

Robert Taylor *Appelant*;

and

Emerick Asody *Respondent*.

1974: May 8; 1974: October 1.

Present: Spence, Pigeon, Dickson, Beetz and de Grandpré JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

Appeal—Variation of apportionment of negligence by Court of Appeal—The Negligence Act, R.S.O. 1970, c. 296 s. 5.

Negligence — Contributory negligence—Apportionment of fault.

Respondent was crossing a street between intersections and when three-quarters of the way across was struck by an automobile which was backing up at 3 to 4 m.p.h. It was daylight but respondent did not hear or see the vehicle which reversed some thirty five feet to the point of impact. The motorist did not see the respondent while reversing. The trial judge concluded that both parties could have avoided the accident by showing care and applied s. 5 of *The Negligence Act*, R.S.O. 1970, c. 296 the effect of which is to apportion blame on a 50-50 basis. The Court of Appeal varied the apportionment.

Held (Spence and Dickson JJ. dissenting): The appeal should be allowed with costs.

Per Pigeon, Beetz and de Grandpré JJ.: The only question to be determined is the apportionment of liability. The Plaintiff had the obligation when crossing a downtown street between intersections to keep his eyes on all traffic and failed to see what was plainly visible. To apportion the liability between the parties in unequal degrees was not practicable and the trial judge correctly applied s. 5 of *The Negligence Act*.

Per Beetz J.: The finding by the trial judge that it was not practicable to apportion liability between the parties in unequal degrees is a finding of fact which ought not to be interfered with on appeal except in a case of demonstrable error.

Spence J. *dissenting*: The case of *Kolodychuk v. Squire*, [1973] S.C.R. 303, should be distinguished particularly with reference to the dissenting judgment therein. In the present appeal the trial judge did not

Robert Taylor *Appelant*;

et

Emerick Asody *Intimé*.

1974: le 8 mai; 1974: le 1^{er} octobre.

Présents: Les Juges Spence, Pigeon, Dickson, Beetz et de Grandpré.

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

Appel—Modification de la répartition de la négligence par la Cour d'appel—The Negligence Act, R.S.O. 1970, c. 296, art. 5.

Négligence — Négligence contributive—Répartition de la responsabilité.

L'intimé avait traversé les trois quarts de la rue, entre des intersections, lorsqu'il a été heurté par une voiture qui reculait à une vitesse de 3 à 4 milles à l'heure. C'était le jour mais l'intimé n'a ni entendu ni vu la voiture qui s'était mise en marche arrière à quelque trente-cinq pieds du point de l'impact. L'automobiliste n'a pas vu l'intimé en reculant. Le juge de première instance en est arrivé à la conclusion que les deux parties auraient pu éviter l'accident en faisant preuve d'une plus grande prudence et il a appliqué l'art. 5 du *Negligence Act*, R.S.O. 1970, c. 296 dont la conséquence est de répartir également la responsabilité. La Cour d'appel a modifié la répartition.

Arrêt (les Juges Spence et Dickson étant dissidents): Le pourvoi doit être accueilli.

Les Juges Pigeon, Beetz et de Grandpré: La seule question à décider est le partage de la responsabilité. Le demandeur avait l'obligation en traversant une rue du centre-ville de surveiller la circulation de tous les côtés et il n'a pas vu ce qui était parfaitement visible. Étant pratiquement impossible de répartir inégalement la part de responsabilité de chacune des parties, le juge de première instance a, à juste titre, appliqué l'art. 5 du *Negligence Act*.

Le Juge Beetz: La conclusion d'un juge de première instance selon laquelle il n'était pas pratiquement possible de répartir inégalement la part de responsabilité de chacune des parties est une conclusion tirée des faits qui ne doit pas être modifiée en appel sauf en cas d'erreur démontrable.

Le Juge Spence, dissident: Il faut faire une distinction avec l'arrêt *Kalodychuk c. Squire*, [1973] R.C.S. 303, en particulier avec la dissidence qu'il contient. Dans la présente affaire, le juge de première instance

arrive at a conclusion as to apportionment of damages. The Court of Appeal was not therefore reversing the apportionment of the trial judge but was making such apportionment for the first time.

Per Spence and Dickson JJ. dissenting: The trial judge having admitted an inability to arrive at any fixed conclusion and having applied s. 5 of *The Negligence Act* (which is not intended to relieve a trial judge of the difficult duty of apportioning fault and negligence but rather for cases in which due to lack of evidence it is impossible to determine respective degrees of fault), the Court of Appeal is free to exercise its independent judgment. The fault attributed to the driver of the vehicle by the Court of Appeal was within an acceptable range.

[*Lalonde v. Kahkonen*, [1972] 1 O.R. 91; *Kolodychuk v. Squire*, [1973] S.C.R. 303 referred to.]

APPEAL from a judgment of the Court of Appeal for Ontario varying a judgment of Richardson J. at trial. Appeal allowed with costs, Spence and Dickson JJ. dissenting.

B. O'Brien, Q.C., for the appellant.

D. W. Goudie, Q.C., for the respondent.

SPENCE J. (*dissenting*)—I have had the opportunity of considering both the reasons for judgment which are being delivered by both my brother Dickson and my brother de Grandpré. After carefully considering them, I have come to the conclusion that I must concur with the opinion expressed by the former. However, in view of my brother de Grandpré's reference to my dissenting judgment in *Kolodychuk v. Squire*¹, I feel I must delineate why I distinguish the opinion I expressed in that case from the present appeal.

