

Wallace Arnold and Brian Arnold

(Defendants) Appellants;

and

Diane Marie Teno, an infant by her next friend Orville Teno, the said Orville Teno and Yvonne Teno *(Plaintiffs) Respondents;*

and

J. B. Jackson Limited and Stuart Galloway *(Defendants).*

J. B. Jackson Limited and Stuart Galloway *(Defendants) Appellants;*

and

Diane Marie Teno, an infant by her next friend Orville Teno, the said Orville Teno and Yvonne Teno *(Plaintiffs) Respondents;*

and

Wallace Arnold and Brian Arnold *(Defendants);*

and

Yvonne Teno in her capacity as defendant to a claim for indemnity *(Plaintiff) Respondent.*

Yvonne Teno and Orville Teno (with respect to the claim of the defendants for contribution and indemnity *(Plaintiffs) Appellants;*

and

Wallace Arnold, Brian Arnold, J. B. Jackson Limited and Stuart Galloway *(Defendants) Respondents;*

and

Diane Marie Teno, an infant by her next friend Orville Teno and the said Orville Teno *(Plaintiffs) Respondents.*

1977: June 16, 17; 1978: January 19.

Wallace Arnold et Brian Arnold

(Défendeurs) Appelants;

et

Diane Marie Teno, mineure représentée ad litem par Orville Teno, ledit Orville Teno et Yvonne Teno *(Demandeurs) Intimés;*

et

J. B. Jackson Limited et Stuart Galloway *(Défendeurs).*

J. B. Jackson Limited et Stuart Galloway *(Défendeurs) Appelants;*

et

Diane Marie Teno, mineure représentée ad litem par Orville Teno, ledit Orville Teno et Yvonne Teno *(Demandeurs) Intimés;*

et

Wallace Arnold et Brian Arnold *(Défendeurs);*

et

Yvonne Teno en sa qualité de défenderesse dans une action en indemnisation *(Demanderesse) Intimée.*

Yvonne Teno et Orville Teno (relativement au recours des défendeurs en contribution) *(Demandeurs) Appelants;*

et

Wallace Arnold, Brian Arnold, J. B. Jackson Limited et Stuart Galloway *(Défendeurs) Intimés;*

et

Diane Marie Teno, mineure représentée ad litem par Orville Teno, et ledit Orville Teno *(Demandeurs) Intimés.*

1977: 16 et 17 juin; 1978: 19 janvier.

Present: Laskin C.J. and Martland, Judson, Ritchie, Spence, Pigeon, Dickson, Beetz and de Grandpré JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

Negligence — Mother allowing child to cross street to purchase ice cream from vending truck — Child struck by passing car — Liability of truck owner, operator, car owner and driver — Duty of care — No liability of mother to contribute — Standard of care — Folly.

Damages — Quantum — Young child struck by car while recrossing street after purchasing ice cream from vending truck — Injuries to brain with resultant physical disabilities and mental impairment.

The infant plaintiff, Diane Teno (DT), a four-and-a-half-year-old child, crossed a street with her six-year-old brother (having first obtained permission and money from her mother, Yvonne Teno (YT) to make a purchase from an ice cream vending truck owned by the defendant J. B. Jackson Limited (J) and operated by the defendant Stuart Galloway (G). The children were served at a service window of the truck on the curb (right) side. The infant plaintiff was served first and while G was serving her brother, DT left to return to the opposite side of the street. After passing around the front of the truck, she was struck by a car owned by the defendant Wallace Arnold (WA) and driven by the defendant Brian Arnold (BA). The car had been approaching from the rear but was not seen by G through his rear windows as, at the time, he was reaching into the freezer to fill the order of DT's brother. As a result of the injuries sustained by DT, her mobility was seriously lessened although technically she was not paralyzed, and she suffered a considerable degree of mental impairment.

The trial judge gave judgment against the four defendants apportioning the negligence between them in the following percentages: one-third against the defendants BA and WA; one-third against the defendants J and G, and one-third against the defendant J. The Court of Appeal varied the apportionment of negligence as follows: BA and WA 25 per cent; J 25 per cent; G 25 per cent and YT 25 per cent.

As to damages, the trial judge assessed the total damages of DT at \$950,000 divided into two parts: \$200,000 for non-pecuniary damages and \$750,000 for pecuniary damages. The Court of Appeal reduced the

Présents: Le juge en chef Laskin et les juges Martland, Judson, Ritchie, Spence, Pigeon, Dickson, Beetz et de Grandpré.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE L'ONTARIO

Responsabilité — Mère permettant à son enfant de traverser la rue pour acheter de la crème glacée d'un camion — Enfant frappé par une automobile — Responsabilité du propriétaire et du conducteur du camion et du propriétaire et du conducteur de la voiture — Obligation de diligence — La mère n'est tenue à aucune contribution — Normes de diligence — Folie.

Dommages-intérêts — Quantum — Jeune enfant frappée par un véhicule alors qu'elle retraversait la rue après avoir acheté de la crème glacée d'un camion — Lésions cérébrales entraînant une incapacité physique et une altération des facultés mentales.

La demanderesse mineure, Diane Teno (DT), enfant âgée de quatre ans et demi, a traversé la rue avec son frère âgé de six ans (avec la permission de sa mère, Yvonne Teno (YT) qui lui avait aussi donné de l'argent pour acheter de la crème glacée d'un camion appartenant à la défenderesse J. B. Jackson Limited (J) et conduit par le défendeur Stuart Galloway (G). Les enfants ont été servis au guichet de service du côté droit du camion. La demanderesse mineure a été servie la première et pendant que G prenait la commande de son frère, DT est allée retraverser la rue. Après avoir contourné le devant du camion, elle a été frappée par une voiture appartenant au défendeur Wallace Arnold (WA) et conduite par le défendeur Brian Arnold (BA). La voiture venait de l'arrière, mais G ne l'avait pas vue par la vitre arrière puisqu'à ce moment il était penché sur les bacs à crème glacée pour y prendre ce que le frère de DT avait commandé. A la suite des blessures subies par DT, sa mobilité a été sérieusement amoindrie, bien que techniquement elle ne soit pas paralysée, et elle a souffert d'une altération considérable de ses facultés mentales.

Le juge de première instance a rendu un jugement contre les quatre défendeurs et a réparti la faute selon les proportions suivantes: un tiers contre les défendeurs BA et WA, un tiers contre les défendeurs J et G, et un tiers contre la défenderesse J. La Cour d'appel a modifié la répartition comme suit: BA et WA, 25 pour cent; J, 25 pour cent; G, 25 pour cent et YT, 25 pour cent.

Le juge de première instance a alloué \$950,000 au titre des dommages-intérêts revenant à DT: \$200,000 pour le préjudice non-pécuniaire, et \$750,000 pour les dommages-intérêts pécuniaires. La Cour d'appel a

award for pecuniary general damages by \$75,000, but otherwise did not interfere with the assessment of damages at trial.

On appeal to this Court, the defendants J and G appealed both against the judgment of the Court of Appeal as to their liability and as to the quantum of damages assessed by the Court of Appeal. The defendants WA and BA, on the other hand, appealed only against the quantum of damages awarded by the Court of Appeal and resisted the appeal of J and G as to the issue of their liability. The original plaintiffs DT and her parents OT and YT, as respondents, resisted the appeals both as to liability and quantum of damages.

Held: The appeal of J and G as to liability should be dismissed; the appeal of OT and YT against the finding by the Court of Appeal of contributory negligence on the part of YT should be allowed, de Grandpré J. dissenting; the appeal of the defendants as to the quantum of damages recoverable by the infant plaintiff should be allowed and the damages to her fixed at \$540,000. The award to the plaintiff OT of special damages against the defendants in the sum of \$14,979.62, of which \$7,500 is to be held in trust for his wife YT, should be confirmed. As between themselves, the defendants J and G and the defendants WA and BA should be liable for 50 per cent of the damages awarded.

Per Laskin C.J. and Judson, Spence and Dickson JJ.:

I Liability:

The design of the ice cream truck, its appearance, and the appearance of the products dispensed were all carefully calculated to attract small children to purchase the wares dispensed from that vehicle. In these circumstances, so soon as the defendants J and G put the truck in operation on the streets, they then put themselves in such a relationship with their child patrons that they became the neighbours of those children and in the words of Lord Atkin in *Donoghue v. Stevenson*, "must take reasonable care to avoid acts or omissions which you can reasonably foresee would be likely to injure your neighbour". It was inevitable that when the company attracted the patronage of young children, on the evidence found to be so young that they were of pre-school age with little ability to comprehend danger and none to read a warning sign on the side of the truck, then fail to take proper steps to see that these children were not subjected to the gravest danger of traffic accidents was only to fail to do what anyone with the slightest common sense would have done. If J could not carry on its business profitably and safely without a

réduit le montant des dommages-intérêts pécuniaires de \$75,000 mais n'a pas autrement modifié l'évaluation des dommages-intérêts par le juge de première instance.

Dans leur pourvoi devant cette Cour, les défendeurs J et G ont tous deux interjeté appel de l'arrêt de la Cour d'appel sur la question de leur responsabilité et du montant des dommages-intérêts. En revanche, les défendeurs WA et BA, font appel uniquement du montant des dommages-intérêts alloués par la Cour d'appel de l'Ontario et contestent l'appel de J et de G quant à leur responsabilité. Les demandeurs initiaux DT et ses parents OT et YT, en qualité d'intimés, contestent les appels relatifs à la responsabilité et au montant de l'indemnité.

Arrêt: Le pourvoi de J et de G sur la responsabilité est rejeté; le pourvoi de OT et de YT à l'encontre de la conclusion de la Cour d'appel quant à la négligence contributive de YT est accueilli; le juge de Grandpré étant dissident; le pourvoi des défendeurs quant au montant des dommages-intérêts dus à la demanderesse mineure doit être accueilli et les dommages-intérêts fixés à \$540,000. Les dommages-intérêts spéciaux de \$14,979.62 accordés aux défendeurs, dont \$7,500 doivent être gardés en fiducie pour YT, sont confirmés. Entre eux, les défendeurs J et G et les défendeurs WA et BA seront responsables de 50 pour cent des dommages accordés.

Le juge en chef Laskin et les juges Judson, Spence et Dickson:

I Responsabilité:

La forme du véhicule, son aspect extérieur et l'apparence des produits offerts ont été soigneusement conçus pour attirer les enfants et les inciter à acheter. Dans ces circonstances, dès que les défendeurs J et G ont mis le camion en circulation dans les rues, ils se sont placés dans une relation telle, vis-à-vis de leur clientèle enfantine, qu'ils en sont devenus le prochain et, pour reprendre les mots de lord Atkin dans *Donoghue v. Stevenson*, ils devaient «agir avec diligence raisonnable pour éviter des actes ou omissions lorsqu'on peut raisonnablement prévoir qu'ils sont susceptibles de léser son prochain». La compagnie cherchait à attirer la clientèle des jeunes enfants d'âge préscolaire, qui étaient donc en pratique incapables de se rendre compte du danger et ne pouvaient pas lire l'écriteau placé sur le côté du camion. En conséquence, ne pas prendre les mesures appropriées pour s'assurer que ces enfants n'étaient pas exposés au très grand danger d'accidents, c'était inévitablement manquer de faire ce que toute personne avec le moindre bon sens aurait fait. Si J ne pouvait pas exercer son commerce de façon rentable et sans danger en l'absence

second attendant in the truck then the company should not have been carrying on business in that fashion.

There was also negligence on the part of G and his negligence became the further responsibility of his employer. Had G not committed any other act of negligence, his failure to take the slightest precaution of looking through his rear window in order to protect his little customers would have been enough to attach liability to him. There were, however, other acts of negligence. Having earlier realized that these children might be injured by a passing vehicle, not to warn them or either one of them before they started to return across the boulevard of the danger which could arise from other cars was negligence. In fact, the permitting of the children to cross the street at all in order to purchase might well be considered negligent. That danger had been realized and in a manual which it was said applied to an earlier vehicle the operators were warned not to permit children to cross the street, and that warning was repeated for children old enough to read with a sign on the left side of the truck.

II As to liability of YT to contribute:

The liability of the parent to contribute himself must be considered in view of the accepted standard of care by parents generally in the community. Here there was a mother of four young children who was speaking to her husband on the telephone and was interrupted by the two youngest crying for money to buy ice cream confections to be supplied by the defendant J from a vehicle designed to attract if not entice young children. The children had been used to buying confections from the same kind of dealer, if not the same dealer, previously. The children had both received very strong instructions as to how they should behave in reference to crossing the street and, in fact, had crossed the street for that very purpose on other occasions. The mother specifically reminded the children on this very occasion to "watch out for cars". It could not be said that that mother who permitted her children to cross a quiet residential street to buy wares from the ice cream truck as the same children and other children in the neighbourhood had been accustomed to doing could be found to be contributorily negligent.

The circumstances refuted the submission that to refuse contribution against YT would be to put a higher standard of care of this infant upon J and G than on her own mother. YT and the other mothers in the immediate community were entitled to rely on the vendor of the ice cream from the vehicle in question to exercise some care toward the children which it attracted.

d'un second préposé dans le camion, la compagnie n'aurait pas dû exercer son commerce de cette façon.

G a également agi avec négligence et sa négligence a engagé la responsabilité de son employeur. Si G n'avait commis aucun autre acte de négligence, sa responsabilité était engagée du seul fait qu'il a manqué de prendre la précaution élémentaire de regarder par la vitre arrière pour protéger ses petits clients. Il y a, évidemment, d'autres actes de négligence. Comme il s'était rendu compte que ces enfants risquaient d'être renversés par un véhicule, il a commis une négligence en ne les avertissant pas de faire attention aux voitures avant de traverser la rue pour retourner chez eux. En fait, on pourrait bien considérer comme une négligence le simple fait d'avoir permis aux enfants de traverser la rue pour effectuer un achat. On s'était rendu compte de ce danger et le manuel qui s'appliquait aux anciens véhicules recommandait aux chauffeurs de ne pas permettre aux enfants de traverser la rue; cet avertissement était répété aux enfants assez âgés pour lire l'écriteau placé sur le côté gauche du camion.

II De la responsabilité d'Yvonne Teno:

L'obligation de contribution des parents doit être examinée au regard des normes de diligence reconnues par les parents en général dans la collectivité. Voici une mère de quatre jeunes enfants qui parle à son mari au téléphone et est interrompue par les deux plus jeunes qui demandent de l'argent pour acheter de la crème glacée vendue par la défenderesse J dans un véhicule conçu pour attirer, sinon affriander, les jeunes enfants. Les enfants avaient l'habitude d'acheter des friandises au même genre de marchand, sinon au même marchand. Ils avaient tous deux reçus des instructions sévères sur la manière de traverser la rue et, en fait, l'avaient traversée dans ce même but en d'autres occasions. La mère a expressément rappelé aux enfants en cette occasion précise de «faire bien attention aux autos». On ne peut dire que cette mère, qui a permis à ses enfants de traverser une rue résidentielle et tranquille pour acheter de la crème glacée, comme ces mêmes enfants et d'autres enfants du voisinage avaient l'habitude de le faire, a contribué par sa négligence à l'accident.

Les circonstances ont réfuté la prétention que rejeter le recours en contribution contre YT équivaldrait à exiger de J et G des normes de diligence plus sévères que celles exigées de la propre mère de la mineure. YT et les autres mères de la communauté avoisinante étaient en droit de compter que le marchand de crème glacée prendrait quelques précautions à l'égard des enfants qu'il attirait.

III Apportionment of liability:

The negligent driving of BA was a major contributory cause of the accident and the negligent operation of the business of J and the negligent conduct of its driver G taken together was a like major contributory cause. All four defendants were liable to the plaintiffs for the full amount of their damages but as between themselves WA and BA should contribute 50 per cent to their co-defendants and J and G should likewise contribute 50 per cent to those first named defendants.

IV Quantum of damages:

All of the evidence supported the conclusion of the trial judge that the infant plaintiff could only receive the proper care to which she is entitled under the regime advanced by the plaintiff's witnesses, that is, in her own apartment with the attendants which her care requires. The provision of such an appropriate standard of care must be the prime purpose in the awarding of damages in personal injury cases such as the present. Therefore, the view of the trial judge as confirmed in the Court of Appeal that damages will have to provide for the care of the infant plaintiff in the sum of \$21,000 per year until she reaches the age of 19 years and in the sum of \$27,000 per year thereafter was adopted.

The problem of finding what amount of damages should be directed by the judgment in order to assure the infant plaintiff the provision of those sums of money annually for the rest of her natural life brought up at once the question of the discount rate which should be applied to find that present sum and this involved the consideration of income tax, of present day investment rates, and of future inflation.

The deductions provided for in ss. 81(1)(g.1) and 110(1)(c)(iv.1) of the *Income Tax Act* reduce the problem of income tax on the income from the portion of the award devoted to the care of the infant plaintiff to a great deal less significant proportion. In view of future uncertainty as to the rate specified in s. 110(1)(c)(iv.1) and of the fact that future rates of income tax, certainly those applicable in particular circumstances, are only matters of speculation, there would be no justification in assessing an amount to cover that possible income tax.

As to the appropriate discount rate, the figure of 7 per cent was adopted as being the best compromise to, at the same time, recognize the present very high rates of investment income and the probability of future inflation.

The calculation by the Court below that the award should be increased by an amount of \$35,000 to provide

III Partage de la responsabilité:

La conduite négligente de BA a été une cause majeure de l'accident; la gestion négligente de l'entreprise de J et la conduite négligente de son chauffeur G, prises ensemble, constituent également une cause majeure. Tous les quatre sont tenus solidairement à l'égard des demandeurs du montant total des dommages-intérêts; entre eux, WA et BA doivent 50 pour cent des dommages-intérêts à leurs co-défendeurs J et G lesquels leurs doivent aussi 50 pour cent desdits montants.

IV Montants des dommages-intérêts:

Toute la preuve appuie la conclusion du juge de première instance que la mineure demanderesse ne peut recevoir les soins appropriés auxquels elle a droit que de la manière suggérée par les témoins de la demanderesse, c'est-à-dire dans son propre appartement et avec l'aide nécessaire. Dans des litiges comme en l'espèce, portant sur des blessures corporelles, la garantie d'un niveau approprié de soins doit être le but primordial de l'indemnisation. En conséquence, le point de vue du juge de première instance confirmé par la Cour d'appel, selon lequel on doit fixer des dommages-intérêts pour assurer à la mineure demanderesse les soins nécessaires, à savoir \$21,000 par an jusqu'à ce qu'elle atteigne l'âge de 19 ans et ensuite \$27,000 par an a été adopté.

Le problème de la détermination du montant qui doit être alloué pour assurer annuellement à la mineure demanderesse ces montants pendant le reste de sa vie soulève immédiatement la question du taux d'actualisation qui permet de déterminer la valeur actuelle de cette somme; cela soulève aussi la question de l'impôt sur le revenu, des taux d'investissements courants et de l'inflation future.

Les déductions prévues par les alinéas 81(1)g.1) et 110(1)c)iv.1) de la *Loi de l'impôt sur le revenu* réduisent à des proportions mineures le problème de l'incidence de l'impôt sur le revenu sur la partie de l'indemnité consacrée aux soins de la mineure demanderesse. Vu cette incertitude quant au taux prévu à l'al. 110(1)c)iv.1) et le fait que les taux futurs de l'impôt sur le revenu, et plus encore ceux qui s'appliquent à des circonstances particulières, sont hypothétiques, il serait injustifié d'allouer un montant pour couvrir cet impôt éventuel.

Quant au taux d'actualisation convenable, 7 pour cent a été adopté comme étant le meilleur compromis qui reconnaisse, en même temps, le taux courant de rendement des investissements qui est très élevé et les probabilités d'inflation future.

Le calcul de la Cour d'appel que cette indemnité devait être majorée de \$35,000 pour constituer un fonds

a fund for the payment of a financial management fee was accepted.

An award of some sum must be made for loss of future earnings but there was no guidance whatsoever in the fixation of that sum. It was found equitable to determine that the infant plaintiff would, at least, have earned \$7,500 per year for her business life. As held by this Court in *The Queen v. Jennings*, [1966] S.C.R. 532, there should be no deduction for income tax from the amount allowed by loss of future income.

A contingency deduction of 20 per cent should be allowed from the \$7,500 to make a net annual loss of income of \$6,000 and the present value of payments of \$6,000 should only be calculated from the time the infant plaintiff would have reached 20 years of age until she would have reached the normal retirement age of 65 years. That present value should be calculated at the same discount rate of 7 per cent as the present value of the amount provided for future care.

As to non-pecuniary damages, while it is impossible to compensate for the losses of the various elements involved in such damages, it is reasonable, none the less, to make an award then gauge that award by attempting to set up a fund from which the plaintiff may draw, not to compensate for those losses, but, to provide some substitute for those amenities.

There should be uniformity, always allowing flexibility to meet each differing individual case, in awards for non-pecuniary damages. Perhaps one should say there must be upper limits with awards lower in some cases and some higher in exceptional cases. This Court has found \$100,000 as being the upper limit in both *Andrews* and *Thornton*. Those were both cases of young men turned by the accidents into quadriplegics but whose mental faculties were unimpaired and who, by use of wheel chairs and appropriate automotive vehicles, will be able to get about amongst their fellowmen.

The infant plaintiff DT, although not completely paralyzed, is so disabled that her very limited ability to walk is accomplished in such an awkward fashion as to cause her continual embarrassment. Her left arm is very clumsy, her right is useless because of spastic weakness, her speech is impaired and nearly unintelligible and her mental impairment has reduced her to the "dull normal range". Such a condition justifies a very generous award to permit the infant plaintiff to find some way by which her life may be made a little more tolerable. Moreover, the infant plaintiff in the present appeal has a life

pour le paiement d'honoraires de gestion a été accepté.

Il faut accorder un montant au titre de la perte de revenus futurs mais sans disposer d'aucun guide pour le fixer. On a jugé qu'il serait équitable de conclure que la demanderesse aurait gagné au moins \$7,500 par an pendant le restant de sa vie active. Selon l'arrêt de cette Cour, *La Reine c. Jennings*, [1966] R.C.S. 532, on ne doit rien déduire, au titre de l'impôt sur le revenu, du montant alloué pour la perte de revenus futurs.

Il faut faire un abattement de 20 pour cent sur le montant de \$7,500, de sorte que la perte de revenu annuel nette est de \$6,000, et calculer la valeur actualisée des paiements annuels de \$6,000, de l'âge de 20 ans à celui de la retraite, soit 65 ans. Cette valeur actualisée devrait être calculée au taux d'actualisation de 7 pour cent adopté dans le calcul de l'indemnité pour soins futurs.

Quant aux dommages-intérêts non pécuniaires, bien qu'il soit impossible de réparer les pertes tombant dans la catégorie de ces dommages, il est néanmoins raisonnable d'indemniser la victime à cet égard; il faut fixer une indemnité qui créera un fonds dont cette dernière bénéficiera, non pas pour réparer ces pertes, mais pour lui permettre de trouver un substitut aux agréments perdus.

Il faut une certaine uniformité dans l'allocation des dommages-intérêts non-pécuniaires, tout en gardant cependant assez de souplesse pour répondre aux circonstances de chaque cas individuel. Peut-être devrait-on dire qu'il faut fixer un plafond, avec des indemnités moins élevées dans certains cas et plus élevées dans des cas exceptionnels. Dans les arrêts *Andrews* et *Thornton*, cette Cour a conclu que ce plafond se chiffre à \$100,000. Il s'agissait, dans ces deux cas, de deux jeunes gens que les accidents ont rendu tétraplégiques mais dont les facultés mentales sont demeurées intactes et qui, grâce à des fauteuils roulants et des véhicules automobiles appropriés, seront en mesure de circuler parmi leurs concitoyens.

Sans être complètement paralysée, la mineure demanderesse DT est une grande infirme. Elle marche très difficilement et si gauchement que sa démarche constituera pour elle une cause continuelle d'embarras. Son bras gauche est très malhabile; son bras droit est inutilisable à cause de sa faiblesse spastique; son élocution est atteinte et presque inintelligible; ses facultés mentales sont tombées dans les «limites inférieures de la normale». Son état justifie une indemnité très généreuse qui lui permettra de trouver moyen d'avoir une vie un peu plus tolérable. En outre, la mineure demanderesse a une

expectancy of 66.9 years while Andrews has a life expectancy of only 45 years and Thornton only 49 years. Therefore, despite the fact that the infant plaintiff, unlike Andrews and Thornton, will not need the frequent actual treatment required by the latter such as turning in bed every two hours, the other circumstances mentioned justify the allowance of the same sum of \$100,000 to her under the heading of non-pecuniary damages.

Per Martland, Ritchie, Pigeon and Beetz JJ.: All defendants should be held liable and, as between them, there should be an even division between WA and BA on one hand and J and G on the other. Also, there should be no contribution by YT. The evidence fully supported the conclusion of the trial judge that the parents of these children did not depart from the generally accepted standard of care. The same should be said of the defendant J, the ice cream vending company whose truck was in charge of the defendant G. Although there was no reason to interfere with the concurrent findings of negligence against the latter, the finding that J was liable for the accident, not only by reason of G's negligence but also by reason of the way in which its vending business was conducted, could not be accepted. The general opinion among municipal authorities was that a one-man operation was reasonable. The parents of the children as well so considered it by giving their children money to buy ice cream from the vending truck rather than objecting to the operation. The parents were entitled to expect that the truck operator would not fail to watch for oncoming traffic and to warn the children against imprudently crossing the street in front of the truck. The parents were also entitled to expect that automobile drivers would not pass such trucks without taking the special precautions called for. It could not be accepted that what the parents considered reasonably safe, should be considered a "folly" on the part of the ice cream vending company.

Per de Grandpré J., dissenting in part: While inclining to the view that there was no negligence on the part of J and G, the conclusion was reluctantly reached, because of the concurrent findings in the Courts below, that they cannot be considered blameless. However, the views of Pigeon J. were shared that the liability of J is vicarious only.

It could not be accepted that the mother had committed no negligence. If an ice cream merchant is responsible to his young customer because his employee failed to take the reasonable care owed to a child who had

espérance de vie de 66.9 ans, alors que celle d'Andrews est de 45 ans seulement et celle de Thornton de 49 ans seulement. En conséquence, même si la mineure demanderesse, à la différence de Thornton et d'Andrews, n'a pas besoin des soins continus qu'exigent ces derniers (comme par exemple les changer de position au lit toutes les deux heures), les autres circonstances dont j'ai parlé justifient l'adjudication de la même somme de \$100,000 au titre du préjudice non pécuniaire.

