

**Astrid Horsley and Richard J. Horsley,
Lawrence A. Horsley, Michael A. Horsley,
all infants by their next friend
Thomas Robertson (Plaintiffs) Appellants;**

and

**Kenneth W. MacLaren and the ship
"Ogopogo", and Richard J. Jones
(Defendants) Respondents.**

1971: May 5, 6; 1971: October 5.

Present: Judson, Ritchie, Hall, Spence and Laskin JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
ONTARIO

Négligence—Invité guest on cabin cruiser accidentally falling overboard—Duty of owner-operator to attempt rescue—Another invited guest diving into water in attempt to effect rescue—Dying from shock sustained on contact with icy water—Whether owner-operator negligent in rescue attempt—Whether liable for death of second passenger.

M, an invited guest on a cabin cruiser, which was owned and was being operated by the respondent K, accidentally fell overboard. In the course of rescue operations, another invited guest, H, dived into the water to help him. The effort was without avail. The rescuer was pulled from the water by others on board, could not be resuscitated and was later pronounced dead. The body of the rescuee was never recovered.

K was first alerted to M's fall when the body was only about a boat-length and half behind him. Instead of following the recommended method of effecting a rescue, *i.e.*, to circle and bring the boat bow on towards the body, he reversed, after putting the engines momentarily in neutral, and backed up to within four or five feet of the body, where he shut off the engines. M, who had been in the water for approximately two minutes, was apparently unconscious and attempts to rescue him with a pike pole and a life-belt were unsuccessful. The boat having begun to drift away, K restarted the engines and again backed towards M. Three or four minutes had now passed since the fall overboard, and it was then that H dived into the water from the stern, coming up about ten feet from M. The latter was seen to fall forward, face and head in the water, and

**Astrid Horsley et Richard J. Horsley,
Lawrence A. Horsley, Michael A. Horsley,
tous mineurs et représentés par leur
représentant *ad litem* Thomas Robertson
(Demandeurs) Appellants;**

et

**Kenneth W. MacLaren et le navire "Ogopogo",
et Richard J. Jones (Défendeurs) Intimés.**

1971: les 5 et 6 mai; 1971: le 5 octobre.

Présents: Les Juges Judson, Ritchie, Hall, Spence et Laskin.

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

Négligence—Invité à bord d'un yacht de croisière tombe accidentellement par-dessus bord—Devoir du propriétaire-exploitant de tenter d'effectuer le sauvetage—Un autre invité plonge à l'eau pour tenter d'effectuer le sauvetage—Mort des suites du choc subi au contact de l'eau glacée—Négligence du propriétaire-exploitant au cours de sa tentative de sauvetage—Responsabilité pour la mort du second passager.

M, qui était un invité à bord d'un yacht de croisière dont K était le propriétaire et l'exploitant, est tombé accidentellement par-dessus bord. Au cours des opérations de sauvetage, H, un autre invité, a plongé à l'eau pour l'aider. Ses efforts se sont avérés inutiles. Le sauveteur a été tiré de l'eau par d'autres personnes qui se trouvaient à bord; il a été impossible de le ranimer et on a par la suite constaté la mort.

K a d'abord été averti de la chute de M lorsque celui-ci ne se trouvait qu'à une longueur de bateau et demie environ sur l'arrière. Au lieu de suivre la méthode de sauvetage recommandée, soit de décrire un cercle et de se diriger droit devant vers la personne, il a mis les moteurs en marche arrière, après les avoir momentanément mis au point mort, et a reculé le bateau jusqu'à quatre ou cinq pieds du corps, alors qu'il a stoppé les moteurs. M, qui était dans l'eau depuis environ deux minutes, était apparemment évanoui et les tentatives de sauvetage avec une perche pointue et un gilet de sauvetage n'ont pas eu de succès. Le bateau ayant dérivé, K a remis les moteurs en marche et a de nouveau reculé vers M. Trois ou quatre minutes s'étaient écoulées depuis que celui-ci était tombé par-dessus bord. C'est à ce moment-là que H a plongé à l'arrière du

another passenger, J, jumped in, one foot away, to hold up his head but M disappeared beneath the boat. J's husband grabbed the boat controls which K yielded, swung the boat around bow on, and approached J on the starboard side where she was pulled in. K then resumed control and went forward towards H who was then also pulled in but in unconscious condition. Attempts at resuscitation failed. Medical evidence established that H died from shock sustained on contact with the icy water.

Two fatal accident actions were brought against K for the benefit of the widows and dependants of the two deceased. H's family succeeded at the trial but their claim was dismissed on appeal, and they then sought restoration by this Court of the favourable trial judgment. The other claim failed at trial and was not pursued farther.

Held (Hall and Laskin JJ. dissenting): The appeal should be dismissed.

Per Curiam: There was a duty on the part of the respondent K in his capacity as a host and as the owner and operator of the cabin cruiser to do the best he could to effect the rescue of M.

Per Judson, Ritchie and Spence JJ.: There was no suggestion that there was any negligence in the rescue of H and for K to be held liable to the appellants it was necessary that such liability stem from a finding that the situation of peril brought about by M falling into the water was thereafter, within the next three or four minutes, so aggravated by the negligence of K in attempting his rescue as to induce H to risk his life by diving in after him. Although the procedure followed by K was not the most highly recommended one, the evidence did not justify a finding that any fault of his induced H to risk his life by diving as he did. If K erred in backing instead of turning the cruiser and proceeding "bow on", the error was one of judgment and not negligence, and in the circumstances ought to be excused.

Per Hall and Laskin JJ., dissenting: The view that K had been merely guilty of an error of judgment was not accepted. This was not a case where K had failed to execute the required manoeuvre properly, but rather one where he had not followed the

bateau, remontant à la surface à dix pieds de M environ. On a vu ce dernier tomber par en avant, le visage et la tête dans l'eau. J, une autre passagère, a sauté dans l'eau, à un pied de lui, afin de soulever sa tête, mais M est disparu sous le bateau. Le mari de J s'est emparé des commandes du bateau, que K lui a cédées; il a fait virer le yacht et s'est dirigé droit devant vers son épouse, l'approchant sur tribord; elle fut tirée de l'eau. K a alors repris les commandes et a avancé vers H, qui a également été tiré de l'eau; il était sans connaissance. On a tenté sans succès de le ranimer. L'expertise médicale a établi que H était mort des suites du choc subi au contact de l'eau glacée.

Deux actions ont été intentées à la suite de l'accident mortel contre K pour le compte de la veuve et des personnes à charge de chacun des deux défunts. La demande de la famille de H a été accueillie en première instance mais rejetée en appel. La famille demande maintenant à cette Cour de rétablir le jugement de première instance en sa faveur. L'autre demande a été rejetée en première instance et l'affaire en est restée là.

Arrêt: L'appel doit être rejeté, les Juges Hall et Laskin étant dissidents.

La Cour: L'intimé K, en sa qualité d'hôte, de propriétaire et d'exploitant du yacht de croisière, avait le devoir de faire tout ce qui était en son pouvoir pour sauver M.

Les Juges Judson, Ritchie et Spence: On n'a pas soutenu qu'il y avait eu négligence dans le sauvetage de H; si K doit être tenu responsable envers les appelants, cette responsabilité doit découler d'une conclusion que la situation périlleuse créée par la chute de M a par la suite, dans les trois ou quatre minutes qui ont suivi, été aggravée par la négligence commise par K au cours de sa tentative de sauvetage, à un point tel que H a été incité à risquer sa vie en plongeant au secours de M. Bien que la méthode qu'a suivie K n'est pas celle que l'on recommande le plus, la preuve ne nous permet pas de conclure qu'une faute de K a amené H à risquer sa vie en plongeant comme il l'a fait. Si K a commis une erreur en reculant plutôt qu'en faisant virer le bateau et en se dirigeant «droit devant», c'est une erreur de jugement et non pas de la négligence, et, vu les circonstances, on doit excuser cette erreur.