In *Kolodychuk v. Squire*, the learned trial judge had assessed the negligence at 40 per cent against the deceased plaintiff and 60 per cent against the defendant. The majority of the Court of Appeal had altered that apportionment and assessed 75 per cent of the negligence against the deceased plaintiff and 25 per cent against

n'a pas tiré de conclusion sur la répartition des dommages-intérêts. Par conséquent, la Cour d'appel n'a pas infirmé la répartition faite par le juge de première instance; elle a plutôt procédé à une première répartition.

Les Juges Spence et Dickson, dissidents: Avouant être incapable d'en arriver à une conclusion précise, le juge de première instance a appliqué l'art. 5 du *Negligence Act* (qui n'a pas pour but de relever le juge de première instance du devoir difficile de répartir la faute et la négligence mais vise plutôt la situation où en raison d'absence de preuve, il est impossible de déterminer les parts respectives de négligence), et la Cour d'appel est libre d'exercer son jugement en toute indépendance. La responsabilité attribuée au conducteur du véhicule par la Cour d'appel se situait dans les limites acceptables.

[Arrêts mentionnés: *Lalonde v. Kahkonen*, [1972] 1 O.R. 91; *Kolodychuk c. Squire*, [1973] R.C.S. 303.]

POURVOI à l'encontre d'un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario modifiant un jugement rendu en première instance par le Juge Richardson. Pourvoi accueilli avec dépens, les Juges Spence et Dickson étant dissidents.

B. O'Brien, c.r., pour l'appelant.

D. W. Goudie, c.r., pour l'intimé.

LE JUGE SPENCE (*dissident*)—J'ai eu l'occasion d'examiner les motifs de jugement sur le point d'être déposés par mes collègues Dickson et de Grandpré. Après avoir étudié attentivement ces motifs, j'en suis venu à la conclusion que je dois souscrire à l'avis exprimé par le premier. Cependant, étant donné que mon collègue de Grandpré renvoie à mes motifs dissidents de l'affaire *Kolodychuk c. Squire*¹, il m'apparaît nécessaire d'exprimer pourquoi je fais en l'espèce présente une distinction avec l'opinion que j'exprimais dans cette affaire-là.

Dans *Kolodychuk c. Squire*, le savant juge de première instance avait imputé 40 pour cent de la faute au demandeur défunt et 60 pour cent au défendeur. La majorité de la Cour d'appel avait modifié cette répartition et imputé 75 pour cent de la faute au demandeur défunt et 25 pour cent au défendeur. Le Juge d'appel Branca, de ladite

¹ [1973] S.C.R. 303.

¹ [1973] R.C.S. 303.

the defendant. Branca J.A. in the Court of Appeal for British Columbia would have assessed the negligence of the deceased plaintiff at 60 per cent and that of the defendant at 40 per cent. The majority of this Court accepted the view of Branca J.A. and therefore again varied the apportionment. It appeared, under those circumstances, that the authorities which I cite in my dissenting judgment and which are again recited by my brother de Grandpré in the present appeal were strongly against such variation of the apportionment of damages by the appellate courts. At p. 310, I said:

In the present case, the learned trial judge noted all the factors in evidence which he believed bore on the question of the negligence of the late Roger Kolodychuk and the respondent Squire. The Court of Appeal did not alter any finding of fact and did not disagree with his judgment on any matter of law but was simply of the opinion that he had erred in assessing too large a share of the liability against the respondent Squire. In other words, in my view, the Court of Appeal took a course exactly contra to that recommended in the many authorities which I have cited. I do not think the Court of Appeal was entitled to do so and I feel that we are not entitled to either approve the course adopted by that Court or to vary it in order to reflect our own view as to the proper apportionment of the liability.

In the present case, the learned trial judge, after an analysis of the evidence and reference to certain authorities, said:

As I have said earlier, I have not had too much trouble in arriving at decisions in motor vehicle cases. In this particular instance I have given a great deal of thought to the question of the division of liability or contributory negligence on the part of the plaintiff. I have been unable to arrive at any fixed conclusion and accordingly I apply Section 5 of The Negligence Act in that I find it is not practicable to determine the respective degrees of fault as between the parties and, accordingly, find the parties equally at fault. In the result there will be judgment for the plaintiff for half the sum of the damages, which were agreed on at the sum of \$65,000.00, namely \$32,500.00, and his costs of the action.

Cour, aurait voulu imputer 60 pour cent de la faute au demandeur défunt et 40 pour cent au défendeur. La majorité de cette Cour fut d'accord avec le Juge d'appel Branca et par conséquent elle a remodifié le partage de la responsabilité. Dans ces circonstances-là, les précédents que je cite dans mes motifs dissidents et qui sont cités de nouveau par mon collègue le Juge de Grandpré dans le présent pourvoi semblaient fortement contraires à une telle modification de la répartition des dommages par les cours d'appel. A la p. 310 je disais:

Dans la présente espèce, le savant juge de première instance a noté tous les facteurs ressortant de la preuve qui, d'après lui, influaient sur la question de la négligence imputable à feu Roger Kolodychuk et à l'intimé Squire. La Cour d'appel n'a pas modifié de conclusion tirée sur les faits et n'a différé d'opinion sur aucune question de droit; elle a simplement conclu que le juge de première instance avait fait erreur en imputant une trop large part de responsabilité à l'intimé Squire. En d'autres mots, à mon avis, la Cour d'appel est allée directement à l'encontre des nombreux précédents que j'ai cités. Je ne crois pas que la Cour d'appel avait le pouvoir d'agir ainsi et je suis d'avis que nous ne pouvons ni approuver la décision de la Cour d'appel, ni la modifier de façon à faire prévaloir notre propre opinion quant au partage de la responsabilité.