Les juges Martland, Ritchie, Pigeon et Beetz: Tous les défendeurs doivent être tenus responsables et, entre eux, cette responsabilité doit être partagée également entre WA et BA d'une part, et J et G, de l'autre. YT ne doit pas être appelée à contribuer. La preuve appuie entièrement la conclusion du juge de première instance que les parents de ces enfants n'ont pas dérogé aux normes de diligence généralement reconnues. On devrait dire la même chose de la défenderesse J, la compagnie de vente de crème glacée dont le camion avait été confié au défendeur G. Il n'y a aucune raison de modifier les conclusions concordantes de négligence contre ce dernier, mais on ne peut accepter la conclusion selon laquelle J est responsable de l'accident, non seulement en raison de la négligence de G, mais aussi en raison de la façon dont elle menait son commerce de vente. L'opinion générale des autorités municipales était clairement que l'exploitation de ce commerce par une seule personne est raisonnable. C'est aussi ce que pensaient les parents, puisque, au lieu de s'opposer à ce commerce, ils donnaient de l'argent à leurs enfants pour acheter de la crème glacée au camion. Les parents étaient en droit de s'attendre à ce que le conducteur du camion ne manque pas de surveiller la circulation et d'avertir les enfants de ne pas traverser la rue imprudemment devant le camion. Les parents étaient également en droit de s'attendre à ce que les automobilistes ne dépassent pas ces camions sans prendre les précautions spéciales qui s'imposent. On ne peut admettre que ce que les parents considéraient raisonnablement sûr puisse être considéré comme une «folie» de la part de la compagnie de vente de crème glacée.

Le juge de Grandpré dissident en partie: Bien qu'inclin à conclure à l'absence de responsabilité de la part de J et G, il faut se résoudre à conclure, en raison des conclusions concordantes des cours d'instance inférieure, que leur conduite ne peut être jugée irréprochable. Cependant, comme le dit le juge Pigeon, la responsabilité de J n'est que celle du fait d'autrui.

On ne peut conclure à l'absence de négligence de la mère. Si l'on tient un marchand de crème glacée responsable envers son jeune client parce que son employé n'a pas exercé la diligence raisonnable due à un enfant

become his "neighbour", the mother, in the circumstances of this case, cannot be said to be in a better position. The duty of care resting on a parent is a paramount one and does not come to an end because a third party comes into the picture and is found to have been negligent for having allowed the child to cross the street and for having failed to warn that child of an approaching car. The mother who had just given to her two young children the money to buy ice cream and who knew that the truck was on the other side of the boulevard cannot be said to be under a lesser duty than that resting on the merchant's employee.

[*Bressington v. Commissioner for Railways* (1947), 75 C.L.R. 339, distinguished; *Donoghue v. Stevenson*, [1932] A.C. 562; *Gambino v. Dileo*, [1971] 2 O.R. 131; *Beckerson v. Dougherty*, [1953] O.R. 303; *Cowle v. Fillion*, [1956] O.W.N. 881; *McCallion v. Dodd*, [1966] N.Z.L.R. 710; *The Queen v. Jennings*, [1966] S.C.R. 532; *Mallett v. McMonagle*, [1970] A.C. 166; *Taylor v. O'Connor*, [1971] A.C. 115; *Taylor v. Bristol Omnibus Co.*, [1975] 2 All E.R. 1107; *Warren v. King*, [1963] 3 All E.R. 521; *Eaton v. Moore*, [1951] S.C.R. 470; *Cavanagh v. Ulster Weaving Co.*, [1960] A.C. 145, referred to.]

APPEALS from a judgment of the Court of Appeal for Ontario¹, allowing in part an appeal from a judgment of Keith J. in an action for damages for personal injuries. Appeal of defendants J. B. Jackson Limited and Stuart Galloway as to liability dismissed; appeal of plaintiffs Orville Teno and Yvonne Teno against finding by Court of Appeal of contributory negligence on part of Yvonne Teno allowed, de Grandpré J. dissenting; appeal by all defendants as to quantum of damages allowed.

Appeal re damages:

B. O'Brien, Q.C., for the appellants, J. B. Jackson Limited and Stuart Galloway.

R. E. Barnes, Q.C., and *J. A. Bear*, for the appellants, Wallace and Brian Arnold.

E. Cherniak, Q.C., *M. Wunder, Q.C.*, and *Ms. M. A. Sanderson*, for the respondents, Diane, Orville and Yvonne Teno.

¹ (1976), 11 O.R. (2d) 585.

devenu son «prochain», on ne peut, dans les circonstances de l'espèce, dire que la mère est dans une meilleure situation. L'obligation de diligence des parents est primordiale et ne disparaît pas parce qu'un tiers entre en jeu et qu'on a conclu à sa négligence parce qu'il a permis à l'enfant de traverser la rue et ne l'a pas averti qu'une voiture approchait. On ne peut dire que la mère qui venait de donner de l'argent à ses deux jeunes enfants pour acheter de la crème glacée et qui savait que le camion se trouvait de l'autre côté de la rue avait une obligation moindre que celle de l'employé du marchand.

[Distinction faite avec l'arrêt *Bressington v. Commissioner for Railways* (1947), 75 C.L.R. 339; arrêts mentionnés: *Donoghue v. Stevenson*, [1932] A.C. 562; *Gambino v. Dileo*, [1971] 2 O.R. 131; *Beckerson v. Dougherty*, [1953] O.R. 303; *Cowle v. Fillion*, [1956] O.W.N. 881; *McCallion v. Dodd*, [1966] N.Z.L.R. 710; *La Reine c. Jennings*, [1966] R.C.S. 532; *Mallett v. McMonagle*, [1970] A.C. 166; *Taylor v. O'Connor*, [1971] A.C. 115; *Taylor v. Bristol Omnibus Co.*, [1975] 2 All E.R. 1107; *Warren v. King*, [1963] 3 All E.R. 521; *Eaton c. Moore*, [1951] R.C.S. 470; *Cavanagh v. Ulster Weaving Co.*, [1960] A.C. 145.]

POURVOIS à l'encontre d'un jugement de la Cour d'appel de l'Ontario¹, accueillant en partie l'appel d'un jugement du juge Keith dans une action en dommages-intérêts pour blessures corporelles. Pourvoi des défendeurs J. B. Jackson Limited et Stuart Galloway concernant leur responsabilité, rejeté; pourvoi des demandeurs Orville Teno et Yvonne Teno contre la conclusion de la Cour d'appel sur la négligence contributive de Yvonne Teno, accueilli, le juge de Grandpré étant dissident; pourvoi par tous les autres défendeurs sur le quantum des dommages-intérêts, accueilli.

Pourvoi concernant les dommages-intérêts:

B. O'Brien, c.r., pour les appelants, J. B. Jackson Limited et Stuart Galloway.

R. E. Barnes, c.r., et *J. A. Bear*, pour les appelants Wallace et Brian Arnold.

E. Cherniak, c.r., *M. Wunder, c.r.*, et *Ms. M. A. Sanderson*, pour les intimés, Diane, Orville et Yvonne Teno.

¹ (1976), 11 O.R. (2d) 585.

Appeal re liability:

B. O'Brien, Q.C., for the appellants, J. B. Jackson Limited and Stuart Galloway.

B. A. Percival, Q.C., and *M. S. Kaczkowski*, for the appellants Yvonne and Orville Teno.

E. Cherniak, Q.C., *M. Wunder, Q.C.*, and *Ms. M. A. Sanderson*, for the respondents, Diane, Orville and Yvonne Teno.

R. E. Barnes, Q.C., and *J. A. Bear*, for the respondents, Wallace and Brian Arnold.

The judgment of Laskin C.J. and Judson, Spence and Dickson JJ. was delivered by

SPENCE J.—These are my reasons for judgment in these appeals. Taken together, these three appeals are grouped as one of a series of four cases in which this Court was concerned with the quantum of damages to be awarded for very serious personal injuries. In two, *Andrews v. Grand and Toy Limited et al.*, and *Thornton v. Board of School Trustees et al.*, the plaintiffs were young men who became quadriplegic as a result of their injuries although their mental capacities were unaffected while in the present appeal the plaintiff's mobility was very seriously lessened although technically she was not paralyzed and she suffered a very considerable degree of mental impairment. The fourth appeal was in a claim under *The Fatal Accidents Act*. In all four, however, very similar problems arose and the Court has determined to pronounce its judgments on all four at the same time. The very serious problems in the assessment of damages have been engaging the attention of the members of the Court for some months. We have received much assistance from each other. I am most grateful for the opportunity to peruse and consider the reasons of my brother Dickson in *Andrews* and in *Thornton* and I have adopted much of his reasoning herein.

I turn now to the three appeals considered in these reasons. They are three appeals all taken with leave of this Court. The action was originally taken by Diane Marie Teno, an infant, by her next friend Orville Teno, and the said Orville Teno and Yvonne Teno against four defendants: J. B. Jack-

Pourvoi concernant la responsabilité:

B. O'Brien, c.r., pour les appelants, J. B. Jackson Limited et Stuart Galloway.

B. A. Percival, c.r., et *M. S. Kaczkowski*, pour les appelants Yvonne et Orville Teno.

E. Cherniak, c.r., *M. Wunder, c.r.*, et *Ms. M. A. Sanderson*, pour les intimés, Diane, Orville et Yvonne Teno.

R. E. Barnes, c.r., et *J. A. Bear*, pour les intimés Wallace et Brian Arnold.

Le jugement du juge en chef Laskin et des juges Judson, Spence et Dickson a été rendu par

LE JUGE SPENCE—Voici mes motifs de jugement dans ces pourvois. Pris ensemble, ces trois pourvois forment une des quatre affaires dans lesquelles cette Cour doit se prononcer sur le montant des dommages-intérêts à allouer pour des blessures corporelles très graves. Dans deux de ces affaires, *Andrews c. Grand and Toy Limited et autres*, et *Thornton c. Board of School Trustees et autres*, les jeunes demandeurs sont devenus tétraplégiques à la suite de leurs blessures, sans que leurs capacités mentales soient touchées, alors que dans le présent pourvoi la mobilité de la demanderesse est très sérieusement diminuée, bien que, techniquement, elle ne soit pas paralysée, et ses facultés mentales sont considérablement diminuées. Le quatrième pourvoi porte sur une demande introduite en vertu de *The Fatal Accidents Act*. Toutefois, des problèmes similaires se posent dans ces quatre affaires et la Cour a décidé de prononcer les quatre jugements en même temps. Les graves problèmes posés par l'évaluation des dommages-intérêts ont retenu l'attention des membres de cette Cour depuis plusieurs mois. Nous nous sommes beaucoup consultés. J'ai eu l'avantage de prendre connaissance des motifs de mon collègue le juge Dickson dans les affaires *Andrews* et *Thornton* et j'ai largement adopté son raisonnement.

J'en viens maintenant aux trois pourvois faisant l'objet des présents motifs. Tous trois ont été interjetés avec l'autorisation de cette Cour. L'action a été initialement introduite par Diane Marie Teno, mineure représentée *ad litem* par Orville Teno, par ledit Orville Teno et par Yvonne Teno à l'encontre

son Limited, Stuart Galloway, Wallace Arnold and Brian Arnold.

By their statement of defence, the defendants J. B. Jackson Limited and Stuart Galloway claimed contribution from the plaintiffs Orville Teno and Yvonne Teno and the defendants Wallace Arnold and Brian Arnold took a like course in the statement of defence filed on their behalf.

Keith J., in very detailed and most carefully considered reasons for judgment, gave judgment against the four defendants apportioning the negligence between them in the following percentages:

1/3 against the defendants Brian Arnold and Wallace Arnold,

1/3 against the defendants J. B. Jackson Limited and Stuart Galloway, and

1/3 against the defendant J. B. Jackson Limited.

Keith J. refused to order any contribution to be made by the plaintiffs Orville Teno and Yvonne Teno. The Court of Appeal varied the apportionment of negligence as follows:

Brian Arnold and Wallace Arnold	25%
J. B. Jackson Limited	25%
Stuart Galloway	25%
Yvonne Teno	25%

I should add that Thomas J. Lipton Limited had been named originally as a party defendant but the plaintiffs discontinued against that party at trial and the action was dismissed as against it. I shall refer later to the quantum of damages.

The circumstances giving rise to the action are somewhat complicated. Rather than set them out in detail, I shall refer to the judgment of the Court of Appeal for Ontario, now reported as *Teno et al. v. Arnold et al.*² Zuber J.A. giving judgment for the Court, at pp. 587-590, set those facts out and, except where I shall be required to refer further to facts or evidence, I adopt them for the purpose of these reasons.

² (1976), 11 O.R. (2d) 585.

des quatre défendeurs: J. B. Jackson Limited, Stuart Galloway, Wallace Arnold et Brian Arnold.

Dans leur défense, J. B. Jackson Limited et Stuart Galloway ont demandé une contribution aux demandeurs Orville Teno et Yvonne Teno; les défendeurs Wallace Arnold et Brian Arnold ont fait la même chose dans la défense déposée en leur nom.

Dans des motifs très détaillés et très approfondis, le juge Keith a rendu un jugement contre les quatre défendeurs et a réparti la faute selon les proportions suivantes:

1/3 contre les défendeurs Brian Arnold et Wallace Arnold,

1/3 contre les défendeurs J. B. Jackson Limited et Stuart Galloway, et

1/3 contre la défenderesse J. B. Jackson Limited.

Le juge Keith a refusé d'imputer une part de responsabilité aux demandeurs Orville Teno et Yvonne Teno. La Cour d'appel a modifié la répartition de la faute comme suit:

Brian Arnold et Wallace Arnold	25%
J. B. Jackson Limited	25%
Stuart Galloway	25%
Yvonne Teno	25%

Je dois ajouter que Thomas J. Lipton Limited avait été initialement nommée comme partie défenderesse, mais les demandeurs se sont désistés contre elle en première instance et l'action contre cette compagnie a été rejetée. Je reviendrai par la suite sur le montant des dommages-intérêts.

Les circonstances qui ont donné lieu à l'action sont assez compliquées. Plutôt que de les exposer en détail, je me référerai à l'arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario, maintenant publié sous l'intitulé *Teno et al. v. Arnold et al.*² Le juge Zuber, aux pp. 587 à 590 des motifs qu'il a rédigés au nom de la Cour, a fait un exposé des faits que j'adopte. Je ferai néanmoins quelques références aux faits ou à la preuve en l'espèce.

² (1976), 11 O.R. (2d) 585.

In their appeal to this Court, the defendants J. B. Jackson Limited and Stuart Galloway appealed both against the judgment of the Court of Appeal as to their liability and as to the quantum of damages assessed by the Court of Appeal for Ontario. The defendants Brian Arnold and Wallace Arnold, on the other hand, appealed only against the quantum of damages awarded by the Court of Appeal for Ontario and resisted the appeal of J. B. Jackson Limited and Stuart Galloway as to the issue of their liability. The original plaintiffs Diane Teno and Orville Teno and Yvonne Teno, as respondents, resisted the appeals both as to liability and quantum of damages and the original plaintiff Yvonne Teno appeals from that portion of the judgment of the Court of Appeal granting contribution against her to the extent of 25 per cent.

I

AS TO LIABILITY

As I have said, Keith J. at trial found liability against all defendants. As to the defendant Brian Arnold, the driver of the vehicle which struck the infant Diane Teno, Keith J. cited the provisions of s. 106(1) of *The Highway Traffic Act*, R.S.O. 1960, c. 172, which was in effect at the date of the accident and which now appears as R.S.O. 1970, c. 202, s. 133(1). It reads:

133. (1) When loss or damage is sustained by any person by reason of a motor vehicle on a highway, the onus of proof that the loss or damage did not arise through the negligence or improper conduct of the owner or driver of the motor vehicle is upon the owner or driver.

After a detailed examination of the evidence, Keith J. expressed his conclusion as follows:

He has failed to satisfy me that he was concentrating as he ought, on the potential traffic situation in front of him as he overtook and passed the ice cream truck. Had he been driving at a proper speed he could and ought to have seen the child in time to have avoided striking her.

In the result Brian Arnold must be held liable to the plaintiffs for any damages suffered by them.

Dans leur pourvoi devant cette Cour, les défendeurs J. B. Jackson Limited et Stuart Galloway ont tous deux interjeté appel de l'arrêt de la Cour d'appel sur la question de leur responsabilité et du montant des dommages-intérêts. En revanche, les défendeurs Brian Arnold et Wallace Arnold font appel uniquement du montant des dommages-intérêts alloués par la Cour d'appel de l'Ontario et contestent l'appel de J. B. Jackson Limited et Stuart Galloway quant à la responsabilité. Les demandeurs initiaux, Diane Teno, Orville Teno et Yvonne Teno, contestent les appels dirigés contre eux, en qualité d'intimés, tant pour ce qui est de la responsabilité que pour le montant de l'indemnité; la demanderesse initiale Yvonne Teno interjette appel de la partie du jugement de la Cour d'appel lui imputant 25 pour cent de la faute.

I

DE LA RESPONSABILITÉ

Comme je l'ai dit, le juge Keith a conclu en première instance à la responsabilité de tous les défendeurs. En ce qui concerne le défendeur Brian Arnold, le conducteur du véhicule qui a blessé Diane Teno, le juge Keith a cité les dispositions du par. 106(1) de *The Highway Traffic Act*, R.S.O. 1960, c. 172, en vigueur à la date de l'accident et qu'on trouve maintenant sous R.S.O. 1970, c. 202, par. 133(1). Ce paragraphe dispose:

[TRADUCTION] 133. (1) Quand une personne subit une perte ou un dommage à cause d'un véhicule automobile sur un chemin public, il incombe au propriétaire ou au conducteur de prouver que la perte ou le dommage ne résulte pas de sa négligence ou de sa conduite imprudente.

Après un examen détaillé de la preuve, le juge Keith a conclu comme suit:

[TRADUCTION] Il ne m'a pas convaincu qu'il faisait suffisamment attention à l'état de la circulation devant lui, quand il a dépassé le camion du marchand de crème glacée. S'il avait conduit à une vitesse raisonnable il aurait pu et dû voir l'enfant à temps pour éviter l'accident.

En définitive, Brian Arnold doit être tenu responsable envers les demandeurs de tout dommage qu'ils ont subi.

Keith J., of course, held Wallace Arnold liable as the owner of the vehicle under the provisions of the then s. 105(1) of *The Highway Traffic Act*, now s. 132(1) of R.S.O. 1970, c. 202.

The judgment, in so far as the liability of those two defendants, was confirmed in the Court of Appeal. As I have said, they did not contest the said judgment as to liability in this Court.

Keith J. commenced his consideration of the liability of the defendants J. B. Jackson Limited and Stuart Galloway by again referring to the provisions of the onus s. 133(1) which I have quoted above and after examining *Godfrey et al. v. Gadbois et al.*³, came to the conclusion that the onus section applied to those defendants.

Much argument in both the Court of Appeal and in this Court was directed toward the correctness of that decision. I am of the opinion that the question is quite academic as there is no doubt that the findings of fact made by Keith J. and by the Court of Appeal, with which findings, as I shall show, I am in agreement, make it unnecessary to consider any question of the application of the onus.

I adopt the view of Lord Dunedin in *Robins v. National Trust Co.*⁴, at p. 520:

But onus as a determining factor of the whole case can only arise if the tribunal finds the evidence pro and con so evenly balanced that it can come to no such conclusion. Then the onus will determine the matter. But if the tribunal, after hearing and weighing the evidence, comes to a determinate conclusion, the onus has nothing to do with it, and need not be further considered.

The approach taken by both Keith J. at trial and by the Court of Appeal was that the renowned speech by Lord Atkin in *Donoghue v. Stevenson*⁵, at p. 580, set out the duty which lay upon J. B. Jackson Limited and the driver of the ice cream

Évidemment, le juge Keith a tenu Wallace Arnold responsable en tant que propriétaire du véhicule, en vertu des dispositions de ce qui était alors le par. 105(1) de *The Highway Traffic Act*, maintenant par. 132(1) de R.S.O. 1970, c. 202.

Le jugement, en ce qu'il porte sur la responsabilité de ces deux défendeurs, a été confirmé par la Cour d'appel. Comme je l'ai dit, ils ne contestent pas cette partie du jugement devant cette Cour.

Le juge Keith a commencé son examen de la responsabilité des défendeurs J. B. Jackson Limited et Stuart Galloway en se reportant également aux dispositions relatives à la charge de la preuve au par. 133(1) précité. Après avoir considéré l'arrêt *Godfrey et al. v. Gadbois et al.*³, il a conclu que la partie relative à la charge de la preuve s'appliquait à ces défendeurs.

On a longuement débattu en Cour d'appel et devant cette Cour le bien-fondé de cette décision. Je suis d'avis que la question est purement théorique, vu qu'il n'est pas douteux que les conclusions de fait du juge Keith et de la Cour d'appel, auxquelles, comme je le montrerai, je souscris, rendent inutile l'examen de la charge de la preuve.

Je fais mienne l'opinion de lord Dunedin dans l'arrêt *Robins v. National Trust Co.*⁴, à la p. 520:

[TRADUCTION] Cependant la question de la force déterminante du fardeau de la preuve ne peut se soulever que si le tribunal conclut que les éléments favorables et défavorables de la preuve s'équilibrent si bien qu'il ne peut en arriver à une conclusion. Alors le fardeau de la preuve décide de l'affaire. Cependant, si, après avoir entendu et évalué la preuve, le tribunal en arrive à une conclusion précise, le fardeau de la preuve n'a rien à y voir et il n'est pas nécessaire d'y avoir recours.

L'approche choisie par le juge Keith en première instance et par la Cour d'appel est que l'opinion célèbre de lord Atkin dans l'arrêt *Donoghue v. Stevenson*⁵, à la p. 580, fixe l'obligation qui incombe à J. B. Jackson Limited et au chauffeur du

³ [1949] 4 D.L.R. 844.

⁴ [1927] A.C. 515.

⁵ [1932] A.C. 562.

³ [1949] 4 D.L.R. 844.

⁴ [1927] A.C. 515.

⁵ [1932] A.C. 562.

truck Stuart Galloway. Although those words have been oft cited, I repeat them:

At present I content myself with pointing out that in English law there must be, and is, some general conception of relations giving rise to a duty of care, of which the particular cases found in the books are but instances. The liability for negligence, whether you style it such or treat it as in other systems as a species of "culpa", is no doubt based upon a general public sentiment of moral wrongdoing for which the offender must pay. But acts or omissions which any moral code would censure cannot in a practical world be treated so as to give a right to every person injured by them to demand relief. In this way rules of law arise which limit the range of complainants and the extent of their remedy. The rule that you are to love your neighbour becomes in law, you must not injure your neighbour; and the lawyer's question, Who is my neighbour? receives a restricted reply. You must take reasonable care to avoid acts or omissions which you can reasonably foresee would be likely to injure your neighbour. Who, then, in law is my neighbour? The answer seems to be—persons who are so closely and directly affected by my act that I ought reasonably to have them in contemplation as being so affected when I am directing my mind to the acts or omissions which are called in question. This appears to me to be the doctrine of *Heaven v. Pender*, 11 Q.B.D. 503, 509, as laid down by Lord Esher (then Brett M.R.) when it is limited by the notion of proximity introduced by Lord Esher himself and A. L. Smith L.J. in *Le Lievre v. Gould*, [1893] 1 Q.B. 491, 497, 504. Lord Esher says:

That case established that, under certain circumstances, one man may owe a duty to another, even though there is no contract between them. If one man is near to another, or is near to the property of another, a duty lies upon him not to do that which may cause a personal injury to that other, or may injure his property.

So A. L. Smith L.J.:

The decision of *Heaven v. Pender*, 11 Q.B.D. 503, 509, was founded upon the principle, that a duty to take due care did arise when the person or property of one was in such proximity to the person or property of another that, if due care was not taken, damage might be done by the one to the other.

I think that this sufficiently states the truth if proximity be not confined to mere physical proximity, but be used, as I think it was intended, to extend to such close and

camion du marchand de crème glacée, Stuart Galloway. Bien que cette opinion ait souvent été citée, je la répète:

[TRADUCTION] Pour le moment, je me contente de signaler qu'en droit anglais, il doit y avoir, et il y a effectivement, une conception générale des rapports donnant lieu à une obligation de diligence, dont les décisions publiées dans les recueils ne sont que des exemples. La responsabilité pour négligence, qu'on l'appelle ainsi ou qu'on la traite, comme dans d'autres systèmes, comme une espèce de «faute», est sans aucun doute fondée sur le sentiment général du public d'un préjudice moral que le responsable doit réparer. Mais on ne peut, en pratique, considérer les actes ou omissions que la morale réprouve comme donnant droit à toute personne lésée de demander réparation. C'est pourquoi il existe des principes juridiques qui limitent le nombre des réclamants et la portée de leur recours. Le commandement tu aimeras ton prochain devient en droit: tu ne léseras pas ton prochain. A la question de l'avocat: Qui est mon prochain? on donnera une réponse restrictive. Il faut agir avec diligence raisonnable pour éviter des actes ou omissions lorsqu'on peut raisonnablement prévoir qu'ils sont susceptibles de léser son prochain. Qui est donc mon prochain en droit? La réponse semble être: les personnes qui sont de si près et si directement touchées par mon acte que je devrais raisonnablement envisager le risque qu'elles courent lorsque je pense aux actes ou omissions en question. Cela me semble être la théorie de l'arrêt *Heaven v. Pender*, 11 Q.B.D. 503, 509, énoncée par lord Esher (alors M. R. Brett) quand elle est limitée par la notion de proximité introduite par lord Esher lui-même et par le lord juge A. L. Smith dans *Le Lievre v. Gould*, [1893] 1 Q.B. 491, 497, 504. Lord Esher déclare:

Cette affaire établit que, dans certaines circonstances, une personne peut avoir des obligations envers une autre, sans qu'aucun contrat ne les lie. Si une personne est proche d'une autre, ou est proche de la propriété d'une autre, elle a l'obligation de ne pas commettre d'acte dommageable envers cette personne ou les biens de celle-ci.

De même le lord juge A. L. Smith:

La décision rendue dans l'affaire *Heaven v. Pender*, 11 Q.B.D. 503, 509, est fondée sur le principe qu'une obligation de diligence prend naissance quand une personne ou les biens d'une personne sont suffisamment proches de quelqu'un d'autre ou de ses biens pour qu'à défaut de diligence, l'une puisse causer un dommage à l'autre.

Je crois que cela correspond suffisamment à la réalité, si on ne limite pas la proximité à une simple proximité physique mais qu'on l'étend, comme je pense qu'on

direct relations that the act complained of directly affects a person whom the person alleged to be bound to take care would know would be directly affected by his careless act.