Les Juges Hall et Laskin, dissidents: La conclusion que K était simplement coupable d'une erreur de jugement, ne peut pas être acceptée. Il ne s'agit pas d'un cas où K n'a pas bien exécuté la manoeuvre requise, mais plutôt d'un cas où il n'a pas

method of rescue which, on the uncontradictory evidence, was the proper one to employ in an emergency, and there was no external reason for his failure to do so. This breach of duty to M could properly be regarded as prompting H to attempt a rescue. He was not wanton or foolhardy and his action was not unforeseeable. In the concern of the occasion, and having regard to K's breach of duty, H could not be charged with contributory negligence in acting as he did.

[*Vanvalkenburg v. Northern Navigation Co.* (1913), 30 O.L.R. 142, overruled; *Videan v. British Transport Commission*, [1963] 2 Q.B. 650, referred to.]

APPEAL from a judgment of the Court of Appeal for Ontario¹, allowing an appeal from a judgment of Lacourciere J. Appeal dismissed, Hall and Laskin JJ. dissenting.

W. R. Maxwell and *S. M. Malach*, for the plaintiffs, appellants.

B. L. Eastman and *J. A. B. Macdonald*, for the defendants, respondents.

The judgment of Judson, Ritchie and Spence JJ. was delivered by

RITCHIE J.—I have had the opportunity of reading the reasons for judgment of my brother Laskin and I agree with him that the case of *Vanvalkenburg v. Northern Navigation Co.*² should no longer be considered as good law and that a duty rested upon the respondent MacLaren in his capacity as a host and as the owner and operator of the *Ogopogo*, to do the best he could to effect the rescue of one of his guests who had accidentally fallen overboard.

The learned trial judge recognized the existence of such a duty, but Mr. Justice Schroeder made no finding in this regard since he found that the duty owed by MacLaren in the present case was born of his having already embarked on the rescue of Matthews and being therefore bound to carry it through without negligence. I agree with the learned trial judge and Laskin J. that the duty

suivi la méthode de sauvetage qu'il convient d'employer, comme l'a établi la preuve demeurée incontestée, en cas d'urgence. Il n'existe aucune raison apparente pour laquelle il ne l'a pas fait. Il est à juste titre possible de considérer que le manquement à l'obligation envers M a amené H à tenter d'effectuer le sauvetage. H n'a pas été téméraire et irréféchi, et son geste n'était pas imprévisible. Vu la gravité de la situation et eu égard au fait que K a manqué à son devoir, on ne peut accuser H de négligence commune du fait qu'il a plongé comme il l'a fait.

[Arrêt mis de côté: *Vanvalkenburg v. Northern Navigation Co.* (1913), 30 O.L.R. 142. Arrêt cité: *Videan v. British Transport Commission*, [1963] 2 Q.B. 650.]

APPEL d'un jugement de la Cour d'appel de l'Ontario¹, infirmant un jugement du Juge Lacourcière. Appel rejeté, les Juges Hall et Laskin étant dissidents.

W. R. Maxwell et *S. M. Malach*, pour les demandeurs, appellants.

B. L. Eastman et *J. A. B. Macdonald*, pour les défendeurs, intimés.

Le jugement des Juges Judson, Ritchie et Spence a été rendu par

LE JUGE RITCHIE—J'ai eu l'occasion de lire les motifs de mon collègue le Juge Laskin; comme lui, je crois que l'arrêt *Vanvalkenburg v. Northern Navigation Co.*¹ ne devrait plus être considéré comme faisant état du droit, et que l'intimé MacLaren, en sa qualité d'hôte, de propriétaire et d'exploitant (utilisateur) du *Ogopogo*, avait le devoir de faire tout ce qui était en son pouvoir pour sauver l'un de ses invités accidentellement tombé par-dessus bord.

Le savant juge de première instance a reconnu l'existence de ce devoir, mais M. le Juge Schroeder n'a tiré aucune conclusion à ce sujet puisqu'il a conclu que l'obligation de MacLaren en l'espèce découlait du fait que celui-ci avait déjà entrepris de sauver Matthews et était donc tenu de le faire sans commettre de négligence. Je partage l'avis du savant juge de première instance et du Juge

¹ [1970] 2 O.R. 487, 11 D.L.R. (3d) 277.

² (1913), 30 O.L.R. 142, 19 D.L.R. 649.

¹ [1970] 2 O.R. 487, 11 D.L.R. (3d) 277.

² (1913), 30 O.L.R. 142, 19 D.L.R. 649.

was a pre-existing one arising out of Matthews' position as a guest and passenger.

Whatever the origins of this duty may be, the finding of the learned trial judge that no breach of such duty either caused or contributed to the death of Matthews has not been questioned.

The duty, if any, owing to the late Mr. Horsley stands on an entirely different footing. If, upon Matthews falling overboard, Horsley had immediately dived to his rescue and lost his life, as he ultimately did upon contact with the icy water, then I can see no conceivable basis on which the respondent could have been held responsible for his death.

There is, however, no suggestion that there was any negligence in the rescue of Horsley and if the respondent is to be held liable to the appellants, such liability must in my view stem from a finding that the situation of peril brought about by Matthews falling into the water was thereafter, within the next three or four minutes, so aggravated by the negligence of MacLaren in attempting his rescue as to induce Horsley to risk his life by diving in after him.

I think that the best description of the circumstances giving rise to the liability to a second rescuer such as Horsley is contained in the reasons for judgment of Lord Denning in *Videan v. British Transport Commission*³, where he said, at p. 669:

It seems to me that, if a person *by his fault* creates a situation of peril, he must answer for it to any person who attempts to rescue the person who is in danger. He owes a duty to such a person above all others. The rescuer may act instinctively out of humanity or deliberately out of courage. But whichever it is, so long as it is not wanton interference, if the rescuer is killed or injured in the attempt, he can recover damages *from the one whose fault has been the cause of it*.

The italics are my own.

In the present case a situation of peril was created when Matthews fell overboard, but it was

³ [1963] 2 Q.B. 650.

Laskin que c'était là une obligation préexistante découlant du fait que Matthews était invité et passager.

Quel que soit le fondement de ce devoir, la conclusion du savant juge de première instance qu'aucun manquement à un tel devoir n'avait causé la mort de Matthews ni n'y avait contribué n'a pas été contestée.

Le devoir, s'il en est, qui existait envers feu M. Horsley, repose sur une base entièrement différente. Si, lorsque Matthews est tombé par-dessus bord, Horsley avait immédiatement plongé pour le sauver et avait perdu la vie, ce qui est finalement arrivé lorsqu'il s'est trouvé dans l'eau glacée, je ne pourrais concevoir aucun fondement qui eût permis de déclarer l'intimé responsable de sa mort.

Toutefois, on n'a pas soutenu qu'il y avait eu négligence dans le sauvetage de Horsley; à mon avis, si l'intimé doit être tenu responsable envers les appelants, cette responsabilité doit découler d'une conclusion que la situation périlleuse créée par la chute de Matthews a par la suite, dans les trois ou quatre minutes qui ont suivi, été aggravée par la négligence commise par MacLaren au cours de sa tentative de sauvetage, à un point tel que Horsley a été incité à risquer sa vie en plongeant au secours de Matthews.