En l'espèce présente, le savant juge de première instance, après avoir fait l'analyse de la preuve et renvoyé à certains précédents, a dit:

[TRADUCTION] Comme je l'ai dit auparavant, je n'ai pas eu trop de mal à en arriver à des décisions dans les causes d'accident d'automobile. Dans le présent cas, je me suis longuement penché sur la question du partage de responsabilité ou de la négligence contributive de la part du demandeur. J'ai été incapable d'en arriver à une conclusion précise et j'applique par conséquent l'article 5 de *The Negligence Act*, c'est-à-dire que ne trouvant pas pratiquement possible de déterminer la part respective de responsabilité de chacune des parties, je conclus, par conséquent, que les parties sont également responsables. Donc, jugement sera rendu en faveur du demandeur pour la moitié des dommages, que l'on avait convenu être de \$65,000, soit pour \$32,500, et pour les dépens de son action.

He, therefore, did not arrive at a conclusion as to the apportionment of damages and simply used the technical provisions of s. 5 of *The Negligence Act*. That section provides:

5. If it is not practicable to determine the respective degree of fault or negligence as between any parties to an action, such parties shall be deemed to be equally at fault or negligent.

The learned trial judge therefore found it was not practicable to determine the respective degrees of fault.

The Court of Appeal for Ontario, by its unanimous judgment, found it was practicable to determine the respective degrees of fault and I am of the opinion it was correct in so finding and in so doing did not have to leave the findings made by the learned trial judge.

I am, therefore, of the opinion that this was a case in which the Court of Appeal was not reversing an apportionment made by the learned trial judge but was rather, for the first time, making such apportionment, the learned trial judge finding that it was not practicable to do so.

For these reasons, I would dispose of the appeal and cross-appeal as does my brother Dickson.

The judgment of Pigeon and de Grandpré JJ in which Beetz J. concurred was delivered by

DE GRANDPRÉ J.—I have no hesitation to accept the concurrent findings of the Courts below that the plaintiff respondent was negligent. The defendant appellant having already admitted the fact that he was partly at fault for the accident, the only question to be determined is the apportionment of the liability.

The trial judge applied s. 5 of *The Negligence Act* and found the parties equally at fault. The Court of Appeal, on an appeal by plaintiff,

Il n'a pas, par conséquent, tiré de conclusion sur la répartition des dommages, il a simplement eu recours à la procédure prévue à l'art. 5 de *The Negligence Act*. Cet article prévoit:

[TRADUCTION] 5. S'il n'est pas pratiquement possible de déterminer la part respective de faute ou de négligence de chacune des parties à une action, lesdites parties seront considérées également responsables ou négligentes.

Le savant juge de première instance a donc statué qu'il n'était pas possible de déterminer la part respective de responsabilité de chacune des parties.

La Cour d'appel de l'Ontario, dans un jugement unanime, a statué qu'il était possible de déterminer la part respective de responsabilité de chacune des parties et je suis d'avis qu'elle a eu raison de statuer ainsi et que, ce faisant, elle n'avait pas à laisser intactes les conclusions tirées par le savant juge de première instance.

Je suis d'avis, par conséquent, que la Cour d'appel n'a pas infirmé une répartition faite par le savant juge de première instance, mais plutôt, qu'elle a procédé à une répartition originelle alors que le savant juge de première instance avait conclu qu'il n'était pas pratiquement possible de le faire.

Pour ces motifs, je déciderais le pourvoi et le pourvoi incident comme le fait mon collègue le Juge Dickson.

Le jugement des Juges Pigeon et de Grandpré, auquel souscrit le Juge Beetz, a été rendu par

LE JUGE DE GRANDPRÉ—J'accepte sans hésitation les conclusions concordantes des tribunaux d'instance inférieure selon lesquelles le demandeur intimé a été négligent. Le défendeur appellant ayant déjà reconnu qu'il était partiellement responsable de l'accident, la seule question à décider est celle du partage de la responsabilité.

Le juge de première instance a appliqué l'art. 5 de *The Negligence Act* et a décidé que les parties étaient également responsables. La Cour

modified this apportionment and found the motorist 90 per cent to blame.

With all due respect, I cannot accept the conclusion reached by the Court of Appeal and I would restore the judgment at trial.

The facts are simple. The respondent, a pedestrian, in plain daylight, was crossing from west to east a 30 foot wide street in downtown Toronto between intersections. He was three-quarters across when he was struck by an automobile which was then backing up from north to south, at three to four miles per hour, and which he had neither heard nor seen since it was put in reverse gear some thirty-five feet north of the point of impact. On his part, the motorist did not see the pedestrian when thus moving backwards.