Counsel for the appellants Jackson and Galloway submit that to find his clients liable represented a drastic and unreasonable change in the law in that that company and its servant Galloway were carrying on a legal and an ordinary business and that the negligence charged against them in the lower Courts was the negligence of omission submitting that a defendant should not be found guilty because of an omission in the conduct of his business unless it was shown that either the thing which was not done was commonly done by other persons in like circumstances or that it was a thing which was so obviously wanted that it would be folly for anyone to neglect to do it. In the circumstances of this case, the defendant J. B. Jackson Limited caused to be designed for it a particular form of vehicle for the purpose of selling ice cream products on the streets. The design of the vehicle, its appearance, and the appearance of the products dispensed were all carefully calculated to attract small children to purchase the wares dispensed from that vehicle. The driver of the vehicle was instructed that he should dispense those wares from the vehicle. Printed in red letters along the left hand side of the vehicle were the words: WAIT ON CURB—I'LL COME TO YOU.

Evidence was given by John R. Jackson, who, at the time of the accident giving rise to this action, had been president of J. B. Jackson Limited, that a manual had been issued to operators which included most specifically directions to require the operator to carry out that course and never permit children to cross the street to the ice cream truck, but, he continued, that manual had application particularly to a smaller and differently designed truck and it was not practicable from a business economics standpoint to adopt such a course in the business operation carried out by the truck used at the time of the accident. Galloway gave evidence that upon reading the manual and looking at the truck, he also concluded that such a course was not practicable and that he was informed by a supervi-

l'entendait, à des relations si rapprochées et si directes, que l'acte incriminé touche directement une personne alors que celui qui est censé être prudent sait qu'elle sera directement touchée par sa négligence.

L'avocat des appelants Jackson et Galloway soutient que conclure à la responsabilité de ses clients représente un changement important et injustifié du droit. En effet, cette compagnie et son préposé Galloway exercent un commerce licite et ordinaire, et la négligence que les tribunaux de juridiction inférieure leur imputent est une négligence par omission. L'avocat soutient qu'un défendeur ne doit pas être déclaré coupable d'une omission dans l'exercice de son commerce à moins que l'on ne démontre que ce qui n'a pas été fait est normalement fait par d'autres personnes dans des circonstances semblables ou que ce qui a été omis est si manifestement requis que son omission est inexcusable. En l'espèce, la défenderesse J. B. Jackson Limited a fait dessiner à son intention un type particulier de véhicule pour la vente de crème glacée dans les rues. La forme du véhicule, son aspect extérieur et l'apparence des produits offerts ont été soigneusement conçus pour attirer les enfants et les inciter à acheter. Selon les instructions reçues, le chauffeur devait vendre les produits de l'intérieur du véhicule. Le côté gauche du véhicule portait l'inscription suivante en lettres rouges: [TRADUCTION] ATTENDEZ SUR LE TROTTOIR—JE VIENDRAI VERS VOUS.

John R. Jackson, qui à l'époque de l'accident était président de J. B. Jackson Limited, a témoigné qu'on avait remis aux conducteurs un manuel qui expliquait en détail la marche à suivre et leur enjoignait de ne jamais permettre aux enfants de traverser la rue pour s'approcher du camion; mais, a-t-il poursuivi, le manuel s'appliquait surtout à un camion plus petit et conçu différemment et la marche à suivre n'était pas rentable pour vendre la crème glacée avec le camion utilisé au moment de l'accident. Galloway a déposé qu'après avoir lu le manuel et examiné le camion, il avait également conclu qu'il était impossible de respecter les instructions. En outre un contrôleur chargé de sa formation, qui prit moins d'une journée, lui avait dit que certaines parties du manuel ne s'appli-

sor on his instruction, which took only part of one day, that certain portions of the manual were inapplicable.

The operators, such as Galloway, were given no specific instructions as to the handling of young children.

A slight consideration had been given to the suggestion, made by municipal authorities in another city, that the truck should be manned by a second person so that some care could be given to small children who were its constant patrons but it was not adopted on the ground of economic infeasibility.

In dealing with the liability of J. B. Jackson Limited, Keith J. said:

In all these circumstances, I have no doubt that the defendant J. B. Jackson Limited quite apart from any vicarious liability, owed a duty of care to customers too young to be held responsible for their actions and that they were in breach of such duty on the occasion of the accident in question. If, as it may well have been, uneconomic to employ a second person to travel with the truck and be responsible for the safety of young children customers, then it was at the very least their duty to instruct their driver-salesman to discharge this responsibility. If even this couldn't be done economically, then they shouldn't have had their trucks on the streets.

Zuber J.A. in giving judgment for the Court of Appeal for Ontario upon the same topic after quoting as I have from *Donoghue v. Stevenson, supra*, and then referring to *Home Office v. Dorset Yacht Co. Ltd.*⁶ and *Jordan House Ltd. v. Menow & Honsberger*⁷, continued:

In considering how these principles may be applied to this case, some further comment with respect to factual matters is required. The defendant Jackson and its employee, Galloway, were in the business of selling ice cream largely to children. To accomplish this end, children were deliberately drawn into the street by the use of an attractive truck and ringing bells. The defendants were aware that many of the children so attracted were obliged to cross and re-cross the roadway and also that many of the children were too young to take proper care for their own safety. The evidence amply demonstrates

quaient pas.

On n'avait donné aux chauffeurs, dont Galloway, aucune instruction précise sur la façon de s'y prendre avec les petits enfants.

Les autorités municipales d'une autre ville avaient suggéré qu'il y ait deux personnes par camion pour mieux surveiller les petits enfants qui formaient la clientèle habituelle; cette suggestion a été rapidement examinée, mais elle n'a pas été adoptée parce qu'elle n'était pas rentable.

En traitant de la responsabilité de J. B. Jackson Limited, le juge Keith a dit:

[TRADUCTION] Dans ces circonstances, je ne doute pas que la défenderesse J. B. Jackson Limited, indépendamment de la responsabilité du fait d'autrui, avait une obligation de diligence envers ses clients, trop jeunes pour être tenus responsables de leurs actes, et que la défenderesse a manqué à cette obligation lors de l'accident en question. S'il n'était vraiment pas rentable d'employer une seconde personne dans le camion et de répondre ainsi de la sécurité de sa jeune clientèle, elle devait au moins exiger du chauffeur-vendeur qu'il s'acquitte de cette obligation. Si cela n'était pas rentable non plus, elle n'aurait pas dû avoir de camions dans les rues.

Le juge Zuber, en rendant son jugement au nom de la Cour d'appel de l'Ontario sur le même point, après avoir cité, comme je l'ai fait, des extraits de l'arrêt *Donoghue v. Stevenson* (précité) et s'être ensuite référé aux arrêts *Home Office v. Dorset Yacht Co. Ltd.*⁶, et *Jordan House Ltd. c. Menow & Honsberger*⁷, a poursuivi:

[TRADUCTION] Pour déterminer les principes applicables en l'espèce, d'autres commentaires s'imposent au sujet des questions de fait. La défenderesse Jackson et son employé Galloway exerçaient un commerce de vente de crème glacée, s'adressant principalement à des enfants. Dans ce but, les enfants étaient délibérément attirés dans la rue par la vue d'un camion attrayant et le son des clochettes. Les défendeurs savaient que souvent les enfants ainsi attirés étaient obligés de traverser et retraverser la chaussée et que beaucoup d'entre eux étaient trop petits pour assurer leur propre sécurité. La

⁶ [1970] A.C. 1004.

⁷ [1974] S.C.R. 239.

⁶ [1970] A.C. 1004.

⁷ [1974] R.C.S. 239.

(if indeed it is necessary) that the defendants knew of the danger inherent of this type of enterprise.

When Galloway and Jackson induced the Teno children into the street, they assumed a duty to take reasonable care of them. It is perhaps ironic that while others concerned with the safety of children do what they can to dissuade children from running into the street, the purpose of the defendants was to accomplish the opposite. The children induced into the street by the defendants, to use Lord Atkin's expression, become the neighbours of the defendants.

I am of the opinion that such conclusions by the learned trial judge and by the Court of Appeal for Ontario were perfectly proper applications of the salutary principle so clearly put by Lord Atkin in *Donoghue v. Stevenson, supra*, and I arrived at a conclusion exactly in accordance with them. As to the objection that these defendants were carrying on a legal and ordinary business, certainly they are entitled to carry on that business but they must carry it on with ordinary regard for the safety of others inevitably, and therefore foreseeably, involved in the defendants' operation of the business. I am of the opinion that so soon as these defendants put that ice cream truck in operation on the streets of Windsor in the fashion which has been described above, then they put themselves in such a relationship with their child patrons that they became the neighbours of those children and in the words of Lord Atkin, "must take reasonable care to avoid acts or omissions which you can reasonably foresee would be likely to injure your neighbour".

To the objection that what it charged against these defendants is an omission and not a commission and that liability in negligence can only be found in the case of an omission when it is a failure to do what others carrying on a like business ordinarily do or when it is so obviously needed that it would be folly for anyone to fail to so act, my answer is that the latter category exactly fits the actions of the defendant J. B. Jackson Limited. It was inevitable that when the company attracted the patronage of young children, on the evidence found to be so young that they were of pre-school age with little ability to comprehend danger and none to read, then fail to take proper steps to see

preuve établit amplement (si cela est vraiment nécessaire) que les défendeurs connaissaient les dangers inhérents à ce type d'entreprise.

En attirant les enfants Teno dans la rue, Galloway et Jackson assumaient une obligation de diligence raisonnable à leur égard. Alors que d'autres personnes ont le souci de la sécurité des enfants et font ce qu'elles peuvent pour les dissuader de courir dans la rue, les défendeurs visaient le résultat contraire. Les enfants ainsi attirés dans la rue par les défendeurs deviennent leur prochain, pour reprendre l'expression de lord Atkin.

Je suis d'avis que ces conclusions du savant juge de première instance et de la Cour d'appel de l'Ontario sont des applications parfaitement pertinentes du principe salubre si clairement énoncé par lord Atkin dans l'arrêt *Donoghue v. Stevenson*, précité, et j'arrive à la même conclusion. Quant à l'objection selon laquelle ces défendeurs exerçaient un commerce licite et ordinaire, ils ont certainement le droit d'exercer ce commerce, mais ils doivent le faire en respectant la sécurité des personnes qui sont inévitablement, et par conséquent d'une manière prévisible, impliquées dans leur exploitation commerciale. Je suis d'avis que dès que ces défendeurs ont mis en circulation dans les rues de Windsor le camion décrit ci-dessus, ils se sont placés dans une relation telle vis-à-vis de leur clientèle enfantine, qu'ils en sont devenus le prochain et pour reprendre les mots de lord Atkin, ils devaient «agir avec diligence raisonnable pour éviter des actes ou omissions lorsqu'on peut raisonnablement prévoir qu'ils sont susceptibles de léser son prochain».

A l'objection selon laquelle on accuse les défendeurs d'une omission et non d'un acte et que la responsabilité pour négligence n'existe, dans le cas d'une omission, que si l'on manque de faire ce que d'autres personnes exerçant le même commerce font ordinairement ou que ce qui a été omis est si évidemment requis que ce serait folie de l'omettre, je réponds que les actes de la défenderesse J. B. Jackson Limited entrent exactement dans cette dernière catégorie. Selon la preuve, la compagnie cherchait à attirer la clientèle de jeunes enfants d'âge préscolaire, qui étaient donc en pratique incapables de se rendre compte du danger et ne savaient pas lire. En conséquence, ne pas prendre

that these children were not subjected to the gravest danger of traffic accidents was only to fail to do what anyone with the slightest common sense would have done. I agree with the comments made by both the learned trial judge and Zuber J.A. that if the defendant Jackson could not carry on its business profitably and safely without a second attendant in the truck then the company should not have been carrying on the business in that fashion.

Counsel for the appellant cited, *inter alia*, *Bressington v. Commissioner For Railways*⁸, for the proposition that unless it is shown that it is practicable to provide against a danger it cannot be shown that it is reasonable to do so. The facts in that case are so startlingly different that one must be most careful in drawing any general principle therefrom. They were as follows. A busy railway shunting yard was open only to members of the shunting crew. There the railway cars could move at any time without any warning when shunted by a locomotive from the other end of a line of cars. Two men, without watching, walked a few feet behind a stationary railway car. An impact at the other end of the line of cars drove the last one forward to hit them. It was argued that the accident might have been avoided if there had been placed at the end of each line of railway cars an employee to warn his fellow employees when one of the railway cars might be moved. The mere recital of the facts show how little application they have to a case where, by ringing bells and flashing lights on a truck adorned by cartoons, to attract attention, most desirable confections were sold to very young children.

It is true that the ease with which protection may be afforded is a strong argument that to provide such protection is only reasonable, but surely that principle would not apply to protect those who, for commercial purposes, engage in a business which is intended to and does attract very young children into an area of extreme danger. I would, therefore, confirm the finding of negligence against J. B. Jackson Limited.

⁸ (1947), 75 C.L.R. 339.

les mesures appropriées pour s'assurer que ces enfants n'étaient pas exposés au très grand danger d'accidents de la circulation, c'était inévitablement manquer de faire ce que toute personne avec le moindre bon sens aurait fait. Je souscris aux commentaires du savant juge de première instance et du juge d'appel Zuber selon lesquels, si la défenderesse Jackson ne pouvait pas exercer son commerce de façon rentable et sans danger en l'absence d'un second préposé dans le camion, la compagnie n'aurait pas dû exercer son commerce de cette façon.

L'avocat de l'appelante a notamment cité l'arrêt *Bressington v. Commissioner For Railways*⁸, pour appuyer sa prétention qu'à moins de démontrer qu'il est praticable de se prémunir contre un danger, on ne démontre pas qu'il soit raisonnable de le faire. Les faits dans cette affaire-là sont tellement différents qu'il faut être très prudent avant d'en tirer un principe général. Les voici: une équipe de manœuvre avait seule accès à une gare de triage de chemin de fer très utilisée. Les wagons pouvaient être déplacés à tout moment et sans avertissement. Une locomotive accrochée à une extrémité de la rame faisait la manœuvre. Deux hommes, sans se méfier, marchaient à quelques pas derrière un wagon arrêté. Ils furent heurtés par le dernier wagon qu'un tamponnement survenu à l'autre bout de la rame avait déplacé. On a prétendu que l'accident aurait pu être évité si, à l'arrière de chaque rame, on avait placé un employé pour avertir ses collègues du mouvement des wagons. La simple narration des faits démontre que ceux-ci ont bien peu de rapport avec un cas où, grâce au son de clochettes et à des lumières clignotantes sur un camion orné de dessins, on attire l'attention de très jeunes enfants sur des friandises attrayantes.

Il est vrai que le caractère raisonnable des mesures de protection peut être fonction de la facilité avec laquelle elles peuvent être fournies; mais ce principe ne s'applique sûrement pas pour exonérer ceux qui, dans un but lucratif, exploitent un commerce visant à attirer de très jeunes enfants dans une zone extrêmement dangereuse. Je confirmerais donc la conclusion que J. B. Jackson Limited a été négligente.

⁸ (1947), 75 C.L.R. 339.

Both the trial Court and the Court of Appeal for Ontario found that in addition to the negligence of J. B. Jackson Limited its driver Stuart Galloway was also negligent in the course of his employment for which negligence his employer is, of course, responsible in law.

As I have said before, Galloway was extremely untrained. He was an 18 or 19-year-old student (both ages are mentioned in the reasons) who had been working for about six weeks after reading a manual said to be inapplicable at least in part to the vehicle which he operated and who had a part of a day's instruction by a supervisor. That supervisor seemed mostly concerned not with safety but with efficient merchandising. As Galloway drove south on Academy Drive, he observed to his left on a lawn at the east side of the street two young children who turned out to be the victim and her brother aged, respectively, 4½ years and 6 years plus a month. It was quite evident to Galloway that these children had been attracted by the ice cream truck with its bells and lights and were coming to purchase. Galloway stopped his truck on the west side of Academy Drive against the west curb so that these children had to cross, firstly, the two northbound lanes then the boulevard and then the two southbound lanes to get to the right hand side of his truck where the service window was open awaiting them.

Galloway observed in his rear view mirror, while still seated at the steering wheel, a vehicle approaching from the north so that that vehicle would pass to the left side of his then stopped truck, and he spoke to these two children warning them to stop. The two children stood on the easterly curb of the southbound lanes, that is, at the west side of the boulevard until that car had passed then crossed the southbound lanes and came to his service window.

In the report of the judgment for the Court of Appeal for Ontario to which I have referred above, it is recited how Galloway first served the little girl, Diane Teno, the plaintiff, and then turned to her brother. On Brian Arnold's evidence, at the moment when Galloway took the latter child's

Le tribunal de première instance et la Cour d'appel de l'Ontario ont conclu qu'en plus de la négligence de J. B. Jackson Limited, son chauffeur, Stuart Galloway, a également été négligent dans l'exercice de ses fonctions, et a ainsi engagé en droit la responsabilité de son employeur.

Comme je l'ai dit précédemment, Galloway était très inexpérimenté. C'était un étudiant de 18 ou 19 ans (les deux âges sont mentionnés dans les motifs) qui travaillait depuis six semaines environ, après avoir lu un manuel considéré comme inapplicable, au moins en partie, au véhicule qu'il conduisait et qui n'avait reçu de formation pour son travail que par les instructions données en moins d'une journée par un contrôleur qui semblait principalement se soucier des méthodes de vente efficaces et non de sécurité. Alors que Galloway roulait vers le sud sur Academy Drive, il remarqua à sa gauche, sur une pelouse du côté est de la rue, deux jeunes enfants qui se sont avérés être la victime et son frère, respectivement âgés de 4 ans et demi et 6 ans et un mois. Il était bien évident pour Galloway que ces enfants avaient été attirés par le camion, avec ses clochettes et ses lumières, et qu'ils voulaient acheter de la crème glacée. Galloway arrêta son camion du côté ouest d'Academy Drive, en bordure ouest de la chaussée, de sorte que les enfants devaient traverser, premièrement, les deux voies nord, puis le terre-plein, et enfin les deux voies sud, pour atteindre le côté droit de son camion où le guichet était ouvert pour les servir.

Alors qu'il était encore au volant, Galloway a vu dans son rétroviseur un véhicule qui venait du nord et qui allait passer à la gauche de son camion alors arrêté; il a dit aux deux enfants de s'arrêter. Les deux enfants sont restés sur le bord est des voies sud, c'est-à-dire du côté ouest du terre-plein, jusqu'à ce que l'automobile soit passée; ils ont alors traversé les voies allant vers le sud et se sont rendus au guichet de service.

Le jugement de la Cour d'appel de l'Ontario, que j'ai mentionné plus haut, révèle que Galloway a d'abord servi la petite fille, Diane Teno, la demanderesse, et s'est ensuite tourné vers son frère. Selon le témoignage de Brian Arnold, au moment où Galloway a pris la commande du petit

order and turned to bend down into the freezer and take out the wares which the child had ordered he, Brian Arnold, was proceeding southward on Academy Drive between his friend's house and the rear of the truck. That distance, on the evidence, was about 350 to 400 feet. Brian Arnold travelled between a minimum of 15 and a maximum of 25 miles per hour and, on his evidence, as he approached the rear of the truck he was travelling about 20 miles per hour so that the latter might be taken as his average speed. At that average speed, it would take him between 11 and 12 seconds to cover this distance from his friend's house to the ice cream truck. During that whole distance, he would have been plainly visible to Galloway if Galloway had chosen to give the slightest glance through the large glass windows in the rear of his truck. Had he done so, he could not have failed to see that the two children, and particularly the little girl whom he had just served, would be in imminent danger of being struck when they returned to go home on the other side of the street, as it was inevitable that they would do.

Had Galloway not committed any other act of negligence, I would have found that the failure to take the slightest precaution of looking through his rear window in order to protect his little customers would have been enough to attach liability to him. There were, of course, other acts of negligence. Having first realized that these children might be injured by the first southbound automobile, to fail to warn them or either one of them before they started to return across the boulevard of the danger which could arise from other cars was negligence. I am of the opinion that, in fact, the permitting of the children to cross the street at all in order to purchase might well be considered negligent. That danger had been realized and in the manual which it was said applied to the earlier vehicle the operators were warned not to permit children to cross the street, and that warning was repeated for children old enough to read with a sign on the left side of the truck to which I have already referred.

With respect, I agree with the view of Keith J. when he said:

frère, il s'est retourné et s'est penché sur les bacs à crème glacée pour y prendre ce que l'enfant avait commandé, lui, Brian Arnold, se dirigeait vers le sud le long d'Academy Drive entre la maison de son ami et l'arrière du camion. Selon la preuve, cette distance était d'environ 350 à 400 pieds. Brian Arnold conduisait à 15 milles à l'heure au minimum et à 25 milles à l'heure au maximum et, selon son témoignage, à l'approche du camion, il conduisait à environ 20 milles à l'heure; on peut considérer ce dernier chiffre comme sa vitesse moyenne. A cette vitesse, il lui fallait entre 11 et 12 secondes pour couvrir la distance entre la maison de son ami et le camion du marchand de crème glacée. Sur ce parcours, Galloway aurait pu facilement le voir s'il avait jeté le moindre coup d'œil par les grandes vitres arrière de son camion. S'il l'avait fait, il n'aurait pas pu manquer de voir que les deux enfants, et particulièrement la petite fille qu'il venait de servir, risquaient d'être renversés s'ils traversaient la rue pour retourner chez eux, comme il était inévitable qu'ils le fissent.

Si Galloway n'avait commis aucun autre acte de négligence, j'aurais conclu que sa responsabilité était engagée du seul fait qu'il a manqué de prendre la précaution élémentaire de regarder par la vitre arrière pour protéger ses petits clients. Il y a, évidemment, d'autres actes de négligence. Comme il s'était rendu compte que ces enfants risquaient d'être renversés par la première automobile qui roulait vers le sud, il a commis une négligence en ne les avertissant pas de faire attention aux voitures avant de traverser la rue pour retourner chez eux. Je suis d'avis qu'en fait, on pourrait bien considérer comme une négligence le simple fait d'avoir permis aux enfants de traverser la rue pour effectuer un achat. On s'était rendu compte de ce danger et le manuel qui s'appliquait aux anciens véhicules recommandait aux chauffeurs de ne pas permettre aux enfants de traverser la rue; cet avertissement était répété aux enfants assez âgés pour lire sur l'écriteau placé sur le côté gauche du camion.

Avec égards, je souscris à ce commentaire du juge Keith:

In my judgment Galloway, in serving his employer as he did, was himself negligent and his negligence becomes the further responsibility of his employer.

II

AS TO THE LIABILITY OF YVONNE TENO TO CONTRIBUTE

I turn next to consider the position of Yvonne Teno as appellant. As I have said, both the defendants Wallace Arnold and Brian Arnold and the defendants J. B. Jackson Limited and Stuart Galloway claimed contribution from both the adult plaintiffs Orville Teno and Yvonne Teno. At trial, after consideration of the issue, Keith J. concluded:

The parents of these children did not depart from the generally accepted standard of care.

In any event the negligence that caused injury to Diane Teno was the combined negligence of Brian Arnold, Stuart Galloway and J. B. Jackson Limited, and the claim for indemnity against Orville Teno and Yvonne Teno fails.

Zuber J.A., for the Court of Appeal, in his reasons, said:

The next issue in this case is whether or not there was any negligence on the part of Yvonne Teno.

The notice of appeal to the Court of Appeal on behalf of Wallace Arnold and Brian Arnold simply alleged that the learned trial judge erred in finding that the conduct of Yvonne Teno did not contribute to the injuries and amount to negligence but the solicitor for the defendants J. B. Jackson Limited and Stuart Galloway, in their notice of appeal to the Court of Appeal, alleged that the learned trial judge erred in finding the injuries of the plaintiff had not been caused by or contributed to by the negligence of the *plaintiffs* Yvonne Teno and Orville Teno. It would appear that in their argument of the appeal, the appellants desisted from claiming any contribution by Orville Teno, the father of the infant plaintiff. Zuber J.A. found that negligence of the mother Yvonne Teno had contributed to the injuries to her daughter, saying, "The conduct of Yvonne Teno falls short of the

[TRANSLATION] A mon avis Galloway, en servant son employeur comme il l'a fait, a été lui-même négligent et sa négligence engage aussi la responsabilité de son employeur.

II

DE LA RESPONSABILITÉ D'YVONNE TENO

Je vais examiner maintenant la situation d'Yvonne Teno, en sa qualité d'appelante. Comme je l'ai dit, les défendeurs Wallace Arnold et Brian Arnold ainsi que les défendeurs J. B. Jackson Limited et Stuart Galloway allèguent la négligence contributive des deux adultes demandeurs, Orville Teno et Yvonne Teno. En première instance, après examen de la question, le juge Keith a conclu:

[TRANSLATION] Les parents de ces enfants n'ont pas dérogé aux normes de diligence généralement reconnues.

En tout état de cause, la négligence qui a causé des blessures à Diane Teno est imputable à Brian Arnold, Stuart Galloway et J. B. Jackson Limited, et la demande de contribution formulée à l'encontre d'Orville Teno et d'Yvonne Teno doit échouer.

Le juge Zuber, au nom de la Cour d'appel, a déclaré dans ses motifs:

[TRANSLATION] La question suivante qui se pose en l'espèce est de savoir s'il y a eu négligence de la part d'Yvonne Teno.

L'avis d'appel devant la Cour d'appel signifié au nom de Wallace Arnold et Brian Arnold allègue simplement que le savant juge de première instance a erré en concluant que la conduite d'Yvonne Teno n'a pas contribué aux blessures et qu'elle n'a pas été négligente. Toutefois, les avocats des défendeurs J. B. Jackson Limited et Stuart Galloway, dans leur avis d'appel à la Cour d'appel, prétendent que le savant juge de première instance a erré en concluant que les blessures de la demanderesse n'ont pas été causées en totalité ou en partie par la négligence des *demandeurs* Yvonne Teno et Orville Teno. Il semblerait que, dans leur plaidoirie en appel, ils se sont désistés de leur recours en contribution contre Orville Teno, le père de la mineure demanderesse. Le juge Zuber a conclu que la négligence de la mère Yvonne Teno a contribué aux blessures subies par sa fille et

standard to be expected from a reasonably prudent mother under the circumstances”.

In the report of the judgment of the Court of Appeal for Ontario, the actual circumstances leading to the time when the infant plaintiff and her brother left their home and approached the ice cream truck are carefully detailed and I need not repeat them.

