

Steven Mitchell, an infant by

Vincent D. Mitchell, his

guardian *ad litem*, and the said

Vincent D. Mitchell (*Plaintiffs*) Appellants;

and

**Canadian National Railway Company
(*Defendant*) Respondent.**

1973: November 26, 27; 1974: February 12.

Present: Ritchie, Spence, Pigeon, Laskin and
Dickson JJ.

ON APPEAL FROM THE SUPREME COURT OF
NOVA SCOTIA, APPEAL DIVISION

*Negligence—Occupiers Liability—Breach of duty to
warn licensees of unusual risk—Railway Act, R.S.C.
1970, c. R-2, s. 214(1)(a)—Contributory Negligence
Act, R.S.N.S. 1967, c. 54.*

The infant appellant, aged nine, had decided to toboggan at a place accessible from a path along a railway embankment. The well trod path inside the railway right of way was in general use. There was encrusted snow on the path and the area was slippery. The child tripped on a shrub or bush protruding above the surface of the icy embankment, on the right of way, and slid down into the way of a train. The trial judge treated the injured boy as a licensee and found that there had been no negligence on the part of the railway company. The Appeal Division supported the findings of fact at trial but thought that the injured boy was a trespasser.

Held (Ritchie J. dissenting): The appeal should be allowed.

Per Spence, Laskin and Dickson JJ.: A number of the findings of the trial judge were conclusions of law rather than findings of fact alone. What is missing from the consideration by the Courts below is necessary concern with the condition of the path and of the embankment lying close to the tracks as this was a travelled area. There was a foreseeable risk of harm especially to children. The absence of warning given by a sign or otherwise is enough to establish liability. Mere knowledge of likely danger is no longer any

Steven Mitchell, un mineur représenté

par Vincent D. Mitchell, son

représentant *ad litem*, et ledit

**Vincent D. Mitchell (*Demandeurs*)
Appelants;**

et

**La compagnie des chemins de fer nationaux
du Canada (*Défenderesse*) Intimée.**

1973: les 26 et 27 novembre; 1974: le 12 février.

Présents: Les Juges Ritchie, Spence, Pigeon, Laskin
et Dickson.

EN APPEL DE LA DIVISION D'APPEL DE LA COUR
SUPRÊME DE LA NOUVELLE-ÉCOSSE

Négligence—Responsabilité des occupants—Violation de l'obligation d'avertir d'un danger inhabituel—Danger inhabituel—Loi sur les chemins de fer, S.R.C. 1970, c. R-2, art. 214 (1)a)—Contributory Negligence Act, R.S.N.S. 1967, c. 54.

Le mineur appellant, âgé de neuf ans, a décidé d'aller glisser en traîne sauvage à un endroit que l'on pouvait atteindre par un sentier qui longeait le talus du chemin de fer. Le sentier battu à l'intérieur de l'emprise du chemin de fer était fréquemment utilisé. Il était recouvert de neige durcie et la surface était glissante. L'enfant a trébuché sur un arbuste ou un arbrisseau dépassant du talus verglacé sur l'emprise du chemin de fer et a glissé en bas du talus pour être heurté par un train. Le juge de première instance a considéré l'enfant blessé comme une personne autorisée (*licensee*) et a décidé qu'il n'y avait pas de négligence de la part de la compagnie de chemin de fer. La Division d'appel a confirmé les conclusions du juge de première instance mais elle a été d'avis que l'enfant blessé était un intrus (*trespasser*).

Arrêt (Le Juge Ritchie étant dissident): Le pourvoi doit être accueilli.

Les Juges Spence, Laskin et Dickson: Certaines conclusions du juge de première instance se rapportaient à des questions de droit plutôt qu'à des questions de fait seulement. Le point essentiel que les cours d'instance inférieure ont omis de considérer, est l'état du sentier et du talus se trouvant près de la voie ferrée, compte tenu du fait que c'était un endroit fréquenté. Il y avait un risque prévisible de dommage, surtout aux enfants. L'absence d'un avertissement par écriteau ou autrement est suffisante pour établir

more exonerative of a licensor than of an invitor and the duty of care once established on the facts is not dissolved merely because the person to whom the duty is owed knows that he may be exposing himself to some danger.

Per Pigeon J.: There is no basis for holding that the railway company was under a duty to make this path across the railway embankment safe for pedestrians or to warn them of the danger involved in using it. The cause of the mishap was that the boy ventured too close to the edge of the track.

However, the railway company had not kept its property properly fenced as required by s. 214(1)(a) of the *Railway Act*, R.S.C. 1970, c. R-2. The breach of this statutory duty to fence establishes the liability of the company subject to the contributory negligence of the injured boy in venturing too close to the edge of the embankment.

Per Ritchie J. dissenting: The danger in this case was obvious rather than concealed and I can find no breach of duty on the part of the occupier and therefore no room for an apportionment of fault under the *Contributory Negligence Act*, 1967, R.S.N.S., c. 54, unless it has been proved that the accident resulted from a breach by the railway company of a statutory duty to fence. Section 214(1)(a) of the *Railway Act*, R.S.C. 1970, c. R-2 was designed for the protection of cattle rather than people. The statutory duty to fence has therefore no application to the present case.

[*Paulsen v. C.P.R.* (1963), 43 W.W.R. 531; *Brisson v. C.P.R.* (1969), 69 W.W.R. 176, affirmed (1969), 70 W.W.R. 479; *British Railways Board v. Herrington*, [1972] A.C. 877; *Pannett v. P. McGuinness Ltd.*, [1972] 3 All E.R. 137; *London Graving Dock Co. Ltd. v. Horton*, [1951] A.C. 737; *Letang v. Ottawa Electric Ry. Co.*, [1926] A.C. 725; *Campbell v. Royal Bank of Canada*, [1964] S.C.R. 85; *Osborne v. London and North Western Railway Co.* (1888), 21 Q.B.D. 220; *Brown v. B. & F. Theatres Ltd.*, [1947] S.C.R. 486 referred to].

APPEAL from a judgment of the Supreme Court of Nova Scotia, Appeal Division dismissing an appeal from a judgment of Dubinsky J. at trial. Appeal allowed with costs, Ritchie J. dissenting.

une responsabilité. Aujourd'hui la simple connaissance d'un danger probable ne peut pas davantage exonérer un autorisant (*licensor*) qu'une personne qui invite (*invitor*) et quand les faits ont établi l'obligation de diligence celle-ci n'est pas dissoute pour le seul motif que la personne envers qui on a un devoir sait qu'elle peut s'exposer à quelque danger.

Le Juge Pigeon: Il n'y a pas de motif de conclure que la compagnie de chemin de fer était tenue d'assurer la sécurité des piétons qui empruntaient le sentier ou de les avertir du danger qu'il comportait. La cause de l'accident est que l'enfant s'est aventuré trop près du bord de la voie ferrée.

La compagnie de chemin de fer n'avait pas clôturé adéquatement sa propriété comme le requiert l'art. 214(1) a) de la *Loi sur les chemins de fer*, S.R.C. 1970, c. R-2. Le manquement à ce devoir statuaire de clôturer établit la responsabilité sous réserve de la négligence contributive de l'enfant blessé qui s'est aventuré trop près du bord du talus.

Le Juge Ritchie, dissident: En l'espèce le danger était évident plutôt que caché et je ne puis conclure à un manquement à un devoir de la part de l'occupant et par conséquent il n'y a pas lieu de répartir la faute en vertu du *Contributory Negligence Act*, 1967 R.S.N.S., c. 54, à moins qu'il ne soit prouvé que l'accident a résulté de la violation par la compagnie de chemin de fer d'une obligation statuaire de clôturer. L'article 214 (1) a) de la *Loi sur les chemins de fer*, S.R.C. 1970, c. R-2 est destiné à la protection du bétail plutôt que des personnes. L'obligation statuaire de clôturer n'est par conséquent d'aucune application en l'espèce.

[Arrêts mentionnés: *Paulsen v. C.P.R.* (1963), 43 W.W.R. 531, *Brisson v. C.P.R.* (1969), 69 W.W.R. 176, confirmé (1969), 70 W.W.R. 479; *British Railways Board v. Herrington*, [1972] A.C. 877; *Pannett v. P. McGuinness Ltd.*, [1972] 3 All E.R. 137; *London Graving Dock Co. Ltd. v. Horton*, [1951] A.C. 737; *Letang v. Ottawa Electric Ry. Co.*, [1926] A.C. 725; *Campbell c. Royal Bank of Canada*, [1964] R.C.S. 85; *Osborne v. London and North Western Railway Co.* (1888), 21 Q.B.D. 220; *Broan c. B. & F. Theatres Ltd.*, [1947] R.C.S. 486].

POURVOI à l'encontre d'un arrêt de la Division d'appel de la Cour suprême de la Nouvelle-Écosse rejetant un appel d'un jugement du Juge Dubinsky. Pourvoi accueilli avec dépens, le Juge Ritchie étant dissident.

L. A. Bell, Q.C., and H. E. Wrathall, for the appellants.

T. W. Toward, and J. L. Brean, for the respondent.

RITCHIE J. (*dissenting*)—I have had the advantage of reading the reasons for judgment of my brother Pigeon and those of Mr. Justice Laskin (as he then was).

I am in full agreement with the careful analysis made by my brother Pigeon of the circumstances surrounding this accident, having particular regard to his reliance on the plans, Exhibits 2 and 4, showing the fork in the path traversed by the appellant, and I agree also with Mr. Justice Pigeon's conclusion, based on this analysis, that:

I cannot find any basis for holding that the railway was under a duty to make the path across its right of way safe for pedestrians or to warn them of the danger involved in using it. The bank was only 7 feet high. The passing train was therefore in full view. The noise of the steel wheels on the rails could not be appreciably attenuated by such a small depression. The danger of coming close to the passing train was quite obvious. The additional danger due to the icy snow was also quite obvious and attributable to natural causes.

I am also in agreement with the trial judge and with Laskin J. (as he then was) in finding that under the circumstances young Mitchell was a licensee, and in my view this status carried with it a duty on the part of the respondent occupier which was limited to warning him of concealed dangers. The converse of that proposition, of course, is that there is no duty to a licensee in respect of obvious dangers. The nature of this common law duty has been discussed in many cases and I refer particularly to *Fairman v. Perpetual Investments Building Society*¹ at pp. 83 and 95.

In this Court in the case of *City of Ottawa v. Munroe*², the grandchild of a tenant of certain

L. A. Bell, c.r., et H. E. Wrathall, pour les appelants.

T. W. Toward, et J. L. Brean, pour l'intimée.

LE JUGE RITCHIE (*dissident*)—J'ai eu l'avantage de lire les motifs de jugement de mon collègue le Juge Pigeon ainsi que ceux de M. le Juge Laskin (alors juge puîné).

Je souscris entièrement à l'analyse soignée des circonstances entourant l'accident faite par mon collègue le Juge Pigeon, en retenant particulièrement son examen des plans, Pièces 2 et 4, indiquant la fourche dans le sentier emprunté par l'appelant, et je souscris aussi à la conclusion de M. le Juge Pigeon, fondée sur cette analyse, selon laquelle:

Je ne puis trouver aucun motif de conclure que la compagnie de chemins de fer était tenue d'assurer la sécurité des piétons qui empruntaient le sentier ou de les avertir du danger qu'il comportait. Le talus n'avait que 7 pieds de haut. Le train qui passait était donc bien visible. Le bruit des roues d'acier sur les rails ne pouvait pas être sensiblement atténué par une si petite dépression. Le danger de s'approcher du train en marche était donc tout à fait évident. Le danger accru causé par le sol verglacé était aussi tout à fait évident et attribuable à des causes naturelles.

Je suis aussi d'accord avec le juge de première instance et avec le Juge en chef Laskin en concluant que, dans les circonstances, le jeune Mitchell était une personne autorisée (*licensee*), et à mon avis ce statut entraînait avec lui un devoir de la part de l'occupante intimée qui se limitait à l'avertir des dangers cachés. Réciproquement, il n'y a évidemment aucun devoir envers une personne autorisée relativement aux dangers évidents. La nature de ce devoir de *common law* a été commentée dans de nombreux arrêts et je cite en particulier l'arrêt *Fairman v. Perpetual Investments Building Society*¹, aux pp. 83 et 95.