Only the parties to the proceedings were heard as witnesses. The trial judge had, of course, the advantage of seeing their demeanor in the box and he emphasizes in his judgment that he had been "impressed with the manner in which the defendant gave his evidence" whereas he had this to say about the plaintiff:

The evidence of the plaintiff has caused me to review the evidence time and time again as to its accuracy. The plaintiff said when he was about 45 yards up the street he noticed a fellow employee walking up the east side of John Street. In one instance he said he knew the man and at another point said he only knew him through the fact of working with him at the same plant but not by name. This may not in itself be an important contradiction but it is one of those small things that sometimes help, along with others, to arrive at a proper conclusion.

After "having read and re-read the evidence", the trial judge concluded that he could not accept the testimony of the plaintiff that he was practically in the middle of the street when the appellant's motor car passed him, proceeding north. On the contrary, the trial judge found that plaintiff was still at the west curb at that time and this finding was accepted by the Court of Appeal in the following words:

d'appel, à la suite d'un appel du demandeur, a modifié cette répartition et imputé 90 pour cent de la faute à l'automobiliste.

Avec tout le respect que je dois, je ne puis accepter la décision de la Cour d'appel et je rétablirais le jugement de première instance.

Les faits sont simples. L'intimé, un piéton, traversait en plein jour de l'ouest à l'est, entre des intersections, une rue de 30 pieds de largeur, en plein cœur de Toronto. Il avait traversé les trois quarts de la rue lorsqu'il a été heurté par une voiture qui reculait alors du nord au sud, à trois ou quatre milles à l'heure, voiture qu'il n'a ni entendue ni vue puisqu'elle avait été mise en marche arrière à quelque trente-cinq pieds au nord du point de l'impact. De son côté, l'automobiliste n'a pas vu le piéton en reculant ainsi.

Seuls le demandeur et le défendeur ont été entendus comme témoins. Le juge de première instance a évidemment eu l'avantage de voir leur comportement à la barre et il a souligné dans son jugement qu'il avait été [traduction] «impressionné par la façon de témoigner du défendeur» alors qu'à l'égard du demandeur, il avait à dire ceci:

[TRADUCTION] Le témoignage du demandeur m'a obligé à revoir la preuve à plusieurs reprises pour juger de son exactitude. Le demandeur a dit qu'il avait fait environ 45 pieds sur la rue lorsqu'il remarqua un compagnon de travail marchant sur le côté est de la rue John. A un moment, il dit qu'il connaissait l'individu et à un autre il dit qu'il le connaissait seulement comme un compagnon de travail mais qu'il ne savait pas son nom. Ceci en soit n'est pas une contradiction importante, mais c'est l'une de ces petites choses qui, parfois, additionnée avec d'autres, aident à en arriver à une juste conclusion.

Après «avoir lu et relu la preuve», le juge de première instance a décidé qu'il ne pouvait pas accepter le témoignage du demandeur à savoir qu'il était pratiquement au milieu de la rue lorsque l'automobile de l'appelant l'a dépassé en se dirigeant vers le nord. Le juge de première instance a conclu, au contraire, que le demandeur était encore à la bordure ouest de la chaussée à ce moment-là et cette conclusion a été retenue par la Cour d'appel en ces termes:

In those circumstances when the plaintiff moved from the west curb, as found by the trial judge, the motor vehicle was stopped and we think that it was not completely unreasonable for the plaintiff to keep his eye on that vehicle anticipating some unknown manoeuvre from it.

In my view, the plaintiff had the obligation to keep his eyes on all traffic when crossing a downtown street between intersections. I share the opinion expressed by Schroeder J. in the Court of Appeal of Ontario in *Lalonde v. Kahkonen*², at p. 92:

Pedestrians in making a crossing at a regular street crossing, while they must exercise care, have higher rights than if they attempted to cross elsewhere. Equally, motorists are under a greater obligation to maintain a sharp look-out at such points, knowing it is the place where pedestrians cross from curb to curb. The pedestrian has an undoubted right to cross a highway not at a regular crossing for foot pedestrians, but in such a case a duty is cast upon him to take special care and to use greater vigilance—and for a very good reason—because drivers are given the knowledge that there are safety zones for the use of pedestrians and which they are ordinarily expected to use.

Here the pedestrian, notwithstanding the duty cast upon him, failed to see what was plainly visible. This failure is still more difficult to explain in the light of the evidence that he was crossing at a slight angle towards the north east.

On the whole, it is my view that the trial judge was right. Obviously, he came to the conclusion that both parties could have avoided the accident by showing greater prudence and I agree with his reading of the evidence. To apportion the liability between the parties in unequal degrees was not practicable and the trial judge correctly applied the rule of s. 5 of *The Negligence Act*.

[TRANSLATION] Dans ces circonstances lorsque le demandeur a quitté la bordure ouest de la chaussée, comme l'a conclu le juge de première instance, la voiture était arrêtée et nous pensons que ce n'était pas chose complètement déraisonnable pour le demandeur que de surveiller cette voiture en prévision de quelque manœuvre soudaine de celle-ci.