A few additional facts were adduced in evidence which might well be stated.

Academy Drive is a residential street ending one-and-a-half blocks to the south of the site of the accident at a private girls' secondary school. There were no sidewalks on either side of Academy Drive. During the summer, when the school is not in operation, this street might be considered to have a reduced volume of traffic. About 25 young children reside in the block where the accident occurred.

The infant plaintiff, Diane Teno, was a normal, active child of four-and-a-half years of age and left the home accompanied by her brother six years and one month old. Evidence given by the parents was that both children had received repeated instructions from the parents as to the proper method of crossing streets, and the infant plaintiff had been instructed to never cross streets unattended. She had frequently crossed this very Academy Drive but accompanied by her brother or older sister or by a baby sitter and had crossed Academy Drive before in company with this very same brother to purchase ice cream from ice cream vending trucks. At the time of this accident, the infant plaintiff and her sister and brothers were playing in the front yard of the house immediately next door to their home when they heard the sound of the bells announcing the approach of the ice cream truck. Their mother, the appellant Yvonne Teno, had been engaged in her housework and answered a telephone call from her husband who was at work in Detroit. That call was, therefore, a long distance call although the tariff would have been small for such a short distance. Upon the children requesting money to

déclaré: [TRADUCTION] «la conduite d'Yvonne Teno ne correspond pas à ce que l'on peut attendre, dans les circonstances, d'une mère raisonnablement prudente».

Les événements précédant immédiatement le moment où la mineure demanderesse et son frère ont quitté la maison pour aller au camion du marchand de crème glacée, sont expliqués en détail dans l'arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario et il est inutile de les répéter.

Je mentionnerai quelques faits additionnels qui ont été mis en preuve.

Academy Drive est une rue résidentielle qui aboutit à une école secondaire privée pour filles, à deux coins de rue du lieu de l'accident. Il n'y a pas de trottoir le long de cette circulation. Environ 25 jeunes enfants résident dans l'îlot de maisons où l'accident s'est produit.

La jeune demanderesse, Diane Teno, une enfant normalement active, âgée de quatre ans et demi, a quitté sa maison accompagnée de son frère âgé de six ans et 1 mois. Les parents ont témoigné qu'ils avaient fréquemment expliqué aux deux enfants comment traverser les rues et qu'ils avaient ordonné à la jeune demanderesse de ne jamais le faire sans être accompagnée. Elle avait fréquemment traversé Academy Drive, mais toujours accompagnée de son frère, d'une sœur plus âgée ou d'une gardienne. Elle avait traversé Academy Drive auparavant, accompagnée de son frère, pour acheter de la crème glacée à des marchands ambulants. Peu avant l'accident, la jeune demanderesse, sa sœur et son frère jouaient devant la maison voisine, quand ils ont entendu le son des clochettes annonçant l'approche du marchand de crème glacée. Leur mère, l'appelante Yvonne Teno, s'occupait de ses travaux ménagers et répondait à un appel téléphonique de son mari qui travaillait à Detroit. Il s'agissait donc d'un appel interurbain, bien que le tarif soit peu élevé pour une distance aussi courte. Lorsque les enfants ont demandé de l'argent pour acheter de la crème glacée, Yvonne Teno leur en a donné et leur a dit de «faire bien

purchase from the ice cream vendor, Yvonne Teno gave the money to both of them and admonished them "watch out for cars". The children left the house and very shortly thereafter, while she was still speaking to her husband on the telephone, Yvonne Teno heard the "thump" of the accident.

Galloway testified that it was not unusual to observe pre-school age children approaching the ice cream vending truck alone or in small groups or with their parents. On this evidence, Keith J. considered the claim for contribution on the basis that there was no doctrine of identification in Ontario such as has been applied in various states in the United States of America and that therefore it was possible for a parent to have been found in breach of a duty of care to a child and liable for that child's damages, citing *Gambino et al. v. Dileo et al.*⁹ That was a judgment of Osler J. at trial. The case does not seem to have gone to appeal. That was another case of children being injured when leaving an ice cream vending truck. There, however, the infant plaintiffs, by their father as next friend, had sued only the owner-driver of the automobile which struck them and not the operator of the ice cream truck. The father had been sitting on the front steps of his home immediately across the road from where the ice cream truck had stopped in front of a small park. Upon the two infants desiring to purchase ice cream, he accompanied the two of them across the street having to pass between a row of parked cars on his own side of the street before reaching the truck. He then left the children and returned to resume his position on the front steps and the reading of his paper.

Osler J. said at p. 134:

Under all these circumstances I find that the failure of Mr. Gambino either to keep his children constantly in view so that he could be ready to assist them, or to remain on the same side of the road as the children in order to guard them from the possibility of crossing on their own, constitutes negligence for which he must bear responsibility.

⁹ [1971] 2 O.R. 131.

attention aux autos». Les enfants sont sortis et peu de temps après, alors qu'elle parlait encore au téléphone avec son mari, Yvonne Teno a entendu le «bruit sourd» de l'accident.

Galloway a témoigné qu'on voyait couramment des enfants d'âge préscolaire venir acheter de la crème glacée au camion, seuls, par petits groupes ou avec leurs parents. Sur la foi de ce témoignage, le juge Keith a examiné le recours en contribution en tenant pour acquis que la théorie dite de l'identification, appliquée dans divers états des États-Unis d'Amérique, n'existe pas en Ontario et qu'il est donc possible de conclure que des parents ont manqué à leur obligation de diligence envers leur enfant et qu'ils sont responsables des dommages subis par ce dernier. Le juge a cité l'arrêt *Gambino et al. v. Dileo et al.*⁹ Il s'agit d'un jugement de première instance du juge Osler. L'affaire ne semble pas avoir été portée en appel. C'est un autre cas d'enfants blessés alors qu'ils s'éloignaient du camion d'un marchand de crème glacée. Toutefois, dans cette affaire-là, les mineurs demandeurs, représentés par leur père, avaient poursuivi uniquement le propriétaire-conducteur de l'automobile qui les avait renversés et non le marchand de crème glacée. Le père était assis sur les marches du perron de sa maison, en face de là où le camion s'était arrêté, près d'un petit parc. Les deux enfants voulaient de la crème glacée et il avait traversé la rue avec eux, en passant entre des voitures stationnées de son propre côté de la rue avant d'atteindre le camion. Il a ensuite laissé les enfants et est retourné s'asseoir sur les marches de son perron pour reprendre la lecture de son journal.

Le juge Osler a dit, à la p. 134:

[TRADUCTION] Vu toutes ces circonstances, je conclus que M. Gambino a été négligent en ne gardant pas ses enfants dans son champ de vision pour être prêt à les aider ou en ne restant pas du même côté de la rue qu'eux pour éviter qu'ils ne traversent tout seuls; il doit donc en porter la responsabilité.

⁹ [1971] 2 O.R. 131.

He assessed a 25 per cent contribution upon the father.

Another decision by a trial court judge in Ontario is also of some interest, that is Anger J.'s judgment in *Beckerson and Beckerson v. Dougherty*¹⁰. There a boy four and one-third years old was struck by the defendant's automobile on Barton Street in the City of Hamilton when the child was several hundred yards away from his home which was on a different street. The father gave evidence as to a general plan of supervision whereby one of the mothers in the area was supposed to look after the group of children but could not give any evidence as to any actual supervision at the time of the accident and testimony of the motorist was that he saw no evidence of such supervision. Anger J., relying on *Pedlar v. Toronto Power Co.*¹¹, came to the conclusion that a parent's contributory negligence in failing to take proper care of an infant child could affect the parent's own right to recovery for out-of-pocket expenses in the subsequent care of the injured child. In the result, Anger J. gave judgment for the infant plaintiff for \$1,500 and for the adult plaintiff for only 70 per cent of the out-of-pocket expenses incurred by such adult plaintiff. There does not seem to be any discussion in the case as to any liability of the parent to contribute to the defendant any percentage of the amount awarded against the defendant in favour of the infant plaintiff.

In the present case, the learned trial judge allowed out-of-pocket expenses of \$7,979.62 and another sum of \$7,500 to the male adult plaintiff Orville Teno. It was directed that the amount of \$7,500 be held in trust for the female plaintiff, the mother, Yvonne Teno, as a *quantum meruit* for her care of the infant plaintiff up to the date of the trial. On appeal, there was no contest as to that portion of the judgment and despite the contribution of 25 per cent awarded to the defendants against the adult plaintiff Yvonne Teno there was no direction of any reduction because of the 25 per cent contribution.

Il a évalué à 25 pour cent la part de responsabilité du père.

Une autre décision d'un juge de première instance de l'Ontario présente également quelque intérêt. Il s'agit du jugement du juge Anger dans l'affaire *Beckerson and Beckerson v. Dougherty*¹⁰. Un garçonnet de quatre ans et quatre mois avait été renversé par l'automobile du défendeur, rue Barton, à Hamilton, alors que l'enfant se trouvait à plusieurs centaines de mètres de sa maison située dans une autre rue. Dans son témoignage, le père a expliqué qu'il existait un plan général de surveillance selon lequel une des mères de famille du secteur était censée s'occuper du groupe d'enfants; il n'a cependant pu fournir aucune preuve d'une surveillance effective quelconque au moment de l'accident et l'automobiliste a témoigné qu'il n'avait constaté aucune surveillance de ce genre. S'appuyant sur l'arrêt *Pedlar v. Toronto Power Co.*¹¹, le juge Anger a conclu que la négligence contributive des parents, qui négligèrent de prendre convenablement soin d'un enfant mineur, peut leur faire perdre leur droit de recouvrer leurs débours pour les soins donnés à l'enfant blessé. En définitive, le juge Anger a condamné le défendeur à payer au demandeur mineur \$1,500 et au demandeur majeur seulement 70 pour cent des débours. Il ne semble pas y avoir eu de débats sur l'obligation des parents de verser au défendeur un pourcentage du montant auquel il a été condamné en faveur du demandeur mineur.

En l'espèce, le savant juge de première instance a alloué \$7,979.62 au titre des débours et un autre montant de \$7,500 au demandeur Orville Teno. Il a ordonné que le montant de \$7,500 soit détenu en fiducie pour le compte de la mère, la demanderesse Yvonne Teno, comme *quantum meruit* pour les soins donnés à la demanderesse mineure jusqu'à la date du procès. On n'a pas contesté cette partie du jugement en appel et, bien que la demanderesse, Yvonne Teno, ait été tenue responsable à 25 pour cent vis-à-vis du défendeur, on n'a ordonné aucune réduction en conséquence.

¹⁰ [1953] O.R. 303.

¹¹ (1913), 29 O.L.R. 527.

¹⁰ [1953] O.R. 303.

¹¹ (1913), 29 O.L.R. 527.

In *Cowle and Cowle v. Fillion*¹², Miller Co.Ct.J. considered an action by an infant plaintiff and by the infant plaintiff's father against a motorist based on the injuries to the child and found that the motorist had not discharged the onus in the Ontario statute to which I have previously referred and then continued to consider the claim by the defendant that the adult plaintiff should be found guilty of negligence. He said at pp. 884-5:

The parents of this child did not intentionally permit him to play on the street. He had been told not to go on the street. On the day in question they sent him out to play at the rear of their apartment, where he was accustomed to ride his tricycle on the walk and to play in the sand-boxes provided for that purpose in the play-area. The play-area was surrounded by a fence but there were openings at each end for which no gates were provided. His mother looked out the window from time to time to see that he was all right. He had on some occasions wandered away and she had had to go after him but he had not gone on the street before, to the knowledge of his parents. The street was not "a main thoroughfare" but a residential street and the fact that at the time of the accident there was no other traffic would indicate that it was not a busy street. According to the father's evidence the child had been out of the house for 15 or 20 minutes at the time of the accident, but when he left the area behind his home does not appear. As I have said, it was a residential area for members of the army and it was estimated that there were 200 or 300 children resident in the settlement. There were 40 or 50 children playing around the vicinity of the plaintiff's home at the time in question. There was no suggestion in cross-examination or otherwise that the parents of the infant plaintiff took any fewer precautions than those taken by all the other parents in the area. If anything was said, at the time the injured child was brought into the house, as to the mother being at fault I am satisfied that neither parent said anything to indicate that the child had been knowingly permitted on the street.

In *Ware's Taxi Limited et al. v. Gilliam et al.*, [1949] S.C.R. 637, [1949] 3 D.L.R. 721, although there was disagreement as to the effect of the evidence in the case, all of the members of the Court apparently agreed that the conduct of other parents, or of parents generally, might be taken as one test of the reasonableness or sufficiency of the actual care in the particular case.

¹² [1956] O.W.N. 881.

Dans l'arrêt *Cowle and Cowle v. Fillion*¹², le juge de comté Miller a examiné l'action introduite par un demandeur mineur et par son père contre un automobiliste, pour des blessures subies par l'enfant et a conclu que l'automobiliste ne s'était pas acquitté de la charge de la preuve prévue par la loi de l'Ontario précitée; il a ensuite examiné la prétention du défendeur selon laquelle le demandeur majeur devait être considéré coupable de négligence. Il a dit aux pp. 884 et 885:

[TRADUCTION] Les parents de cet enfant ne lui ont pas intentionnellement permis de jouer dans la rue. Ils lui avaient dit de ne pas y aller. Le jour en question, ils l'avaient envoyé jouer à l'arrière de leur appartement, où il avait l'habitude de faire du tricycle dans l'allée et de jouer au tas de sable aménagé dans la zone des jeux. Cette dernière était entourée d'une clôture, mais il y avait à chaque extrémité des ouvertures sans barrière. La mère surveillait l'enfant par la fenêtre de temps à autre pour s'assurer que tout allait bien. Il s'était parfois éloigné et elle avait dû aller le chercher mais, à la connaissance de ses parents, il n'était jamais allé dans la rue auparavant. La rue n'était pas «une artère principale», mais une rue résidentielle et le fait qu'au moment de l'accident il n'y avait pas d'autre circulation, indique qu'il ne s'agissait pas d'une rue passante. Selon le témoignage du père, l'enfant était sorti de la maison 15 ou 20 minutes avant l'accident; on ne sait cependant pas quand il a quitté l'arrière de sa maison. Comme je l'ai dit, il s'agit d'une zone résidentielle réservée aux familles de militaires, où résidaient 200 ou 300 enfants. Au moment de l'accident 40 ou 50 enfants jouaient dans le voisinage de la maison du demandeur. On n'a pas suggéré, pendant le contre-interrogatoire ni ailleurs, que les parents du demandeur mineur avaient pris moins de précautions que les autres parents du secteur. Si l'on a reproché quoi que ce soit à la mère quand on a ramené l'enfant blessé à la maison, je suis convaincu que les parents n'ont pas indiqué qu'ils avaient sciemment permis à l'enfant d'aller dans la rue.

Dans l'affaire *Ware's Taxi Limited et autres c. Gilliam et autres*, [1949] R.C.S. 637, [1949] 3 D.L.R. 721, bien qu'il y ait eu désaccord quant à l'effet de la preuve, tous les membres de la Cour ont apparemment convenu que la conduite d'autres parents, ou des parents en général, peut être considérée comme la mesure du caractère raisonnable ou de la suffisance des précautions prises dans un cas particulier.

¹² [1956] O.W.N. 881.

In my opinion the adult plaintiff and his wife did not fail to act as reasonable and prudent parents and the adult plaintiff is not liable for indemnity or contribution with respect to the damages payable by the defendant to the infant plaintiff. Neither do I think that the expenses incurred by the adult plaintiff by reason of his child's injuries were, in whole or in part, the result of any want of reasonable care on his part.

*McCallion v. Dodd and another*¹³ is a decision of the Supreme Court of New Zealand on appeal from Gresson J. In that case, the father and mother and two boys, the younger of which was four years of age, were walking along a rural highway after dark on the side of the road which would cause overtaking traffic to come from behind them. The driver of an overtaking automobile failed to observe the four and struck them killing the mother and badly injuring the four-year-old boy. The defendant issued a third party notice against the father alleging his negligence in failing to take care of the infant and the trial judge gave effect to that third party notice allowing a contribution by the father in favour of the defendant. In the Court of Appeal, the right to such a contribution was confirmed. North P. said at p. 721:

A stranger would render himself liable in negligence only if he had on a particular occasion assumed or accepted the care and charge of the child. It seems to me, however, that parents are in a somewhat different position, and at all times while present are under a legal duty to exercise reasonable care to protect their child from foreseeable dangers. I do not consider that a parent *while present* is ever able to shed responsibility for the child's safety though on the facts it may appear that he was not negligent by reason of his preoccupation with other things. It has been accepted that a person who, as a parent, has control of a child is responsible for negligence in the exercise of that control if injury results to another.

(The italics are my own.)

There are some other cases but I deduct therefrom a confirmation of the principle referred to by both the trial judge and the Court of Appeal that the liability of the parent to contribute himself be

A mon avis, le demandeur majeur et sa femme ont agi comme des parents raisonnables et prudents et le demandeur majeur n'est pas tenu de contribuer aux dommages-intérêts dus par le défendeur au demandeur mineur. Je ne pense pas non plus que les dépenses engagées par le demandeur majeur en raison des blessures de son enfant résultent, en tout ou en partie, d'un manque de soins raisonnables de sa part.

*McCallion v. Dodd et autres*¹³, est un arrêt de la Cour suprême de la Nouvelle-Zélande en appel d'une décision du juge Gresson. Dans cette affaire, le père, la mère et deux garçonnets, dont le plus jeune était âgé de quatre ans, marchaient à la tombée de la nuit le long d'une route rurale, de sorte qu'ils avaient le dos à la circulation sur leur côté de la route. Le conducteur d'une automobile qui les dépassait n'a pas vu les quatre piétons et les a heurtés, tuant la mère et blessant sérieusement le garçon âgé de quatre ans. Le défendeur a mis le père en cause, alléguant qu'il n'avait pas rempli son obligation de diligence vis-à-vis du mineur. Le juge de première instance a accueilli cette mise en cause et a condamné le père à verser une indemnité au défendeur. En Cour d'appel, le droit à cette contribution a été confirmé. Le président North a dit à la p. 721:

[TRADUCTION] Un tiers se rendrait coupable de négligence dans le seul cas où, en une occasion particulière, il aurait assumé le soin ou accepté de prendre soin de l'enfant. Il me semble, cependant, que les parents sont dans une situation quelque peu différente et ont, en tout temps, quand ils sont présents, l'obligation en droit d'exercer une diligence raisonnable pour protéger leur enfant des dangers prévisibles. Je ne pense pas que des parents, *quand ils sont présents*, puissent jamais se décharger de leur responsabilité à l'égard de la sécurité de l'enfant, bien que les faits puissent montrer qu'ils n'étaient pas négligents mais préoccupés par d'autres choses. On a admis qu'une personne qui, en tant que parent, a la garde d'un enfant est coupable de négligence dans l'exercice de cette garde si un autre subit un préjudice.

(Les italiques sont de moi.)

Il existe d'autres affaires, mais j'en déduis une confirmation du principe, mentionné par le juge de première instance et par la Cour d'appel, selon lequel l'obligation de contribution des parents doit

¹³ [1966] N.Z.L.R. 710.

¹³ [1966] N.Z.L.R. 710.

considered in view of the accepted standard of care by parents generally in the community.

Keith J. found that the appellant Yvonne Teno had acted in accordance with that standard. Zuber J.A., in giving judgment for the Court of Appeal for Ontario, was strongly of the view that she had not, saying "the conduct of Yvonne Teno falls short of the standard to be expected from a reasonably prudent mother under the circumstances". With respect, I am of the opinion that the learned trial judge came to the correct conclusion. Here was a mother of four young children who was speaking to her husband on the telephone and was interrupted by the two youngest crying for money to buy ice cream confections to be supplied by the defendant J. B. Jackson Limited from a vehicle designed to attract if not entice young children. The children had been used to buying confections from the same kind of dealer, if not the same dealer, previously. The children had both received very strong instructions as to how they should behave in reference to crossing the street and, in fact, had crossed the street for that very purpose on other occasions. The mother specifically reminded the children on this very occasion to "watch out for cars". I do not think it can be said that that mother, who permitted her children to cross that quiet residential street to buy wares from the ice cream truck as the same children and the other children in the neighbourhood had been accustomed to doing, can be found to be contributorily negligent. I approach this conclusion in the light of all the circumstances as to the attraction to young children by the defendant J. B. Jackson Limited's method of carrying on its business and in the light of the defendant Brian Arnold's failure to observe any ordinary precaution in driving down a street where 25 children resided in the same block and where this infant child attractor, the ice cream truck, was present.

It was the emphatic submission of counsel on behalf of J. B. Jackson Limited and Stuart Galloway that to refuse contribution against Yvonne Teno would be to put a higher standard of care of this infant upon these two defendants than on her

être examinée au regard des normes de diligence reconnues par les parents en général dans la collectivité.

Le juge Keith a conclu que l'appelante Yvonne Teno avait agi conformément à ces normes. Le juge Zuber en rendant son arrêt au nom de la Cour d'appel de l'Ontario était fortement d'avis qu'elle ne l'avait pas fait. Il a dit: [TRADUCTION] «la conduite d'Yvonne Teno ne correspond pas aux normes de ce que l'on peut attendre, dans les circonstances, d'une mère raisonnablement prudente». Avec égards, je suis d'avis que la conclusion du savant juge de première instance est la bonne. Voici une mère de quatre jeunes enfants qui parle à son mari au téléphone et est interrompue par les deux plus jeunes qui demandent de l'argent pour acheter de la crème glacée vendue par la défenderesse J. B. Jackson Limited dans un véhicule conçu pour attirer, sinon affriander, les jeunes enfants. Les enfants avaient l'habitude d'acheter des friandises au même genre de marchands, sinon au même marchand. Ils avaient tous deux reçu des instructions sévères sur la manière de traverser la rue et, en fait, l'avaient traversée dans ce même but en d'autres occasions. La mère a expressément rappelé aux enfants en cette occasion précise de «faire bien attention aux autos». Je ne pense pas qu'on puisse dire que cette mère, qui a permis à ses enfants de traverser une rue résidentielle et tranquille pour acheter de la crème glacée, comme ces mêmes enfants et d'autres enfants du voisinage avaient l'habitude de le faire, a contribué par sa négligence à l'accident. J'arrive à cette conclusion en tenant compte de la méthode utilisée par la défenderesse J. B. Jackson Limited, dans l'exercice de son commerce, pour attirer les jeunes enfants et du fait que le défendeur Brian Arnold a conduit son véhicule sans observer les précautions d'usage dans une rue où 25 enfants résidaient dans le même îlot de maisons et où était stationné ce tentateur de jeunes enfants, un marchand de crème glacée.

L'avocat de J. B. Jackson Limited et de Stuart Galloway a vigoureusement plaidé que rejeter le recours en contribution contre Yvonne Teno équivaldrait à exiger de ces deux défendeurs des normes de diligence plus sévères que celles exigées

own mother. In my opinion, the circumstances to which I have referred above refute that submission. The standard of care put on the mother is, I think, properly the standard of care of mothers in the immediate community of the approach of this ice cream truck which was designed to attract and actively operate so that even children of tender years were enticed to purchase its wares. Yvonne Teno and the other mothers were entitled to rely on the vendor of the ice cream from such a vehicle to exercise some care toward the children which it attracted. I, therefore, am of the opinion that the appeal of Yvonne Teno should be allowed and that no contribution should be assessed against her.

III

APPORTIONMENT OF LIABILITY

This brings me to the apportionment of the liability of the four defendants against whom liability has been found. Of course, the defendants Wallace Arnold and Brian Arnold should bear the same proportion. For the reasons outlined at trial, in the Court of Appeal and in these reasons, I have found that there was negligence on the part of both the defendant J. B. Jackson Limited and the defendant Stuart Galloway. There were separate acts of negligence of these two defendants, the corporate defendant by the driving of its vehicle and its method of operation, the driver Galloway by his acts of commission and omission. However, the effect of those various acts of negligence is so interwoven that it is not realistic to separate them and I have determined, after some consideration and not without some reluctance, that a just division would be to lump the contribution of Wallace Arnold, the owner, and Brian Arnold, the driver, on one side, and that of J. B. Jackson Limited and its employee Galloway on the other. In my view, the negligent driving of Brian Arnold was a major contributory cause of the accident and the negligent operation of the business of Jackson and the negligent conduct of its driver Galloway taken together was a like major contributory cause. I would, therefore, hold that, of course, all four are liable to the plaintiffs for the full amount of their damages but as between themselves Wallace Arnold and Brian Arnold should contribute 50 per

de la propre mère de la mineure. A mon avis, les circonstances que j'ai rapportées ci-dessus réfutent cette prétention. Les normes de diligence demandées à la mère sont, je crois, les normes requises des parents dans le voisinage à l'arrivée d'un marchand de crème glacée dans un camion conçu pour attirer efficacement les enfants et utilisé de façon à ce que même de très jeunes enfants soient tentés d'acheter les produits. Yvonne Teno et les autres parents étaient en droit de compter que le marchand de crème glacée prendrait quelques précautions à l'égard des enfants qu'il attirait. En conséquence, je suis d'avis que le pourvoi d'Yvonne Teno doit être accueilli et qu'elle ne doit être condamnée à aucune contribution.

III

PARTAGE DE LA RESPONSABILITÉ

Cela m'amène au partage de la responsabilité entre les quatre défendeurs considérés responsables. Évidemment, les défendeurs Wallace Arnold et Brian Arnold sont responsables dans la même proportion. Pour les motifs soulignés lors du procès de première instance, devant la Cour d'appel et dans les présents motifs, je conclus qu'il y a eu négligence de la part des deux défendeurs, J. B. Jackson Limited et Stuart Galloway. Ces défendeurs ont commis des actes distincts de négligence, la compagnie défenderesse par la façon dont son véhicule était conduit et par ses méthodes de gestion, et le chauffeur Galloway par ses actes et ses omissions. Toutefois, les effets de ces divers actes de négligence sont tellement liés qu'il n'est pas réaliste de les séparer et j'ai décidé, après y avoir réfléchi et non sans une certaine hésitation, qu'il serait équitable de grouper la contribution de Wallace Arnold, le propriétaire, et Brian Arnold, le conducteur, d'une part et celle de J. B. Jackson Limited et son employé Galloway, de l'autre. A mon avis, la conduite négligente de Brian Arnold a été une cause majeure de l'accident; la gestion négligente de l'entreprise par Jackson et la conduite négligente de son chauffeur Galloway, prises ensemble, constituent également une cause majeure. En conséquence, je décide que tous les quatre sont tenus solidairement à l'égard des demandeurs du montant total des dommages-intérêts; cependant, entre eux, Wallace Arnold et

cent to their co-defendants and Jackson and Galloway should likewise contribute 50 per cent to those first named defendants.