Je crois que la meilleure description des circonstances qui entraînent une responsabilité envers un second sauveteur tel que Horsley se trouve dans les motifs de Lord Denning dans l'affaire *Videan v. British Transport Commission*²; il a dit, p. 669:

[TRADUCTION] Il me semble que si, *par sa faute*, une personne crée une situation périlleuse, elle doit en répondre à quiconque tente de sauver la personne en danger. Elle a un devoir envers lui plus qu'envers tout autre. Le sauveteur peut agir instinctivement, par esprit d'humanité, ou de façon, délibérée, par courage. Mais, de toute façon pour autant que son intervention n'est pas téméraire, si le sauveteur est tué ou blessé au cours de la tentative, il peut obtenir des dommages-intérêts *de la personne dont la faute en a été la cause*.

J'ai mis des mots en italique.

En l'espèce, une situation périlleuse a été créée lorsque Matthews est tombé par-dessus bord,

² [1963] 2 Q.B. 650.

not created by any fault on the part of MacLaren, and before MacLaren can be found to have been in any way responsible for Horsley's death, it must be found that there was such negligence in his method of rescue as to place Matthews in an apparent position of increased danger subsequent to and distinct from the danger to which he had been initially exposed by his accidental fall. In other words, any duty owing to Horsley must stem from the fact that a new situation of peril was created by MacLaren's negligence which induced Horsley to act as he did.

In assessing MacLaren's conduct in attempting to rescue Matthews, I think it should be recognized that he was not under a duty to do more than take all reasonable steps which would have been likely to effect the rescue of a man who was alive and could take some action to assist himself. While there is no express finding that Matthews died upon contact with the icy water because his body was never found, there is nevertheless unanimous agreement amongst all those who saw him that he was from the moment he entered the water, inert and rigid with his torso out of the water, his arms outstretched and his eyes staring, and the learned trial judge reached the conclusion on the balance of probabilities that it had not been shown that his life could have been saved. The added difficulties in rescuing an inert body from the water as opposed to the body of a man who was alive and could assist himself do not need to be stressed, but as will hereafter appear, the difficulties entailed in retrieving a dead body undoubtedly increase the time involved in effecting its rescue.

When the respondent's boat, the *Ogopogo*, left the dock at the Port Credit Yacht Club at about 6:30 p.m. on May 7, 1966, the only three passengers on deck were the late Mr. Matthews, who had been casting off the bow line and was seated on the port side of the foredeck, Richard Jones who was in the pilot's cockpit, and the respondent MacLaren who was at the helm. The weather was cool and a northwest wind was creating a light chop on Lake Ontario. As the boat proceeded away from the dock and after it had travelled

mais non pas par quelque faute qu'aurait commise MacLaren. Avant de pouvoir déclarer MacLaren responsable de quelque façon que ce soit en ce qui concerne la mort de Horsley, il faut décider si en procédant suivant la méthode qu'il a choisie pour effectuer le sauvetage, MacLaren a fait preuve d'une négligence telle que Matthews a été placé dans une situation apparente de danger accru, postérieure à la situation dangereuse dans laquelle il s'était trouvé en tombant accidentellement et distincte de celle-ci. En d'autres termes, toute obligation envers Horsley doit découler du fait que la négligence de MacLaren a entraîné une nouvelle situation périlleuse qui a amené Horsley à agir comme il l'a fait.

En appréciant la conduite de MacLaren lorsqu'il a tenté de sauver Matthews, je crois qu'il faut reconnaître qu'il n'était aucunement tenu de faire plus que de prendre toutes les mesures raisonnables susceptibles de sauver un homme en vie et capable de faire quelque chose pour s'aider. Il n'existe aucune conclusion expresse que Matthews est mort au contact de l'eau glacée, parce que son corps n'a jamais été retrouvé, mais néanmoins tous ceux qui l'ont vu s'entendent pour dire que, dès qu'il fut dans l'eau, il a été inerte et rigide, le torse sorti de l'eau, les bras écartés et les yeux fixes; le savant juge de première instance en est venu à la conclusion que, selon la balance des probabilités, il n'avait pas été démontré qu'on aurait pu lui sauver la vie. Les difficultés additionnelles qui se présentent lorsqu'on tente de tirer de l'eau un corps inerte et non un homme vivant pouvant s'aider n'ont pas à être soulignées, mais comme nous le verrons plus loin, les difficultés que comporte le repêchage d'un cadavre prolongent certainement la durée du sauvetage.

Lorsque le bateau de l'intimé, le *Ogopogo*, a quitté le quai du Port Credit Yacht Club vers 6 h 30 de l'après-midi le 7 mai 1966, il y avait trois passagers sur le pont: le défunt, M. Matthews, qui avait largué l'amarre de bout et était assis sur le pont avant, côté bâbord, Richard Jones qui se trouvait dans le cockpit de pilotage, et l'intimé MacLaren qui était à la barre. Le temps était frais; un vent nord-ouest rendait le lac Ontario légèrement clapoteux. Comme le bateau s'éloignait du quai, et après qu'il eut parcouru

about a mile into the broader waters of the lake, the wind increased and Matthews got up from his position in the bow and started to walk along the cat-walk on the port side of the vessel. As he did so he was holding onto a rail on the port side of the cabin top and in so doing he toppled over into the water. The clearest description of Matthews' fall is in my opinion that which was given by Jones who was called as a witness by the plaintiff and whose evidence appears to me to constitute the fullest account of the whole incident. Upon seeing the fall, Jones at once raised the cry: "Roly is overboard" and in describing the events which immediately followed he said:

Q. Yes. And where was his body when you next observed it?

A. It was on the starboard side possibly ten feet behind the stern, and—

Q. Yes?

A. —he seemed to be, you know, feet down, or at least he seemed to be up in the water.

Q. And what if anything did MacLaren do with your words, 'Roly is overboard', or words to that effect; what did the boat do?

A. Well, I didn't of course watch MacLaren, I was watching Mr. Matthews in the water. But MacLaren did put it into reverse. Now by that time Mr. Matthews would have been considerably further astern than when I first saw him.

Q. How far astern?

A. Well, I would say fifty feet.

Q. Did Mr. MacLaren stop the engines at any time?

A. Turn the key off?

Q. Yes?

A. No, no, he certainly didn't do it then.

Q. No, I'm speaking to this particular point?

A. No. . . .

Q. At that particular point in location, did Mr. MacLaren turn the *Ogopogo* in any way, either to left or right, port or starboard?

A. Not to any appreciable degree that I noticed. He didn't like, try to turn around or anything.

environ un mille sur le lac, au large, le vent s'est élevé. Matthews, qui se trouvait à l'avant, s'est levé et s'est mis à marcher le long du passavant, côté bâbord. Ce faisant, il se tenait à une main courante, côté bâbord, au haut de la cabine, et c'est alors qu'il est tombé à la renverse dans l'eau. A mon avis, la description la plus claire de la chute de Matthews a été donnée par Jones, qui a été appelé à témoigner par le demandeur et dont le témoignage me semble constituer la narration la plus détaillée de tout l'incident. En le voyant tomber, Jones a tout de suite crié: [TRADUCTION] «Roly est à la mer». Relatant les événements qui ont suivi immédiatement, il a dit:

[TRADUCTION] Q. Oui. Où était son corps lorsque vous l'avez observé par la suite?

R. Côté tribord, peut-être à dix pieds derrière le bateau, et . . .

Q. Oui?

R. —il semblait être, comment dire, les pieds en bas, ou du moins il semblait se tenir à la verticale dans l'eau.

Q. Qu'a fait MacLaren, si toutefois il a fait quelque chose, lorsque vous avez crié: «Roly est à la mer» ou quelque chose du genre; qu'est-ce qui est arrivé au bateau?