Selon moi, le demandeur avait l'obligation de surveiller la circulation de tous les côtés en traversant une rue du centre-ville entre des intersections. Je partage l'opinion exprimée en Cour d'appel de l'Ontario par M. le Juge Schroeder dans l'arrêt *Lalonde v. Kahkonen*², à la p. 92:

[TRANSLATION] Les piétons qui traversent la rue aux endroits prévus pour le faire, bien qu'ils doivent le faire attentivement, ont des droits plus grands que s'ils tentent de traverser ailleurs. Les automobilistes ont également une plus grande obligation de surveiller étroitement ces endroits-là, sachant que c'est là que les piétons traversent la rue d'un côté à l'autre. Le piéton a sans doute le droit de traverser un chemin public ailleurs qu'à un passage régulier pour piétons, mais dans ce cas il lui incombe d'apporter une attention particulière et d'exercer une plus grande vigilance—et ceci pour une très bonne raison—parce que les conducteurs de véhicules savent qu'il existe des zones de sécurité à l'usage des piétons et qu'on s'attend ordinairement à ce que ceux-ci les utilisent.

En l'espèce le piéton, malgré qu'il devait prêter une attention particulière, n'a pas vu ce qui était parfaitement visible. Cette omission est encore plus difficile à expliquer à la lumière de la preuve qu'il traversait la rue en suivant un angle légèrement incliné vers le nord-est.

Sur le tout, je suis d'avis que le juge de première instance a eu raison. Évidemment, il en est arrivé à la conclusion que les deux parties auraient pu éviter l'accident en faisant preuve d'une plus grande prudence et je souscris à son interprétation de la preuve. Il était pratiquement impossible de répartir la responsabilité entre les parties en attribuant une part plus importante de la faute à l'une qu'à l'autre et le juge de première instance a, à juste titre, appliqué la règle de l'art. 5 de *The Negligence Act*.

² [1972] 1 O.R. 91.

² [1972] 1 O.R. 91.

I do not see that the trial judge misconstrued the facts or misdirected himself as to the law. The Court of Appeal should not have modified the apportionment of liability.

In addition to the authorities referred to by my brother Dickson, with whom I find myself unable to agree, I wish to refer to *Kolodychuk v. Squire*³.

I would therefore allow the appeal and restore the judgment at trial with costs throughout.

DICKSON J. (*dissenting*)—This is an appeal from a judgment of the Court of Appeal of Ontario which varied the apportionment of liability in a motor vehicle case. The trial judge, Richardson J., concluded his judgment in these words:

As I have said earlier, I have not had too much trouble in arriving at decisions in motor vehicle cases. In this particular instance I have given a great deal of thought to the question of the division of liability or contributory negligence on the part of the plaintiff. I have been unable to arrive at any fixed conclusion and accordingly I apply Section 5 of The Negligence Act in that I find it is not practicable to determine the respective degrees of fault as between the parties and, accordingly, find the parties equally at fault. In the result there will be judgment for the plaintiff for half the sum of the damages, which were agreed on at the sum of \$65,000.00, namely \$32,500.00, and his costs of the action.

The Court of Appeal allowed an appeal brought on behalf of the plaintiff pedestrian. Jessup J. A. for the Court said:

In the result, we agree with the learned trial Judge that there was some negligence on the part of the plaintiff. However, unlike him we do find it practicable to apportion the negligence between the plaintiff and the defendant; and having regard to the

Je ne vois pas que le juge de première instance ait mal interprété les faits ou qu'il se soit donné une directive erronée quant au droit. La Cour d'appel n'aurait pas dû modifier le partage de responsabilité.

En plus des autorités mentionnées par mon collègue le Juge Dickson, avec lequel je ne puis être d'accord, je désire mentionner l'arrêt *Kolodychuk c. Squire*³.

J'accueillerais par conséquent le pourvoi et rétablirais le jugement de première instance avec dépens en toutes les cours.

LE JUGE DICKSON (*dissentant*)—Il s'agit d'un pourvoi à l'encontre d'un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario qui a modifié la répartition de la responsabilité dans une cause d'accident d'automobile. Le juge de première instance, le Juge Richardson, a conclu son jugement en ces termes:

[TRADUCTION] Comme je l'ai dit auparavant, je n'ai pas eu trop de mal à en arriver à des décisions dans les causes d'accident d'automobile. Dans le cas présent je me suis longuement penché sur la question du partage de responsabilité ou de la négligence contributive de la part du demandeur. J'ai été incapable d'en arriver à une conclusion précise et j'applique par conséquent l'article 5 de *The Negligence Act*, c'est-à-dire que ne trouvant pas pratiquement possible de déterminer la part respective de responsabilité de chacune des parties, je conclus, par conséquent, que les parties sont également responsables. Donc, jugement sera rendu en faveur du demandeur pour la moitié des dommages, que l'on avait convenu être de \$65,000, soit pour \$32,500, et pour les dépens de son action.

La Cour d'appel a accueilli un appel interjeté par le piéton demandeur. M. le Juge Jessup de la Cour d'appel a déclaré au nom de la Cour:

[TRADUCTION] En définitive, nous sommes d'accord avec le savant juge de première instance qu'il y a eu quelque négligence de la part du demandeur. Cependant, contrairement à lui, nous estimons pratiquement possible de faire le partage de la responsabi-

³ [1973] S.C.R. 303.

³ [1973] R.C.S. 303.

respective duties and responsibilities of the parties, we are of the opinion that an appropriate apportionment of liability would be to find negligence of 90% against the operator of the motor vehicle, the defendant, and 10% against the plaintiff.