IV

THE QUANTUM OF DAMAGES

There remains for consideration the question of the quantum of damages. The problem of quantum of damages in serious personal injury cases is a most difficult one and has been considered by this Court in not only the present appeal but, as I have said, in two other appeals argued just prior to the argument in the present appeal, namely, *Andrews v. Grand and Toy (Alberta) Limited* and *Thornton v. The Board of School Trustees of School District No. 57*. In all three cases, the plaintiffs suffered extremely serious personal injuries. There are, however, very considerable differences in the three appeals. In the first place, the plaintiff in the present appeal was, at the time of her injuries, a four-and-a-half-year-old little girl. In *Andrews v. Grand and Toy (Alberta) Limited*, the plaintiff was, at the time of the accident, a young man 21 years of age gainfully employed. In *Thornton v. The Board of School Trustees of School District No. 57*, the plaintiff was, at the time of the accident, a 15-year-old boy. Therefore, in *Andrews* the Court had a good basis for a consideration of the important topic in the fixing of the quantum of damages, that is, the loss of income, and even in *Thornton*, with a youth of Gary Thornton's age, the Court had much more solid ground upon which to proceed. On the other hand, as I have said, the plaintiff in the present appeal was a four-and-a-half-year-old girl at the time of the accident. Secondly, the injuries in both the *Andrews* and *Thornton* cases resulted in a condition of quadriplegia with no impairment of mental faculties. The injuries to the present plaintiff, as I shall show hereafter, were very different consisting chiefly of injuries to the brain with resultant physical disabilities and with a very considerable mental impairment. There are other differences between the three appeals but the above recital is sufficient to demonstrate that no general formulation can be used to reach a common result.

Brian Arnold doivent 50 pour cent des dommages-intérêts à leurs co-défendeurs Jackson et Galloway lesquels leur doivent aussi 50 pour cent desdits montants.

IV

MONTANT DES DOMMAGES-INTÉRÊTS

Il reste à examiner la question du montant des dommages-intérêts. Dans les cas de blessures corporelles graves, cette question est très délicate. Cette Cour l'a examinée non seulement dans ce pourvoi mais également, comme je l'ai dit, dans deux autres pourvois entendus immédiatement avant la présente affaire, savoir, *Andrews c. Grand and Toy (Alberta) Limited* et *Thornton c. The Board of School Trustees of School District N° 57*. Dans ces trois affaires, les demandeurs ont subi des blessures corporelles extrêmement graves. Il y a cependant d'énormes différences entre les trois pourvois. En premier lieu, la demanderesse en l'espèce était âgée de quatre ans et demi au moment de l'accident. Dans l'affaire *Andrews c. Grand and Toy (Alberta) Limited*, le demandeur, au moment de l'accident, avait 21 ans et occupait un emploi lucratif. Dans l'affaire *Thornton c. The Board of School Trustees of School District N° 57*, le demandeur était âgé de 15 ans, au moment de l'accident. Par conséquent, dans l'affaire *Andrews*, la Cour pouvait s'appuyer sur un fondement solide pour examiner la question importante dans la fixation des dommages-intérêts, savoir, la perte de revenus; même dans l'affaire *Thornton*, avec un jeune homme de l'âge de Gary Thornton, la Cour procédait sur un terrain bien plus sûr. En revanche, comme je l'ai dit, la demanderesse en l'espèce n'avait que quatre ans et demi au moment de l'accident. En second lieu, les blessures dans les affaires *Andrews* et *Thornton* ont entraîné une tétraplégie sans altération des facultés mentales. Comme je le démontrerai ci-après, les blessures subies par la présente demanderesse sont très différentes et consistent principalement en lésions cérébrales qui ont entraîné une incapacité physique et une altération considérable des facultés mentales. D'autres différences existent entre ces trois pourvois, mais ce qui précède suffit à démontrer qu'on ne peut recourir à aucune formule générale pour atteindre un résultat commun.

A similarity of verdicts may well be considered desirable and of some assistance in the settlement of future cases prior to judicial consideration of them or in the assessment of the damages allowed upon such consideration but it must be realized that that goal of similarity is one quite impossible to attain and that each case of assessment of damages for personal injuries must be determined in the consideration of the individual circumstances, the personality of the plaintiff, and many other particular aspects of each case.

I turn, therefore, to the question of the assessment of the damages which should be allowed to this plaintiff Diane Teno for the injuries which she sustained in the accident on July 1, 1969.

After a very careful analysis of the evidence and consideration of the arguments as to quantum advanced by counsel, the learned trial judge allowed damages as follows: Orville Teno—\$14,979.62—made up of out-of-pocket expenses paid for the care of the infant Diane Teno to the date of the trial—\$7,479.62—and a sum of \$7,500 which he was to hold in trust for Yvonne Teno as a *quantum meruit* for the care and service which she had to supply to her daughter Diane Teno up to the date of the trial. None of these sums were disturbed in the Court of Appeal for Ontario and they were not the subject of any submission in this Court.

The learned trial judge then allowed the sum of \$950,000 as the damages of the infant plaintiff Diane Teno. Of that sum \$200,000 was awarded to the infant plaintiff for what the learned trial judge described as “non-pecuniary damages” and which covered an award for pain and suffering, permanent disability, loss of amenities of life and loss of life expectancy. Zuber J.A., in giving reasons for judgment of the Court of Appeal, said:

This amount was challenged on the simple ground that it was too generous. I am unable to accept that argument. In my opinion, this assessment is reasonable and reflects no error.

Since the argument in this case, Mr. O'Brien has supplied us with a copy of a judgment of the Appellate Division of the Supreme Court of Alberta in *Andrews v. Grand & Toy Alberta Ltd.* (December 8, 1975, as yet

L'uniformité des verdicts peut être considérée comme souhaitable et de quelque utilité pour le règlement des litiges futurs hors cour ou pour l'évaluation des dommages-intérêts par les tribunaux; cependant, il faut admettre que l'uniformité est un but impossible à atteindre et que chaque cas d'évaluation de dommages-intérêts pour blessures corporelles doit être fonction de la situation individuelle, de la personnalité du demandeur et de plusieurs autres aspects particuliers de chaque cas.

En conséquence, je passe à la question de l'évaluation des dommages-intérêts qui devront être alloués à la demanderesse, Diane Teno, pour les blessures qu'elle a subies dans l'accident du 1^{er} juillet 1969.

Après une analyse très approfondie de la preuve et des plaidoiries des avocats sur le montant des dommages-intérêts, le savant juge de première instance a alloué les dommages-intérêts suivants: à Orville Teno—\$14,979.62, au titre des débours pour les soins prodigués à la mineure Diane Teno jusqu'à la date du procès—\$7,479.62—et une somme de \$7,500 qu'il doit détenir en fiducie pour Yvonne Teno comme *quantum meruit* pour les soins et les services qu'elle a fournis à sa fille, Diane Teno, jusqu'à la date du procès. Aucun de ces montants n'a été modifié par la Cour d'appel de l'Ontario ni contesté devant cette Cour.

Le savant juge de première instance a ensuite alloué la somme de \$950,000 au titre des dommages-intérêts revenant à la mineure demanderesse Diane Teno, dont \$200,000 pour ce que le savant juge de première instance a appelé le «préjudice non pécuniaire», soit les souffrances, l'invalidité permanente, la perte des agréments de la vie et la diminution de l'espérance de vie. Parlant au nom de la Cour d'appel, le juge Zuber a dit ceci:

[TRADUCTION] On a attaqué ce montant pour le simple motif qu'il était trop généreux. Je ne puis accepter cet argument. A mon avis, cette évaluation est raisonnable et ne reflète aucune erreur.

Après les plaidoiries dans cette affaire, M^e O'Brien nous a remis une copie de l'arrêt de la Division d'appel de la Cour suprême de l'Alberta dans l'affaire *Andrews v. Grand & Toy Alberta Ltd.* (8 décembre 1975, encore

unreported). In that case the Alberta Court reduced the non-pecuniary general damages awarded to a quadriplegic from \$150,000 to \$100,000 and in so doing accepted the concept that a totally disabled plaintiff should be compensated for pain and suffering, loss of amenities of life and loss of life expectancy, by the award of an arbitrary conventional sum. With this concept, I am in respectful but complete disagreement.

Reference will be made to this topic hereafter.

Keith J. allowed the sum of \$750,000 for pecuniary damages, that is, the cost of the care which had to be given to the infant plaintiff for the rest of her natural life and also her loss of future income. He said:

With respect to the latter assessment I have deliberately refrained from carrying out a mathematical exercise of the kind that Kirby J. did because I do not think the figures that he used in arriving at what was required monthly for the purposes indicated are susceptible of precise calculation even at present and must inevitably become inapplicable with the passage of time. If that is so, any result obtained by the use of such figures must be open to attack.

Zuber J.A. commented:

In arriving at the \$750,000 for pecuniary general damages, the learned trial judge referred to the various factors upon which it was based but refrained from any mathematical computation. While in the end result, a global figure must be arrived at and while this figure is not capable of precise or scientific ascertainment, it is nevertheless desirable in cases of large assessments that some basic calculations be done to more specifically explain the total and to act as a check or guide respecting the ultimate figure.

With respect, I am in agreement with the view of Zuber J.A. I am, however, of the view that a careful reading of the reasons of Keith J. shows that he did fix certain quantum and certain percentages and that his global result of \$750,000 may well be taken as a rough calculation and totalling based thereon. The calculation was made very carefully by Zuber J.A. in his reasons for judgment for the Court of Appeal and it is my intention to concern myself with that calculation and comment thereon.

inédit). Par cet arrêt, la Cour d'appel de l'Alberta a réduit de \$150,000 à \$100,000 les dommages-intérêts généraux non pécuniaires alloués à un tétraplégique. Ce faisant, la Cour d'appel a admis le principe qu'un demandeur atteint d'invalidité totale doit être indemnisé pour les souffrances, la perte des agréments de la vie et la diminution de l'espérance de vie, en lui versant une somme conventionnelle et arbitraire. Avec égards, je suis en désaccord complet avec ce principe.

Je reviendrai plus loin sur ce point.

Le juge Keith a alloué la somme de \$750,000 au titre des dommages-intérêts pécuniaires, soit le coût des soins qui devront être prodigués à la mineure demanderesse pendant le reste de sa vie et sa perte de revenus futurs. Il a dit:

[TRADUCTION] En ce qui concerne ce montant, je me suis délibérément abstenu des exercices mathématiques auxquels s'est livré le juge Kirby, parce qu'à mon avis, les chiffres qu'il a utilisés pour en arriver au montant mensuel nécessaire aux fins indiquées ne peuvent pas être actuellement calculés avec précision et deviendront inévitablement inadéquats avec le temps. Si c'est le cas, tout résultat obtenu à partir de ces chiffres sera suspect.

Le juge Zuber a dit ceci:

[TRADUCTION] Pour en arriver aux \$750,000 de dommages-intérêts généraux pécuniaires, le savant juge de première instance a traité des divers facteurs sur lesquels il s'était basé, mais s'est abstenu de tout calcul mathématique. Bien qu'en définitive, on doive en arriver à un chiffre global et bien que ce chiffre ne soit pas susceptible de vérification précise ou scientifique, il est néanmoins souhaitable, pour les indemnités importantes, de faire certains calculs fondamentaux qui expliquent le total avec plus de précision et permettent de vérifier et de contrôler le résultat final.

Avec égards, je souscris au point de vue du juge Zuber. Toutefois, je suis d'avis qu'une lecture attentive des motifs du juge Keith montre qu'il a établi certains montants et certains pourcentages et qu'on peut bien considérer le résultat global de \$750,000 comme un calcul approximatif à partir de ces chiffres. Le juge Zuber a fait des calculs précis dans ses motifs de jugement rédigés au nom de la Cour d'appel. Ce sont ces calculs que je vais examiner et analyser.

Zuber J.A. commenced his consideration of the details of the quantum of the damages by quoting the report made by Dr. John S. Prichard on October 20, 1970. Dr. Prichard had been for 25 years a physician on the staff of the Toronto Hospital for Sick Children and for many years the chief senior physician and Professor of Pediatrics at the University of Toronto. His pre-eminence in his profession was accepted by all and there can be no better analysis of the plaintiff's injuries and of her condition than Dr. Prichard's report. I quote, therefore, the said report and a subsequent addendum thereto made after examinations on July 3, 1973, and April 9, 1974:

On examination, she is an attractive looking little girl who seemed very happy and content. Her speech was very slow, slurred and difficult to understand, although she seemed able to make proper sentences and express herself reasonably well. She was able to recognize simple objects and name them correctly. On attempting to walk she had a very spastic gait with the left leg more involved than the right. She had an obvious severe action tremor of her right hand, whereas she did not use her left hand at all. On formal examination of the central nervous system the following state of affairs existed. Her sense of smell was normal. Her visual acuity appeared to be normal and her visual fields were full. Her optic discs were normal. Her pupils reacted briskly to light and accommodation. Her external ocular movements were full and there was no nystagmus. Her face moved symmetrically. Her hearing was normal. Her palate moved freely in the midline. Her tongue movements were very slow and stiff. She had a severe spastic paralysis of her left hand and arm. She was able to voluntarily open her hand only partially. She had fairly free movement of the shoulder. Sensation in the left hand appeared to be intact. The tendon reflexes were greatly increased. The right hand and arm had a gross action tremor that made it impossible for her to grasp my finger when held up in front of her. There was no tremor at rest. The tone was slightly increased but the reflexes were within normal limits. Sensation appeared to be normal. The abdominal reflexes were slow and diminished on the left. She had a severe spastic paralysis of her left leg but was able to lift the leg off the bed by herself. She was unable to move her ankles or toes. She had some spastic weakness of her right leg and a moderate action tremor of the right leg. The reflexes in the legs were not increased but both plantar responses were extensor. Her heart, lungs and abdomen were normal.

Pour déterminer le montant des dommages-intérêts, le juge Zuber a d'abord cité le rapport du Dr John S. Prichard, daté du 20 octobre 1970. Le Dr Prichard a été pendant 25 ans médecin au Toronto Hospital for Sick Children et pendant plusieurs années médecin chef et professeur de pédiatrie à l'université de Toronto. Sa haute compétence professionnelle est reconnue et son rapport constitue la meilleure analyse concevable des blessures et de l'état de la demanderesse. En conséquence, je cite ce rapport et un rapport complémentaire rédigé après des examens faits les 3 juillet 1973 et 9 avril 1974:

[TRADUCTION] A l'examen physique, l'enfant est une jolie petite fille qui paraît heureuse. Elle parle très lentement, indistinctement et elle est difficile à comprendre, mais elle semble capable de former des phrases correctes et de s'exprimer assez bien. Elle a pu reconnaître des objets simples et les nommer correctement. Quand elle essaie de marcher, sa démarche est très spasmodique, la jambe gauche étant plus atteinte que la droite. Elle a visiblement un grave tremblement convulsif de la main droite et elle n'utilise pas du tout sa main gauche. L'examen formel de son système nerveux central révèle ce qui suit: l'odorat est normal; l'acuité visuelle paraît normale et le champ de vision entier; les disques optiques sont normaux; les pupilles réagissent rapidement à la lumière et permettent l'accommodation; les mouvements oculaires externes sont complets et il n'y a pas de nystagmus; le visage bouge de façon symétrique; l'ouïe est normale; le palais est mobile dans la ligne médiane; les mouvements de la langue sont très lents et difficiles; elle a une paralysie spasmodique sérieuse de la main et du bras gauches; elle ne peut volontairement ouvrir la main que partiellement; les épaules bougent assez librement; les sensations de la main gauche semblent intactes; les réflexes tendineux sont très amplifiés; la main et le bras droits sont atteints d'un tremblement sérieux qui l'ont empêchée de saisir mon doigt que je tenais devant elle; il n'y a pas de tremblement au repos; la tonicité est légèrement amplifiée mais les réflexes sont dans des limites normales; la sensation semble normale; les réflexes abdominaux sont lents et amoindris du côté gauche; elle a une paralysie spasmodique sérieuse de la jambe gauche qu'elle est cependant capable de soulever du lit, sans aide; elle est incapable de bouger les chevilles et les orteils; elle a une certaine faiblesse spasmodique de la jambe droite ainsi que des tremblements modérés; les réflexes des jambes ne sont pas amplifiés, mais la stimulation des plantes de pied provoque l'extension; le cœur, les poumons et l'abdomen sont normaux.

This child had a very severe head injury which has left severe sequelae, which can be enumerated under the following headings:

1. She has a severe left hemiparesis involving the arm and the leg about equally. It is unlikely that this will improve very much. This means that she will probably never have any useful movement of her left hand.
2. She has some slight spastic weakness of the right side but a very severe action tremor, probably from involvement of her extrapyramidal system. This now makes the right hand almost useless in anything but the most coarse activity. It is probable that this will improve considerably over the next two or three years.
3. Because of her motor involvement, she is now unable to walk. With continuing physiotherapy I think it is likely that she will walk by herself eventually but her gait will always be unsteady and precarious.
4. The motor involvement also affects her speech which is now difficult to understand. This will improve although she will always speak slowly and probably indistinctly.
5. The possibility of post-traumatic epilepsy exists. The fact that she has been 15 months without a seizure is very encouraging and the chance of this occurring is less than 10%.
6. The severe brain injury has affected her intellectual capacity. I found this difficult to evaluate but thought she was probably behaving at about a borderline level. I had her seen by Dr. Netley, head of our Department of Psychology and am attaching his report. You will see that he estimates her IQ within the dull normal range.

Putting all these disabilities together means that we have a child with reasonable intellectual potential but without the physical ability to make much use of it. She is going to need a special educational program and her subsequent ability to earn a living is going to be very limited. She is going to need continuing physiotherapy for years.

It is only 15 months since the accident and children have a remarkable capacity for recovering more than one expects. I think she should be reassessed in about a year or 18 months.

Dr. Prichard examined Diane again on July 3, 1973, and on April 9, 1974, and reported as follows:

L'enfant a subi une blessure très grave à la tête qui a laissé les graves séquelles suivantes:

1. Elle a une grave hémiparésie gauche, affectant presque également le bras et la jambe. Il est improbable que cela s'améliore sensiblement. Cela signifie qu'elle ne pourra probablement jamais se servir utilement de la main gauche.
2. Elle a une légère faiblesse spasmodique du côté droit, mais des tremblements très graves, probablement parce que son système extrapyramidal est atteint. Cela rend maintenant la main droite presque complètement inutilisable autrement que pour les mouvements les plus élémentaires. Il est probable que cela s'améliorera considérablement au cours des deux ou trois années à venir.
3. Elle est maintenant incapable de marcher car son système moteur est atteint. Avec des soins continus de physiothérapie, je crois qu'il est probable qu'elle marchera plus tard sans aide, mais sa démarche sera toujours mal assurée et chancelante.
4. La lésion du système moteur affecte également l'élocution, maintenant difficile. Cela s'améliorera, mais elle parlera toujours lentement et probablement indistinctement.
5. Il y a possibilité d'épilepsie post-traumatique. Le fait qu'elle n'ait pas eu de crise en 15 mois est très encourageant et les risques sont inférieurs à 10%.
6. La lésion grave du cerveau a porté atteinte aux facultés intellectuelles. L'évaluation est difficile, mais je pense que son comportement est probablement à la limite de la normale. Je l'ai fait examiner par le Dr Netley, le chef de notre service de psychologie et j'annexe son rapport au présent. Vous verrez qu'il estime que son QI se situe dans les limites inférieures de la normale.

Vu toutes ces infirmités, nous voyons une enfant au potentiel intellectuel moyen mais physiquement incapable de l'utiliser. Elle aura besoin d'un programme scolaire spécial et sa capacité de gagner sa vie sera très limitée. Elle aura continuellement besoin de physiothérapie, pendant des années.

Il n'y a que 15 mois que l'accident s'est produit et les enfants ont la capacité remarquable de se rétablir mieux que ce à quoi l'on s'attend. Je pense qu'on devrait réévaluer l'enfant dans 1 an ou 18 mois.

Le Dr Prichard a de nouveau examiné Diane le 3 juillet 1973 et le 9 avril 1974 et a dressé le rapport suivant:

I think it is most unlikely that this young lady will ever be able to live by herself. Her physical disabilities are tremendous. I do not think she will be able to go to a store to buy supplies, prepare her own food or cook for herself, wash, look after or mend her clothes, or indeed dress herself, or perform most of the tasks we take for granted when people live independently. This means that whilst she will probably not need permanent nursing care, she will need permanent help in the form of somebody living with her all the time. I think she will require this for all her life.

I have just finished seeing this little lady and her parents. It is disappointing to see how little she has improved during the last year.

The parents have the following remarks to make about her present performance:

1. She still has no functional use of her right hand. She cannot use it to steady anything. She likes to keep it quiet by sitting on it.
2. Her left hand is very clumsy. She is unable to dress herself, feed herself, perform simple toilet needs, or drink from a cup. She can drink from a straw or training cup.
3. She is able to walk by herself but does so slowly and clumsily. She cannot run.
4. Her speech is very difficult to understand. It is slow and laborious.
5. She is going to school and is in Grade 1. She is able to read at about the mid Grade I level, according to her parents.
6. She seems to be a happy little girl. She has some school friends and gets on well with them.
7. Her general health is good.

On examination, she is a cheerful attractive looking, severely disabled small girl. Formal examination of her central nervous system is essentially unchanged from my previous report.

1. Her speech is slow and spastic. Her tongue movements are limited and very slow.
2. She has a gross action tremor of her right arm. She was unable to reach for and grasp an object because of this. She has some action tremor of her right leg but it is much less severe.
3. She has a moderately severe left hemiparesis involving the arm and leg. She is unable to use a pincer grip with her left hand. She can grasp a pencil in her palm and scribble with it.

[TRANSLATION] Je pense qu'il est très improbable que cette enfant vive jamais indépendamment. Ses infirmités physiques sont énormes. Je ne pense pas qu'elle sera capable d'aller faire des courses, de préparer sa nourriture ou de faire la cuisine, de laver, de s'occuper de ses vêtements ou de les raccommorder, ni, en fait, de s'habiller ou de faire tout ce que nous considérons normal pour des gens vivant indépendamment. Cela signifie que, sans avoir besoin de soins infirmiers constants, elle aura besoin d'une aide permanente, c'est-à-dire de quelqu'un qui vive tout le temps avec elle. Je crois qu'elle aura besoin de cette aide durant toute sa vie.

Je viens de voir cette petite fille et ses parents. Il est très décevant de constater le peu de progrès qu'elle a fait en un an.

Les parents ont fait les remarques suivantes sur son état actuel:

1. Elle n'a toujours pas l'usage fonctionnel de la main droite. Elle ne peut pas l'utiliser pour tenir quoi que ce soit. Elle aime la tenir immobile en s'asseyant dessus.
2. La main gauche est très malhabile. Elle est incapable de s'habiller, de se nourrir, de faire sa toilette ou de se servir d'une tasse. Elle peut boire avec une paille ou avec une tasse spéciale.
3. Elle peut marcher seule, mais lentement et maladroitement. Elle ne peut pas courir.
4. Son élocution est très difficile à comprendre, lente et pénible.
5. Elle va à l'école et est en première année. Selon ses parents, elle sait lire au niveau d'une mi-première année.
6. Elle semble être heureuse. Elle s'est fait quelques amis à l'école et s'entend bien avec eux.
7. Son état général est bon.

L'examen révèle une petite fille gaie, jolie, mais gravement infirme. L'examen formel de son système nerveux central montre un état essentiellement inchangé depuis mon précédent rapport.

1. Son élocution est lente et spasmodique. Les mouvements de sa langue sont limités et très lents.
2. Elle a de forts tremblements du bras droit qui l'empêchent de saisir un objet et de le tenir. Elle a des tremblements moins marqués de la jambe gauche.
3. Elle a une hémiparésie modérée du bras et de la jambe gauches. Elle est incapable de faire un mouvement de tenaille avec la main gauche. Elle peut tenir un crayon dans la paume et gribouiller.

My comments of my report of the 4th July 1973 still apply. It is becoming more apparent that she has some intellectual impairment in addition to her tremendous physical disabilities. She was seen by Dr. Netley this morning and you will be having a report from him.

This accident has produced one of the most disabled children I have ever seen.

Zuber J.A. added a very significant paragraph reciting Dr. Prichard's evidence at trial that the infant plaintiff was now aware of her situation and that as time went on her disabilities would become more obvious to her. The last words of Dr. Prichard's report may be stressed. I repeat them:

This accident has produced one of the most disabled children I have ever seen.

As I have pointed out above, that statement was made by a great specialist with 25 years' experience in the Toronto Hospital for Sick Children where he must have dealt personally with some thousands of cases of children's injuries.

With this introduction, I turn to my view of what amounts should be allowed for the various types of damages which the infant plaintiff has suffered. It is my intention to consider these under the following headings:

Firstly: Special Damages,
Secondly: Allowance for Future Care,
Thirdly: Loss of Future Income, and
Fourthly: Non-pecuniary Damage.

It should be stressed that in such a case as the present, and indeed in the other personal damage actions to which I have referred above, the prime purpose of the Court is to assure that the terribly injured plaintiff should be adequately cared for during the rest of her life. That end having been attained, other elements of damage are of lesser importance.

Therefore, firstly, to deal with the provision for future care: As will be seen from Dr. Prichard's report which I have quoted *in extenso*, the infant plaintiff requires for the rest of her natural life full-time care. As pointed out in the Courts below, that full-time care, from the time she left hospital up to the date of the trial, was being provided by

Les commentaires de mon rapport du 4 juillet 1973 sont encore valables. Il est plus évident maintenant que ses facultés intellectuelles sont atteintes et qu'elle souffre en plus de graves infirmités physiques. Elle a été examinée par le Dr Netley ce matin et son rapport vous sera communiqué.

Cet accident a produit un des enfants les plus invalides que j'aie jamais vus.

Le juge Zuber a ajouté un alinéa très important lorsqu'il a cité le témoignage du Dr Prichard en première instance selon lequel la demanderesse était maintenant consciente de son état et que, plus le temps passerait, plus elle prendrait conscience de ses infirmités. Les derniers mots du rapport du Dr Prichard doivent être soulignés. Je les répète:

[TRADUCTION] Cet accident a produit un des enfants les plus invalides que j'aie jamais vus.

Comme je l'ai fait ressortir plus haut, cette déclaration a été faite par un grand spécialiste, ayant 25 ans d'expérience au Toronto Hospital for Sick Children, où il doit avoir personnellement traité plusieurs milliers d'enfants blessés.

