandeur était la cause proche, ou immédiate, de l'accident et, bien que la Cour ait conclu à la négligence du défendeur pour avoir laissé son véhicule garé dans un endroit dangereux avant que le demandeur ne percute l'arrière du véhicule, elle a conclu que la négligence du défendeur n'engageait sa responsabilité que si cette négligence avait causé le préjudice (au par. 52). La négligence du demandeur a été jugée constituer la seule cause de l'accident et la demande a été rejetée.

[26] Finalement, dans l'arrêt *Chiasson c. Duguay Holdings Inc. et Duguay*, 2015 NBCA 8, [2015] A.N.-B. n^o 20 (QL), notre Cour a conclu que, pour avoir une incidence sur la responsabilité pour dommages, la négligence contributive du demandeur doit être une cause de la perte subie (par. 5). Si elle en est une cause, le demandeur ne peut bénéficier de l'entière protection de la loi : Allen M. Linden et autres, *Canadian Tort Law*, 11^e éd. (Toronto : LexisNexis, 2018), p. 455. Malheureusement, le juge saisi de la motion n'a pas examiné la causalité d'une manière suffisante pour permettre un examen valable en appel.

[27] Le jugement sommaire partiel qui a été accordé par le tribunal d'instance inférieure, en attendant la tenue d'un mini-procès sur la question de la négligence contributive de la demanderesse, constitue une erreur de droit parce que cette décision sur la responsabilité ne pouvait être prise sans que le juge examine d'abord l'ensemble des considérations ressortissant à la négligence. Si le mini-procès était tenu comme le juge l'a ordonné, les parties pourraient fort bien se retrouver avec des conclusions contradictoires sur la question de la négligence dans des jugements distincts. En effet, s'il arrivait qu'un juge conclue que l'unique cause proche du préjudice subi par la demanderesse est sa négligence contributive, le jugement sommaire partiel rendu en sa faveur n'aurait plus aucune valeur. Cela est l'antithèse de la règle 22. Le jugement sommaire partiel qui scinde la question de la négligence va à l'encontre des principes essentiels de la règle 22, savoir la célérité, l'accessibilité économique et la proportionnalité.

2. *La conclusion de responsabilité tirée contre la Province*

[28] Je ne ferai remarquer qu'une seule chose en ce qui concerne la norme de diligence à laquelle la Province était tenue. Comme je l'ai souligné plus haut, il n'y a rien dans les motifs du juge qui permette à la Province de savoir en quoi consiste cette norme de diligence et de quelle manière elle a pu y contrevenir. Rien n'indique quels éléments de preuve le juge a retenus ou rejetés à cet égard. Il avait besoin d'une preuve se rapportant à cette norme, or il n'en avait aucune. Le fait de rendre une décision sur la responsabilité sans disposer d'une preuve concernant un des éléments essentiels du délit constitue une erreur de droit, et il s'ensuit que la décision du juge sur la responsabilité doit être annulée.

VI. Dispositif

[29] Je suis d'avis d'accueillir l'appel et d'annuler le jugement sommaire rendu par le tribunal d'instance inférieure. Je suis également d'avis d'annuler la conclusion de responsabilité fondée sur la négligence que le juge saisi de la motion a tirée à l'encontre de la Province. Dans les circonstances, je n'adjugerais aucuns dépens.