The accident giving rise to the action occurred on December 23, 1969, at about 4:05 p.m., on John Street between Richmond and Queen Streets in the City of Toronto. John Street runs north and south. In the area in question the street was about thirty to thirty-two feet in width. Parking was not permitted. The plaintiff, a man about 40 years of age, employed at the Turnbull Elevator Company on the west side of John Street south of Richmond, left his place of employment with the intention of Christmas shopping at Simpson's store on Queen Street, east of John. He walked north on John Street to Richmond, crossed with the traffic lights there, and continued north on the west side of John Street a distance of forty to forty-five yards. He then decided to cross John Street from west to east to join a fellow employee whom he observed on the opposite side of the street.

Meanwhile the defendant, driving westerly on Richmond Street in a 1968 Jaguar XKE coupe, detected that his car was overheating. Looking for a place to stop he made a right turn on to John Street and was slowly proceeding north when he noticed an alley on the west side of John Street into which he decided to turn, but by this time he had overshot the alley by twenty feet or so. He therefore came to a stop, shifted gears, backed up about twenty-five or thirty feet at a speed of three to four miles per hour. He looked back over his left shoulder as he reversed the car but failed to see the plaintiff and struck him. The plaintiff's evidence was that he had walked to within two feet of the centre line of John Street where he paused to let a northbound car, which he thought to be that of the defendant, go by. He then continued his passage, angling slightly to the north, and was very near the east curb when he was struck. He

lité entre le demandeur et le défendeur; et ayant considéré les devoirs et responsabilités qui incombent respectivement aux parties, nous sommes d'avis que serait équitable une répartition de la responsabilité qui imputerait 90% de la faute au conducteur de l'automobile, le défendeur, et 10% de la faute au demandeur.

L'accident qui a donné naissance à l'action s'est produit le 23 décembre 1969, vers 4 h 05 de l'après-midi, sur la rue John entre les rues Richmond et Queen, à Toronto. La rue John est orientée du nord au sud. A l'endroit dont il s'agit, la rue était approximativement de 30 à 32 pieds de large et il était défendu de stationner. Le demandeur, un homme d'environ 40 ans employé par Turnbull Elevator Company, côté ouest de John au sud de Richmond, est parti de son lieu de travail avec l'intention de faire des emplettes de Noël au magasin Simpson sur la rue Queen, est de John. Il a marché en direction nord sur la rue John jusqu'à la rue Richmond, a traversé aux feux de circulation à cet endroit et a continué en direction nord, sur le côté ouest de la rue John, sur une distance de quarante à quarante-cinq verges. Il décida alors de traverser la rue John, de l'ouest à l'est, pour rejoindre un compagnon de travail qu'il avait aperçu sur le côté opposé de la rue.

Pendant ce temps, le défendeur, qui conduisait son véhicule, une Jaguar XKE de modèle coupé 1968, a constaté que son moteur chauffait. Cherchant un endroit pour s'arrêter, il tourna à droite sur la rue John et se dirigeait lentement vers le nord lorsqu'il aperçut sur le côté ouest de la rue John une ruelle où il décida de tourner, mais il avait déjà à ce moment dépassé l'entrée de la ruelle d'environ vingt pieds. Il arrêta donc sa voiture, changea d'engrenage et recula sur une distance de vingt-cinq à trente peids à une vitesse de trois à quatre milles à l'heure. Il a regardé à l'arrière par-dessus son épaule gauche lorsqu'il a reculé, mais il n'a pas vu le demandeur et il l'a heurté. Le demandeur a témoigné qu'il était à moins de deux pieds de la ligne médiane de la rue John lorsqu'il s'est arrêté pour laisser passer une voiture, qu'il croit être celle du défendeur, se dirigeant vers le nord. Il a alors continué à traverser

failed to see or to hear the car until the moment of impact. The trial judge did not accept the plaintiff's evidence that he had moved to within two feet of the centre line of John Street before the defendant's car passed. The judge said:

From my examination of the evidence and some years of experience with motor vehicle cases, it is inconceivable to me that the plaintiff could stand 2 feet from a line, see a car coming to a gradual stop at a no parking location and yet he would not watch what that car was going to do. It is my opinion that he was not standing there at all. I have come to that conclusion from my review of the evidence.

I feel that what did happen was that the plaintiff saw this car coming to a stop. He thought it was coming to a stop to park, and he went in a fast walk across the road, and the reason he was not seen by the defendant as he was backing up was because he was in that blind spot that we know exists at the left rear corner of any vehicle. That no doubt is the reason for the admission of the failure to satisfy the statutory onus by the defendant. I am unable to arrive at any other conclusion but that this plaintiff did not exercise that degree of care which the law requires.