Après cette introduction, j'en viens à l'indemnisation des différents dommages subis par la mineure demanderesse. Je les examinerai sous les titres suivants:

Premièrement: dommages-intérêts spéciaux,
Deuxièmement: indemnité pour soins futurs,
Troisièmement: perte de revenus futurs,
Quatrièmement: préjudice non pécuniaire.

Il y a lieu de souligner que dans des affaires comme celle qui nous occupe et, en vérité, dans les autres actions pour dommages corporels dont je parlais plus haut, le but primordial de la Cour est de s'assurer qu'une victime aussi gravement touchée sera convenablement soignée pendant le reste de sa vie. Ce but atteint, les autres chefs de dommage sont moins importants.

Traisons donc en premier lieu des soins futurs. Selon le rapport du Dr Prichard que j'ai cité en entier, la mineure demanderesse aura besoin de soins continuels pendant le reste de sa vie. Comme on l'a souligné devant les tribunaux d'instance inférieure, c'est la mère, Yvonne Teno, qui, au prix d'énormes sacrifices personnels, a prodigué ces

her mother, Yvonne Teno, at tremendous personal sacrifice. It was very evidently the view of the learned trial judge that it was physically impossible for that situation to continue. Therefore, he examined the evidence and accepted the calculations made by various witnesses that to provide such care until the infant reached 19 years of age by a single attendant on duty 24 hours a day for five days a week living in the family home and supplemented by attendants working three eight-hour shifts per day on the remaining two days of the week would involve an expenditure of about \$21,000 per year. Zuber J.A. cited that finding and accepted it and added:

On the basis of all the evidence submitted, it would be reasonable to estimate that when Diane becomes an adult and establishes her own home, full time care will cost approximately \$27,000 per year.

I stress that it is not my intention to question the arithmetical calculations made in the Courts below or to enter into discussion as to whether one attendant or two attendants are necessary or the length of work shifts but to devote myself to the issue of principle and I have no difficulty in accepting the judgment of the learned trial judge, confirmed in the Court of Appeal, that to give to the infant plaintiff the care which her condition requires and will continue to require for the rest of her natural life will, until she reaches the age of 19 years, cost about \$21,000 per year and thereafter about \$27,000 per year. I point out that those calculations do not envisage any such elaborate and costly care as was considered by the Courts below in either the *Andrews* or *Thornton* cases but simply, until the infant plaintiff becomes 19 years of age, a full-time female attendant of some maturity and nursing skills supplemented on weekends by nursing attendants and, after the infant plaintiff becomes 19 years of age, a housekeeper in addition to the female attendant. It should also be noted that such calculations for cost of care make no provision for the ordinary costs of living such as food, clothing and shelter but are for special care alone.

soins à plein temps, à partir du moment où l'enfant a quitté l'hôpital jusqu'à la date du procès. Indubitablement, le savant juge de première instance était d'avis qu'il était matériellement impossible de laisser cette situation se perpétuer. En conséquence, il a examiné la preuve et accepté les calculs faits par les différents témoins. Ces derniers estiment que des soins à domicile, jusqu'à ce que la mineure atteigne l'âge de 19 ans, prodigués par un seul préposé, de service 24 heures sur 24, cinq jours par semaine, remplacé par des préposés se relayant en trois postes de huit heures par jour pendant les deux autres jours de la semaine, coûteraient environ \$21,000 par an. Le juge Zuber a cité cette conclusion, l'a acceptée et a ajouté:

[TRADUCTION] En se fondant sur toute la preuve soumise, il serait raisonnable d'estimer que lorsque Diane atteindra l'âge adulte et s'installera chez elle, les soins à plein temps coûteront approximativement \$27,000 par an.

Je souligne que je n'ai pas l'intention de mettre en cause les calculs arithmétiques faits par les tribunaux d'instance inférieure, ni de discuter de la nécessité d'avoir un ou deux préposés ou de la durée des postes de travail. Je m'en tiendrai à la question de principe; je n'hésite pas à accepter le jugement du savant juge de première instance, confirmé par la Cour d'appel, selon lequel il en coûtera environ \$21,000 par an, jusqu'à l'âge de 19 ans et, par la suite, environ \$27,000 par an, pour procurer à la mineure demanderesse les soins que son état exige et continuera d'exiger pendant le reste de sa vie. Je souligne que ces calculs ne visent pas des soins aussi complexes et aussi coûteux que ceux dont parlaient les tribunaux d'instance inférieure dans les affaires *Andrews* ou *Thornton*; ces soins se limitent, jusqu'à ce que la mineure demanderesse ait 19 ans, à la présence d'une préposée à plein temps, ayant de l'expérience et des connaissances d'infirmière, qui sera remplacée pendant les fins de semaine par des gardes-malades. Ces calculs tiennent compte du fait que lorsque la mineure demanderesse aura 19 ans, on adjoindra à la préposée une femme de ménage. Il faut également remarquer que les calculs du coût des soins ne tiennent pas compte des dépenses courantes, telles la nourriture, l'habillement et le logement, et visent les soins spéciaux seulement.

In both *Andrews* and *Thornton*, the evidence and the reasons for judgment in the Courts below were much concerned with the debate as to whether proper future care should be supplied in an institutional surrounding or in something resembling as close as possible a home environment. My brother Dickson, in his reasons, has dealt extensively with that issue and has come to the conclusion that the evidence clearly demonstrates that the only adequate provision for the plaintiffs' continuing existence was in a home environment.

In the present appeal, the only evidence as to the proper standard of care was given on behalf of the plaintiff and the plaintiff's chief witness was Edward Ratelle, a rehabilitation councillor with Lyndhurst Lodge. Lyndhurst Lodge is a rehabilitation institute in the City of Toronto which has a unique reputation for its superlative work in rehabilitation of seriously injured persons and those who have suffered from such catastrophes as massive strokes. It is, however, strictly a rehabilitation institution and it does not make provision for those who have to have continuing care for the rest of their lives. After the institution has done its best for the rehabilitation of such persons, they must leave it and find their continuing care in other places.

It was the opinion of both Mr. Ratelle and the other witnesses who gave evidence for the plaintiff that in the Province of Ontario there was simply no satisfactory institution and that all the unsatisfactory aspects of such places as chronic care hospitals and nursing homes which were the subject of the evidence and of the judgments in both *Andrews* and *Thornton* were also present and most influential in the Province of Ontario.

Mr. Ratelle was also of the opinion that Canada had gone farther than the United States in its proper care for seriously disabled persons. The institutions mentioned in the City of Toronto were well known and it was quite evident the learned trial judge, from his own personal knowledge, needed little other evidence to convince him of their unsatisfactory character.

Counsel for the defendants, here appellants, J. B. Jackson Limited and Stuart Galloway, in cross-

Dans les affaires *Andrews* et *Thornton*, la preuve et les motifs des jugements des tribunaux d'instance inférieure se sont appesantis sur la question de savoir si les soins futurs devaient être prodigués dans un environnement institutionnel ou dans un milieu aussi proche que possible de l'atmosphère familiale. Dans ses motifs, mon collègue le juge Dickson a longuement traité de cette question et a conclu que la preuve démontre clairement que le seul milieu qui convienne aux demandeurs est celui d'un domicile personnel.

En l'espèce, les seuls éléments de preuve relatifs au type de soins appropriés ont été fournis au nom de la demanderesse par son témoin principal, Edward Ratelle, un conseiller en rééducation auprès de Lyndhurst Lodge. Lyndhurst Lodge est un institut de rééducation de Toronto qui a une excellente réputation pour ses résultats remarquables dans la rééducation des grands blessés et des grands malades, comme les victimes d'attaques d'apoplexie. Toutefois, il s'agit strictement d'un institut de rééducation qui n'est pas équipé pour donner des soins de durée illimitée. Quand l'institut a fait son possible pour rééduquer ces patients, ceux-ci doivent partir et trouver ailleurs les soins permanents dont ils ont besoin.

M. Ratelle et les autres témoins appelés par la demanderesse étaient d'avis qu'en Ontario, il n'existe aucune institution appropriée; que tous les aspects négatifs d'institutions comme les hôpitaux pour malades chroniques et les maisons de santé, mentionnés dans la preuve et dans les arrêts *Andrews* et *Thornton*, se retrouvent en Ontario.

M. Ratelle était également d'avis que le Canada était plus avancé que les États-Unis dans les soins prodigués aux personnes sérieusement handicapées. Les institutions de Toronto sont bien connues et il est évident que le savant juge de première instance, se fondant sur ce qu'il en savait, n'avait guère besoin de preuve pour le convaincre qu'elles étaient inadéquates.

L'avocat des défendeurs, appelants devant cette Cour, J. B. Jackson Limited et Stuart Galloway,

examination of Mr. Ratelle, attempted to build up an ideal organization consisting of what he described as "something in the nature of a club or something like this could be evolved within the confines of the establishment, there were occupational therapy facilities and physiotherapy, the usual swimming pool sort of thing". Mr. Ratelle did agree that such an organization, I avoid the word "institution", would be a desirable device for providing future care for such persons as the infant plaintiff. He said, however, that he and others had attempted to evolve such an organization but that the cost was so prohibitive that it could not be done without government subsidy and so far there had been no provision of such subsidy.

On all of the evidence, the learned trial judge came to the conclusion, with which I agree, that the infant plaintiff could only receive the proper care to which she is entitled under the regime advanced by the plaintiff's witnesses, that is, in her own apartment with the attendants which her care requires.

I have already emphasized that the provision of such an appropriate standard of care must be the prime purpose in the awarding of damages in these personal injury cases. I, therefore, adopt the view of the learned trial judge as confirmed in the Court of Appeal that damages will have to provide for the care of the infant plaintiff in the sums to which I have referred, to wit, \$21,000 per year until she reaches the age of 19 years and \$27,000 per year thereafter.

Therefore, I am of the view that this problem must be resolved by finding what amount of damages should be directed by the judgment in order to assure the infant plaintiff the provision of those sums of money annually for the rest of her natural life. It will be seen that this brings up at once the question of the discount rate which should be applied to find that present sum and this involves the consideration of income tax, of present day investment rates, and of future inflation.

dans le contre-interrogatoire de M. Ratelle, a essayé d'évoquer une organisation idéale qu'il définissait comme [TRADUCTION] «une sorte de club ou quelque chose de ce genre qui pourrait être organisé dans les limites de l'établissement, et qui disposerait d'installations de thérapie professionnelle et de physiothérapie, un endroit avec l'habituelle piscine . . .» M. Ratelle a convenu qu'il serait souhaitable de pouvoir prodiguer des soins à des personnes comme la mineure demanderesse dans une telle organisation, j'évite le mot «institution». Il a cependant dit qu'avec d'autres, il avait lui-même essayé de mettre sur pied une organisation de ce genre, mais que le coût en était prohibitif et que cela ne pouvait être fait sans des subventions gouvernementales qui, jusque là, n'avaient pas été accordées.

En se fondant sur toute la preuve, le savant juge de première instance en est venu à la conclusion, à laquelle je souscris, que la mineure demanderesse ne peut recevoir les soins appropriés auxquels elle a droit que de la manière suggérée par les témoins de la demanderesse, c'est-à-dire dans son propre appartement et avec l'aide nécessaire.

J'ai déjà souligné que dans les litiges portant sur des blessures corporelles, la garantie d'un niveau approprié de soins de ce genre doit être le but primordial de l'indemnisation. En conséquence, j'adopte le point de vue du savant juge de première instance, confirmé par la Cour d'appel, selon lequel on doit fixer les dommages-intérêts pour assurer à la mineure demanderesse les soins nécessaires aux chiffres que j'ai mentionnés, savoir \$21,000 par an jusqu'à ce qu'elle atteigne l'âge de 19 ans et ensuite \$27,000 par an.

Par conséquent, je suis d'avis qu'on doit résoudre ce problème en déterminant quel montant doit être alloué pour assurer annuellement à la mineure demanderesse ces montants pendant le reste de sa vie. Cela soulève immédiatement la question du taux d'actualisation qui permet de déterminer la valeur actuelle de cette somme; cela soulève aussi la question de l'impôt sur le revenu, des taux d'investissements courants et de l'inflation future.

I shall refer first to income tax. In *The Queen v. Jennings et al.*¹⁴, this Court adopted the view expressed by Judson J. that we should reject the principle in *British Transport Commission v. Gourley*¹⁵, and that there should be no deduction from damages which were assessed for loss of future income by reason of any income tax that that income might have attracted had the plaintiff not been injured and the income continued. We are, however, here concerned with income tax which may be assessed on income which will be payable to the infant plaintiff accruing from the investment of the award for damages. In so far as that award concerns non-pecuniary damages, then like any other asset of the infant plaintiff it will earn an income and that income will be subject to income tax. The amount which I am awarding as a fund from which shall be paid the amounts necessary for future care will, of course, have to be invested and that fund will generate an income and that income will be subject to tax.

As Zuber J.A. pointed out in his reasons given for the Court of Appeal for Ontario, the amount of that tax is, by the present provisions of the *Income Tax Act*, subject to certain deductions. Section 23(2) of the Statutes of Canada, 1973-74, c. 14, now appears as s. 81(1)(g.1), and exempts from the income of the taxpayer for a taxation year the income from any property acquired by the taxpayer pursuant to an action for damages in respect of any physical or mental injury to the taxpayer which income was received before the taxpayer attained the age of 21 years. Therefore, there will be no income tax impact upon this fund for the first 16-odd years of the infant plaintiff's life. Secondly, s. 110(1)(c)(iv.1) provides that medical expenses in excess of 3 per cent of the taxpayer's income includes "remuneration for one full-time attendant upon an infant who was a taxpayer . . . in a self-contained domestic establishment in which the cared-for person lived".

I am in agreement with Zuber J.A. when he interprets this exemption as providing for the deduction for the payment of one full-time attend-

Je commence par l'impôt sur le revenu. Dans l'affaire *La Reine c. Jennings et autres*¹⁴, cette Cour a adopté l'opinion exprimée par le juge Judson selon laquelle nous devrions rejeter le principe admis dans l'arrêt *British Transport Commission v. Gourley*¹⁵, et donc ne rien déduire des dommages-intérêts alloués pour perte de revenus futurs au titre de l'impôt sur le revenu que le demandeur aurait eu à payer s'il n'avait pas été blessé et avait continué à gagner sa vie. Toutefois, en l'espèce, il s'agit de l'impôt auquel sera assujéti le revenu produit par l'investissement de l'indemnité et versé à la mineure demanderesse. Pour autant que cette indemnité porte sur le préjudice non pécuniaire, elle produira un revenu qui sera assujéti à l'impôt comme tout autre bien de la mineure demanderesse. Le montant que j'alloue comme fonds dont seront tirées les sommes nécessaires pour les soins futurs, devra évidemment être investi et ce fonds produira un revenu qui sera assujéti à l'impôt.

Comme le juge Zuber l'a souligné dans ses motifs rendus au nom de la Cour d'appel de l'Ontario, les dispositions actuelles de la *Loi de l'impôt sur le revenu* autorisent certaines déductions. Le par. 23(2) du c. 14 des Statuts du Canada, 1973-74, maintenant le sous-al. 81(1)(g.1), exclut du revenu du contribuable, relativement à une année fiscale, le revenu tiré de tout bien acquis par suite de poursuites en dommages-intérêts pour dommages d'ordre physique ou mental subis par le contribuable, si le revenu a été touché avant que le contribuable ait atteint l'âge de 21 ans. Partant, le fonds ainsi constitué ne sera pas assujéti à l'impôt sur le revenu pendant les seize prochaines années de la vie de la demanderesse. Deuxièmement, le sous-al. 110(1)c)(iv.1) dispose que les frais médicaux dépassant 3 pour cent du revenu du contribuable comprennent la «rémunération d'un préposé à plein temps aux soins d'une personne qui était le contribuable . . . dans un établissement privé autonome où vivait la personne qui reçoit des soins».

Comme le juge Zuber, j'interprète cette exemption comme autorisant la déduction de la rémunération d'un préposé à plein temps pendant sept

¹⁴ [1966] S.C.R. 532.

¹⁵ [1956] A.C. 185.

¹⁴ [1966] R.C.S. 532.

¹⁵ [1956] A.C. 185.

ant for seven days a week regardless of whether this attendance is provided by several attendants working over 24-hour periods or one person working 24-hour shifts seven days a week. These two deductions reduce the problem of income tax on the income from the portion of the award devoted to the care of the infant plaintiff to a great deal less significant proportion.

As Zuber J.A. pointed out, the tax burden is extremely difficult to forecast. Moreover, it would seem that income tax authorities may well review the situation where a court awarded a sum of money as damages so that that sum may be used in fixed annual amounts to provide necessary future care for the injured person and determine that the 3 per cent deduction to which I have just referred is, under such circumstances, inadequate. In view of this uncertainty and of the fact that future rates of income tax, certainly those applicable in particular circumstances, are only matters of speculation, I am of the opinion that this would not justify in assessing an amount to cover that possible income tax and for the purpose of these reasons I omit any such allowance.

Turning next to the problems of inflation materially increasing the cost of care in the future and the present very high levels of investment rates upon income, we see the problem graphically illustrated in the evidence given at trial by the actuary. For instance, the present value of \$1,000 per year for 66.9 years if calculated at the rate of 4.5 per cent was \$21,563 and the present value at 6½ per cent was \$15,685. So, the present value at 11 per cent would be about \$9,100. The choice of the discount rate is, therefore, all important and the problem of the correct rate to choose is one which has been under constant debate in the courts in late years. Both Courts below referred to the statement of Lord Diplock in *Mallett v. McMonagle*¹⁶, where the learned Law Lord said at p. 176:

In my view, the only practicable course for courts to adopt in assessing damages awarded under the Fatal Accidents Acts is to leave out of account the risk of further inflation, on the one hand, and the high interest

jours par semaine, qu'il s'agisse de plusieurs préposés se relayant au cours des 24 heures ou d'une seule personne travaillant 24 heures sur vingt-quatre, sept jours par semaine. Ces deux déductions réduisent à des proportions mineures le problème de l'incidence de l'impôt sur le revenu sur la partie de l'indemnité consacrée aux soins de la mineure demanderesse.

Comme l'a souligné le juge Zuber, il est extrêmement difficile de prévoir le fardeau fiscal. De plus, il semble possible que les autorités fiscales traitent de façon particulière le cas où un tribunal accorde, à titre de dommages-intérêts, un montant qui doit produire un revenu annuel fixe pour assurer les soins futurs nécessaires à la personne lésée, et décident que, dans ce cas, la déduction de 3 pour cent dont je viens de parler est inadéquate. Vu cette incertitude et le fait que les taux futurs de l'impôt sur le revenu, et plus encore ceux qui s'appliquent à des circonstances particulières, sont hypothétiques, je suis d'avis qu'il serait injustifié d'allouer un montant pour couvrir cet impôt éventuel et je décide de ne rien accorder, en l'espèce, à ce titre.

J'en viens maintenant à la question de l'inflation qui augmente sensiblement le coût des soins futurs et les très hauts niveaux actuels des taux de rendement de l'investissement. Le témoignage de l'actuaire en première instance illustre bien graphiquement le problème. Par exemple, la valeur actualisée de \$1,000 par an pendant 66.9 ans est de \$21,563 si elle est actualisée au taux de 4½ pour cent; à 6½ pour cent, elle est de \$15,685. Ainsi, à 11 pour cent, la valeur actualisée est d'environ \$9,100. Le choix du taux d'actualisation est, par conséquent, très important et cette question a fait l'objet de débats constants devant les tribunaux ces dernières années. Les deux tribunaux d'instance inférieure se sont reportés à la déclaration de lord Diplock dans l'arrêt *Mallett v. McMonagle*¹⁶, où le savant lord juge a dit, à la p. 176:

[TRADUCTION] Selon moi, la seule voie pratique ouverte aux tribunaux pour évaluer les dommages-intérêts accordés en vertu de la *Fatal Accidents Act* est de ne tenir compte ni du risque d'inflation future, d'une

¹⁶ [1970] A.C. 166.

¹⁶ [1970] A.C. 166.

rates which reflect the fear of it and capital appreciation of property and equities which are the consequence of it, on the other hand. In estimating the amount of the annual dependency in the future, had the deceased not been killed, money should be treated as retaining its value at the date of the judgment, and in calculating the present value of annual payments which would have been received in future years, interest rates appropriate to times of stable currency such as 4 per cent to 5 per cent should be adopted.

In the very subsequent year, in *Taylor v. O'Connor*¹⁷, that statement was criticized. Although the actual case is only mentioned in the judgment of Viscount Dilhorne, it would seem that the learned Law Lords did regard the practice of choosing a rate of 4 per cent to 5 per cent as being out of accord with reality. Viscount Dilhorne, quoting the last sentence of the statement of Lord Diplock which I have quoted above, commented:

I see no reason for that and, with the greatest respect, it seems to me that requires the calculation to be made on an unreal and hypothetical basis.

It would seem that Viscount Dilhorne, in fact, used a percentage of about 10 per cent although it is most difficult, in considering the judgments of Viscount Dilhorne and the other Law Lords, to find an actual percentage as the Law Lords used the multiplier multiplican method and that arithmetic is so inaccurate that it is difficult to understand the exact result. On the other hand, it would appear that Lord Pearson in some of his calculations adopted a percentage of about 5 per cent. He said at p. 143:

I think protection against inflation is to be sought by investment policy, and the lump sum of damages should be assessed on the basis that it will be invested with the aim of obtaining some capital appreciation to offset the probable rise in the cost of living.

Yet his various calculations would seem to take into account the possibility of inflation.

Kemp & Kemp on *The Quantum of Damages*, *supra*, at p. 45, notes:

Moreover, this [the Diplock approach] is likely to continue to be the law. For the Law Commission accepts

¹⁷ [1971] A.C. 115.

part, ni des taux d'intérêts élevés engendrés par la crainte de pareille inflation, ni de l'appréciation en capital des biens et des valeurs qui en est la conséquence, d'autre part. Pour chiffrer le coût annuel futur du soutien aux ayants droit, si la victime n'avait pas été tuée, il faut considérer que la monnaie gardera la valeur qu'elle avait à la date du jugement; pour calculer la valeur actuelle des paiements annuels qui auraient été reçus dans les années à venir, il faut adopter les taux d'intérêts appropriés en période de stabilité monétaire, soit 4 à 5 pour cent.

L'année suivante, l'arrêt *Taylor v. O'Connor*¹⁷, a critiqué ce principe. Bien que cette affaire soit seulement mentionnée dans le jugement du vicomte Dilhorne, il semble que les savants lords juges ont considéré que la pratique consistant à choisir un taux de 4 à 5 pour cent ne correspondait pas à la réalité. Le vicomte Dilhorne a cité la dernière phrase de la déclaration précitée de lord Diplock et fait la remarque suivante:

[TRADUCTION] Je ne vois aucune raison pour cela et, en toute déférence, il me semble que cette pratique oblige à faire le calcul sur une base irréaliste et hypothétique.

Il semble que le vicomte Dilhorne a, en fait, utilisé un pourcentage d'environ 10 pour cent bien qu'il soit difficile, à la lecture des jugements du vicomte Dilhorne et des autres lords juges, de trouver un pourcentage certain, car ils ont utilisé la méthode du multiplicande-multiplicateur. Ce mode de calcul est tellement inexact qu'il est difficile d'en comprendre le résultat. Par ailleurs, il semble que lord Pearson a adopté un pourcentage d'environ 5 pour cent dans certains de ses calculs. Il a dit à la p. 143:

[TRADUCTION] Je pense qu'il faut se garder contre l'inflation par le mode d'investissement et qu'il faut évaluer la somme globale des dommages-intérêts selon l'hypothèse qu'elle sera investie de manière à obtenir une appréciation du capital pour compenser l'augmentation probable du coût de la vie.

Malgré cela, ses divers calculs semblent tenir compte de l'inflation probable.

Dans *The Quantum of Damages* de Kemp & Kemp, précité, on lit à la p. 45:

[TRADUCTION] De plus, il est probable que la méthode Diplock continuera d'être la règle. En effet la commis-

¹⁷ [1971] A.C. 115.

that the most practical way of making allowance for inflation is to adopt what we term in this chapter "the Diplock approach".

Of course, it must be understood that both *Mallett v. McMonagle* and *Taylor v. O'Connor* were fatal accident cases and not cases where it was absolutely necessary that the plaintiff continue to receive each year a sum sufficient for her care.

Zuber J.A., in his reasons for judgment for the Court of Appeal for Ontario, said:

In my respectful view there is much to be said for Lord Diplock's approach. It is at the very least a practicable and reasonably satisfactory solution to a difficult problem. The critical speeches in *Taylor v. O'Connor* provide little by way of an alternative solution.

It would appear that it is necessary to evolve some method of determining the appropriate discount to be applied in finding the present value of the annual amounts which will be necessary for providing the plaintiff with adequate care.

I have come to the conclusion that perhaps as a compromise I would adopt neither the Diplock approach nor the use of the present day very high rates of return on investment. I am in agreement with the comment that the Diplock approach starts with an unrealistic base. I am also in agreement with the view that the use of the present very high interest rates without provision for future inflation is equally unrealistic and might cause, in the present case, a very serious shortfall in the amounts which will be available for the future care of the infant plaintiff. We may take judicial notice of the pronouncement made by Dr. Deutch of the Economic Council of Canada that we may expect inflation at the rate of 3½ per cent over the long-term future, and it is the long-term future we must consider in awarding damages for the future care of the infant plaintiff. If we assume present day investment rates at about 10½ per cent and then deduct from that rate 3½ per cent to cushion against future inflation, we would arrive at a discount rate of 7 per cent. I would adopt that figure as being the best compromise to, at the

sion de réforme du droit admet que le moyen le plus pratique de faire une part à l'inflation est d'adopter ce que nous avons appelé dans ce chapitre «la méthode Diplock».

Évidemment, il faut comprendre que, dans les affaires *Mallett v. McMonagle* et *Taylor v. O'Connor*, il s'agissait d'accidents mortels et non de cas où il était absolument nécessaire que le demandeur continue à recevoir annuellement une somme suffisante pour ses soins.

Le juge Zuber, dans ses motifs de jugement rédigés au nom de la Cour d'appel de l'Ontario, a dit:

[TRADUCTION] Je suis respectueusement d'avis qu'il faut préférer la méthode de lord Diplock. Elle constitue, à tout le moins, une solution pratique et raisonnablement satisfaisante d'un problème difficile. Les opinions critiques qu'on trouve dans l'arrêt *Taylor v. O'Connor* n'offrent pas vraiment de solutions de rechange.