Dans l'arrêt *City of Ottawa c. Munroe*², cette Cour a conclu que le petit-fils d'un locataire

¹ [1923] A.C. 74.

² [1954] S.C.R. 756.

¹ [1923] A.C. 74.

² [1954] R.C.S. 756.

premises was found to have been a licensee and, after referring to the *Fairman* case, Mr. Justice Rand observed, at p. 761, that:

... under the general duty implied in law from the circumstances . . . , the landlord is responsible to such a person only as to a licensee, that is, one entering by the authority of the tenant takes the premises as he finds them, subject to protection against concealed dangers or traps. It is obvious that, here to the tenant as well as to her licensee there was no trap or hidden danger. What is complained of is simply certain parts of the structural design which the landlord saw fit to give to the washroom. On that state of things, the tenant could not have found any claim against the landlord, nor could an adult licensee.

Is the child in any better position? The only ground upon which this can be suggested is that what is apparent to the tenant may be a trap or an allurement to the child.

The cases of *Greisman v. Gillingham*³, per Hughes J. at pp. 381 to 384 and *Hambourg v. The T. Eaton Co. Ltd.*⁴, at p. 438, are to the same effect and I take this to be a statement of the duty of an occupier to a licensee as recognized by this Court.

The finding of Pigeon J., with which I agree, that the danger in this case was obvious to the infant appellant appears to me to negative any suggestion that the accident was occasioned by conditions amounting to "a trap or an allurement to the child".

This common law duty has been recently reviewed in Fleming on *The Law of Torts*, 4th Edition (1971) at p. 397 where it is said:

The licensor's responsibility relates only to concealed dangers or traps. These are not quite identical with 'unusual' dangers, the term used in relation to invitees. All concealed dangers are of course unusual, but (as already noted) dangers may be unusual though

d'un certain lieu était une personne autorisée et, après s'être reporté à l'arrêt *Fairman*, M. le Juge Rand a fait remarquer, à la p. 761 :

[TRADUCTION] . . . en vertu de l'obligation générale qui découle en droit des circonstances . . . , le propriétaire n'a envers semblable personne que la responsabilité qu'il doit à une personne autorisée, c'est-à-dire, une personne qui, entrant avec la permission du locataire, prend les lieux comme elle les trouve, sous réserve de la protection contre les dangers cachés ou les pièges. Il est évident qu'il n'y avait ici aucun danger caché ou piège pour la locataire pas plus que pour sa personne autorisée. On se plaint simplement de certaines parties des structures que le propriétaire a jugé à propos d'apporter à la salle de toilette. Vu les circonstances, la locataire ne pouvait réclamer contre le propriétaire, et une personne autorisée adulte ne le pouvait pas non plus.

La position de l'enfant est-elle plus favorable? Cette proposition ne peut s'appuyer que sur le motif selon lequel ce qui est apparent pour le locataire peut être un piège ou un attrait pour l'enfant.

Les arrêts *Greisman c. Gillingham*³, motifs du Juge Hughes aux pages 381 à 384, et *Hambourg c. The T. Eaton Co. Ltd.*⁴, à la p. 438, expriment le même point de vue, et je considère qu'il s'agit là de la position reconnue par cette Cour en ce qui a trait à l'obligation d'un occupant envers une personne autorisée.

La conclusion du Juge Pigeon, à laquelle je souscris, que le danger en l'espèce était évident pour l'enfant appellant me semble annuler toute prétention que l'accident a été causé par des conditions équivalant à «un piège ou un attrait pour l'enfant».

Cette obligation de *common law* a récemment fait l'objet d'une étude dans Fleming, *The Law of Torts*, 4^{ème} édition (1971), p. 397, où il est dit:

[TRADUCTION] La responsabilité de la personne qui donne l'autorisation (*licensor*) ne se rapporte qu'aux dangers cachés ou aux pièges. Ces derniers ne sont pas tout à fait identiques aux dangers «inhabituels», le terme employé en parlant d'invités (*invitees*). Tous

³ [1934] S.C.R. 375.

⁴ [1935] S.C.R. 430.

³ [1934] R.C.S. 375.

⁴ [1935] R.C.S. 430.

not concealed. The present category is clearly the narrower.

Briefly, a licensee cannot complain of dangers that are known to him or obvious. If he fails to notice the danger, the question arises nowadays whether his claim is altogether defeated or only reduced. According to old definitions, antedating apportionment, a danger was considered obvious if observable by a person taking reasonable care. Now however, a finer distinction must be drawn: If the danger was one which the occupier justifiably assumed the licensee would see, he is not in breach of duty at all. However, if the licensee was lulled into a false sense of security by the misleading appearance of safety, his negligence in not detecting the trap will merely be treated as contributory negligence, which will reduce but no longer defeat his claim.

I do not think there is any suggestion that the appellant in the present case was "lulled into a false sense of security by the misleading appearance of safety".

It was suggested in argument that the case of *British Railways Board v. Herrington*⁵, should be regarded as effecting a change in the nature of the common law duty owing by an occupier to a trespasser and therefore to a licensee, but like Mr. Justice Coffin, who delivered the reasons for judgment on behalf of the Appellate Division in the present case, I do not think that the elaborate reasons for judgment delivered by the various members of the House of Lords in *Herrington's* case serve to alter the test which has long been recognized in this country and to which I have made reference.

The facts in *Herrington's* case alone serve to distinguish it from the present one. There an electrified railway line ran between two stretches of meadow and park land which were open to the public as property of the National Trust. The highly charged line was dangerous in itself and in the view of at least some members of the

les dangers cachés sont certainement inhabituels, mais (comme je l'ai déjà signalé) des dangers peuvent être inhabituels quoique non cachés. Il est clair que la présente catégorie est la plus étroite.

Bref, une personne autorisée ne peut se plaindre de dangers qu'elle connaît ou qui sont évidents. Si elle ne se rend pas compte du danger, on se demande de nos jours si sa réclamation doit être tout simplement rejetée ou seulement réduite. Selon d'anciennes définitions, établies avant la répartition, un danger était considéré comme évident s'il était identifiable par une personne qui fait preuve de diligence raisonnable. Cependant, il faut maintenant établir une distinction plus ténue: s'il s'agissait d'un danger que l'occupant a légitimement présumé que la personne autorisée verrait, il n'y a aucun manquement à un devoir de sa part. Par contre, si la personne autorisée a été induite à se sentir faussement en sûreté par l'apparence trompeuse de sécurité, la négligence dont elle a fait preuve en ne décelant pas le piège sera simplement traitée comme une négligence contributive, qui réduira sa réclamation sans toutefois la faire échouer.

Je ne crois pas que la présente affaire fasse entrevoir que l'appelant «a été induit à se sentir faussement en sûreté par l'apparence trompeuse de sécurité».

On a avancé dans les plaidoiries qu'il fallait considérer que l'arrêt *British Railways Board v. Herrington*⁵, avait opéré un changement dans la nature de l'obligation de *common law* à laquelle un occupant est tenu envers un intrus (*trespasser*) et, par conséquent, envers une personne autorisée, mais à l'instar de M. le Juge Coffin qui a rédigé les motifs de jugement au nom de la Division d'appel dans la présente affaire, je ne crois pas que les longs motifs de jugement rédigés par les divers membres de la Chambre des Lords dans l'arrêt *Herrington* puissent modifier le critère qui a longtemps été reconnu dans ce pays et auquel je me suis reporté.

Les faits de l'affaire *Herrington* permettent à eux seuls de la considérer différente de la présente affaire. Dans l'affaire *Herrington*, il y avait une ligne de chemin de fer électrifiée entre deux étendues de pré et de parc qui étaient ouvertes au public comme propriété du National Trust. La ligne à haute tension était dangereuse

⁵ [1972] A.C. 877.

⁵ [1972] A.C. 877.

Court, it was a concealed danger in the sense that it might well not have been apparent to children. It was under these circumstances that the House of Lords found a duty upon the occupier to take reasonable steps to enable trespassers to avoid contact with "the lethal danger" on its property. I do not think that either *Herrington's* case or the case of *Pannett v. P. McGuinness Ltd.*⁶ are to be treated as having changed the law of Canada so as to seize occupiers of land with a duty to warn licensees of danger on their property entailing foreseeable risk of harm where both the danger and the risk are obvious to the licensee as well as to the occupier.

I agree with Laskin, J. that if a duty of care arises towards the licensee it is not to be dissolved on the ground that he knew he was exposing himself to some danger, but it appears to me that the basic inquiry is whether the circumstances gave rise to any duty at all on the part of the occupier. In the case of *Campbell v. Royal Bank of Canada*⁷, the appellant was found to have been an invitee on the bank premises and accordingly one to whom the occupier owed a duty to warn her against any unusual danger. The key finding made by Mr. Justice Spence in that case, where he spoke on behalf of the majority of the Court, in my opinion was that the "state of the floor in that bank on that afternoon constituted an *unusual danger*" (the italics are my own), and he proceeded to find that the respondent bank had failed to show such knowledge on the part of the appellant "as to leave the inference that the risk had been voluntarily encountered." If there had been no finding of "an unusual danger" in that case, no question of voluntary assumption of risk or contributory negligence could have arisen because there would have been no breach of duty to the invitee. Similarly in the present case, agreeing as I do with my brother Pigeon's

en elle-même et de l'avis d'au moins quelques membres de la Cour, il s'agissait d'un danger caché au sens qu'il se pouvait bien qu'il n'ait pas été apparent pour les enfants. C'est à cause de ces circonstances que la Chambre des Lords a conclu que l'occupant était tenu de prendre des mesures raisonnables pour permettre aux intrus de ne pas entrer en contact avec [TRADUCTION] «le danger mortel» sur sa propriété. Je ne crois pas qu'il faille considérer que les arrêts *Herrington* ou *Pannett v. P. McGuinness Ltd.*⁶ ont changé le droit au Canada de manière à attribuer aux occupants de bien-fonds une obligation d'avertir les personnes autorisées d'un danger qui se trouve sur leur propriété et comporte un risque prévisible de préjudice, lorsque le danger et le risque sont évidents pour la personne autorisée autant que pour l'occupant.

Je suis d'accord avec le Juge Laskin que si une obligation de diligence naît envers la personne autorisée, l'obligation ne doit pas disparaître pour le motif que celle-ci savait qu'elle s'exposait à quelque danger, mais il me semble que la question fondamentale est de savoir si les circonstances ont donné naissance à une obligation quelconque de la part de l'occupant. Dans l'arrêt *Campbell c. Royal Bank of Canada*⁷, on a statué que l'appelante avait été une invitée dans les locaux de la banque et, par conséquent, une personne que l'occupant était tenu d'avertir contre tout danger inhabituel. La conclusion clé que M. le Juge Spence a tirée dans cette dernière affaire, dans laquelle il a parlé au nom de la majorité de la Cour, est, à mon avis, que [TRADUCTION] «l'état du plancher de la Banque cet après-midi-là constituait un *danger inhabituel*» (j'ai mis des mots en italique), et il a ensuite statué que la Banque intimée n'avait pas établi qu'il y avait eu de la part de l'appelante une connaissance «propre à permettre à laisser inférer que le risque avait été volontairement assumé.» Si on n'avait pas constaté de «danger inhabituel» dans cette dernière affaire, aucune question d'acceptation volontaire du risque ou de négligence contributive n'aurait été soulevée

⁶ [1972] 3 All E.R. 137.

⁷ [1964] S.C.R. 85.

⁶ [1972] 3 All E.R. 137.

⁷ [1964] R.C.S. 85.

analysis of the facts and his conclusion that the danger was obvious rather than "concealed", I can find no breach of duty on the part of the occupier and therefore find no room for an apportionment of fault under the *Contributory Negligence Act*, unless it can be said to have been proved that the accident resulted from a breach of statutory duty by the railway company in failing to fence the right-of-way in the village of Eastern Passage.