R. Évidemment, je n'ai pas surveillé MacLaren, je surveillais M. Matthews dans l'eau. Mais MacLaren a fait marche arrière. Dans cet intervalle, M. Matthews s'était considérablement éloigné sur l'arrière, beaucoup plus que lorsque je l'ai d'abord aperçu.

Q. A quelle distance sur l'arrière?

R. Je dirai à cinquante pieds.

Q. M. MacLaren a-t-il arrêté les moteurs à un moment donné?

R. En tournant la clé?

Q. Oui.

R. Non, non, il ne l'a sûrement pas fait, à ce moment-là.

Q. Non, je veux dire à ce point précis.

R. Non . . .

Q. A ce point précis, en parlant du lieu, M. MacLaren a-t-il fait virer le *Ogopogo* de quelque façon que ce soit, à droite ou à gauche, à bâbord ou à tribord?

R. Du moins pas de façon assez prononcée pour que je m'en aperçoive. Il n'a pas, pour ainsi dire, essayé de tourner ou de faire quelque chose du genre.

Q. Yes. What did he do?

A. Well, he reversed his motors and backed up on Mr. Matthews.

Q. Yes. And could you describe how the boat approached Matthews in the water?

A. Well, MacLaren was backing and reversing it on the two engines, which would be the normal—it was a twin engine boat.

Q. Yes?

A. And he would be backing up on him, and he would be swerving the boat one way and another, I don't—it would be quite choppy to take it straight as a die. And I threw a life-ring to Mr. Matthews just as soon as I could.

On cross-examination Mr. Jones continued:

Q. And you said that you threw a life-ring at him, is that correct?

A. I threw the life-ring when we were about, oh, maybe thirty feet away from him, which landed in front. I think I couldn't throw it far enough.

Q. Had the boat stopped at that time?

A. No, no, no, but my—

Q. Was Mr. MacLaren backing it up?

A. He was backing it up, and then when we got much closer, I threw one of the life-jackets and it was right in front of him.

Q. Right in front of him?

A. Yes, under his nose almost.

Q. Was it touching him?

A. Oh no, I didn't aim to hit him, I just wanted to put it close and very definitely it landed right in front of his face, right in front of his body.

Q. Well, how many inches or feet?

A. Well no more than six inches or a foot.

Q. Six inches or a foot away?

A. Yes.

Q. And is it your opinion that it was within his reach?

A. Yes, most assuredly, yes.

Q. And he didn't grab it?

A. No.

When Jones cried out "Roly is overboard" those in the cabin were immediately alerted. Mr. Marck, who was one of the guests, rushed to the stern and picked up a pike pole, Mrs. MacLaren started to pass up the life-jackets and

Q. Oui. Qu'a-t-il fait?

R. Bien, il a mis les moteurs en marche arrière et a reculé vers M. Matthews.

Q. Oui. Et pourriez-vous décrire comment le bateau s'est approché de Matthews dans l'eau?

R. Bien, MacLaren reculait et mettait les deux moteurs en marche arrière, ce qui était normal... c'était un bateau bimoteur.

Q. Oui?

R. Et il reculait dans sa direction; il faisait faire au bateau des embardées d'un côté et de l'autre, je ne—les eaux étaient passablement agitées pour le conduire droit comme une flèche. J'ai jeté une bouée de sauvetage à M. Matthews, dès que j'ai pu.

Lors du contre-interrogatoire, M. Jones a ajouté:

[TRADUCTION] Q. Vous avez dit que vous lui aviez jeté une bouée de sauvetage, n'est-ce pas?

R. J'ai jeté la bouée de sauvetage lorsque nous étions à environ, oh, peut-être à trente pieds de lui; elle a été projetée devant lui. Je crois que je n'ai pas pu la lancer assez loin.

Q. Le bateau était-il arrêté à ce moment-là?

R. Non, non, non mais mon...

Q. M. MacLaren le faisait-il reculer?

R. Il le faisait reculer, puis lorsque nous sommes parvenus beaucoup plus près, j'ai jeté l'un des gilets de sauvetage, il était juste devant lui.

Q. Juste devant lui?

R. Oui, presque sous son nez.

Q. Le touchait-il?

R. Oh non, je ne voulais pas le frapper, je voulais juste lancer le gilet près de lui; à coup sûr, il est tombé juste en face de son visage, juste devant son corps.

Q. A combien de pouces ou de pieds?

R. A pas plus de six pouces ou un pied.

Q. A six pouces ou un pied?

R. Oui.

Q. Et vous croyez qu'il était à sa portée?

R. Oui, c'est bien sûr, oui.

Q. Et il ne l'a pas saisi?

R. Non.

Lorsque Jones a crié: «Roly est à la mer», les personnes qui se trouvaient dans la cabine ont tout de suite été averties. M. Marck, l'un des invités, s'est précipité à l'arrière et a ramassé une perche pointue; M^{me} MacLaren s'est mise à dis-

Horsley and Mrs. Jones came up and were standing by in the cockpit.

Reconstructing the events from the evidence of those who were actually at the scene, it appears to me that MacLaren was first alerted to Matthews' fall when the body was only about a boat-length and a half behind him. He put the engines momentarily in neutral and as soon as he saw the body he reversed, almost immediately after which Jones threw a life-ring within ten feet of the man in the water. As the boat got closer to the body, the side of the transom astern obscured MacLaren's view and when he was within four or five feet of the body he says that he turned the engines off, although Jones' evidence is that he shifted to neutral. In any event, this action was obviously taken to obviate the possibility of the propellers contacting the body and the effect was that the boat at first drifted closer to Matthews and was then carried away by the wind to a distance which is estimated at ten feet. Just before the gust of wind carried the boat to port, Marck had the pike pole within Matthews' reach if he had been able to grab it.

This latter incident is described by MacLaren where he says:

Q. When you shut the engines off, did you consider the weather at that time?

A. No, I thought I had enough way on that I would drift on to him.

Q. How far did you—you drifted away?

A. We drifted up somewhat until she ran out of way, and Don almost got a hook on him.

Q. Yes?

A. Had Roly been able to help himself, he certainly—he could have grabbed it, it was so close to him.

Q. Yes?

A. Then the boat pivoted.

Having considered the evidence of Jones, MacLaren, Marck and Mrs. Jones, I am satisfied that Matthews' body had been in the water for a little less than two minutes when Marck first had the

tribuer les gilets de sauvetage et Horsley et M^{me} Jones sont montés et se sont postés dans le cockpit.

Si je reconstitue les événements d'après le témoignage de ceux qui se trouvaient là, il me paraît que MacLaren a d'abord été averti de la chute de Matthews lorsque celui-ci ne se trouvait qu'à environ une longueur de bateau et demie sur l'arrière. Il a momentanément mis les moteurs au point mort; dès qu'il a vu le corps, il les a mis en marche arrière, après quoi Jones a lancé, presque immédiatement, une bouée de sauvetage à moins de dix pieds de l'homme qui se trouvait dans l'eau. A mesure que le bateau se rapprochait du corps, le côté du tableau arrière masquait la vue à MacLaren; lorsqu'il s'est trouvé à quatre ou cinq pieds du corps, il a stoppé les moteurs, dit-il, bien que, selon Jones, il les ait plutôt mis au point mort. De toute façon, il a sûrement fait cela en vue d'éviter que les hélices ne viennent en contact avec le corps, mais cela a tout d'abord fait dériver le bateau encore plus près de Matthews, et le bateau a par la suite été entraîné par le vent à une distance estimée à dix pieds. Juste avant que le coup de vent ne pousse le bateau à bâbord, Marck avait tendu la perche pointue à portée de la main de Matthews si celui-ci avait pu la saisir.