Il me semble nécessaire d'élaborer une méthode pour fixer le taux d'actualisation applicable à la détermination de la valeur actualisée des montants annuels nécessaires pour assurer à la demanderesse les soins voulus.

J'en suis venu à la conclusion que, peut-être à titre de compromis, je n'adopterai ni la méthode Diplock ni l'utilisation des taux courants de rendement des investissements qui sont très élevés. Je suis aussi d'avis que la méthode Diplock procède d'une hypothèse irréaliste. Je pense aussi que l'utilisation des taux d'intérêt courants très élevés, sans tenir compte de l'inflation future, est tout aussi irréaliste et pourrait causer, en l'espèce, une diminution très sérieuse des montants qui sont affectés aux soins futurs de la mineure demanderesse. Nous pouvons prendre acte d'office de la déclaration de M. Deutch, membre du Conseil économique du Canada, selon laquelle nous devons nous attendre à un taux d'inflation de 3½ pour cent à long terme et ce sont les prévisions à long terme que nous devons envisager pour fixer l'indemnité au titre des soins futurs de la demanderesse. Si nous estimons à 10½ pour cent le taux d'investissement courant et déduisons 3½ pour cent pour amortir les effets de l'inflation future, nous obtenons un taux d'actualisation de 7 pour cent. J'adopte ce chiffre comme le meilleur compromis

same time, recognize the present very high rates of investment income and the probability of future inflation. I shall hereafter apply that 7 per cent rate.

The last topic with which I must deal is that mentioned for the first time in the reasons in the Court of Appeal for Ontario although I am sure that Keith J. has it in mind when fixing the global award. Even if the infant plaintiff were adult and not disabled, she would need professional assistance in the management of such a large sum of money as is being awarded to her in this case. Although the management of that sum, until she is an adult, will be in the efficient hands of the Official Guardian for the Province of Ontario, she will have the whole burden of management so soon as she becomes an adult and at that time she will have to retain the services of skilled financial advisers. It is appropriate to allow an amount to cover the annual fee which will be entailed. It was Zuber J.A.'s calculation that the award should be increased by an amount of \$35,000 to provide a fund for the payment of such management fee and I am ready to accept that disposition.

I turn next to the consideration of an award to cover the income which the infant plaintiff would have earned had she grown to womanhood and joined the work force. This amount was not separately assessed or considered by the learned trial judge although he did emphasize in discussing the global award that it would have to be made to cover the plaintiff's own living costs even apart from the award to cover the special care with which I have already dealt as "she had been deprived of an opportunity to provide for herself".

Zuber J.A., in his reasons for the Court of Appeal for Ontario, assigned the sum of \$115,000 to cover this loss of future income. His reasons for doing so are set out in one paragraph which I quote:

Diane Teno is entitled to be compensated for the loss of future income she would have earned but for this accident. Inherent in this statement, there is the obvious difficulty of selecting the income she would have earned. In view of Diane's age, obviously no evidence could be tendered as to what in fact her potential earnings might

qui reconnaisse, en même temps, le taux courant de rendement des investissements qui est très élevé et les probabilités d'inflation future. J'appliquerai ci-après le taux de 7 pour cent.

Le dernier sujet dont je dois traiter est celui qui est mentionné, pour la première fois, dans les motifs de la Cour d'appel de l'Ontario, bien que je sois certain que le juge Keith y a pensé en fixant l'indemnité globale. Même si la mineure demanderesse était majeure et valide, elle aurait besoin d'aide professionnelle pour gérer une somme de l'importance de celle qui lui est accordée en l'espèce. Cette somme sera gérée, jusqu'à sa majorité, par le tuteur public de la province de l'Ontario, mais dès qu'elle atteindra sa majorité, elle devra le faire elle-même et donc recourir aux services de conseillers financiers. Il convient d'accorder un montant pour couvrir les honoraires annuels qui en découleront. Le juge Zuber a calculé qu'il fallait majorer l'indemnité de \$35,000 pour constituer un fonds pour le paiement de ces honoraires de gestion et je suis prêt à accepter ce chiffre.

Je passe maintenant à l'évaluation de l'indemnité au titre de la perte de revenus que la mineure demanderesse aurait gagnés si elle avait joint à l'âge adulte les rangs des travailleurs. Ce montant n'a pas été évalué ni examiné séparément par le savant juge de première instance bien qu'il ait souligné, en traitant de l'indemnité globale, qu'il devrait couvrir les frais de subsistance de la demanderesse, indépendamment de l'indemnité pour les soins spéciaux, que j'ai déjà analysée, [TRADUCTION] «parce qu'elle a été privée de la possibilité de pourvoir à ses besoins».

Dans ses motifs rédigés au nom de la Cour d'appel de l'Ontario, le juge Zuber a accordé \$115,000 pour la perte de revenus futurs. Il a exposé son raisonnement dans l'alinéa que je cite:

[TRADUCTION] Diane Teno a droit à une compensation pour la perte du revenu qu'elle aurait gagné n'eût été cet accident. Inhérente à ce principe est la difficulté évidente de fixer le revenu qu'elle aurait gagné. Vu l'âge de Diane, aucune preuve ne peut être présentée sur ses gains potentiels. La preuve montre que la mère de

have been. It was disclosed in evidence that Diane's mother, Yvonne, was a teacher, earning in excess of \$10,000. In the absence of any other guide, the trial judge rightly used this as some indication of Diane's potential. It would not be unreasonable to assume that she would begin earning money at age nineteen and continue to a retirement age of sixty-five. The capital sum required as of the date of trial, to produce that income, between those ages, using a 5% interest rate, is \$115,500. It is now settled law that in arriving at an award to compensate for future loss of income, the effect of income tax is not to be considered, (*The Queen v. Jennings* (1966), 57 D.L.R. (2d) 644).

The allowance of an amount for loss of future income in the present case is extremely difficult. The plaintiff at the time of her injury was a four-and-a-half-year-old child. There can be no evidence whatsoever which will assist us in determining whether she ever would have become a member of the work force or whether she would have grown up in her own home and then married. There can be no evidence upon which we may assess whether she would have had a successful business future or have been a failure. Since the Court is bound not to act on mere speculation, I do not see how this Court could approve the course taken by Zuber J.A. which simply amounted to assuming, as he quite frankly said, "in the absence of any other guide", that the infant plaintiff would follow the course of her mother who was a primary school teacher with an income of \$10,000 per year. On the other hand, I do not think we can assume that a bright little girl would not grow up to earn her living and would be a public charge, and we are not entitled to free the defendants, who have been found guilty of negligence, from the payment of some sum which would be a present value of the future income which I think we must assume the infant plaintiff would earn. It must be remembered that the allowance for future care provides only for the cost of attendants and that like everyone else the infant plaintiff has to eat, clothe herself and shelter herself.

If there is no allowance for the loss of future income, then the fund from which her ordinary living costs would be supplied would have to come from the amount awarded for non-pecuniary dam-

Diane, Yvonne, est institutrice et gagne plus de \$10,000. En l'absence de tout autre guide, le juge de première instance a très justement utilisé ce fait comme une indication du potentiel de Diane. Il n'est pas déraisonnable de supposer qu'elle aurait commencé à gagner sa vie à 19 ans et continué de le faire jusqu'à sa retraite, à l'âge de 65 ans. Le montant en capital requis, à partir de la date du procès, pour produire ce revenu pendant ce laps de temps, en utilisant un taux d'intérêt de 5%, est de \$115,500. Il est aujourd'hui de jurisprudence constante qu'en fixant une indemnité au titre de la perte de revenus futurs, il ne faut pas prendre en considération l'effet de l'impôt sur le revenu (*La Reine c. Jennings* (1966), 57 D.L.R. (2d) 644).

En l'espèce, la fixation de l'indemnité pour perte de revenus futurs est extrêmement difficile. À l'époque de l'accident, la demanderesse n'avait que quatre ans et demi. Aucune preuve ne nous permet de déterminer si elle aurait jamais travaillé ou si elle aurait grandi chez ses parents et se serait ensuite mariée. Il n'existe aucune preuve qui nous permette de juger si, dans l'avenir, elle aurait bien réussi professionnellement. Vu que les tribunaux ne doivent pas agir sur de simples conjectures, je ne vois pas comment cette Cour peut approuver la solution adoptée par le juge Zuber qui équivaut à supposer, comme il l'a très franchement dit, «en l'absence de tout autre guide», que la mineure demanderesse suivrait les traces de sa mère qui enseigne à l'école primaire et gagne \$10,000 par an. En revanche, je ne crois pas que nous puissions supposer qu'une petite fille intelligente n'aurait pas gagné sa vie à l'âge adulte et serait à la charge de la société; nous n'avons pas le droit d'exonérer les défendeurs, que nous avons jugés coupables de négligence, du paiement d'une somme qui représenterait la valeur actuelle des revenus futurs que, devons-nous supposer, la mineure demanderesse aurait gagnés. Il faut se rappeler que le montant accordé pour les soins futurs défraie uniquement le coût de préposés et que, comme toute autre personne, la mineure demanderesse doit manger, se vêtir et se loger.

Si l'on n'accorde pas d'indemnité pour la perte de revenus futurs, les fonds qui doivent servir aux frais courants de subsistance de la mineure demanderesse devront provenir du montant alloué au

ages and there can be no excuse for depriving the infant plaintiff of an allowance for those non-pecuniary damages fixed in a fashion which I shall discuss hereafter by requiring her to use those non-pecuniary damages to live on. The problem has caused concern in many other cases. Lord Denning in *Taylor v. Bristol Omnibus Co.*¹⁸, dealt with a claim for loss of future income by a boy three-and-a-half-years old at the time of the accident. At pp. 1112-3, he said:

3. *Loss of future earnings*

The judge assumed that Paul would start earning at the age of 19. He took the yardstick of his father's position. He took an average figure of £2,000 a year and used a multiplier of 16. This making £32,000. Less one-half for present payment: making £16,000.

Counsel for the defendants urged us to adopt a new attitude in regard to babies who are injured. He suggested that the loss of future earnings was so speculative that, instead of trying to calculate it, we should award a conventional sum of say £7,500. He suggested that we might follow the advice given by Lord Devlin in *H. West & Son Ltd. v. Shephard*, [1963] 2 All E.R. 625 at 638, [1964] A.C. 326 at 357, that is: (i) give him such a sum as will ensure that for the rest of his life, this boy will not, within reason, want for anything that money can buy; (ii) give him, too, compensation for pain and suffering and loss of amenities; (iii) but do not, in addition, give him a large sum for loss of future earnings. At his very young age these are speculative in the extreme. Who can say what a baby boy will do with his life? He may be in charge of a business and make much money. He may get into a mediocre groove and just pay his way. Or he may be an utter failure. It is even more speculative with a baby girl. She may marry and bring up a large family, but earn nothing herself. Or, she may be a career woman, earning high wages. The loss of future earnings for a baby is so speculative that I am much tempted to accept the suggestion of counsel for the defendants.

In Kemp & Kemp on *The Quantum of Damages*, 4th ed., v. 1, p. 135, in a paragraph entitled "Where the plaintiff is a child or youth and has not commenced on any career, and so there is no figure for net annual loss at the date of the trial",

¹⁸ [1975] 2 All E.R. 1107 (C.A.).

titre des dommages-intérêts non pécuniaires. Il n'y a aucune raison de la priver de ces dommages-intérêts, fixés de la manière que j'exposerai ci-après, en l'obligeant à les dépenser pour sa subsistance. On s'est arrêté à ce problème dans plusieurs autres affaires. Dans l'arrêt *Taylor v. Bristol Omnibus Co.*¹⁸, lord Denning a examiné une réclamation pour perte de revenus futurs par un garçon âgé de trois ans et demi au moment de l'accident. Aux pp. 1112-3, il a dit:

[TRADUCTION] 3. *Perte de revenus futurs*

Le juge a supposé que Paul commencerait à gagner sa vie à l'âge de 19 ans. Il a pris pour critère la situation du père. Il a adopté le chiffre moyen de £2,000 par an et a utilisé un multiplicateur de 16. Cela donne £32,000. Déduction de moitié pour paiement actuel: résultat £16,000.

L'avocat des défendeurs a insisté pour que nous adoptions une nouvelle attitude à l'égard des enfants en bas âge. Il a fait valoir que la perte de revenus futurs était tellement hypothétique, qu'au lieu d'essayer de la calculer, nous devrions accorder une somme conventionnelle de, disons, £7,500. Il nous a suggéré de suivre l'avis donné par lord Devlin dans l'arrêt *H. West & Son Ltd. v. Shephard*, [1963] 2 All E.R. 625, à la p. 638, [1964] A.C. 326 à la p. 357 c'est-à-dire: (i) lui donner une somme qui assurera que pour le reste de sa vie, dans les limites du raisonnable, l'enfant ne manquera de rien de ce que l'argent peut acheter; (ii) lui accorder également un dédommagement pour les souffrances et la perte des agréments de la vie; (iii) mais sans lui donner par surcroît un montant important pour la perte de revenus futurs. A ce très bas âge, ces revenus seraient extrêmement hypothétiques. Qui peut dire ce qu'un petit garçon fera de sa vie? Il peut être dans les affaires et bien réussir. Il peut s'enliser dans un emploi médiocre et suffire tout juste à ses besoins. Il peut aussi complètement échouer. C'est encore plus hypothétique quand il s'agit d'une petite fille. Elle peut se marier, élever une famille nombreuse et ne rien gagner elle-même. Ou elle peut embrasser une carrière et bien réussir. La perte de revenus futurs d'un enfant en bas âge est tellement hypothétique que je suis très tenté d'accepter la suggestion de l'avocat des défendeurs.

Dans *The Quantum of Damages*, de Kemp & Kemp, 4^e ed., v. 1, p. 135, sous le titre [TRADUCTION] «Dans le cas où la victime est un enfant ou un adolescent qui n'a embrassé aucune carrière de sorte que l'on ne peut chiffrer la perte annuelle

¹⁸ [1975] 2 All E.R. 1107 (C.A.).

it is stated that in that class of case the court is really reduced to pure guesswork.

Lord Denning, in the statement of *Taylor* which I have quoted, cites the argument of counsel that there should be awarded "a conventional sum of say £7,500".

As I have said, I think we must make an award of some sum but we have no guidance whatsoever in the fixation of that sum. It would seem to me that we are entitled to say that the infant plaintiff would not have become a public charge. To award an annual loss of income of the sum of \$5,000 is to make an award of an amount which, in the present economic state, is merely on the poverty level, yet, I cannot justify an award based on an amount of \$10,000 as did Zuber J.A. I think that we would be doing justice to both plaintiff and defendants, and I find it equitable, to determine that the infant plaintiff would, at least, have earned \$7,500 per year for her business life.

As I have already pointed out, this Court in *The Queen v. Jennings et al.*, *supra*, found that there should be no deduction for income tax from the amount allowed by loss of future income.

I am of the view that annual amounts should only be calculated from the time the infant plaintiff would have reached 20 years of age until she would have reached the normal retirement age in industry today of 65 years. Moreover, when we assume that the plaintiff would have been a wage earner, we must also consider that all wage earners are faced with possibilities of failure through illness short of death, financial disasters, personality defects, and other causes. I, therefore, believe that we should allow a 20 per cent contingency deduction from the \$7,500 to make a net annual loss of income of \$6,000 and then calculate the present value of payments of \$6,000 commencing at the time the infant plaintiff would have attained the age of 20 years and continue until she would have reached 65 years. That present value, in my view, should be calculated at the same discount rate of 7 per cent as the present value of the amount pro-

nette à la date du procès», il est dit que les tribunaux en sont réellement réduits à de pures conjectures.

Dans l'extrait de l'arrêt *Taylor* que j'ai cité, lord Denning se réfère à l'argument de l'avocat selon lequel on devrait accorder «une somme conventionnelle de, disons, £7,500».

Comme je l'ai dit, je pense que nous devons accorder un montant à ce titre, mais nous ne disposons d'aucun guide pour le fixer. A mon avis, nous sommes fondés à dire que la mineure demanderesse ne serait pas à la charge de la société. Allouer une somme de \$5,000 par an au titre de la perte de revenus revient à accorder un montant qui, dans la situation économique actuelle, équivaut au seuil de pauvreté; néanmoins, je ne peux pas justifier une indemnité correspondant à un montant de \$10,000 par an, comme l'a fait le juge Zuber. Je crois qu'il serait juste et équitable, envers la demanderesse et les défendeurs, de conclure qu'elle aurait gagné au moins \$7,500 par an pendant le restant de sa vie active.

Comme je l'ai déjà souligné, cette Cour a conclu dans l'arrêt *La Reine c. Jennings et autres*, précité, qu'on ne devait rien déduire, au titre de l'impôt sur le revenu, du montant alloué pour la perte de revenus futurs.

Je suis d'avis que ces montants annuels ne doivent courir qu'à partir du moment où la mineure demanderesse aura 20 ans et jusqu'à ce qu'elle atteigne l'âge normal de la retraite qui, dans le milieu du travail, est aujourd'hui de 65 ans. De plus, quand nous supposons que la demanderesse aurait touché un salaire, nous devons aussi considérer que tous les salariés doivent faire face à la possibilité de certains revers de fortune, comme la maladie grave, les désastres financiers, les problèmes personnels et autres choses. Je crois, par conséquent, que nous devrions faire un abattement de 20 pour cent pour ces éventualités; sur les \$7,500; la perte de revenu annuel net est donc de \$6,000. Il faut calculer ensuite la valeur actualisée des paiements annuels de \$6,000, de l'âge de 20 ans à celui de la retraite, soit 65 ans. A mon avis, cette valeur actualisée devrait être calculée au taux d'actualisation de 7 pour cent adopté dans le

vided for future care for the reasons which I have discussed above. This calculation appears hereafter in my summary.

There remains the assessment of the quantum of non-pecuniary damages. These damages are spoken of as "compensation" for pain and suffering, loss of amenities of life, loss of expectation of life—a grant of largely subjective considerations the very naming of which indicates the impossibility of precise assessments. I have recited above in very complete detail the evidence and report of a pre-eminent medical specialist. I repeat his conclusion: "This accident has produced one of the most disabled children I have ever seen". The learned trial judge in his global award of \$950,000 assigned \$200,000 as non-pecuniary damages. The Court of Appeal, despite vigorous attacks on that amount by counsel for all defendants confirmed that amount. The same counsel launched the same attack in this Court.

The real difficulty is that an award of non-pecuniary damages cannot be "compensation". There is simply no equation between paralyzed limbs and/or injured brain and dollars. The award is not reparative: there can be no restoration of the lost function. There can be no doubt that awards for non-pecuniary damages in the immediate past have been increasing apace. In the case of many verdicts in the United States, it may well be said that they have been soaring. The reasons probably are many. Firstly, I have pointed out the impossibility of accurate assessment. Then there must be many cases of what really are expressions of deep sympathy for the terribly injured plaintiff and a mistaken feeling that his or her sore loss of the amenities of life may be assuaged by the feeling of satisfaction from a pocket-full of money. There might even be some element of punishment for the wrongdoer or, the most irrelevant of considerations, a measuring of the depth of the defendant's purse. Certainly, such awards, which one may well characterize as exorbitant, fail to accord with the requirement of reasonableness, a proper gauge for all damages.

calcul de l'indemnité pour soins futurs, pour les raisons que j'ai exposées ci-dessus. Ce calcul figure ci-après dans mon résumé.

Reste le montant des dommages-intérêts non pécuniaires. On qualifie ces dommages-intérêts de «compensation» pour les souffrances, la perte des agréments de la vie, la diminution de l'espérance de vie—des considérations largement subjectives dont la désignation même traduit l'impossibilité de les évaluer avec précision. J'ai cité plus haut, en détail, le témoignage et le rapport d'un médecin spécialiste remarquable. Je répète sa conclusion: [TRADUCTION] «Cet accident a produit un des enfants les plus invalides que j'aie jamais vus». Dans le montant global de \$950,000, le savant juge de première instance a alloué \$200,000 en dommages-intérêts non pécuniaires. En dépit d'une vigoureuse contestation de ce montant par les avocats de tous les défendeurs, la Cour d'appel l'a confirmé. Les mêmes avocats ont repris les mêmes arguments devant cette Cour.

La vraie difficulté réside dans le fait que les dommages-intérêts non pécuniaires ne peuvent pas constituer une «compensation». On ne peut pas mettre en parallèle des membres paralysés ou un cerveau atteint de lésions et des dollars. L'indemnité n'est pas une réparation: on ne peut rétablir la fonction perdue. Il n'est pas douteux que les indemnités au titre des dommages non pécuniaires ont récemment beaucoup augmenté. Dans le cas de nombreux verdicts aux États-Unis, on peut même dire qu'elles sont débridées. Les motifs en sont probablement nombreux. J'ai souligné, en premier lieu, l'impossibilité d'une évaluation précise. Dans de nombreux cas, elles reflètent en fait l'expression d'une profonde sympathie à l'égard d'une victime affreusement blessée et le sentiment erroné que la perte des agréments de la vie peut être soulagée par le sentiment de satisfaction que lui procurera un portefeuille bien rempli. Peuvent entrer en considération le désir de punir l'auteur du dommage ou encore, et c'est la moins pertinente des considérations, la mesure des moyens financiers du défendeur. De telles indemnités, qu'on peut bien qualifier d'exorbitantes, ne sont certainement pas en harmonie avec ce que requiert le raisonnable, seul critère valide pour les dommages-intérêts.

I repeat my view expressed earlier that in these cases of very serious personal injuries the prime purpose in fixing an award of damages is the provision of adequate reasonable care for the plaintiff for the rest of the plaintiff's life. This I have attempted above by providing a fund from which may be drawn annually the necessary sum for care and attention and by an award for loss of future income from which she may supply the ordinary necessities of life. These two amounts I reach without regard for any social impact of the admittedly, and necessarily, large award. Indeed, the social burden may only be borne by a proper and reasonable assessment of the amounts. Under the present common law system of liability for fault, there can be no excuse for foisting on the public the burden of caring for the plaintiff or supplying her with the necessities of life. However, that accomplished, and I hope I have accomplished it, one may and should have regard for the social impact of very large and, as I have said, non-compensatory awards for non-pecuniary damages. The very real and serious social burden of these exorbitant awards has been illustrated graphically in the United States in cases concerning medical malpractice. We have a right to fear a situation where none but the very wealthy could own or drive automobiles because none but the very wealthy could afford to pay the enormous insurance premiums which would be required by insurers to meet such exorbitant awards.

One solution might be that discussed in some English cases, *i.e.*, to confine the non-pecuniary damages to "an arbitrary conventional sum". This solution I seek to avoid. Rather, I adopt the course taken by my brother Dickson in *Andrews*, that is, to fix the non-pecuniary damages by reference to a rational basis for them. If, as did my brother Dickson, one realizes that it is impossible to compensate for the losses of the various elements involved in non-pecuniary damages and that it is reasonable, none the less, to make an award then gauge that award by attempting to set up a fund from which the plaintiff may draw, not to compensate for those losses, but, to provide some substi-

Je répète ce que j'ai exprimé plus tôt: dans les cas de blessures corporelles très graves, le but primordial des dommages-intérêts est de fournir au demandeur des soins convenables et raisonnables pendant le reste de sa vie. J'ai tenté plus haut de pourvoir à cela par la création d'un fonds d'où sera prélevé annuellement le montant voulu pour les soins et l'assistance nécessaires et par l'attribution d'une indemnité pour perte de revenus futurs qui permettra à la demanderesse de satisfaire aux nécessités courantes de la vie. J'ai fixé ces deux montants sans égard aux répercussions sociales de ce qui est manifestement, et d'ailleurs nécessairement, une grosse indemnité. La charge sociale doit certes être fondée sur une évaluation exacte et raisonnable des montants. Dans le système actuel de la *common law* où la responsabilité découle de la faute, rien ne justifie d'imposer au public la charge de prendre soin de la demanderesse ou de lui fournir les nécessités de l'existence. Toutefois, cela accompli, et j'espère l'avoir accompli, on peut et doit tenir compte des répercussions sociales d'indemnités très importantes et, comme je l'ai dit, non compensatoires, au titre des dommages non pécuniaires. La charge sociale, très réelle et très sérieuse, de ces indemnités exorbitantes n'est que trop bien illustrée aux États-Unis dans les affaires de responsabilité médicale. Nous avons de bonnes raisons de craindre d'en venir à la situation où seuls les très riches pourront acheter ou conduire des automobiles parce qu'ils seront seuls à pouvoir payer les primes d'assurances énormes que devront exiger les assureurs pour faire face à ces indemnités exorbitantes.

Une solution du problème pourrait être celle discutée dans certains arrêts anglais, savoir limiter les dommages-intérêts non pécuniaires à une «somme conventionnelle arbitraire». Je cherche à éviter cette solution. Je préfère adopter celle de mon collègue, le juge Dickson, dans l'affaire *Andrews*, c'est-à-dire fixer les dommages-intérêts non pécuniaires selon un principe logique. Si l'on admet, comme le fait le juge Dickson, qu'il est impossible de réparer les pertes tombant dans la catégorie des dommages non pécuniaires, mais qu'il est néanmoins raisonnable d'indemniser la victime à cet égard, il faut fixer une indemnité qui créera un fonds dont cette dernière bénéficiera,

tute for those amenities. As Harman L.J. put it so well in *Warren v. King*¹⁹, at p. 528, "... what can be done to alleviate the disaster to the victim, what will it cost to enable her to live as tolerably as may be in the circumstances".

I am in respectful agreement with Dickson J. that there should be uniformity, always allowing flexibility to meet each differing individual case, in awards for non-pecuniary damages. Perhaps one should say there must be upper limits with awards lower in some cases and some higher in exceptional cases. Dickson J. has found \$100,000 as being the upper limit in both *Andrews* and *Thornton*. As I have pointed out, those were both cases of young men turned by the accidents into quadriplegics but whose mental faculties were unimpaired and who, by use of wheel chairs and appropriate automotive vehicles, will be able to get about amongst their fellow-men.