Turning now to the application of sections 214(1)(a) and 336 of the *Railway Act* to the circumstances here in question, I note first that the fencing provisions of s. 214(1)(a) were neither pleaded nor argued at trial or on appeal and formed no part of the submission made in the factum of the appellant in this Court, so that the questions of whether or not these provisions are designed for the protection of human beings in urban areas, and whether or not the absence of the prescribed fencing caused or contributed to the accident fall to be considered for the first time in this Court. Although the matter might have been more clearly established if the question had been raised at trial, I am nevertheless in agreement with Laskin J. that the evidence does not justify a finding that the failure to fence caused the accident. This would normally be the end of the matter, but I think it desirable, in light of the decision of the Supreme Court of Alberta in *Paulsen v. C.P.R.*⁸, which is fully discussed in the reasons for judgment of my brother Pigeon, to express my view of the duty imposed upon the railway by the provisions of s. 214(1)(a).

parce qu'il n'y aurait eu aucune violation d'obligation due à l'invité. De façon semblable en l'espèce, souscrivant à l'analyse des faits de mon collègue le Juge Pigeon ainsi qu'à sa conclusion que le danger était évident plutôt que «caché», je ne puis conclure à un manquement à un devoir de la part de l'occupant et ainsi il n'y a pas lieu de répartir la faute en vertu du *Contributory Negligence Act*, à moins qu'il ne soit possible d'affirmer qu'il a été prouvé que l'accident a résulté de la violation par la compagnie de chemin de fer d'une obligation statutaire de clôturer l'emplacement de chemin de fer dans le village d'Eastern Passage.

En ce qui concerne maintenant l'application de l'al. a) du par. (1) de l'art. 214 et de l'art. 336 de la *Loi sur les chemins de fer* aux circonstances de l'espèce, je remarque premièrement que les dispositions relatives aux clôtures que l'on retrouve à l'al. a) du par. (1) de l'art. 214, n'ont fait l'objet d'aucune plaidoirie écrite ni verbale en première instance ou en appel et ne font pas partie des prétentions présentées dans le factum de l'appelant en cette Cour, de sorte que les questions de savoir si, oui ou non, ces dispositions ont pour objet la protection des personnes en milieu urbain, et si, oui ou non, l'absence des clôtures prescrites a causé l'accident ou y a contribué, doivent être décidées pour la première fois dans cette Cour. Bien que cela eût pu être plus clairement défini si la question avait été soulevée en première instance, je suis néanmoins d'accord avec le Juge en chef Laskin que la preuve ne permet pas de conclure que l'absence de clôtures a causé l'accident. Cette conclusion réglerait normalement la question, mais je crois qu'il est souhaitable, à la lumière de la décision de la Cour suprême de l'Alberta dans l'arrêt *Paulsen v. C.P.R.*⁸, que mon collègue le Juge Pigeon a pleinement commentée dans ses motifs de jugement, d'exprimer mon avis sur l'obligation imposée à la compagnie de chemin de fer par les dispositions de l'al. a) du par. (1) de l'art. 214.

⁸ [1963] 43 W.W.R. 513.

⁸ [1963] 43 W.W.R. 513.

Section 214(1)(a) occurs in that part of the *Railway Act*, R.S.C. 1970 c. R-2 which is entitled: "Fences, Gates and Cattle-guards", and these same words appear as a marginal note to the section which reads as follows:

214. (1) The company shall erect and maintain upon the railway

(a) fences of a minimum height of four feet six inches on each side of the railway; . . .

I do not think that this subsection can be considered in isolation, and it is to be noted that the two sections which immediately precede it are concerned with farm crossings and the protection of livestock thereon and that the remaining subsections of s. 214 ((2) to (5)) deal with cattle guards and the prevention of cattle and other animals from getting onto railway lands. With the greatest respect for the views expressed in the *Paulsen* case, which appear to be shared by my brother Pigeon, these sections appear to me to be directed towards the protection of cattle rather than human beings. This construction appears to me to be assisted by a consideration of the provisions of s. 249(1) (formerly 212(1)(a) of the *Railway Act*, which reads as follows:

249. (1) No train shall pass at a speed greater than ten miles an hour in or through any thickly populated area of any city, town or village, unless the track is fenced or properly protected in the manner prescribed by this Act, or unless permission is given by some regulation or order of the Commission.

In my opinion this section recognizes the existence of thickly populated areas where there is no fencing of any kind required by s. 214(1) and it provides for the reduction of speed in such areas as an alternative safety precaution. There can, in my view, be no other reason for prescribing the speed limit established by the section which is expressly designed for the protection of people in thickly populated areas just as fencing is required for the protection of cattle and other animals by s. 214.

L'al. a) du par. (1) de l'art. 214 se trouve dans cette partie de la *Loi sur les chemins de fer*, S.R.C. 1970 c. R-2, qui est intitulée: «Clôtures, barrières et garde-bestiaux», et les mêmes mots paraissent en marge de l'article qui se lit comme suit:

214. (1) La compagnie doit ériger et entretenir sur le parcours du chemin de fer

a) des clôtures d'une hauteur minimum de quatre pieds six pouces, de chaque côté de la voie; . . .

Je ne crois pas que ce paragraphe puisse être étudié isolément, et il convient de remarquer que les deux articles qui le précèdent immédiatement concernent les passages de ferme et la protection du bétail et que les autres paragraphes de l'art. 214 (2 à 5) traitent des garde-bestiaux et des moyens d'empêcher les bestiaux et autres animaux de pénétrer dans les terres de chemin de fer. Avec le plus grand respect pour les vues exprimées dans l'arrêt *Paulsen*, lesquelles mon collègue le Juge Pigeon semble aussi partager, ces articles me paraissent s'adresser à la protection des bestiaux plutôt que des personnes. Cette interprétation me semble étayée par un examen des dispositions du par. (1) de l'art. 249 (anciennement l'al. a) du par. (1) de l'art. 212 de la *Loi sur les chemins de fer*), qui se lit comme suit:

249. (1) Aucun train ne peut traverser, à une vitesse de plus de dix milles à l'heure, un quartier populeux d'une cité, d'une ville ou d'un village, à moins que la voie ferrée ne soit clôturée ou convenablement protégée de la manière prescrite par la présente loi, ou à moins que ne le permette un règlement ou une ordonnance de la Commission.

A mon avis, cet article reconnaît l'existence de quartiers populeux où absolument aucune clôture n'est requise par le par. (1) de l'art. 214 et il prévoit une vitesse réduite dans ces quartiers comme une autre précaution de sécurité. Il ne peut, à mon avis, y avoir d'autre raison de prescrire la limite de vitesse établie par l'article, lequel est expressément destiné à la protection des personnes dans les quartiers populeux tout comme les clôtures sont requises pour la protection du bétail et d'autres animaux par l'art. 214.

It is interesting to note that, although the *Paulsen* case treats the provisions equivalent to s. 214(1)(a) as applicable in urban areas, there is also a finding that the speed of the train in that case was greater than ten miles an hour contrary to s. 249(1) (then s.312) and it was found by the trial judge and confirmed by the Court of Appeal that if the train had been travelling at ten miles an hour it "would have stopped well short of the boys" who were injured in that case. In the present case, of course, there is an express finding that the speed was under ten miles an hour and that there was no breach of s. 249(1) and this is one distinguishing feature between the two cases.

In finding that s. 214(1)(a) was designed for the protection of cattle rather than people, I find support in the case of *C.N.R. v. Laterreur* in the Quebec Court of King's Bench (Appeal Side)⁹. The headnote writer in that case drew the conclusion from the reasons for judgment that:

There is no obligation on the part of the appellant company, under the *Railway Act*, to fence its right of way of crossing in cities.

and in the course of his reasons for judgment, Galipeault J. observed:

Section 274 of the *Railway Act* (now s. 214)(R.S.C. 1927, c. 170) requires that a railway company shall erect and maintain fences of a minimum height of 4'6" on each side of the railways, swing gates in such fences at farm crossings, means of protection on each side of the highway, at every highway crossing.

Subsection (3) is to the effect that such fences, gates and cattle-guards shall be suitable and sufficient to prevent cattle and other animals from getting on the railway lands.

⁹ 52 C.R.T.C. 223.

Il est intéressant de remarquer que, bien que l'arrêt *Paulsen* traite les dispositions équivalentes à l'al. a) du par. (1) de l'art. 214 comme applicables en milieu urbain, on y conclut aussi que la vitesse du train dans cette affaire-là était supérieure à dix milles à l'heure contrairement au par. (1) de l'art. 249 (alors l'art. 312) et il fut décidé par le juge de première instance et confirmé par la Cour d'appel que si le train avait circulé à une vitesse de dix milles à l'heure il [TRADUCTION] «se serait arrêté à une bonne distance des garçons» qui ont été blessés dans cette affaire-là. En l'espèce présente, on a bien sûr expressément conclu que la vitesse était inférieure à dix milles à l'heure et que le par. (1) de l'art. 249 n'avait pas été violé, et cela constitue un trait qui différencie les deux affaires.

Quand je statue que l'al. a) du par. (1) de l'art. 214 est plutôt destiné à la protection du bétail que des personnes, je trouve un appui dans l'arrêt *C.N.R. c. Laterreur* décidé en Cour du Banc du Roi de la province de Québec⁹. Le rédacteur du sommaire de l'arrêt tire la conclusion suivante des motifs de jugement:

[TRADUCTION] Il n'incombe nullement à la compagnie appelante, en vertu de la *Loi sur les chemins de fer*, de clôturer son emplacement aux passages à niveau dans les villes.

et dans ses motifs de jugement, le Juge Galipeault a fait remarquer:

L'art. 274 de l'Acte des Chemins de fer (maintenant l'art. 214) (R.S.C. 1927, ch. 170), fait obligation à une compagnie de chemin de fer d'ériger et de maintenir des clôtures d'une hauteur minimum de 4 pieds 6 pouces, chaque côté de sa voie ferrée, des portes tournantes, dans lesdites clôtures aux traverses de fermes, des moyens de protection de chaque côté de la voie ferrée, à chaque traverse de grand chemin, et au niveau des rails du chemin de fer.

Au paragraphe 3, l'on dit que lesdites clôtures, barrières, moyens de protection, seront convenables et suffisants pour prévenir le bétail et tous animaux d'avoir accès sur le terrain de la compagnie de chemin de fer.

⁹ 52 C.R.T.C. 223.

It would appear, by this last-mentioned subsection, that the said fences and gates are required by the Act as means of protection for cattle.

Mr. Justice Letourneau appears to share the same view as he says, at p. 225:

So that, even supposing that the obligation of erecting fences of a minimum height of 4'6" on each side of the railway, as provided for in s. 274 of the *Railway Act* (R.S.C. 1927, c. 170) could be applied to cities and towns, when s. 309 of the law specifically fixes the speed of trains where there are no fences, one is forced to acknowledge that in the present instance, this would not have prevented these children or young men, for whom it was a trifling matter to board a moving train, from doing so.

In the case of *Brisson v. C.P.R.*¹⁰, Mr. Justice Hunt, although bound by the decision of the Court of Appeal of Alberta in *Paulsen v. C.P.R. supra*, nevertheless observed that if he had not been so bound he would not have come to the same conclusion, and in the course of his reasons for judgment he had this to say:

It is important to consider the setting of sec.277 in the Act. The two preceding sections deal exclusively with farm crossings, and the following section provides that farm crossing gates are to be kept closed. In my view, to be consistent with its setting in the Act, sec.277 is limited to providing protection to and against cattle and other animals normally encountered in farming areas, and has no application to protection to or from human beings.

I am bound to say that, were it necessary to the decision in the present case, I would adopt the views expressed by Mr. Justice Hunt.

For all these reasons, which are in great measure in accord with those of the learned trial judge and the Appeal Division of the Supreme Court of Nova Scotia, I would dismiss this appeal with costs.

¹⁰ (1969), 69 W.W.R. 176.

Il semble bien, d'après ce dernier paragraphe, que ces clôtures et barrières sont imposées par la loi comme moyens de protection pour le bétail.