Ce dernier incident est décrit par MacLaren dans les termes suivants:

[TRADUCTION] Q. Lorsque vous avez stoppé les moteurs avez-vous tenu compte du temps?

R. Non, je croyais avoir assez d'erre pour dériver vers lui.

Q. A quelle distance vous êtes-vous... vous avez dérivé?

R. Nous avons dérivé quelque jeu jusqu'à ce que le bateau n'ait plus d'erre; Don a presque réussi à le toucher de la perche.

Q. Oui?

R. Si Roly avait pu s'aider, il aurait sûrement—il aurait pu la saisir, elle était si près de lui.

Q. Oui?

R. Puis le bateau a pivoté.

Après avoir examiné les témoignages de Jones, de MacLaren, de Marck et de M^{me} Jones, je suis convaincu que Matthews était dans l'eau depuis un peu moins de deux minutes lorsque Marck a,

pike pole within his grasp and a life-jacket thrown by Jones was within six inches of him. After the boat started to drift away, the subsequent efforts to rescue Matthews by reversing engines and coming stern on towards him had been in progress for another minute or two and the boat was within two or three feet when Horsley dove in surfacing about ten feet beyond the body. Horsley's dive was followed almost immediately by that of Mrs. Jones, but as she hit the water the body of Matthews disappeared. The medical evidence established that Horsley, after his body had been recovered had no sign of water in his lungs, and that he did not die by drowning but rather from shock sustained on contact with the icy water. Mrs. Jones was rescued after her husband had taken the helm and brought the boat bow on towards her.

The finding of the learned trial judge that MacLaren was negligent in the rescue of Matthews is really twofold. On the one hand he finds that there was a failure to comply with the "man overboard" rescue procedure recommended by two experts called for the plaintiff, and on the other hand he concludes that MacLaren "was unable to exercise proper judgment in the emergency created because of his excessive consumption of alcohol." In the course of his reasons for judgment in the Court of Appeal, Mr. Justice Schroeder expressly found that there was nothing in the evidence to support the view that MacLaren was incapable of proper management and control owing to the consumption of liquor, the question was not seriously argued in this Court, and like my brother Laskin, I do not think there is any ground for saying that intoxicants had anything to do with the fatal occurrences. Mr. Justice Lacourcière's finding as to failure to follow the procedure recommended by experts was phrased as follows⁴:

I can only conclude that the defendant's adoption of the wrong procedure in the circumstances was negligent, being a failure to exercise the reasonable

pour la première fois, réussi à mettre la perche pointue à portée de sa main et qu'un gilet de sauvetage lancé par Jones s'est trouvé à moins de six pouces de lui. Après que le bateau a commencé à dériver, une ou deux minutes de plus furent consacrées à de nouvelles tentatives de sauver Matthews en mettant les moteurs en marche arrière et en s'approchant de lui droit derrière et, lorsque le bateau s'est trouvé à moins de deux ou trois pieds, Horsley a plongé, remontant à la surface à quelque dix pieds passé le corps. Presque immédiatement après, c'est M^{me} Jones qui s'est jetée à l'eau, mais au moment où elle touchait l'eau, Matthews a disparu. L'expertise médicale a établi que le corps de Horsley, lorsqu'il a été repêché, n'avait aucune trace d'eau dans les poumons et que Horsley ne s'était pas noyé mais était plutôt mort des suites du choc subi au contact de l'eau glacée. On a sauvé M^{me} Jones après que son mari eut pris la barre et amené le bateau droit sur elle.

La conclusion du savant juge de première instance que MacLaren a été négligent en effectuant le sauvetage de Matthews est double en réalité. D'une part, le juge conclut que MacLaren a omis de se conformer à la méthode de sauvetage prônée par deux experts appelés par le demandeur, lorsqu'un homme est «à la mer», d'autre part, il conclut que MacLaren: [TRADUCTION] «n'a pas pu faire preuve de jugement dans cette situation d'urgence parce qu'il avait consommé trop d'alcool». Dans les motifs qu'il a rendus en Cour d'appel, M. le Juge Schroeder a expressément conclu que rien dans la preuve ne permet de dire que MacLaren ne pouvait, à cause de la consommation d'alcool, exercer la surveillance et le contrôle requis. En cette Cour, cette question n'a pas vraiment fait l'objet de discussions et comme mon collègue le Juge Laskin, je ne crois pas qu'il y ait de motif d'affirmer que l'alcool a été relié aux événements fatals qui sont survenus. La conclusion de M. le Juge Lacourcière sur le défaut de suivre la méthode recommandée par les experts est exprimée en ces termes⁴:

[TRADUCTION] Je puis uniquement conclure qu'en adoptant la mauvaise méthode dans ces circonstances, le défendeur s'est montré négligent, car

⁴ [1969] 2 O.R. 137 at p. 145, 4 D.L.R. (3d) 557.

⁴ [1969] 2 O.R. 137, p. 145, 4 D.L.R. (3d) 557.

care that the ordinary, prudent, reasonable operator would have shown in effecting the "man overboard" rescue. The defendant in his evidence admitted that he made what he described as an error of judgment and did not attempt to justify the rescue procedure adopted.

The procedure recommended by the experts in such circumstances was to bring the boat bow on towards the body and the witness Mumford, who had written a "boating course" for the Canadian Boating Federation and had considerable experience in small boats, testified that "it would take about two minutes to turn the boat around and come back on him and have him alongside, and possibly another twenty-five, thirty seconds to get him on the boat." The other expert, Livingstone, took the view that by using the bow-on procedure it would take a maximum of two minutes to effect the rescue. Neither of these experts was present at the time of the accident nor, as far as the record speaks, had either of them been at the helm of a twin-engine motor-cruiser when a cry was raised that a man was overboard, and it was seen that his body was only a boat-length and a half astern. In fact it does not appear from the record that either expert had ever had the experience of being faced with the sudden responsibility to which this circumstance gave rise, and although they no doubt gave an accurate account of the most highly recommended method of effecting a rescue, their evidence appears to me to be unrelated to the critical position in which MacLaren found himself. In this regard I am in complete agreement with the finding of Mr. Justice Schroeder where he says⁵:

In my respectful opinion the evidence of the two experts spells out a standard of text-book perfection given at a time when all the evidence had been sifted and all the facts ascertained in the calm and deliberate atmosphere of a judicial investigation. It is ever so easy to be wise after the event and to state *ex post facto* that the conduct of the appellant, who had to rely upon the co-operation of the other passengers in effecting the rescue of Matthews, fell

c'était là une omission d'agir avec la diligence raisonnable dont aurait fait preuve le navigateur ordinaire, prudent et raisonnable en effectuant le sauvetage «d'un homme à la mer». Dans son témoignage, le défendeur a admis qu'il a fait ce qu'il a appelé une erreur de jugement; il n'a pas tenté de justifier la méthode de sauvetage qu'il a adoptée.