The infant plaintiff Diane Teno, although not completely paralyzed, is so disabled that her very limited ability to walk is accomplished in such an awkward fashion as to cause her continual embarrassment. Her left arm is very clumsy, her right is useless because of spastic weakness, her speech is impaired and nearly unintelligible and her mental impairment has reduced her to the "dull normal range". I am of the opinion that such a condition justifies a very generous award to permit the infant plaintiff to find some way by which her life may be made a little more tolerable. Moreover, the infant plaintiff in the present appeal has a life expectancy of 66.9 years while *Andrews* has a life expectancy of only 45 years and *Thornton* only 49 years. Therefore, despite the fact that the infant plaintiff, unlike *Andrews* and *Thornton*, will not need the frequent actual treatment required by the latter such as turning in bed every two hours, the other circumstances to which I have referred justi-

non pas pour réparer ces pertes, mais pour lui permettre de trouver un substitut aux agréments perdus. Comme l'a si bien dit le lord juge Harman dans l'arrêt *Warren v. King*¹⁹, à la p. 528: [TRANSLATION] «... ce qui peut être fait pour alléger le désastre subi par la victime, ce qu'il en coûte pour lui permettre de vivre aussi bien que possible compte tenu des circonstances».

Je partage respectueusement l'opinion du juge Dickson selon laquelle il faut une certaine uniformité dans l'allocation de dommages-intérêts non pécuniaires, tout en gardant cependant assez de souplesse pour répondre aux circonstances de chaque cas individuel. Peut-être devrait-on dire qu'il faut fixer un plafond, avec des indemnités moins élevées dans certains cas et plus élevées dans des cas exceptionnels. Dans les arrêts *Andrews* et *Thornton*, le juge Dickson conclut que ce plafond se chiffre à \$100,000. Comme je l'ai souligné, il s'agit de deux jeunes gens que les accidents ont rendus tétraplégiques mais dont les facultés mentales sont demeurées intactes et qui, grâce à des fauteuils roulants et des véhicules automobiles appropriés, seront en mesure de circuler parmi leurs concitoyens.

Sans être complètement paralysée, la mineure demanderesse, Diane Teno, est une grande infirme. Elle marche très difficilement et si gauchement que sa démarche constituera pour elle une cause continuelle d'embarras. Son bras gauche est très malhabile; son bras droit est inutilisable à cause de sa faiblesse spastique; son élocution est atteinte et presque inintelligible; ses facultés mentales sont tombées dans les «limites inférieures de la normale». Je suis d'avis que son état justifie une indemnité très généreuse qui lui permettra de trouver moyen d'avoir une vie un peu plus tolérable. En outre, la mineure demanderesse a une espérance de vie de 66.9 ans, alors que celle d'*Andrews* est de 45 ans seulement et celle de *Thornton* de 49 ans seulement. En conséquence, même si la mineure demanderesse, à la différence de *Thornton* et d'*Andrews*, n'a pas besoin des soins continus qu'exigent ces derniers (comme par exemple les changer de position au lit toutes les deux heures),

¹⁹ [1963] 3 All E.R. 521.

¹⁹ [1963] 3 All E.R. 521.

fy the allowance of the same sum of \$100,000 to her under this heading of non-pecuniary damages.

The result of these reasons, I would summarize as follows:

Firstly, the respondent Orville Teno is entitled to retain his judgment against all the defendants for special damages fixed at \$14,979.62 of which sum he is to hold \$7,500 in trust for his wife Yvonne Teno.

Secondly, the respondent Diane Teno is entitled to the following sums:

(1) *For future care:*

To provide a fund of \$21,000 per annum for 57 years, calculated at discount rate of 7 per cent \$294,387

To provide an additional sum of \$6,000 per annum commencing in 1984 (when she attains the age of 19 years) and continuing for the balance of her life \$ 54,735

(This sum will have generated a fund of \$82,708 by 1984).

(2) *Loss of future income:* \$ 54,272

Fixed at \$6,000 per year for 45 years commencing in 1984 when this sum at a discount rate of 7 per cent will have accumulated a fund of \$82,008.

Thirdly, non-pecuniary damages \$100,000

Fourthly, management fee \$ 35,000

TOTAL damages of Diane Teno \$538,394
rounded out at \$540,000

The judgments in the amounts aforesaid should be payable in full by all four of the defendants, Wallace Arnold and Brian Arnold, J. B. Jackson Limited and Stuart Galloway, but as between themselves Wallace Arnold and Brian Arnold taken together should contribute 50 per cent to their co-defendants J. B. Jackson Limited and Stuart Galloway and vice versa.

les autres circonstances dont j'ai parlé justifient l'adjudication de la même somme de \$100,000 au titre du préjudice non pécuniaire.

Voici comment je résume les présents motifs:

Premièrement, l'intimé Orville Teno voit confirmer le jugement en sa faveur contre tous les défendeurs pour des dommages-intérêts spéciaux fixés à \$14,979.62, dont il détiendra \$7,500 en fiducie pour son épouse Yvonne Teno.

Deuxièmement, l'intimée Diane Teno a droit aux montants suivants:

(1) *Soins futurs:*

Pour constituer un fonds de \$21,000 par an, pendant 57 ans, au taux d'actualisation de 7 pour cent \$294,387

Pour la somme additionnelle de \$6,000 par an, à partir de 1984 (quand elle atteindra l'âge de 19 ans) et pendant tout le reste de sa vie \$ 54,735

(En 1984, cette somme aura produit un fonds de \$82,708).

(2) *Perte de revenus futurs:* \$ 54,272

Fixée à \$6,000 par an pendant 45 ans à compter de 1984, quand cette somme, au taux d'actualisation de 7 pour cent, aura produit un fonds de \$82,008.

Troisièmement, préjudice non pécuniaire \$100,000

Quatrièmement, frais de gestion \$ 35,000

TOTAL des dommages-intérêts revenant à Diane Teno \$538,394
arrondis à \$540,000

Le montant précité est exigible en totalité des quatre défendeurs, Wallace Arnold et Brian Arnold, J. B. Jackson Limited et Stuart Galloway; cependant, entre eux, Wallace Arnold et Brian Arnold conjointement doivent 50 pour cent de dommages-intérêts à leurs co-défendeurs J. B. Jackson Limited et Stuart Galloway et vice-versa.

The costs at trial should remain unchanged. Although the global award made by the learned trial judge was much reduced upon appeal, no costs were awarded against the plaintiff Diane Teno by the Court of Appeal for Ontario. Despite the further reduction of the global award in this Court, I am of the opinion that the matters involved in its determination were questions of policy upon which there had been little guidance in previous decisions of this Court and that it would be proper to refrain from making any order as to costs in this Court against the appellant Diane Teno.

The appellant Yvonne Teno is entitled to her costs against all defendants upon the third party issue in which contribution was claimed against her.

The judgment of Martland, Ritchie, Pigeon and Beetz JJ. was delivered by

PIGEON J.—I have had the advantage of reading the reasons of Spence J. I am in agreement with him on all but one point.

Specifically, I agree that all defendants should be held liable and that, as between them, there should be an even division between Wallace Arnold and Brian Arnold on one hand and J. B. Jackson Limited and Stuart Galloway on the other. I also agree to restore the conclusion of the trial judge that there should be no contribution by Yvonne Teno. The evidence fully supported the conclusion of Keith J.:

The parents of these children did not depart from the generally accepted standard of care.

In my view, the same should be said of defendant J. B. Jackson Limited, the ice cream vending company whose truck was in the charge of the defendant Stuart Galloway. Although I see no reason to interfere with the concurrent findings of negligence against the latter, I am unable to accept the finding that J. B. Jackson Limited is liable for the accident, not only by reason of Galloway's negligence but also by reason of the way in which its vending business was conducted. Here is how this finding was expressed by Zuber J.A.:

Les dépens de première instance demeurent sans changement. Bien que l'indemnité totale fixée par le savant juge de première instance ait été réduite en appel, la demanderesse Diane Teno n'était pas tenue des dépens en Cour d'appel de l'Ontario. Malgré la nouvelle réduction de l'indemnité totale par cette Cour, je suis d'avis que les questions qui font l'objet de la décision sont des questions de principe sur lesquelles on trouve peu de directives dans les décisions antérieures de cette Cour et qu'il convient donc de ne pas adjuger de dépens dans cette Cour contre l'appelante Diane Teno.

L'appelante Yvonne Teno a droit à ses dépens contre tous les défendeurs dans le recours en contribution intenté contre elle.

Le jugement des juges Martland, Ritchie, Pigeon et Beetz a été rendu par

LE JUGE PIGEON—J'ai eu l'avantage de lire les motifs du juge Spence. Je partage son opinion sauf sur un seul point.

Je conviens que tous les défendeurs doivent être tenus responsables et, qu'entre eux, cette responsabilité doit être partagée également entre Wallace Arnold et Brian Arnold, d'une part, et J. B. Jackson Limited et Stuart Galloway, de l'autre. Je suis également d'accord pour rétablir la conclusion du juge de première instance selon laquelle Yvonne Teno ne doit pas être appelée à contribuer. La preuve appuie entièrement la conclusion du juge Keith que:

[TRADUCTION] Les parents de ces enfants n'ont pas dérogé aux normes de diligence généralement reconnues.

A mon avis, on devrait dire la même chose de la défenderesse J. B. Jackson Limited, la compagnie de vente de crème glacée dont le camion avait été confié au défendeur Stuart Galloway. Je ne vois aucune raison de modifier les conclusions concordantes de négligence contre ce dernier, mais je ne puis accepter la conclusion selon laquelle J. B. Jackson Limited est responsable de l'accident, non seulement en raison de la négligence de Galloway, mais aussi en raison de la façon dont elle menait son commerce de vente. Voici comment le juge d'appel Zuber a exprimé cette conclusion:

If there is any validity in the argument of the defendants, that it was impossible for one man in Galloway's position to do any more, it succeeds only in impaling these defendants on the other horn of a dilemma. If a single attendant can not adequately care for the children attracted into the street, then he creates an unreasonable risk by first attracting them. A pied piper cannot plead his inability to take care of his followers when it was he who played the flute.

I agree with the result arrived at by Mr. Justice Keith in finding responsibility on the part of Jackson and Galloway. I agree as well with his further characterization of the position of the defendant Jackson. Not only is Jackson vicariously responsible for the particular failings of Galloway, but Jackson itself was negligent in the manner in which it carried on business. Without taking any adequate precautions for their safety, it attracted children into the roadway with the consequent foreseeable and unreasonable danger to them.

A good deal of evidence was led by the plaintiffs in this case concerning ice cream vending to young children from trucks in the streets. In Windsor, in 1969, when the accident occurred, this was not a new operation, it was an established business operating under a permit as in a great many other cities in Ontario and elsewhere in North America as well as overseas. In a few places, the operation was banned and a traffic expert gave evidence of a report he had made in support of such a by-law which was promoted by dealers in ice cream selling it in stores. In 1962, Jackson vainly tried to have the ban lifted by the Township of Etobicoke. No such ban was in effect in Windsor or in most cities and towns in Ontario. In some places, consideration had been given to the possibility of requiring a second person on each truck. It was appreciated that under present economic circumstances this would be the equivalent of banning the operation and no action was taken. The witness Amer had been by-law enforcement officer for the Township of North York where there was a restrictive by-law. He said that he had seen *on one occasion* an ice cream vending operation carried on by one man in the truck and another on the sidewalk.

[TRANSLATION] Si l'argument des défendeurs selon lequel il était impossible pour quelqu'un dans la situation de Galloway de faire mieux a quelque valeur, il réussit uniquement à faire buter ces défendeurs contre l'autre terme du dilemme. Si un seul préposé ne peut pas convenablement prendre soin des enfants attirés dans la rue, il crée un risque indu dès qu'il les attire. Le joueur de flûte ne peut plaider l'impossibilité de prendre soin de ceux qui le suivent, quand c'est lui qui les a attirés en jouant de la flûte.

Comme le juge Keith, je conclus à la responsabilité de Jackson et de Galloway. Je suis tout aussi d'accord avec son analyse de la situation de la défenderesse Jackson. Non seulement cette dernière est responsable du fait des manquements de Galloway, mais elle a elle-même été négligente dans sa façon de gérer son commerce. Sans prendre de précautions convenables pour leur sécurité, elle a attiré des enfants sur la chaussée, malgré le danger prévisible et indu qui en résultait pour eux.

Les demandeurs en l'espèce ont consacré une partie importante de la preuve aux camions de marchands de crème glacée qui vendent leurs produits à de jeunes enfants dans la rue. A Windsor, en 1969, quand l'accident s'est produit, cette façon de vendre n'était pas nouvelle; c'était un commerce établi, exploité en vertu d'un permis, comme dans beaucoup d'autres villes de l'Ontario, de l'Amérique du Nord et d'ailleurs. Ce commerce est interdit à quelques endroits et un expert en circulation a déposé qu'il avait fait un rapport à l'appui d'un règlement à cet effet, demandé par des marchands qui vendent de la crème glacée dans des magasins. En 1962, Jackson avait vainement essayé de faire lever l'interdiction du canton d'Etobicoke. Aucune interdiction de ce genre n'existe à Windsor ni dans la plupart des villes de l'Ontario. Dans certaines villes, on a considéré la possibilité d'exiger la présence d'une seconde personne dans chaque camion. On a jugé que, dans la situation économique actuelle, cela équivaldrait à interdire ce commerce et on n'a pas donné suite à cette suggestion. Le témoin Amer était le fonctionnaire chargé de l'application des règlements dans le canton de North York où un règlement restrictif existait. Il a dit qu'il avait vu, *dans un seul cas*, un commerce de vente de crème glacée exercé par un homme posté dans le camion avec un autre sur le trottoir.

The trial judge said in particular:

J. R. Jackson who was for many years Vice-President and General Manager of the defendant J. B. Jackson Limited was called as a witness for the plaintiff. In direct examination he stated that their drivers were given no specific instructions about handling young children coming from the opposite side of the street, or indeed from any place, but conceded that common sense requires you to keep them off the street. When asked why special precautions were not taken, such as requiring the driver to leave the truck and escort little ones to safety or by providing a second person on the truck for just such purposes (as was considered necessary in *Culkin v. McFie & Sons Ltd.*) his honest but damning answer was that the exigencies of business, i.e. to make a profit, overrode safety factors.

The actual answer of the witness was:

- Q. Was there any consideration of having two men on the truck, one to serve and one to assist pedestrians?
- A. One of the municipal suburbs of Toronto suggested we do that. We did not consider this because we would have, there just is not the margin, there is not enough profit in the operation to pay two men. As a matter of fact we experimented with a young lad but I think they contributed more to general breakdown of morale than anything else. Like school boys, that was not working.

In my view the trial judge's comment was not justified. The law does not impose a duty to take all possible safety precautions. As Rinfret C.J. said in *Eaton v. Moore*²⁰, at p. 475:

The law does not require more of any man than that he should have acted in a reasonable way.

On this aspect of the case, the question is whether a one-man operation was reasonable. It cannot be denied that a two-man operation would have been safer, but it would also have been economically impossible. The general opinion, among municipal authorities clearly was that the one-man operation was reasonable. The parents of the children as well so considered it by giving their children money to buy ice cream from the vending truck rather than objecting to the operation. I

²⁰ [1951] S.C.R. 470.

Le juge de première instance a dit en particulier:

[TRADUCTION] J. R. Jackson, qui avait été pendant de nombreuses années vice-président et directeur général de la défenderesse J. B. Jackson Limited, a été appelé comme témoin par la demanderesse. Au cours de son interrogatoire principal, il a déclaré que la compagnie n'avait donné à ses chauffeurs aucune instruction précise sur la façon de s'occuper de jeunes enfants venant de l'autre côté de la rue ou, en vérité, de n'importe quelle direction; il a cependant concédé que le bon sens exigeait qu'on les empêchât d'aller dans la rue. Quand on lui a demandé pourquoi aucune précaution spéciale n'était prise, comme de demander au chauffeur de sortir du camion pour accompagner les petits enfants ou d'avoir deux personnes par camion dans ce seul but (comme on l'a jugé nécessaire dans l'arrêt *Culkin v. McFie & Sons Ltd.*), sa réponse, honnête mais accablante, a été que les exigences du commerce, c'est-à-dire la rentabilité, l'emportaient sur les questions de sécurité.

Voici le texte de la réponse du témoin:

- [TRADUCTION] Q. A-t-on jamais envisagé d'avoir deux personnes dans le camion, une pour servir et une pour aider les piétons?
- R. Une des municipalités de la banlieue de Toronto a suggéré que nous le fassions. Nous avons rejeté cette option parce que la marge bénéficiaire n'est pas suffisante pour payer deux personnes. En fait, nous avons fait l'expérience avec un jeune homme, mais je pense que cela a contribué beaucoup plus à un effondrement du moral qu'à autre chose. Comme avec des collégiens, cela ne marchait pas.

A mon avis, le commentaire du juge de première instance est injustifié. Il n'existe pas d'obligation en droit de prendre toutes les précautions de sécurité possibles. Comme le juge en chef Rinfret l'a dit dans l'arrêt *Eaton c. Moore*²⁰, à la p. 475:

[TRADUCTION] Tout ce qu'on exige en droit d'une personne, c'est qu'elle agisse de façon raisonnable.

Sur cet aspect du litige, la question est de savoir s'il était raisonnable de n'avoir qu'une personne par camion. Il est indéniable qu'il aurait été plus prudent d'en avoir deux, mais c'était économiquement impossible. L'opinion générale des autorités municipales était clairement que l'exploitation de ce commerce par une seule personne est raisonnable. C'est aussi ce que pensaient les parents, puisque, au lieu de s'opposer à ce commerce, ils donnaient de l'argent à leurs enfants pour acheter de

²⁰ [1951] R.C.S. 470.

agree that the parents acted reasonably. They were entitled to expect that the truck operator ("the piper") would not fail to watch for oncoming traffic and to warn the children against imprudently crossing the street in front of the truck. The parents were also entitled to expect that automobile drivers would not pass such trucks without taking the special precautions called for. I cannot agree that what the parents considered reasonably safe, should be considered a "folly" on the part of the ice cream vending company. In *Cavanagh v. Ulster Weaving Co. Ltd.*²¹, Viscount Simon said at p. 158:

It would, I think, be unfortunate if an employer who has adopted a practice, system or set-up, call it what you will, which has been widely used without complaint, could not rely on it as at least a *prima facie* defence to an action for negligence, . . .

Lord Tucker with whom Lord Jenkins agreed said (at pp. 161-2):

I would, however, desire to express my agreement with what was said by my noble and learned friend, Lord Cohen, in *Morris's* case ([1956] A.C. 552) where, after reviewing what had been said on this subject in *Paris v. Stepney Borough Council*, ([1951] A.C. 367, 382; [1951] 1 T.L.R. 25; [1951] 1 All E.R. 42) and considering the language used by Parker L.J. in the case under consideration, ([1954] 2 Lloyd's Rep. 507, 518) he said ([1956] A.C. 552, 579): "I think that the effect of their Lordships' observations is that when the court finds a clearly established practice 'in like circumstances' the practice weighs heavily in the scale on the side of the defendant, and the burden of establishing negligence, which the plaintiff has to discharge, is a heavy one." And later he equates the word "folly" as used by Lord Dunedin and Lord Normand to "unreasonable or imprudent", thereby emphasising that Lord Dunedin could not have been intending to extend the employer's common law liability beyond that which had been laid down in *Smith v. Charles Baker & Sons* ([1891] A.C. 325; 7 T.L.R. 679) and many subsequent cases in this House. To give the word "folly" any other meaning would necessarily have this result. . . .

²¹ [1960] A.C. 145.

la crème glacée au camion. Je conviens que les parents ont agi raisonnablement. Ils étaient en droit de s'attendre à ce que le vendeur («le joueur de flûte») ne manque pas de surveiller la circulation et d'avertir les enfants de ne pas traverser la rue imprudemment devant le camion. Les parents étaient également en droit de s'attendre à ce que les automobilistes ne dépassent pas ces camions sans prendre les précautions spéciales qui s'imposent. Je ne puis admettre que ce que les parents considéraient raisonnablement sûr, puisse être considéré comme une «folie» de la part de la compagnie de vente de crème glacée. Dans l'arrêt *Cavanagh v. Ulster Weaving Co. Ltd.*²¹, le vicomte Simon a dit (p. 158):

[TRADUCTION] . . . Je crois qu'il serait malheureux qu'un employeur qui a adopté une pratique, une méthode ou un système, appelez cela comme vous voudrez, qui a été largement utilisé sans qu'on s'en plaigne, ne puisse au moins invoquer ce fait comme défense *prima facie* à une action en dommages, . . .

Lord Tucker, avec lequel lord Jenkins était d'accord, a dit (aux pp. 161-2):

[TRADUCTION] Je voudrais, toutefois, exprimer mon accord avec ce qu'a dit mon noble et savant collègue, lord Cohen, dans l'affaire *Morris* ([1956] A.C. 552). Après avoir passé en revue ce qui a été dit à ce sujet dans l'arrêt *Paris v. Stepney Borough Council*, ([1951] A.C. 367, 382; [1951] 1 T.L.R. 25; [1951] 1 All E.R. 42) et considéré l'exposé du lord juge Parker dans l'affaire sous examen, ([1954] 2 Lloyd's Rep. 507, 518) lord Cohen a déclaré ([1956] A.C. 552, 579): «Je pense que les observations de leurs Seigneuries signifient que lorsque le tribunal conclut qu'il existe une pratique clairement établie «dans des circonstances semblables», cette pratique fait pencher fortement la balance en faveur du défendeur, et le fardeau de la preuve de négligence, qui incombe au demandeur, est lourd». Et plus loin, il assimile le mot «folie», utilisé par lord Dunedin et lord Normand, à «déraisonnable ou imprudent», soulignant par là que lord Dunedin ne pouvait pas avoir voulu étendre la responsabilité de l'employeur en *common law*, au-delà de ce qui a été retenu dans l'arrêt *Smith v. Charles Baker & Sons* ([1891] A.C. 325; 7 T.L.R. 679) et dans plusieurs autres affaires jugées ultérieurement par cette Chambre. Donner un autre sens au mot «folie» aboutirait nécessairement à ce résultat. . . .

²¹ [1960] A.C. 145.

Lord Somerwell of Harrow added at p. 167:

In my view it would be unfortunate if courts had to consider what amounted to folly.

DE GRANDPRÉ J. (*dissenting in part*)—The facts giving rise to this litigation are not in dispute. They have given rise to a condemnation against the owner and the driver (the Arnolds) of the motor car that struck young Diane Marie Teno and there is no appeal before us on the point.

On the issue of the liability of the ice cream merchant (Jackson) and of his employee (Galloway), I would have been inclined to decide that there was no negligence on their part. Because of the concurrent findings in the Courts below, I have reluctantly come to the conclusion that their conduct cannot be considered blameless. However, I share the views of my brother Pigeon that the liability of Jackson is vicarious only.

With respect, I do not agree with my brethren that the mother has committed no negligence. If an ice cream merchant is responsible to his young customer because his employee failed to take the reasonable care owed to a child who had become his "neighbour", the mother, in the circumstances of this case, cannot be said to be in a better position. The duty of care resting on a parent is a paramount one and does not come to an end because a third party comes into the picture and is found to have been negligent for having allowed the child to cross the street and for having failed to warn that child of an approaching car. The mother, who had just given to her two young children (6 and 4½ years old respectively) the money to buy ice cream and who knew that the truck was on the other side of the boulevard, cannot be said to be under a lesser duty than that resting on the merchant's employee.

I agree with Zuber J.A. that (11 O.R. (2d) 585 at p. 596):

the conduct of Yvonne Teno falls short of the standard to be expected from a reasonably prudent mother under the circumstances

and I adopt all his reasons in support of that conclusion.

Lord Somerwell of Harrow a ajouté, à la p. 167:

[TRANSLATION] A mon avis, il serait malheureux que les tribunaux aient à considérer ce qui équivaut à de la folie.

LE JUGE DE GRANDPRÉ (*dissident en partie*)—Les faits à l'origine de ce litige ne sont pas contestés. Ils ont donné lieu à jugement contre les Arnold, le propriétaire et le conducteur de l'automobile qui a heurté la jeune Diane Marie Teno, et le pourvoi ne porte pas sur ce point.

Quant à Jackson, le marchand de crème glacée et son employé Galloway, j'aurais été enclin à conclure à l'absence de responsabilité de leur part. En raison des conclusions concordantes des cours inférieures, je me résous à conclure que leur conduite ne peut être jugée irréprochable. Cependant, comme mon collègue le juge Pigeon, je pense que la responsabilité de Jackson n'est que celle du fait d'autrui.

Avec égards, je ne partage pas l'avis de mes collègues qui concluent à l'absence de négligence de la mère. Si l'on tient un marchand de crème glacée responsable envers son jeune client parce que son employé n'a pas exercé la diligence raisonnable due à un enfant devenu son «prochain», on ne peut, dans les circonstances de l'espèce, dire que la mère est dans une meilleure situation. L'obligation de diligence des parents est primordiale et ne disparaît pas parce qu'un tiers entre en jeu et qu'on a conclu à sa négligence parce qu'il a permis à l'enfant de traverser la rue et ne l'a pas averti qu'une voiture approchait. On ne peut dire que la mère qui venait de donner de l'argent à ses deux jeunes enfants (6 ans et 4 ans respectivement) pour acheter de la crème glacée et qui savait que le camion se trouvait de l'autre côté de la rue avait une obligation moindre que celle de l'employé du marchand.

Je partage l'avis du juge Zuber (11 O.R. (2d) 585, à la p. 596) que:

[TRANSLATION] la conduite d'Yvonne Teno ne correspond pas à ce que l'on peut attendre, dans les circonstances, d'une mère raisonnablement prudente.

et je me rallie à tous ses motifs appuyant cette conclusion.

In the result, I would hold that the consequences of the accident must be borne equally in the proportion of one-third by the Arnolds, by Jackson and Galloway and by Yvonne Teno.

Judgment accordingly.

Solicitors for the appellants, Wallace and Brian Arnold: Wilson, Barnes, Walker, Montello, Beach & Perfect, Windsor.

Solicitors for the appellants, J. B. Jackson Limited and Stuart Galloway: Bell, Temple, Toronto.

Solicitors for the appellant, Yvonne Teno with respect to claim for contribution: Benson, McMurtry, Percival & Brown, Toronto.

Solicitor for the respondents, Diane Marie, Orville and Yvonne Teno: M. Wunder, Windsor.

Finalement, je conclus que les conséquences de l'accident doivent être également supportées, dans la proportion d'un tiers, par les Arnold, par Jackson et Galloway et par Yvonne Teno.

Jugement en conséquence.

Procureurs des appelants, Wallace et Brian Arnold: Wilson, Barnes, Walker, Montello, Beach & Perfect, Windsor.

Procureurs des appelants, J. B. Jackson Limited et Stuart Galloway: Bell, Temple, Toronto.

Procureurs de l'appelante, Yvonne Teno relativement au recours en contribution: Benson, McMurtry, Percival & Brown, Toronto.

Procureur des intimés, Diane Marie, Orville et Yvonne Teno: M. Wunder, Windsor.