M. le Juge Létourneau semble partager la même opinion puisqu'il dit, à la p. 225:

De sorte qu'à supposer même que l'obligation d'établir des clôtures d'une hauteur minimum de 4'6" de chaque côté de la voie, selon qu'il est pourvu à l'article 274 de la *Loi des Chemins de fer* (S.R.C. 1927, c. 170), dut s'étendre aux cités et villes, alors que l'article 309 de la même loi prend la peine de régler la vitesse pour le cas où il n'y aurait pas de clôtures; l'on est forcé de reconnaître que dans l'espèce qui nous est soumise, ceci n'aurait pas arrêté ces enfants ou jeunes gens pour qui ce n'était rien d'escalader un convoi en marche.

Dans l'arrêt *Brisson v. C.P.R.*¹⁰, M. le Juge Hunt, quoique lié par la décision de la Cour d'appel de l'Alberta dans l'affaire *Paulsen v. C.P.R.* précitée, a néanmoins fait remarquer que s'il n'avait pas été ainsi lié, il ne serait pas venu à la même conclusion, et, dans ses motifs de jugement, il s'est exprimé comme suit:

[TRADUCTION] Il est important d'examiner où se trouve l'art. 277 dans la Loi. Les deux articles précédents traitent exclusivement des passages de ferme, et l'article suivant prévoit que les barrières de passage de ferme doivent être tenues fermées. A mon avis, compte tenu de son emplacement dans la Loi, l'art. 277 n'a pour but que d'assurer la protection des bestiaux et autres animaux qu'on rencontre normalement dans les régions rurales, ainsi qu'une protection contre eux, et ne s'applique aucunement quand il s'agit d'assurer la protection des personnes ou de se protéger contre elles.

Je suis bien obligé de dire que j'adopterais les vues exprimées par M. le Juge Hunt si cela était nécessaire pour régler l'espèce présente.

Pour tous ces motifs, qui sont dans une large mesure en accord avec ceux du savant juge de première instance et de la Division d'appel de la Cour suprême de la Nouvelle-Écosse, je rejetterais le pourvoi avec dépens.

¹⁰ (1969), 69 W.W.R. 176.

PIGEON J.—On February 5, 1971, the infant appellant, then nine years old, lost a leg when he fell down the icy embankment of the railway right of way into the path of a passing freight train. It was around 4 p.m. With some friends he intended to go tobogganing at a brook nearby. This was on the same side of the railway as his parents' home. There was a path leading there. It came out of a wooded area alongside the railway right of way and led to the brook. The right of way is 99 feet wide with the track in the centre. The level of the rails is some 7 feet lower. The banks are cut steeply starting some 25 feet from the centre leaving a level area of about equal width on top. There were several sizeable trees (about 6" in diameter) along the railway right of way and the path to the brook was just a few feet inside. At the point where the path came out of the wooded area, there was a fork and another path went obliquely across the railway line towards Howard Avenue.

The trial judge said:

With all due regard to the strong contrary view in this case, and after most anxious and careful study of the facts, since the case began, I am satisfied, and I have reference in particular to the evidence of Mr. Langis and Mr. Campbell, I am satisfied and find as a fact that the spot where Steven came to grief was approximately one hundred and seventy-five feet to one hundred and eighty feet from the southern, so-called, side of the Howard Avenue crossing.

Furthermore, and again with great respect for contrary opinion, I am satisfied and find as a fact that Steven was run over by a hopper car, which at the time of the unfortunate happening was, I hold, number 13 from the engine. Assuming that the length of a car was approximately fifty feet, it perforce follows from my finding herein, that I also hold that at the time of the tragic mishap, the engine in this case was some six hundred and fifty feet away from the accident scene, and well beyond Howard Avenue.

These findings were upheld by the Appeal Division and, in my view, no good reason has been shown for interfering with them. It must

LE JUGE PIGEON—Le 5 février 1971, le mineur appellant, alors âgé de neuf ans, a perdu une jambe lorsqu'il est tombé en bas du talus verglacé de l'emprise du chemin de fer sur la voie d'un train de marchandises en marche. Il était environ 16 h. Accompagné de quelques amis, l'enfant se rendait à un ruisseau tout près de là pour y glisser en traîne sauvage. C'était du même côté de la voie ferrée que la maison de ses parents. Un sentier y mène. Il débouche d'un sous-bois le long de l'emprise du chemin de fer et va au ruisseau. L'emprise a une largeur de 99 pieds et la voie ferrée est au centre. Le niveau des rails est environ 7 pieds en contre-bas. Les talus sont très abrupts. Ils commencent à quelque 25 pieds du centre et laissent au sommet une surface plane d'une égale largeur. Il y a de nombreux arbres de grande taille (environ 6 pouces de diamètre) le long de l'emprise du chemin de fer et le sentier qui mène au ruisseau passe juste quelques pieds à l'intérieur. A l'endroit où le sentier débouche du sous-bois, il y a une fourche et un autre sentier traverse obliquement la voie ferrée vers l'avenue Howard.

Le juge de première instance a dit:

[TRADUCTION] Après avoir minutieusement considéré l'avis contraire fermement exprimé dans la présente affaire, et après avoir très sérieusement et attentivement étudié les faits, depuis le début de la cause, je suis convaincu, et je me reporte en particulier au témoignage de MM. Langis et Campbell, je suis convaincu et je conclus que c'est un fait que l'endroit où le malheur est arrivé se trouvait à de 175 à 180 pieds environ du côté sud, ainsi appelé, du passage à niveau de l'avenue Howard.

De plus, et encore une fois avec le plus grand respect pour ceux qui ont exprimé un avis contraire, je suis convaincu et conclus que c'est un fait que Steven a été renversé par un wagon à trémie qui, au moment de l'incident malheureux, était, selon moi, le treizième à partir de la locomotive. Si la longueur d'un wagon est d'environ 50 pieds, je dois aussi conclure à partir des faits que j'ai constaté en l'espèce qu'au moment de l'accident, la locomotive se trouvait à quelque 650 pieds, soit bien au-delà de l'avenue Howard.

Ces conclusions ont été retenues par la Division d'appel et, à mon avis, on n'a démontré aucun motif valable de les modifier. Il convient

now be pointed out that survey plans Ex. 2 and 4 show the fork in the path at 250 feet from the centre of Howard Avenue. As it is 66 feet wide, this put the fork at 217 feet from the southern side, so-called. The path from the fork towards the railway line is shown on the plan as reaching the top of the bank a little more than 30 feet nearer Howard Avenue. This means that the trial judge reached the conclusion that the young boy had fallen down the bank from that point. He obviously could not have slid down the bank due to a fall along the path to the brook as this was on level ground over 20 feet from the edge of the bank. But, as he said, he was only about a foot from the edge of the bank when he fell. This, of course, explains why he slid down and reached the track.

I cannot find any basis for holding that the railway was under a duty to make the path across its right of way safe for pedestrians or to warn them of the danger involved in using it. The bank was only 7 feet high. The passing train was therefore in full view. The noise of the steel wheels on the rails could not be appreciably attenuated by such a small depression. The danger of coming close to the passing train was quite obvious. The additional danger due to the icy snow was also quite obvious and attributable to natural causes. The speed of the train had nothing to do with this accident and it does not matter whether the 10-mile per hour speed limit was obeyed as found in the Courts below or disregarded as appellants contend. The clear cause of the mishap is that the boy instead of staying in the path leading to the brook, ventured so close to the edge of the bank that when he tripped, he fell down.

This does not dispose of the case because consideration must now be given to the failure of the railway company to keep its right of way properly fenced. At the date of the accident, there were only a few old fence posts and remnants of wire instead of a fence of a minimum height of 4'6" as required by s. 214 (1)(a)

maintenant de signaler que les plans d'arpenteur, Pièces 2 et 4 indiquent que la fourche du sentier est à 250 pieds du centre de l'avenue Howard. Puisque cette dernière a 66 pieds de large, la fourche se situe à 217 pieds du côté sud, ainsi appelé. Le plan indique que le sentier qui mène de la fourche en direction de la voie ferrée atteint le haut du talus à un peu plus de 30 pieds plus près de l'avenue Howard. Ceci signifie que le juge de première instance a conclu que l'enfant était tombé du talus à cet endroit. Il ne peut évidemment pas avoir glissé du talus en faisant une chute le long du sentier menant au ruisseau puisque ce sentier est sur le sol uni à plus de 20 pieds du bord du talus. Mais, comme il l'a dit, il ne se trouvait qu'à environ un pied du bord du talus quand il est tombé. C'est certainement la raison pour laquelle il a glissé jusqu'aux rails.

Je ne puis trouver aucun motif de conclure que la compagnie de chemin de fer était tenue d'assurer la sécurité des piétons qui empruntaient le sentier ou de les avertir du danger qu'il comportait. Le talus n'avait que 7 pieds de haut. Le train qui passait était donc bien visible. Le bruit des roues d'acier sur les rails ne pouvait pas être sensiblement atténué par une si petite dépression. Le danger de s'approcher du train en marche était donc tout à fait évident. Le danger accru causé par le sol verglacé était aussi tout à fait évident et attribuable à des causes naturelles. La vitesse du train n'est pas un facteur de cet accident et il importe peu que le maximum de 10 milles à l'heure ait été respecté comme l'ont conclu les cours d'instance inférieure ou violé comme le prétendent les appelants. La cause évidente de l'accident est qu'au lieu de rester dans le sentier menant au ruisseau, l'enfant s'est aventuré si près du bord du talus que quand il a trébuché, il a glissé en bas.

L'affaire n'est pas décidée pour autant parce qu'il faut maintenant considérer l'omission de la compagnie de chemin de fer de clôturer adéquatement l'emprise. Au moment de l'accident, il n'y avait que quelques vieux piquets de clôture et des restants de fils de métal au lieu d'une clôture d'une hauteur minimum de 4 pieds 6

of the *Railway Act*. Does this violation of a clear statutory duty result in liability by virtue of s. 336? On this question, the following cases were referred to: *Grey Coach Lines v. C.P.R.*¹¹; *Paulsen v. C.P.R.*¹²; *Colonial Coach Lines v. C.P.R.*¹³; *Brisson v. C.P.R.*¹⁴.

In the last mentioned judgment, Hunt J. had to deal with a case of a young boy who was injured when attempting to board a moving freight train. Following other cases, he had no difficulty in holding that such a boy would not have hesitated to climb a fence and therefore, the absence of fencing could not be said to be a cause of the accident. It does not appear to me that this is a similar case. The young boy did not intend to go on the track. He fell when walking or running close to the edge of the bank. In the absence of any fence clearly delimitating the area to which access was prohibited, the railway right of way was largely open to the public and freely accessible, so much so that there was a well worn path. I do not think it is reasonable to presume that if there had been a fence as required by law, the children going to the brook for amusement would have climbed that fence and trespassed on the railway property instead of walking outside.

In my view, the majority in the Manitoba Court of Appeal properly came to the conclusion in the *Paulsen* case that the logical reason for the requirement of fencing in urban areas is the protection of people as well as animals. In that case, the victim was quite young, being only 27 months old, it was therefore not difficult to hold that a fence ought to have protected him. The conclusion reached in that case as to the scope of the liability of railways for accidents due to the absence of a proper fence is at variance with the opinion of the Ontario

pouces comme le requiert l'al. a) du par. (1) de l'art. 214 de la *Loi sur les chemins de fer*. Ce manquement à un devoir statutaire évident engage-t-il la responsabilité en vertu de l'art. 336? Relativement à cette question, les arrêts suivants ont été cités: *Grey Coach Lines v. C.P.R.*¹¹; *Paulsen v. C.P.R.*¹²; *Colonial Coach Lines v. C.P.R.*¹³; *Brisson v. C.P.R.*¹⁴.