La méthode recommandée par les experts en pareilles circonstances consiste à se diriger droit devant vers la personne; le témoin Mumford, qui a rédigé un «manuel sur la navigation de plaisance», pour la Canadian Boating Federation et qui a beaucoup d'expérience en ce qui concerne les petites embarcations, a témoigné que [TRADUCTION] «il faudrait environ deux minutes pour faire virer le bateau et pour retourner en direction de la personne de façon que celle-ci se trouve à côté du bateau, et peut-être vingt-cinq, ou trente, secondes de plus pour la hisser à bord». L'autre expert, Livingstone, est d'avis qu'en utilisant la méthode qui consiste à se diriger droit devant, il faudrait tout au plus deux minutes pour effectuer le sauvetage. Aucun de ces témoins n'était présent au moment de l'accident; pour autant que le dossier le montre, aucun des deux ne s'était déjà trouvé à la barre d'un yacht de plaisance bimoteur sur lequel on avait crié qu'un homme était tombé par-dessus bord, et constaté qu'il ne se trouvait qu'à une longueur de bateau et demie sur l'arrière. De fait, le dossier ne montre pas que l'un de ces témoins ait déjà eu à faire face à la responsabilité soudaine qu'il faut assumer en pareilles circonstances. Sans doute donnent-ils un exposé exact de la méthode la plus recommandée pour effectuer un sauvetage, mais leur témoignage me semble n'avoir aucun rapport avec la situation critique dans laquelle MacLaren s'est trouvé. A cet égard, je souscris entièrement à la conclusion du Juge Schroeder⁵:

[TRADUCTION] A mon humble avis, dans leur témoignage, les deux experts énoncent une norme théorique de perfection établie à un moment où toute la preuve a été étudiée à fond et où tous les faits ont été établis dans l'atmosphère calme et l'ordre d'une enquête judiciaire. Il est toujours facile d'être sage après coup et d'affirmer *ex post facto* qu'en se conduisant ainsi, l'appelant, qui d'ailleurs devait se fier à la coopération des autres passagers

⁵ [1970] 2 O.R. 487 at p. 494, 11 D.L.R. (3d) 277.

⁵ [1970] 2 O.R. 487, p. 494, 11 D.L.R. (3d) 277.

short of the standard of reasonableness. He is surely entitled to be judged in the light of the situation as it appeared to him at the time and in the context of immediate and pressing emergency, even if a duty of using reasonable care in effecting the rescue of Matthews was properly cast upon him. The learned trial Judge excused the conduct of Horsley in the light of the emergency but failed to apply the same test to the appellant whose problems and responsibilities were much greater and more complex. The excitement created by the cry "Roly's overboard", the fact that the appellant had to act immediately, the confusion attendant upon the suddenness of the tragic occurrence, the lack of time and opportunity for mature consideration, all these circumstances must be taken into account in approaching a determination of whether the appellant was guilty of negligence in backing the vessel towards Matthews instead of proceeding towards him "bow on", assuming that the standard contended for is applicable.

It is true that on cross-examination Mr. MacLaren agreed that the first recommended method of rescue is to come around in a circle and put the man on your lee, but he also says that it is possible to come stern on towards the body with a twin-screw boat and that he had practised this method and thought it would be the best under the circumstances which faced him.

He says quite frankly: "... I felt the quickest way out of it—I had my eye on him—I felt the quickest way was straight back. This could have been an error in judgment, I don't know. But I thought this was the best way."

I am also in agreement with Mr. Justice Schroeder's comments on the procedure followed by MacLaren when he says, at p. 495:

Of even greater significance is the question as to whether it has been proven that the manoeuvre undertaken by MacLaren actually prolonged the time within which the point was reached where a successful attempt could have been made. The manoeuvre recommended by the experts would have taken two minutes or more, whereas the approximate time from the moment that Matthews fell over-

pour effectuer le sauvetage de Matthews, ne s'est pas conformé à la norme de la diligence raisonnable. Il a sûrement le droit d'être jugé dans le contexte de la situation telle qu'elle lui est apparue à ce moment-là et dans le contexte d'un état d'urgence immédiate et pressante, même s'il s'est trouvé à juste titre obligé d'exercer une diligence raisonnable en effectuant le sauvetage de Matthews. Le savant juge de première instance a excusé la conduite de Horsley étant donné l'urgence de la situation mais il n'a pas appliqué le même critère à l'appellant, dont les problèmes et les responsabilités étaient beaucoup plus graves et beaucoup plus complexes. L'excitation créée par le cri: «Roly est à la mer» le fait que l'appellant devait agir sur-le-champ, la confusion due au caractère soudain de l'événement tragique, le fait que l'on n'a pas eu le temps ni l'occasion de réfléchir à fond, tout cela doit entrer en ligne de compte lorsqu'on veut déterminer si l'appellant s'est rendu coupable de négligence pour avoir fait reculer le bateau en direction de Matthews au lieu, à supposer que la norme invoquée s'applique, de le diriger «droit devant» sur lui.

Il est vrai que lors du contre-interrogatoire, M. MacLaren a admis que la principale méthode de sauvetage recommandée consiste à décrire un cercle de façon que la personne se trouve du côté qui est sous le vent, mais il a également dit qu'il est possible de se diriger droit derrière vers la personne, s'il s'agit d'un yacht à hélices jumelles, qu'il avait déjà employé cette méthode et qu'il croyait que c'était la meilleure méthode à suivre dans les circonstances auxquelles il avait à faire face.

Il dit très franchement: [TRADUCTION] «... J'ai cru que la façon la plus rapide de s'en tirer —Je gardais les yeux sur lui—J'ai cru que la façon la plus rapide consistait à reculer. C'était peut-être une erreur de jugement, je l'ignore. Mais j'ai cru que c'était la meilleure façon».

Je souscris également aux commentaires suivants du Juge Schroeder en ce qui concerne la méthode qu'a suivie MacLaren, p. 495:

[TRADUCTION] Il importe encore plus de se demander s'il a été prouvé que la manoeuvre qu'a effectuée MacLaren a réellement demandé plus de temps pour rejoindre l'endroit d'où une tentative de sauvetage pouvait réussir. La manoeuvre recommandée par les experts aurait pris deux minutes ou plus, alors qu'entre le moment où Matthews est tombé par-dessus bord et celui où il est disparu sous

board until his body disappeared beneath the boat was three or four minutes. Whatever may be said in criticism of MacLaren's conduct, his efforts at rescue cannot be said to have worsened Matthews' condition. Moreover, when the boat was first reversed and brought to a stop, a lifejacket was thrown to Matthews who could have grasped it had he not then lost consciousness.

As I have indicated, the evidence discloses that the boat was first brought to a stop in a maximum of two minutes after the body was sighted and at that time there was not only a life-jacket but a pike pole within Matthews' grasp had he been conscious.

I share the view expressed by my brother Laskin when he says, in the course of his reasons for judgment, that:

Encouragement by the common law of the rescue of persons in danger would, in my opinion, go beyond reasonable bounds if it involved liability of one rescuer to a succeeding one where the former has not been guilty of any fault which could be said to have induced a second rescue attempt.

In the present case, however, although the procedure followed by MacLaren was not the most highly recommended one, I do not think that the evidence justifies the finding that any fault of his induced Horsley to risk his life by diving as he did. In this regard I adopt the conclusion reached by Mr. Justice Schroeder in the penultimate paragraph of his reasons for judgment where he says:

...if the appellant erred in backing instead of turning the cruiser and proceeding towards Matthews "bow on", the error was one of judgment and not negligence, and in the existing circumstances of emergency ought fairly to be excused.

I think it should be made clear that in my opinion the duty to rescue a man who has fallen accidentally overboard is a common law duty the existence of which is in no way dependent upon the provisions of s. 526(1) of the *Canada Shipping Act*, R.S.C. 1952, c. 29.