So far as the record discloses, neither the plaintiff, crossing the street at a place other than an intersection, nor the defendant, backing up his car on a city street, was in contravention of any law in so doing. The defendant driver, however, had the statutory onus to discharge and he owed the plaintiff a duty of care. He admitted in his statement of defence there was negligence on his part which contributed to the plaintiff's loss but he alleged the plaintiff also was guilty of negligence which caused or contributed to the plaintiff's loss. As for the plaintiff, he had a duty at common law to look out for his own safety. Both of the courts which have considered the case have considered the plaintiff was negligent and I would not disturb the concurrent findings.

la rue, suivant un angle légèrement incliné vers le nord, et il était très près de la bordure de la chaussée lorsqu'il a été heurté. Il n'a ni vu ni entendu la voiture avant le moment de l'impact. Le juge de première instance n'a pas cru la version du demandeur à savoir qu'il était rendu à moins de deux pieds de la ligne médiane de la rue John lorsque la voiture du défendeur est passée. Le juge a dit ceci:

[TRADUCTION] En me fondant sur l'étude de la preuve et mes quelques années d'expérience dans les affaires d'accident d'automobile, je ne puis concevoir que le demandeur pouvait s'arrêter à deux pieds d'une ligne, voir une voiture arriver et s'arrêter graduellement à un endroit où le stationnement était interdit, et pourtant ne pas porter attention à ce que cette voiture se préparait à faire. A mon avis, il n'était pas à cet endroit du tout. J'en suis arrivé à cette conclusion en réexaminant la preuve.

Je crois que ce qui est arrivé est ceci. Le demandeur a vu cet automobile stopper. Il a cru qu'elle s'arrêtait pour stationner et il a alors commencé à traverser la rue d'un pas rapide. Il n'a pas été aperçu par le défendeur qui reculait, car il se trouvait alors dans l'angle de visibilité bloquée—que tous connaissent—du coin arrière gauche du véhicule. C'est sans doute pourquoi le défendeur a reconnu être incapable de s'acquitter du fardeau légal de preuve. Je ne puis tirer d'autre conclusion que celle que le demandeur n'a pas agi avec le degré de prudence requis par la loi.

Autant que le dossier permet de voir, ni le demandeur, qui a traversé la rue à un endroit autre qu'à une intersection, ni le défendeur, qui a reculé sa voiture dans une rue de grande ville, n'ont contrevenu par là à quelque loi. Le défendeur, conducteur du véhicule, devait cependant s'acquitter du fardeau légal, et il devait au demandeur, un devoir de prudence. Il a reconnu dans sa défense qu'il avait été négligent et qu'il avait ainsi contribué aux dommages du demandeur, mais il a allégué que le demandeur avait également fait preuve d'une négligence qui avait causé les dommages dont ce dernier se plaignait, ou qui y avait contribué. Pour ce qui est du demandeur, il avait en *common law* une obligation de voir à sa propre sécurité. Les deux tribunaux qui ont étudié l'affaire ont trouvé que le demandeur avait été négligent et je ne modifierais pas ces conclusions concordantes.

The issue is one of apportionment. The questions which arise are whether the Court of Appeal had the right to vary the finding of the trial judge that the parties were equally at fault, and, if so, whether the apportionment of liability by the Court of Appeal of 90 per cent against the operator of the motor vehicle and 10 per cent against the pedestrian was appropriate in all the circumstances?

Apportionment of fault is primarily and properly a matter within the discretion of the trial judge who has, as has so often been pointed out, the great advantage of seeing and hearing the witnesses, of observing demeanour, noting nuances of expression, detecting dissimulation. These are aids to judgment which cannot be reflected in the written record of a case and are, therefore, aids denied to an appellate court. We find, therefore, a consistent line of authority, exemplified by such English cases as *The Karamea*⁴; *The Umtali*⁵; *British Fame v. MacGregor*⁶; *Brown v. Thompson*⁷ and by cases in this Court such as *S.S. Benmaple v. Forseth*⁸ and *Sparks and Fairfax v. Thompson*⁹ which establish the principle that except in a strong and exceptional case, an appellate court will not feel free to substitute its apportionment of fault for that made by the trial judge unless there has been palpable and demonstrable error in appreciation of the legal principles to be applied or misapprehension of the facts by the trial judge.

Is this a case in which the Court of Appeal was under such an inhibiting influence? I do not believe so, for the judge at trial did not explicitly apportion the respective degrees of fault. He admitted an inability to arrive at any fixed conclusion and applied s. 5 of the *Negligence Act*.

Le litige porte sur le partage de responsabilité. Les questions qui sont soulevées sont de savoir si la Cour d'appel avait le droit de modifier la conclusion du juge de première instance selon laquelle les parties étaient également responsables, et, dans l'affirmative, si le partage de responsabilité fait par la Cour d'appel, imputant 90 pour cent de la faute au conducteur de l'automobile et 10 pour cent au piéton, était approprié considérant toutes les circonstances?

La répartition de responsabilité est d'abord et normalement une question relevant du pouvoir discrétionnaire du juge de première instance qui a, comme on l'a si souvent fait remarquer, l'immense avantage de voir et d'entendre les témoins, d'observer leur comportement, de noter les nuances dans leur façon de s'exprimer, de percevoir ce qu'ils tentent de dissimuler. Ce sont là des aides que le dossier ne peut refléter et qui, par conséquent, sont déniées à une cour d'appel. C'est pourquoi nous trouvons une suite constante de précédents, illustrée par des arrêts anglais comme *The Karamea*⁴; *The Umtali*⁵; *British Fame v. MacGregor*⁶; *Brown v. Thompson*⁷, et par des arrêts de cette Cour comme *S.S. Benmaple c. Forseth*⁸ et *Sparks et Fairfax c. Thompson*⁹ qui établissent le principe que, sauf circonstances extrêmement convaincantes et exceptionnelles, une cour d'appel n'est pas libre de substituer sa répartition de responsabilité à celle faite par le juge de première instance à moins qu'il n'y ait eu, de la part du juge de première instance, erreur manifeste et démontrable dans l'appréciation des principes de droit applicables, ou appréciation erronée des faits.