Dans le dernier arrêt susmentionné, le Juge Hunt était saisi du cas d'un jeune garçon qui avait été blessé en tentant de monter à bord d'un train de marchandises en marche. En s'inspirant d'autres arrêts, il a facilement conclu qu'un tel enfant n'aurait pas hésité à escalader une clôture et, par conséquent, l'absence de clôture ne pouvait être considérée comme une cause de l'accident. Il me semble pas que ce soit ici une affaire semblable. L'enfant n'avait pas l'intention de se rendre sur la voie ferrée. Il est tombé en marchant ou en courant près du bord du talus. En l'absence de toute clôture délimitant clairement l'endroit auquel l'accès est interdit, l'emprise du chemin de fer était grand ouverte au public et librement accessible, à un point tel qu'il y avait un sentier bien battu. Je ne crois pas qu'il soit raisonnable de présumer que s'il y avait eu une clôture comme le requiert la loi, les enfants allant s'amuser au ruisseau auraient escaladé cette clôture et passé sans autorisation sur la propriété du chemin de fer au lieu de marcher en dehors.

A mon avis, la majorité de la Cour d'appel du Manitoba a conclu à bon droit dans l'arrêt *Paulsen* que la raison logique expliquant l'obligation d'ériger une clôture dans les zones urbaines est la protection des gens autant que des animaux. Dans cette dernière affaire, la victime était très jeune, elle n'avait que 27 mois, il n'était donc pas difficile de conclure qu'elle aurait été protégée par une clôture. La conclusion tirée dans cet arrêt quant à l'étendue de la responsabilité des chemins de fer pour les accidents dus à l'absence de clôtures appropriées diffère de l'avis

¹¹ [1951] O.R. 89.

¹² (1963), 43 W.W.R. 513.

¹³ [1968] 1 O.R. 333.

¹⁴ (1969), 69 W.W.R. 176.

¹¹ [1951] O.R. 89.

¹² (1963), 43 W.W.R. 513.

¹³ [1968] 1 O.R. 333.

¹⁴ (1969), 69 W.W.R. 176.

Court of Appeal in the *Grey Coach Lines* case. I cannot agree with the latter view founded as it is on a consideration of the history of the legislation. I can see no justification for narrowing the scope of the present provisions of the *Railway Act* by consideration of the more limited scope of previous enactments. The provisions respecting liability due to insufficient fencing which were applicable in *Grand Trunk Railway Company v. James*¹⁵ were clearly limited in scope. They were soon after replaced by enactments that are broadly worded. I can see no reason for not applying them as comprehensively as they are worded. I agree with what Schultz J.A. said in *Paulsen* (at p. 525):

The sweeping changes in regard to fencing made by parliament in 1903, 1910 and 1911 not only made fencing, in effect, obligatory on the railway company but, as I have indicated, the limitation of claims for damages to animals disappeared. Having regard to the enlargement made by parliament in the requirements for fencing, it seems reasonable to infer that by deleting the limitation clause parliament had some definite and specific purpose. That purpose was to make sec. 294 (now sec. 392) applicable and thereby provide for liability for any breach of the Act by a railway company.

The trial judge made a finding that the injured boy "was of an age that we could talk without absurdity of his contributory negligence". In my view, such negligence was involved in his venturing close to the icy bank when a train was passing. In *Colonial Coach Lines*, the Ontario Court of Appeal felt that a change in the law governing liability for damage caused by stray animals ought to be taken into account in assessing the consequences of the breach of the statutory duty to fence. Similarly, it seems to me that there would be no justification for not apportioning such liability in accordance with the *Contributory Negligence Act*, as this Court

exprimé par la Cour d'appel de l'Ontario dans l'arrêt *Grey Coach Lines*. Je ne puis souscrire à ce dernier avis fondé qu'il est sur un examen de l'historique de la législation. Je ne puis voir aucune raison de restreindre la portée des dispositions actuelles de la *Loi sur les chemins de fer* en tenant compte de la portée plus limitée de textes antérieurs. Les dispositions relatives à la responsabilité due à des clôtures insuffisantes qui étaient applicables dans l'arrêt *Grand Trunk Railway Company c. James*¹⁵ avaient clairement une portée limitée. Elles ont peu après été remplacées par des textes dont la formulation était plus large. Je ne vois aucune raison de ne pas appliquer ceux-ci d'une façon aussi large qu'ils sont formulés. Je suis d'accord avec le Juge d'appel Schultz quand il dit dans l'arrêt *Paulsen* (à la p. 525):

[TRADUCTION] Les changements radicaux que le Parlement a décidés en 1903, 1910 et 1911 au sujet des clôtures n'ont pas seulement eu pour effet d'obliger, en fait, les compagnies de chemin de fer à ériger des clôtures mais, comme je l'ai indiqué, la limitation des réclamations aux dommages causés aux animaux a disparu. Compte tenu des exigences plus étendues que le Parlement a adoptées en ce qui concerne les clôtures, il semble raisonnable de supposer qu'en supprimant la clause limitative, le Parlement avait un but précis et déterminé. Ce but était de rendre l'art. 294 (maintenant l'art. 392) applicable et ainsi de prévoir une responsabilité pour toute violation de la loi par une compagnie de chemin de fer.

Le juge de première instance a conclu que l'enfant blessé [TRADUCTION] «était d'un âge qui nous permet sans être déraisonnable de parler d'une négligence contributive de sa part». A mon avis, il y a eu pareille négligence quand il s'est aventuré au bord du talus verglacé alors qu'un train passait. Dans l'arrêt *Colonial Coach Lines*, la Cour d'appel de l'Ontario a pensé qu'elle devait tenir compte d'une modification du droit régissant la responsabilité pour dommages causés par des animaux errants, en appréciant les conséquences du manquement au devoir statutaire d'ériger une clôture. De façon semblable, il me semble qu'on ne serait pas

¹⁵ (1901), 31 S.C.R. 420.

¹⁵ (1901), 31 R.C.S. 420.

did in respect of an occupier's liability in *Brown v. B. & F. Theatres Ltd.*¹⁶

I would allow the appeal, set aside the judgments below and remit the case to the trial Court for the assessment of damages and for entry of judgment for the appellants upon such assessment in an amount equal to one half thereof. The appellants are entitled to their costs throughout.

LASKIN J.—This appeal concerns an alleged liability of the respondent railway company for a serious injury suffered by the infant appellant, then 9 years of age, who lost a leg when he tripped on a shrub or bush, protruding above the surface of an icy embankment on the railway company's right of way, and slid down the embankment into the path of a passing freight train. The trial judge, Dubinsky J., dismissed the action brought on the infant's behalf against the railway company, and in the light of his findings of fact he decided not to assess damages. The Appeal Division of the Supreme Court of Nova Scotia supported the findings of fact at trial and held that the trial judge had properly concluded that, treating the injured boy as a licensee, no liability attached to the railway company. The appellate Court thought, however, that the boy was a trespasser, in which case there was, *a fortiori*, no liability. In my opinion, the findings of fact, which I have no reason to reject, do not lead to the legal conclusion arrived at by two Nova Scotia Courts, and I would impose liability upon the respondent.

The railway right of way was 99 feet wide, running north-south in the vicinity of the accident, which occurred at about 4 p.m. on Febru-

autorisé à ne pas répartir pareille responsabilité conformément au *Contributory Negligence Act*, comme cette Cour l'a fait relativement à la responsabilité d'un occupant dans l'arrêt *Brown c. B. & F. Theatres Ltd.*¹⁶

Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi, d'infirmes les jugements des cours d'instance inférieure et de renvoyer l'affaire à la cour de première instance pour qu'elle évalue les dommages et inscrive jugement en faveur des appelants suivant cette évaluation, pour un montant égal à la moitié de l'évaluation. Les appelants ont droit à leurs dépens dans toutes les cours.

LE JUGE LASKIN—Le pourvoi concerne la responsabilité que l'on impute à la compagnie de chemin de fer intimée relativement à une blessure grave subie par le mineur appellant, alors âgé de 9 ans, qui a perdu une jambe quand il a trébuché sur un arbuste ou un arbrisseau dépassant d'un talus verglacé sur l'emprise du chemin de fer et glissé en bas du talus pour être heurté par un train de marchandises en marche. Le juge de première instance, le Juge Dubinsky, a rejeté l'action intentée au nom de l'enfant contre la compagnie de chemin de fer et, étant donné ses conclusions sur les questions de fait, il a décidé de ne pas faire d'évaluation de dommages. La Division d'appel de la Cour suprême de la Nouvelle-Écosse a sanctionné les conclusions sur les questions de fait du juge de première instance et a statué que c'était à bon droit que le juge de première instance avait conclu que, en considérant l'enfant blessé comme une personne autorisée (*licensee*), il n'y avait aucune responsabilité de la part de la compagnie de chemin de fer. La Cour d'appel était toutefois d'avis que l'enfant était un intrus (*trespasser*), dans lequel cas il n'y avait, *a fortiori*, aucune responsabilité. A mon avis, les conclusions sur les questions de fait, que je n'ai aucune raison de rejeter, n'entraînent pas la conclusion de droit tirée par les deux cours de Nouvelle-Écosse, et je suis d'avis d'imposer une responsabilité à l'intimée.

L'emprise du chemin de fer avait une largeur de 99 pieds et s'étendait en direction nord-sud dans la région de l'accident, qui s'est produit à

¹⁶ [1947] S.C.R. 486.

¹⁶ [1947] R.C.S. 486.

ary 5, 1971 at a point about 175 to 180 feet south of the east-west Howard Avenue public crossing in the Nova Scotia village of Eastern Passage. The injured boy lived on Howard Avenue east of the railway right of way, and following his return from school in the afternoon of February 5, 1971 he decided to go tobogganing with some friends near or on a pond which could be reached by a fork to the left from a path along the railway embankment. At or about the point where the infant plaintiff tripped and fell down the embankment the path led to a "Y", the fork to the left going off the railway right of way towards the pond and the continuation of the path on the right of way going down to the tracks.

The distance from the middle of the tracks to the easterly edge of the right of way was just under 50 feet. At one time there had been a fence to mark that easterly limit, beyond which there was a treed area, but the fence had ceased to exist at the time of the accident save for a few posts and some strands of page wire, and there was a well-trod path inside the easterly limit of the right of way which had been in general use. There was no sign at the northern entrance to the path, which was behind the houses on the southern side of Howard Avenue, to indicate the railway right of way or to warn members of the public either not to use it or of any danger in doing so. The land level at the place where the accident occurred formed an embankment which was about 8 feet above the railway tracks and fell at a sharp angle to the snow-covered and frozen-over ditch below. Witnesses put the distance from the easterly edge of the tracks to the top of the embankment at between 23 and 25 feet, and there was also evidence that the distance from the top of the embankment to the tree line outside the railway right of way was about 15 feet. There was encrusted snow on the path and there is no doubt that the area was slippery because of its icy condition.

environ 16 h le 5 février 1971 à un point situé de 175 à 180 pieds environ au sud du passage à niveau public de l'avenue Howard, une rue est-ouest, dans le village d'Eastern Passage en Nouvelle-Écosse. L'enfant blessé demeurait sur l'avenue Howard à l'est de l'emprise du chemin de fer, et après son retour de l'école l'après-midi du 5 février 1971, il a décidé d'aller glisser en traîne sauvage avec quelques amis sur un étang ou près de celui-ci, où on pouvait se rendre en empruntant la voie de gauche d'une fourche à laquelle menait un sentier qui longeait le talus du chemin de fer. A l'endroit précis ou approximatif où l'enfant demandeur a trébuché et est tombé en bas du talus, le sentier menait à un «Y», la voie de gauche laissant l'emprise du chemin de fer pour mener vers l'étang tandis qu'à droite le sentier de l'emprise continuait jusqu'à la voie ferrée.

La distance séparant le centre de la voie ferrée de l'extrémité est de l'emprise était d'un peu moins de 50 pieds. Il y avait déjà eu une clôture qui indiquait cette limite est, au-delà de laquelle se trouvait un boisé, mais la clôture avait disparu au moment de l'accident sauf quelques piquets et quelques bouts de fil de métal en réseaux, et il y avait un sentier fréquemment utilisé à l'intérieur de la limite est de l'emprise. Il n'y avait aucun écriteau à l'entrée nord du sentier, qui se trouvait à l'arrière des maisons du côté sud de l'avenue Howard, pour indiquer l'emprise du chemin de fer ou pour avertir le public de ne pas passer ou l'avertir d'un danger. Le niveau du terrain à l'endroit où l'accident s'est produit formait un talus qui s'élevait à environ 8 pieds au-dessus des voies ferrées et était fortement incliné pour se terminer dans un fossé recouvert de neige et de glace. Des témoins ont estimé à entre 23 et 25 pieds la distance séparant l'extrémité est de la voie ferrée du sommet du talus, et il y a preuve selon laquelle la distance du sommet du talus à la ligne des arbres à l'extérieur de l'emprise du chemin de fer était d'environ 15 pieds. Le sentier était recouvert de neige durcie et il ne fait aucun doute que la surface était glissante parce que verglacée.