I should also say that, unlike Mr. Justice Jessup, the failure of Horsley to heed MacLaren's

le bateau il s'est écoulé à peu près trois ou quatre minutes. Quelque critique que l'on puisse faire au sujet de la conduite de MacLaren, on ne peut pas dire que ses efforts ont aggravé la situation dans laquelle se trouvait Matthews. De plus, lorsqu'on a d'abord renversé les moteurs, puis fait stopper le bateau un gilet de sauvetage a été lancé à Matthews qui aurait pu le saisir, s'il n'avait pas perdu connaissance.

Comme je l'ai signalé, la preuve fait voir que l'on a fait stopper le bateau pour la première fois deux minutes au plus après que l'on a vu Matthews; à ce moment-là, Matthews aurait pu saisir non seulement un gilet de sauvetage mais également une perche pointue, s'il n'avait pas perdu connaissance.

Je partage l'avis suivant exprimé par mon collègue le Juge Laskin dans ses motifs:

[TRADUCTION] A mon avis, l'encouragement de la common law au sauvetage de personnes en danger dépasserait les bornes raisonnables s'il rendait un sauveteur responsable envers un second sauveteur alors que le premier n'a commis aucune faute de laquelle on puisse dire qu'elle a été une incitation à une seconde tentative de sauvetage.

En l'espèce, toutefois, bien que la méthode qu'a suivie MacLaren n'est pas celle que l'on recommande le plus, je ne crois pas que la preuve nous permette de conclure qu'une faute de MacLaren a amené Horsley à risquer sa vie en plongeant comme il l'a fait. A cet égard, j'adopte la conclusion à laquelle M. le Juge Schroeder est arrivé dans l'avant-dernier paragraphe de ses motifs:

[TRADUCTION] ... si l'appelant a commis une erreur en reculant plutôt qu'en faisant virer le bateau et en se dirigeant «droit devant» vers Matthews, c'est une erreur de jugement et non pas de la négligence et, vu les circonstances de la situation d'urgence qui existait, on doit pour être juste excuser cette erreur.

Je crois qu'il faudrait souligner qu'à mon avis, le devoir de sauver une personne accidentellement tombée par-dessus bord existe en vertu de la common law et ne dépend aucunement de l'art. 526(1) de la *Loi sur la marine marchande du Canada*, S.R.C. 1952, c. 29.

Je dois également dire qu'au contraire de M. le Juge Jessup, le fait que Horsley ne s'est pas

warning to remain in the cockpit or cabin plays no part in my reasoning.

For all these reasons I would dismiss this appeal with costs.

The judgment of Hall and Laskin JJ. was delivered by

LASKIN J. (*dissenting*)—On a cool evening in early May, 1966, an invited guest on board a cabin cruiser, which was on its way to its home port, Oakville, from Port Credit, accidentally fell into the lake. In the course of rescue operations, another invited guest dived into the water to help him. The effort was without avail. The rescuer was pulled from the water by others on board, could not be resuscitated and was later pronounced dead. The body of the rescuee was never recovered. These are the bare bones of two fatal accident actions brought against the boat owner, who was in charge of his craft at the time, for the benefit of the widows and dependants of the two deceased. The rescuer's family succeeded at the trial but their claim was dismissed on appeal, and they now seek restoration by this Court of the favourable trial judgment. The other claim failed at trial and was not pursued farther.

Various theories of the liability of the boat owner MacLaren were explored at trial and on appeal. Lacourciere J. founded himself on the following conclusions: (1) MacLaren was under a duty to aid the passenger Matthews who had accidentally fallen overboard and, in any event, he had affirmatively undertaken to effect a rescue; (2) he was negligent in the way in which he attempted the rescue; (3) he thus induced the rescuer Horsley to court the danger of effecting a rescue and was, accordingly, liable for the resulting injury and damage; (4) there was no contributory negligence on Horsley's part, nor any voluntary assumption of the risk created by MacLaren's negligence.

conformé à l'avertissement de MacLaren de demeurer dans le cockpit ou dans la cabine n'entre pas dans mon raisonnement.

Pour tous ces motifs, je suis d'avis de rejeter l'appel avec dépens.

Le jugement des Juges Hall et Laskin a été rendu par

LE JUGE LASKIN (*dissident*)—Par une soirée fraîche du début de mai 1966, un invité à bord d'un yacht de croisière qui se dirigeait de Port Credit à son port d'attache, situé à Oakville, est accidentellement tombé dans les eaux du lac. Au cours des opérations de sauvetage, un autre invité a plongé à l'eau pour l'aider. Les efforts de celui-ci se sont avérés inutiles. Le sauveteur a été tiré de l'eau par d'autres personnes qui se trouvaient à bord; il a été impossible de le ranimer et on a par la suite constaté la mort. Le corps du passager qu'il avait voulu sauver n'a jamais été retrouvé. C'est là la substance de deux actions intentées à la suite de l'accident mortel contre le propriétaire du yacht, qui avait la direction de l'embarcation à ce moment-là, pour le compte de la veuve et des personnes à charge de chacun des deux défunts. La demande de la famille du sauveteur a été accueillie en première instance mais rejetée en appel. La famille demande maintenant à cette Cour de rétablir le jugement de première instance en sa faveur. L'autre demande a été rejetée en première instance et l'affaire en est restée là.

En première instance et en appel, diverses théories ont été étudiées en ce qui concerne la responsabilité du propriétaire du bateau, M. MacLaren. Le Juge Lacourcière s'est fondé sur les conclusions suivantes: (1) MacLaren avait le devoir d'aider le passager Matthews, accidentellement tombé par-dessus bord, et, en tout état de cause, il avait entrepris de façon positive d'effectuer le sauvetage; (2) il a été négligent dans la façon dont il a tenté d'effectuer le sauvetage; (3) il a ainsi amené le sauveteur Horsley à s'exposer au danger d'effectuer le sauvetage et est donc responsable des dommages qui en résultent; (4) Horsley n'a commis aucune négligence commune et n'a aucunement assumé volontairement le risque qu'avait créé la négligence de MacLaren.

In the Ontario Court of Appeal, Schroeder J.A., with whom McGillivray J.A. agreed, took as his starting point that whether or not there was a legal duty on MacLaren to come to the aid of Matthews, he did take steps to effect a rescue. The learned justice went on to say that even if, in these circumstances, a duty of using reasonable care rested on MacLaren the standard must be fixed in the light of the "immediate and pressing emergency"; and, moreover, the applicable principle was that liability would not be visited upon MacLaren if his efforts at rescue, although falling short of the required standard of care, did not worsen Matthews' condition so as to induce Horsley to attempt a rescue. Schroeder J.A. concluded that MacLaren's efforts at rescue did not worsen Matthews' condition. He rejected the contention that there could be any liability upon MacLaren in respect of Horsley, arising out of the failure to carry out with due care a supposed duty to rescue Matthews, when he did not originally imperil Matthews. To charge MacLaren with foreseeability of Horsley's intervention in such circumstances would be, according to Schroeder J.A., an unwarranted extension of the principles found in the rescue cases. Returning to his starting point, the learned justice concluded that the evidence did not support a finding that anything done or left undone by MacLaren caused his rescue efforts to fail; and if he erred in the procedures he followed, the error was an excusable error of judgment and did not amount to negligence.