En l'espèce, est-ce que la Cour d'appel était assujettie à de telles restrictions? Je ne le crois pas, du fait que le juge de première instance n'a pas explicitement réparti la part respective de responsabilité de chacune des parties. Il a avoué être incapable d'en arriver à une conclusion

⁴ [1921] L.J.P. 81.

⁵ (1939), 160 T.L.R. 114.

⁶ [1943] 1 All E.R. 33.

⁷ [1968] 2 All E.R. 708.

⁸ [1960] S.C.R. 210.

⁹ [1975] 1 S.C.R. 618.

⁴ [1921] L.J.P. 81.

⁵ (1939), 160 T.L.R. 114.

⁶ [1943] 1 All E.R. 33.

⁷ [1968] 2 All E.R. 708.

⁸ [1960] R.C.S. 210.

⁹ [1975] 1 R.C.S. 618.

The section in my view is not intended to relieve the trial judge of the difficult, often agonizing, duty of apportioning fault and negligence. The section is intended, I think, for those cases in which, due to an absence of witnesses or dearth of reliable evidence, it is impossible to reconstruct with any degree of assurance what occurred and therefore a determination of respective degrees of fault is not, as a purely practical matter, either feasible or indeed capable of attainment. That is not this case. The Court of Appeal in the instant case was free to perform the function of apportionment, not performed by the trial judge, without any of the usual constraints and enabled to exercise an independent judgment. When we consider then the degrees of fault which the Court in fact apportioned respectively to the driver of the vehicle and to the pedestrian, in my opinion the fault attributed to the driver of the vehicle was within, though at the upper limit of, an acceptable range. Backing up on a city street is a dangerous manoeuvre because of the poor backward visibility of the driver of the vehicle and because, although not uncommon, it is difficult for others to foresee that such a manoeuvre will be made. The potential danger to persons and property demands a high degree of care on the part of the motorist. The plaintiff, preoccupied, did not take reasonable care for his own safety but he had no reason to believe that the defendant's vehicle would stop and almost immediately commence to back up.

I would dismiss the appeal and the cross-appeal with costs.

BEETZ J.—I have had the advantage of reading the opinions of Mr. Justice Dickson and of Mr. Justice de Grandpré.

I agree with Mr. Justice de Grandpré.

I wish to add that, in my view, the finding by a trial judge that it was not practicable to apportion liability between the parties in unequal

précise et il a appliqué l'art. 5 de *Negligence Act*. L'article, à mon avis, n'a pas pour but de relever le juge de première instance du devoir difficile, et souvent angoissant, qu'il a de répartir la faute et la négligence. Je crois que cet article vise les situations où, en raison d'une absence de témoins ou d'une insuffisance de preuves dignes de foi, il est impossible de reconstituer les faits avec quelque peu de certitude, et où par conséquent la détermination des parts respectives de négligence n'est pas, sur le plan purement pratique, faisable ou vraiment susceptible d'être réalisée. Cette situation n'existe pas dans le cas présent. La Cour d'appel en l'espèce était libre d'exécuter sans les contraintes habituelles la fonction du partage, que n'avait pas exécutée le juge de première instance, et elle était autorisée à exercer son jugement en toute indépendance. Lorsque nous considérons, alors, les parts de responsabilité que la Cour a effectivement imputées au conducteur du véhicule et au piéton respectivement, la part de responsabilité attribuée au conducteur me paraît se situer dans des limites acceptables, bien qu'élevées. Reculer dans une rue de grande ville est une manœuvre dangereuse du fait que la visibilité à l'arrière du conducteur du véhicule est pauvre et que cette manœuvre, sans être exceptionnelle, est difficilement prévisible. La possibilité de danger pour les personnes et les biens exige un haut degré de prudence de l'automobiliste. Le demandeur, distrait, n'a pas assuré sa propre sécurité avec une diligence raisonnable, mais il n'avait aucune raison de croire que le véhicule du défendeur s'arrêterait et que presque immédiatement il commencerait à reculer.

Je rejetterais le pourvoi et le pourvoi incident avec dépens.

LE JUGE BEETZ—J'ai eu l'avantage de lire les motifs de M. le Juge Dickson et de M. le Juge de Grandpré.

Je suis d'accord avec M. le Juge de Grandpré.

Je désire ajouter que, selon moi, la conclusion d'un juge de première instance selon laquelle il n'est pas pratiquement possible de répartir iné-

degrees (s. 5 of *The Negligence Act*) is a finding of fact which ought not to be interfered with in appeal except in a case of demonstrable error.

Appeal allowed with costs.

Solicitors for the appellant: Smith, Lyons, Torrance, Stevenson & Mayer, Toronto.

Solicitors for the respondent: Thomson, Rogers, Toronto.

galement la part de responsabilité de chacune des parties (art. 5 de *The Negligence Act*,) est une conclusion tirée des faits et qui ne doit pas être modifiée en appel sauf au cas d'erreur démontrable.

Appel accueilli avec dépens.

Procureurs de l'appelant: Smith, Lyons, Torrance, Stevenson & Mayer, Toronto.

Procureurs de l'intimé: Thomson, Rogers, Toronto.