The freight train, which was passing at the time the infant plaintiff slipped and fell down the embankment, consisted of a locomotive and 37 cars, most of them loaded, and was proceeding from a refinery in a northerly direction over an 18 mile course to the city of Dartmouth, of which Eastern Passage was a suburb lying to the south-east. The train crew were all in the engine cab, and not only did they not see the infant plaintiff and his equally young companions but they were unaware of the accident until the train was close to Dartmouth, learning of it by radio message.

The trial judge's material findings of fact were the following. The injured plaintiff fell and was run over at about 175 to 180 feet south of the Howard Avenue crossing. The car which ran over his leg was a hopper car, which was the thirteenth car from the engine. Since each car was about 50 feet long, it would follow that the locomotive had already passed the crossing when the accident occurred. The trial judge also found that the engineer had not failed to ring the bell and sound the train whistle as the train approached the crossing. The train was there for the children to see and they should have seen it, and the trial judge rejected their testimony that they neither saw nor heard it. There was a further finding that the speed of the train at the material time was not over seven miles per hour, and thus within the statutory prescription as to speed in the circumstances.

There were a number of other findings of the trial judge to which I must refer, being more conclusions of law than findings of fact alone. He concluded, not without doubt, that the injured boy was a licensee rather than a trespasser, and also that the boy was of an age at which he could be charged with contributory negligence. Again, he found that it was not actionable negligence that there was no member of the train crew in the caboose and, further, that there was nothing in the facts to support

Le train de marchandises qui passait au moment où le mineur demandeur a glissé et est tombé en bas du talus, était composé d'une locomotive et de 37 wagons, et avait quitté une raffinerie pour se diriger vers le nord sur un parcours de 18 milles jusqu'à la ville de Dartmouth, dont Eastern Passage est une banlieue située au sud-est. Toute l'équipe se trouvait dans la cabine de la locomotive, et non seulement n'ont-ils pas vu le mineur demandeur et ses jeunes compagnons du même âge mais ils ne se sont pas aperçu de l'accident avant que le train n'approche Dartmouth, l'ayant appris par un message-radio.

Les conclusions sur les questions de fait du juge de première instance sont les suivantes. Le demandeur blessé est tombé et a été écrasé à de 175 à 180 pieds environ au sud du passage à niveau de l'avenue Howard. Le wagon qui a passé sur sa jambe était un wagon à trémie, le treizième à partir de la locomotive. Puisque la longueur de chaque wagon était d'environ 50 pieds, il s'ensuit que la locomotive avait déjà passé le passage à niveau quand l'accident s'est produit. Le juge de première instance a aussi conclu que l'ingénieur n'avait pas omis de faire entendre la cloche et le sifflet du train en approchant du passage à niveau. Le train s'offrait à la vue des enfants et ils auraient dû le voir, et le juge de première instance a rejeté leur témoignage selon lequel ils ne l'ont ni vu ni entendu. Il a aussi conclu que la vitesse du train au moment pertinent n'était pas supérieure à sept milles à l'heure, et elle respectait donc la disposition statutaire relative à la vitesse dans les circonstances.

Le premier juge a aussi tiré d'autres conclusions que je dois mentionner, ces conclusions se rapportant davantage à des questions de droit qu'à des questions de fait seulement. Il a conclu, non sans exprimer de doute, que l'enfant blessé était une personne autorisée plutôt qu'un intrus, et que l'enfant était d'un âge qui le rendait passible de se voir attribuer une négligence contributive. Il a aussi conclu que le fait qu'il n'y avait aucun membre de l'équipe du train dans le wagon de queue n'était pas une négligence

any finding of negligence against the railway company. Factually, he found that there was no trap or allurement for any of the children who were on the path on the railway's right of way on the day of the accident.

In my view, what is missing from the consideration of this case by the Nova Scotia Courts is necessary concern with the condition of the path and of the embankment lying close to the tracks, having regard to the undisputed fact that it was a travelled area, although within the railway right of way. It was an area open to young as well as to old, being neither fenced off against intrusion at the time nor the subject of any prohibitory or warning sign either at the entrance to the right of way south of Howard Avenue or at any point up to the forking of the path. There was evidence that a representative of the railway company had conducted a safety program in schools in the district, including schools in Eastern Passage, in the spring of 1969. The program included a film, and was directed to children between the ages of six and twelve to warn them of the danger of coming on to railway property. I do not regard this evidence as having any bearing either on the railway company's liability in the present case or on contributory negligence on the part of the injured boy.

As argued in this Court, the question of liability of the railway company was considered by counsel as turning on certain provisions of the *Railway Act*, R.S.C. 1970, c. R-2, either alone or in conjunction with common law principles of actionable negligence. The sections on which submissions were made were the following:

208. The company shall in constructing the railway make and maintain suitable water pipes, flumes, ditches and drains along each side of, and across and under the railway, to connect with water pipes, flumes, ditches, drains, drainage works and water-courses upon the lands through which the railway

propre à faire l'objet de poursuites et, de plus, que les faits n'étayaient aucune conclusion de négligence contre la compagnie de chemin de fer. En se fondant sur les faits, il a conclu qu'il n'y avait aucun piège ou attrait pour les enfants qui se trouvaient sur le sentier de l'emprise du chemin de fer le jour de l'accident.

A mon avis, le point essentiel que les cours de la Nouvelle-Écosse ont omis de considérer dans la présente affaire, est l'état du sentier et du talus se trouvant près de la voie ferrée, compte tenu du fait incontesté que c'était un endroit fréquenté, bien que situé sur l'emprise du chemin de fer. C'était un endroit accessible aux jeunes de même qu'aux adultes, et il n'était pas clôturé pour en empêcher l'accès à l'époque et il n'y avait aucun écriteau d'avertissement ou d'interdiction soit à l'entrée de l'emprise au sud de l'avenue Howard soit à tout autre point jusqu'à la fourche du sentier. Il y a preuve selon laquelle un représentant de la compagnie de chemin de fer avait mené une campagne de sécurité dans les écoles du district, y compris les écoles de Eastern Passage, au printemps de 1969. Le programme comprenait un film et s'adressait aux enfants âgés de six à douze ans pour les avertir du danger de pénétrer sur la propriété du chemin de fer. Je considère que cette preuve n'a aucun rapport avec la responsabilité de la compagnie de chemin de fer dans la présente affaire, ni avec une négligence contributive de la part de la victime.

Telle qu'elle a été traitée dans les plaidoiries devant cette Cour, la question de la responsabilité de la compagnie de chemin de fer dépend, selon les avocats, de certaines dispositions de la *Loi sur les chemins de fer*, S.R.C. 1970, c. R-2, vues soit séparément des principes de la *common law* relatifs à la négligence propre à faire l'objet de poursuites, soit conjointement avec eux. Les articles sur lesquels des prétentions ont été avancées sont les suivants:

208. La compagnie doit, en construisant le chemin de fer, installer et entretenir des conduites d'eau, canaux, fossés et drains convenables de chaque côté, en travers et en dessous du chemin de fer, et se reliant aux conduites d'eau, canaux, fossés, drains, égouts ou cours d'eau existants sur les terres traver-

runs, so as to afford sufficient outlet to drain and carry off the water, or to convey the water supply, and so that the then natural, artificial, or existing drainage, or water supply, of the lands shall not be obstructed or impeded by the railway.

214. (1) The company shall erect and maintain upon the railway

(a) fences of a minimum height of four feet six inches on each side of the railway;

(b) swing gates in such fences at farm crossings of the minimum height aforesaid, with proper hinges and fastenings; and

(c) cattle-guards, on each side of the highway, at every highway crossing at rail level with the railway.

(2) The railway fences at every such highway crossing shall be turned into the respective cattle-guards on each side of the highway.

(3) Such fences, gates and cattle-guards shall be suitable and sufficient to prevent cattle and other animals from getting on the railway lands.

(4) The Commission may, upon application made to it by the company, relieve the company, temporarily or otherwise, from erecting and maintaining such fences, gates and cattle-guards where the railway passes through any locality in which, in the opinion of the Commission, such works and structures are unnecessary.

(5) Where the railway is being constructed through enclosed lands, the company shall, by fencing its right-of-way before any existing fences are taken down or by other effective means, prevent cattle or other animals escaping from or getting upon such enclosed lands or from one enclosure to another or upon the property of the company by reason of such construction or of any act or thing done by the company, its contractors, agents or employees.

219. Every company shall cause thistles and all noxious weeds growing on the right-of-way, and upon land of the company adjoining the railway, to be cut down or to be rooted out and destroyed each year, before such thistles or weeds have sufficiently matured to seed.

248. (1) When any train is approaching a highway crossing at rail level the engine whistle shall be sounded at least eighty rods before reaching such

sées par le chemin de fer, de façon à ménager un débouché suffisant au drainage et à l'écoulement des eaux, ou à amener l'approvisionnement d'eau, et afin que le drainage, naturel ou artificiel, ou l'approvisionnement d'eau, existant alors sur ces terres, ne soit pas obstrué ou ralenti par le chemin de fer.

214. (1) La compagnie doit ériger et entretenir sur le parcours du chemin de fer

a) des clôtures d'une hauteur minimum de quatre pieds six pouces, de chaque côté de la voie;

b) des barrières tournantes dans ces clôtures, aux passages de fermes, de la même hauteur minimum, avec pentures et appareils de fermeture convenables; et

c) des garde-bestiaux, des deux côtés de la voie publique, à chaque croisement à niveau de cette voie publique par un chemin de fer.

(2) A chacun de ces croisements de voie publique, les clôtures du chemin de fer doivent être recourbées sur les garde-bestiaux de chaque côté de la voie publique.

(3) Ces clôtures, barrières et garde-bestiaux doivent être convenables et suffisants pour empêcher les bestiaux et autres animaux de pénétrer dans les terres du chemin de fer.

(4) La commission peut, à la demande de la compagnie, la libérer provisoirement ou autrement de l'obligation d'ériger et d'entretenir ces clôtures, barrières et garde-bestiaux, lorsque le chemin de fer traverse une localité où, de l'avis de la Commission, ces ouvrages et constructions ne sont pas nécessaires.

(5) Lorsque le chemin de fer se construit sur des terrains enclos, la compagnie doit, en clôturant l'emplacement de sa voie avant que soient abattues les clôtures existantes, ou par d'autres moyens efficaces, empêcher les bestiaux ou autres animaux de s'échapper de ces terrains enclos ou de s'y introduire, ou de passer d'un enclos à un autre ou sur la propriété de la compagnie, par le fait de cette construction ou d'une chose exécutée ou faite par la compagnie, ses entrepreneurs, agents ou employés.

219. Toute compagnie doit faire couper ou arracher et détruire chaque année, avant leur montée en graine, les chardons et autres plantes nuisibles qui croissent sur l'emplacement du chemin de fer ou sur les terrains contigus de la compagnie.

248. (1) Lorsqu'un train s'approche d'un croisement de voie publique au niveau des rails, il doit faire entendre le sifflet de sa locomotive à une distance de

crossing, and the bell shall be rung continuously from the time of the sounding of the whistle until the engine has crossed such highway.

(2) Where a by-law of an urban municipality prohibits such sounding of the whistle or ringing of the bell in respect of any such crossing or crossings within the limits of the municipality, the bylaw shall, if approved by an order of the Commission, to the extent of the prohibition relieve the company and its employees from the duty imposed by this section.

. . . .

249. (1) No train shall pass at a speed greater than ten miles an hour in or through any thickly populated area of any city, town or village, unless the track is fenced or properly protected in the manner prescribed by this Act, or unless permission is given by some regulation or order of the Commission.

(2) No train shall enter any highway crossing at rail level in any thickly populated area of any city, town or village at a speed greater than ten miles an hour, unless such crossing is constructed and thereafter maintained and protected in accordance with the orders, regulations and directions of the Commission, in force with respect to such crossing, or unless permission is given by some regulation or order of the Commission.

. . . .

336. Any company that, or any person who, being a director or officer thereof, or a receiver, trustee, lessee, agent, or otherwise acting for or employed by such company, does, causes or permits to be done, any matter, act or thing contrary to this or the Special Act, or to the orders, regulations or directions of the Governor in Council, or of the Minister, or of the Commission, made under this Act, or omits to do any matter, act or thing, thereby required to be done on the part of any such company, or person, is, in addition to being liable to any penalty elsewhere provided, liable to any person injured by any such act or omission for the full amount of damages sustained thereby, and such damages are not subject to any special limitation except as expressly provided for by this or any other Act.

quatre-vingts rods au moins avant d'arriver à ce croisement, et de plus sonner la cloche continûment depuis que le sifflet s'est fait entendre jusqu'à ce que la locomotive ait traversé cette voie publique.

(2) Lorsqu'un règlement d'une municipalité urbaine interdit l'emploi du sifflet ou de la cloche aux passages à niveau dans les limites de la municipalité, le règlement doit, s'il est approuvé par une ordonnance de la Commission, dans la mesure de l'interdiction qu'il comporte, relever la compagnie et ses employés de l'obligation imposée par le présent article.

. . . .

249. (1) Aucun train ne peut traverser, à une vitesse de plus de dix milles à l'heure, un quartier populeux d'une cité, d'une ville ou d'un village, à moins que la voie ferrée ne soit clôturée ou convenablement protégée de la manière prescrite par la présente loi, ou à moins que ne le permette un règlement ou une ordonnance de la Commission.

(2) Aucun train ne peut franchir le croisement d'une voie publique au niveau des rails dans un quartier populeux d'une cité, d'une ville ou d'un village, à une vitesse de plus de dix milles à l'heure, à moins que ce croisement ne soit construit et, par la suite, entretenu et protégé conformément aux ordonnances, aux règlements et aux instructions de la Commission, en vigueur à l'égard de ce croisement, ou à moins que ne le permette un règlement ou une ordonnance de la Commission.

. . . .

336. Toute personne qui, étant administrateur ou fonctionnaire d'une compagnie, ou agissant comme séquestre, fiduciaire, locataire, agent ou à d'autres titres pour la compagnie ou étant à son emploi, ou toute compagnie, qui commet, fait commettre ou permet de commettre une chose ou un acte contraire aux dispositions de la présente loi ou de la loi spéciale, aux règlements, ordonnances ou instructions du gouverneur en conseil, du Ministre ou de la Commission, rendues ou données sous l'autorité de la présente loi, ou qui omet d'accomplir une chose ou un acte dont l'exécution est requise de la part de cette compagnie ou personne, est passible, en sus de toute peine prévue d'autre part, envers une personne lésée par cette action ou omission, du montant entier des dommages-intérêts subis de ce fait, et ces dommages-intérêts ne doivent être soumis à aucune autre limitation spéciale que celles que prévoit expressément la présente loi ou une autre loi.

370. (1) The company shall incur a penalty of eight dollars if, when any train of the company is approaching a highway crossing at rail level,

(a) the engine whistle is not sounded at least eighty rods before reaching such crossing; and

(b) the bell is not rung continuously from the time of the sounding of the whistle until the engine has crossed the highway.

(2) The company is also liable for all damage sustained by any person by reason of any failure or neglect to so sound the whistle or ring the bell.

In the view I take of this case, I need not dwell on either s. 208 or s. 219 or on s. 248 or s. 370(1) or (2). There was no violation of any of them, and no question of causality arises in respect thereof. Again, in view of the trial judge's finding as to speed, concurred in by the appellate Court, I am unable to see how the appellants can rely on s. 249. This leaves for consideration s. 214 which does not appear to have been pressed until the case reached this Court, and the common law of negligence. Section 336 is, of course, relevant if s. 214 is applicable here.

Section 214 of the *Railway Act*, formerly s. 277, was considered by the Manitoba Court of Appeal in *Paulsen v. C.P.R.*¹⁷ There, a 27 month old boy lost a leg when struck by a freight train after he had wandered on to the unfenced railway right of way. Liability was imposed upon the railway company at trial on the grounds of (1) excessive speed in a thickly populated area when the railway right of way was not fenced, as required by the then s. 312(1), now s. 249(1), and (2) failure to fence as required by the then s. 277. It was held that these breaches of statutory duty caused the injury and that s. 392, now s. 336, gave a cause of action against the railway company. On appeal, the majority of the five-judge Court, Guy J.A. alone dissenting,

¹⁷ (1963), 43 W.W.R. 513.

370. (1) La compagnie encourt une amende de huit dollars si, lorsqu'un de ses trains approche d'un passage à niveau d'une voie publique,

a) le sifflet de la locomotive ne retentit pas à quatre-vingts rods au moins de ce passage à niveau; et si

b) la cloche ne sonne pas d'une manière continue à partir du moment où le sifflet a retenti jusqu'au moment où la locomotive a traversé la voie publique.

(2) La compagnie est en outre responsable de tout dommage subi par qui que ce soit, par suite du défaut ou de la négligence d'avoir fait entendre le sifflet ou sonner la cloche.

Étant donné l'angle sous lequel je considère la présente affaire, il n'est pas nécessaire que j'insiste sur les art. 208, 219 ou 248 ni sur les par. 1 et 2 de l'art. 370. Ni l'un ni l'autre n'a été violé, et ils ne donnent lieu à aucune question de causalité. Aussi, étant donné la conclusion que le premier juge a tirée relativement à la vitesse, conclusion partagée par la Cour d'appel, je ne puis voir comment les appelants peuvent s'appuyer sur l'art. 249. Restent à étudier l'art. 214, qui ne semble pas avoir été invoqué avant que l'affaire ne parvienne devant cette Cour, et la *common law* de la négligence. Naturellement, l'art. 336 est pertinent si l'art. 214 est applicable en l'espèce.

L'art. 214 de la *Loi sur les chemins de fer*, anciennement l'art. 277, a été étudié par la Cour d'appel du Manitoba dans l'arrêt *Paulsen v. C.P.R.*¹⁷ Dans cette dernière affaire, un enfant de 27 mois avait perdu une jambe quand il avait été heurté par un train de marchandises après s'être aventuré sur l'emprise non clôturée du chemin de fer. Au procès, la compagnie de chemin de fer a été tenue responsable pour les motifs suivants, (1) vitesse excessive dans un quartier populeux alors que l'emprise du chemin de fer n'est pas clôturée, comme l'exigeait alors le par. 1 de l'art. 312, maintenant le par. 1 de l'art. 249, et (2), omission de clôturer comme l'exigeait alors l'art. 277. Il a été jugé que ces manquements à un devoir statuaire (légal)

¹⁷ (1963), 43 W.W.R. 513.

supported the trial judge's finding that the failure to fence was a cause of the accident and also held that s. 277 applied for the protection of people as well as to keep cattle or other animals off the railway tracks. Schultz J.A., with whom Monnin J.A. concurred, saw a connection between ss. 277 and 312 so as to warrant an interpretation of the former, in the light of the history of the predecessors of those provisions, that extended its protection to people, especially in urban areas where no cattle or other stock would ordinarily be found.

The trial judge in *Paulsen* had found that the presence of a fence would have hindered or delayed the toddler and held the breach of statute to be accordingly causative of the injury. He also held that the infant, being a trespasser, could not have recovered at common law. The Court of Appeal majority spurned the contention that the injured boy was disentitled to recover by reason of being a trespasser. In their view, liability was statutory, and the status of the injured person would go to contributory negligence according to his age, or even to exoneration of the railway company if the injured person was the sole author of his misfortune.

Paulsen was urged as exhibiting a principle applicable to the present case in so far as the duty to fence, under what is now s. 214, was held to be for the protection of people as well as stock. I note that in *Brisson v. C.P.R.*¹⁸ Hunt J. of the Manitoba Queen's Bench would have taken a restricted view of the now s. 214 if he was not bound by the decision in *Paulsen*, but he distinguished *Paulsen* because the eight year old boy who lost a foot in the *Brisson* case

¹⁸ (1969), 69 W.W.R. 176.

avaient causé les blessures et que l'art. 392, maintenant l'art. 336, donnait une cause d'action contre la compagnie de chemin de fer. En appel, la majorité des cinq juges, le Juge d'appel Guy étant seul dissident, a retenu la conclusion du premier juge selon laquelle l'omission de clôturer était une cause de l'accident et a aussi décidé que l'art. 277 s'appliquait autant pour protéger les gens que pour tenir les bestiaux ou autres animaux à l'écart des voies ferrées. Le Juge d'appel Schultz, à l'avis duquel le Juge d'appel Monnin a souscrit, a vu une corrélation entre les art. 277 et 312 de manière à justifier une interprétation du premier qui, à la lumière de l'historique des dispositions qui les ont précédés, étendrait aux gens la protection de l'article, surtout en zone urbaine où ne se trouvent ordinairement ni bétail ni animaux de ferme.

Dans l'arrêt *Paulsen*, le premier juge avait conclu que la présence d'une clôture aurait gêné le bambin ou lui aurait nui et avait statué que la violation de la loi avait donc été une cause des blessures. Il avait aussi statué que l'enfant, vu qu'il était un intrus, n'aurait pu obtenir gain de cause en *common law*. La majorité de la Cour d'appel a repoussé la prétention que la victime ne pouvait obtenir gain de cause parce qu'elle était un intrus. Selon la Cour d'appel, la responsabilité était statutaire, et la qualité d'intrus de la victime tendrait vers la négligence contributive, selon son âge, ou même vers une exonération de la compagnie de chemin de fer si la victime était seul auteur de son infortune.

L'arrêt *Paulsen* a été invoqué comme illustrant un principe applicable dans la présente affaire dans la mesure où l'obligation de clôturer, en vertu de ce qui est maintenant l'art. 214, y fut considérée comme visant la protection des gens autant que des animaux. Je remarque que dans l'arrêt *Brisson v. C.P.R.*¹⁸, le Juge Hunt de la Cour du Banc de la Reine du Manitoba aurait interprété restrictivement l'actuel art. 14 s'il n'avait pas été lié par la décision rendue dans

¹⁸ (1969), 69 W.W.R. 176.

suffered the injury in trespassing on the railway right of way and trying to board a moving freight train. It was his conclusion that even if there was a statutory duty to fence and a breach thereof, the statutory liability of the railway company did not arise unless the breach of duty resulted in the injury to the boy and that was not the case. On appeal, Monnin J.A. for the Court agreed that the boy was a trespasser, that the absence of fencing, if required, was not a cause of the accident and that *Paulsen* was distinguishable on its facts: see (1969), 70 W.W.R. 479.

I refrain from deciding in the present case whether s. 214 is as extensive in scope as the *Paulsen* case holds. Even if the absence of a fence could be said to have a bearing on the liability of the railway company for the accident which occurred, it could only be by way of enlarging the scope of the duty owed by the respondent to persons on its right of way. Since the trial judge held that the injured boy was a licensee, so that he was on the path with the tacit permission of the respondent, a conclusion with which I agree, nothing is added by resting on the failure to fence unless it can be said, for the purposes of the statutory liability under s. 336, that that failure was the cause of the accident. I do not think that can be said here.

The trial judge's factual determination that there was no trap or allurement is of no consequence because there was no suggestion that the injury to the infant plaintiff resulted because the boy was in a forbidden area outside of that where he had tacit permission to be. No question of trap or allurement therefore arises. The relevant inquiry then, apart from any statutory duty owing to the boy or to others who might reasonably be expected to be on the railway

l'arrêt *Paulsen*, mais il a considéré l'arrêt *Paulsen* différent parce que le garçon de huit ans qui avait perdu un pied dans l'affaire *Brisson* a subi ses blessures en pénétrant indûment sur l'emprise du chemin de fer et en tentant de monter à bord d'un train de marchandises en marche. Il a conclu que même s'il y avait une obligation statutaire de clôturer et que cette obligation avait été violée, la responsabilité statutaire de la compagnie de chemin de fer n'était pas en jeu à moins que les blessures de l'enfant n'aient résulté de la violation de l'obligation, ce qui n'était pas le cas. En appel, le Juge d'appel Monnin était d'accord au nom de la Cour que l'enfant était un intrus, que l'absence de clôtures, si elles étaient requises, n'était pas une cause de l'accident et que l'arrêt *Paulsen* était différent d'après ses faits: voir (1969), 70 W.W.R. 479.

Je m'abstiendrai en l'espèce de décider si la portée de l'art. 214 est aussi étendue que le dit l'arrêt *Paulsen*. Même si l'absence d'une clôture pouvait être considérée avoir un rapport avec la responsabilité de la compagnie de chemin de fer en ce qui concerne l'accident qui s'est produit, cela ne pourrait être qu'en élargissant la portée de l'obligation à laquelle l'intimée est tenue envers les personnes sur son emprise. Puisque le premier juge a statué que la victime était une personne autorisée, de sorte qu'elle se trouvait à être dans le sentier avec la permission tacite de l'intimé, conclusion à laquelle je souscris, on ne gagne rien en invoquant le défaut de clôturer à moins que l'on puisse dire, aux fins de la responsabilité statutaire découlant de l'art. 336, que ce manquement a été la cause de l'accident. Je ne crois pas que ce soit le cas en l'espèce.

La conclusion, basée sur les faits, du premier juge selon laquelle il n'y avait ni piège ni attrait n'importe aucunement parce qu'il n'a pas été avancé que le mineur demandeur a subi des blessures parce qu'il s'est trouvé dans un endroit interdit hors de celui où il avait l'autorisation tacite d'être. Il n'est donc pas question de piège ni d'attrait. Ainsi, la question pertinente qu'il faut se demander, indépendamment de tout devoir statutaire envers l'enfant, ou envers d'au-

company's right of way in the particular area, is as to the nature of the duty owing by the respondent at common law to a person in the position of the injured plaintiff in respect of the condition of the right of way. Germane to this inquiry are, of course, the proximity of the path to the tracks lying below the embankment and the sharp drop from the edge to the ditch below leading to the tracks.

In determining the scope or extent of the duty, the icy condition of the path and of the embankment is also a material consideration. The classification of the injured plaintiff by the trial judge as a licensee does not, in my opinion, exclude the liability of the railway company as licensor when there is awareness of the use of the path, its proximity to the tracks and the fact that winter freezing would create an icy and slippery condition. This would result in a foreseeable risk of harm, especially to children, beyond any risk that could be said to arise in seasons other than winter. A warning sign would have been a prudent measure at any time of the year, considering the little inconvenience and expense to the respondent to provide one. But be that as it may, the heightened danger that the area presented when it was icy and consequently slippery, having regard as well to protruding shrubs, laid a duty upon the respondent to warn persons off the path or at least to alert them to the risk of using it in such circumstances. Admittedly, no warning was given by a sign or otherwise. This failure is enough to establish liability unless there is exoneration in the trial judge's finding against the children when they testified that they neither saw nor heard the train, or exoneration in the fact that they knew that they were on icy and slippery ground that was close to the tracks.

tres personnes dont on pourrait raisonnablement prévoir la présence sur l'emprise du chemin de fer de la compagnie à cet endroit en particulier, se rapporte à la nature de l'obligation à laquelle l'intimée est tenue en *common law* envers une personne dans la situation du demandeur blessé relativement à l'état de l'emprise. La proximité du sentier par rapport à la voie ferrée qui se trouve en bas du talus, et l'escarpement prononcé allant du bord du talus jusqu'au fossé situé en contrebas et menant à la voie ferrée, ne sont naturellement pas étrangers à cette question.

L'état glacé du sentier et du talus est aussi un facteur important dans la détermination de la portée ou de l'étendue de l'obligation. Le fait que le premier juge ait placé le demandeur dans la catégorie des personnes autorisées n'exclut pas, à mon avis, la responsabilité de la compagnie de chemin de fer en tant qu'autorisant (*licensor*) lorsqu'il y a connaissance de l'utilisation du sentier, de sa proximité de la voie ferrée et du fait que le gel en hiver crée une surface verglacée et glissante. Il en résulte un risque de dommage prévisible, surtout aux enfants, en plus de tout risque qui pourrait survenir au cours des saisons autres que l'hiver. Un écriteau d'avertissement aurait été une mesure prudente en tout temps de l'année, vu le peu d'inconvénients et de frais que cela aurait occasionné à l'intimée. Mais, de toute manière, le danger accru que l'endroit présentait quand il était verglacé et, par conséquent, glissant, compte tenu aussi de la présence d'arbustes qui dépassaient, imposait à l'intimée une obligation d'avertir les personnes de ne pas emprunter le sentier ou au moins de les prévenir du risque qu'elles couraient en l'empruntant dans les circonstances. Comme on l'a reconnu, aucun avertissement n'a été donné par écriteau ou autrement. Cette omission est suffisante pour établir une responsabilité à moins qu'il n'y ait exonération dans la conclusion tirée par le premier juge contre les enfants lorsque ceux-ci disent qu'ils n'ont ni vu ni entendu le train, ou exonération dans le fait qu'ils savaient être sur une surface verglacée et glissante située près de la voie ferrée.

I am the less reluctant to find an actionable breach of a duty of care in the present case when I consider how broadly other courts in sister jurisdictions have viewed the duty owing by an occupier to children, even where they are classified as trespassers. *British Railways Board v. Herrington*¹⁹ and *Pannett v. P. McGuinness Ltd.*²⁰ are illustrative English cases dealing with liability to trespassing children, a situation to which the *Occupiers' Liability Act* of 1957 does not apply. In appraising the American case law, *Prosser on Torts* (1971, 4th ed.), at p. 366 states that "child trespasser law is merely ordinary negligence law", and that "in any case where the child could recover if he were a trespasser, he can recover at least as well when he is a licensee or an invitee on the premises".

In my opinion, the finding against the injured plaintiff on whether he saw or heard the train and his awareness of the icy condition of the path go to contributory negligence on his part. I do not think it is any longer proper to hold that mere knowledge of likely danger is any more exonerative of a licensor than of an invitor. Long before the House of Lords decided *London Graving Dock Co. Ltd. v. Horton*²¹, the Judicial Committee in a Canadian appeal, *Letang v. Ottawa Electric Ry. Co.*²², had held that mere knowledge of the danger by an invitee was not enough to absolve an invitor of liability where such knowledge fell short of voluntary assumption of risk. The holding in the *Horton* case to the contrary was not followed by this

J'ai moins de réticence à conclure à une violation d'obligation de diligence propre à faire l'objet de poursuites dans la présente affaire quand je considère l'interprétation large que d'autres cours de ressorts apparentés au nôtre ont donnée à l'obligation qu'un occupant a envers les enfants même lorsqu'ils sont placés dans la catégorie des intrus. *British Railways Board v. Herrington*¹⁹, et *Pannett v. P. McGuinness Ltd.*²⁰, sont des arrêts anglais typiques concernant la responsabilité envers les enfants intrus, une situation à laquelle la loi dite *Occupiers' Liability Act* de 1957 ne s'applique pas. En étudiant le droit jurisprudentiel américain, l'ouvrage *Prosser on Torts* (1971, 4^e éd.) dit, à la p. 366, que [TRADUCTION] «la règle applicable à l'enfant intrus est simplement la règle ordinaire applicable dans les cas de négligence», et que [TRADUCTION] «dans tous les cas où l'enfant jouirait d'un droit à l'indemnisation étant intrus, son recours est au moins aussi efficace quand il est une personne autorisée ou un invité (*invitee*) sur les lieux».

A mon avis, la conclusion tirée contre le demandeur blessé sur la question de savoir s'il a vu ou entendu le train, et sa connaissance de l'état glacé du sentier, tendent vers une négligence contributive de sa part. Je ne crois pas qu'il convienne encore aujourd'hui d'être d'avis que la simple connaissance d'un danger probable peut davantage exonérer un autorisant (*licensor*) qu'une personne qui invite (*invitor*). Bien avant la décision de la Chambre des Lords dans l'arrêt *London Graving Dock Co. Ltd. v. Horton*²¹, le Comité judiciaire avait décidé dans l'affaire *Letang v. Ottawa Electric Ry. Co.*²², une affaire qui venait du Canada, que la simple connaissance du danger par un invité ne suffisait pas à décharger de sa responsabilité la per-

¹⁹ [1972] A.C. 877.

²⁰ [1972] All E.R. 137.

²¹ [1951] A.C. 737.

²² [1926] A.C. 725.

¹⁹ [1972] A.C. 877.

²⁰ [1972] All E.R. 137.

²¹ [1951] A.C. 737.

²² [1926] A.C. 725.

Court in *Campbell v. Royal Bank of Canada*²³, where Spence J., speaking for the majority, referred at p. 99 to the fact that "the defendant has failed to show such knowledge as to leave the inference that the risk had been voluntarily encountered", citing the *Letang* case and *Osborne v. London and North Western Railway Co.*²⁴ at p. 223.

I regard it as wrong in principle to dissolve a duty of care that arises on the facts of a case merely because the person to whom the duty is owed knows that he may be exposing himself to some danger, and especially so when there is applicable apportionment legislation. It has been held by this Court that such legislation is as applicable to occupier's liability as to other cases of liability founded upon negligence: see *Brown v. B.&F. Theatres Ltd.*²⁵

In the present case, I would apportion fault equally. It follows that the appeal should be allowed, the judgments below set aside and the case remitted to the trial Court for the assessment of damages and for entry of judgment for the appellants upon such assessment, subject to the apportionment indicated. The appellants are entitled to their costs throughout.

Appeal allowed with costs, RITCHIE J. dissenting.

Solicitors for the appellants: McInnes, Cooper & Robertson, Halifax.

Solicitor for the respondent: T. Winton Toward, Moncton.

sonne qui invite lorsque pareille connaissance n'équivalait pas tout à fait à une acceptation volontaire du risque. La décision contraire dans l'arrêt *Horton* n'a pas été suivie par cette Cour dans *Campbell c. Royal Bank of Canada*²³, arrêt où le Juge Spence, parlant au nom de la majorité, a mentionné à la p. 99 le fait que [TRADUCTION] «le défendeur n'a pas établi qu'il y avait eu connaissance propre à laisser inférer que le risque avait été volontairement assumé», citant les arrêts *Letang* et *Osborne v. London and North Western Railway Co.*²⁴ p. 223.

Je considère que c'est une erreur de principe que de dissoudre une obligation de diligence résultant des faits d'une affaire pour le seul motif que la personne envers qui on a un devoir sait qu'elle peut s'exposer à quelque danger, à plus forte raison lorsqu'il y a une loi applicable relative à la répartition de la faute. Cette Cour a statué que pareille loi peut s'appliquer autant à la responsabilité de l'occupant qu'aux autres cas de responsabilité fondée sur la négligence: voir l'arrêt *Brown v. B.&F. Theatres Ltd.*²⁵

En l'espèce présente, je suis d'avis de répartir également la faute. Il s'ensuit qu'il y a lieu d'accueillir le pourvoi, d'infirmier les jugements des cours d'instance inférieure et de renvoyer l'affaire à la cour de première instance pour l'évaluation des dommages et l'inscription d'un jugement en faveur des appelants fondé sur cette évaluation, sous réserve de la répartition indiquée. Les appelants ont droit à leurs dépens dans toutes les cours.

Appel accueilli avec dépens, le JUGE RITCHIE étant dissident.

Procureurs des appelants: McInnes, Cooper & Robertson, Halifax.

Procureur de l'intimée: T. Winton Toward, Moncton.

²³ [1964] S.C.R. 85.

²⁴ (1888), 21 Q.B.D. 220.

²⁵ [1947] S.C.R. 486.

²³ [1964] R.C.S. 85.

²⁴ (1888), 21 Q.B.D. 220.

²⁵ [1947] R.C.S. 486.