Jessup J.A. came to the same exonerating result but on quite a narrow ground. He endorsed the view of the trial judge that there was a legal duty upon the master of a ship to aid a passenger who had fallen overboard, as being a duty of aid against perils of the sea. Again, there was a legal duty to avoid frustrating rescue by negligence in rendering assistance. MacLaren should have foreseen that by reason of his negligence in prolonging Matthews' exposure to drowning, a rescue would be attempted by one of those on board. However, MacLaren had earlier warned Horsley to stay in the cockpit or cabin, and

En Cour d'appel de l'Ontario, le Juge Schroeder, avec qui le Juge McGillivray était d'accord, est parti de la prémisse suivante: que MacLaren ait eu ou non, en droit, le devoir de venir en aide à Matthews, il a pris les mesures pour effectuer le sauvetage. Le savant juge a ajouté que même si, dans ces circonstances, MacLaren avait le devoir d'user de diligence raisonnable, la norme applicable devait être établie en tenant compte de l'«urgence immédiate et pressante» de la situation; de plus, le principe applicable était que MacLaren n'était pas responsable si ses efforts en vue du sauvetage, même en-deçà du degré de diligence requis, n'avaient pas aggravé la situation dans laquelle se trouvait Matthews de façon à amener Horsley à tenter d'effectuer lui-même le sauvetage. Le Juge d'appel Schroeder a conclu que les efforts de MacLaren n'avaient pas aggravé la situation de Matthews. Le juge a rejeté la prétention que MacLaren pouvait être responsable à l'égard de Horsley en raison de l'omission de remplir avec la diligence requise un présumé devoir de sauver Matthews, alors qu'il n'avait pas initialement mis Matthews en danger. En pareilles circonstances, selon le Juge d'appel Schroeder, on étendrait la portée des principes établis dans les arrêts en matière de sauvetage de façon injustifiable si l'on décidait que MacLaren aurait dû prévoir l'intervention de Horsley. Revenant à son point de départ, le savant juge a décidé que la preuve ne permettait pas de conclure que par un acte ou une omission quelconque, MacLaren a fait échouer sa tentative de sauvetage; s'il n'a pas pris les mesures qu'il aurait dû prendre, ce n'est là qu'une erreur de jugement excusable, n'équivalant pas à une négligence.

Le Juge d'appel Jessup a lui aussi conclu à l'absence de responsabilité mais pour un motif assez restreint. Il a souscrit à l'avis du juge de première instance que le capitaine d'un navire a, en droit, le devoir d'aider un passager tombé par-dessus bord, soit un devoir d'assistance contre les périls de la mer. Il a également, en droit, le devoir d'éviter que le sauvetage n'échoue par suite de négligence commise en prêtant son assistance. MacLaren aurait dû prévoir que, à cause de sa négligence qui prolongeait le risque de noyade auquel était exposé Matthews, l'une des personnes à bord tenterait d'effectuer le sauve-

hence, in the opinion of Jessup J.A., he could not reasonably contemplate that Horsley would be a rescuer. Consequently, MacLaren was not under any liability for the death of Horsley.

It is evident that the trial judge and Jessup J.A. see the law, as it is reflected in the rescue cases, differently from Schroeder and McGillivray J.J.A. But it is also apparent that, on the law as pronounced both by the trial judge and by Jessup J.A., Schroeder J.A. (McGillivray J.A. agreeing) could find no breach of legal duty to inculcate MacLaren. I do not read the learned Justice of Appeal as saying that if there was a breach of legal duty, the ensuing death of Horsley did not result from that breach.

The facts, as found by the trial judge and as repeated with some variations by the Court of Appeal, are, with some additions from the record, as follows. MacLaren was the owner of a 30-foot six inch cabin cruiser, powered by two inboard 100 h.p. engines driving two propellers. On May 7, the day of the double tragedy, he had his wife on board and five guests, including Matthews and Horsley, one Donald Marck and Mr. and Mrs. Richard Jones. The party had left Oakville in the afternoon and the boat was apparently the first to dock at the Port Credit Yacht Club that season. There was beer aboard the boat and some champagne was drunk at the Port Credit Yacht Club but there is no ground for saying that intoxicants had anything to do with the fatal occurrences. The boat left Port Credit at about 6.30 p.m. to return to Oakville and the defendant was at the helm, proceeding at a speed of 10 to 12 knots in cool weather and with a northwest wind which created a light chop on Lake Ontario.

Matthews had looked after the bow line when the boat left Port Credit, and was sitting on the port side of the foredeck. Jones was in the pilot's

tage elle-même. Toutefois, MacLaren avait déjà averti Horsley de rester dans le cockpit ou dans la cabine; par conséquent, selon le Juge d'appel Jessup, il ne pouvait pas raisonnablement prévoir que Horsley tenterait d'effectuer le sauvetage. MacLaren n'était donc pas responsable de la mort de Horsley.

Il est évident que le juge de première instance et le Juge d'appel Jessup n'interprètent pas les règles de droit en la matière, telles qu'elles se reflètent dans les affaires de sauvetage, de la même façon que les Juges d'appel Schroeder et McGillivray. Mais il est également évident qu'en se fondant sur les règles énoncées tant par le juge de première instance que par le Juge d'appel Jessup, le Juge d'appel Schroeder (le Juge d'appel McGillivray souscrivant à son avis) ne pouvait constater aucun manquement à un devoir légal permettant d'inculper MacLaren. Je n'interprète pas les paroles du savant juge d'appel comme voulant dire que s'il y a eu manquement à un devoir légal, la mort subséquente de Horsley ne découle pas de ce manquement.

Les faits constatés par le juge de première instance et, avec certaines modifications, par la Cour d'appel sont, avec certaines additions faites à partir du dossier, les suivants: MacLaren était propriétaire d'un yacht de plaisance long de 30 pieds 6 pouces, mû par deux moteurs internes de cent chevaux-vapeur actionnant deux hélices. Le 7 mai, soit le jour de la double tragédie, l'épouse de celui-ci et cinq invités, Matthews, Horsley, un dénommé Donald Marck et M. et M^{me} Richard Jones, se trouvaient à bord. Le groupe avait quitté Oakville au cours de l'après-midi; apparemment, le bateau a été le premier à accoster au Port Credit Yacht Club cette saison-là. Il y avait de la bière sur le bateau; on a bu du champagne au Port Credit Yacht Club mais il n'y a pas lieu de croire que des boissons enivrantes aient été reliées aux accidents mortels. Le yacht a quitté Port Credit vers 6 h 30 de l'après-midi pour retourner à Oakville. Le défendeur était à la barre; le yacht filait à 10 ou 12 nœuds, par temps frais, avec un vent nord-ouest qui rendait le lac Ontario légèrement clapoteux.

Matthews s'occupait de l'amarre de bout lorsque le navire a quitté Port Credit; il était assis sur le pont avant, côté bâbord. Jones était dans

cockpit, and the other four passengers were in the cabin below. Jones saw Matthews rise and proceed toward the stern along a narrow cat-walk on the port side, holding on to the rail with his back to the water. On reaching the windscreen in front of the cockpit he toppled over backwards into the water. Jones immediately shouted "Roly's overboard".

MacLaren, who was then going about 11 knots per hour, put the controls into neutral, and, leaning back, he could see Matthews about 40 to 50 feet astern to starboard, floating with head and shoulders out of the water. He put the boat in reverse, backing towards Matthews after pinning the control wheel with his stomach. He lost sight of Matthews because of the height and angle of the transom, and shut off the engines. He believed he had drifted to four or five feet of Matthews and wished to manoeuvre to get him at the rear gate on the starboard side. Jones had, in the meantime, thrown a life-ring from the stern which landed about ten feet in front of Matthews, and Marck who was also at the stern tried to hook Matthews with a six-foot pike pole. He could not succeed because, with the engines shut down, the boat drifted away to a distance of ten to twenty feet. Matthews was seen at the time still floating, but with eyes open and staring and apparently unconscious. Jones threw a second life-jacket which fell on top of Matthews or near him but he made no effort to seize it. The water that day was extremely cold, with a surface temperature of about 44 degrees or less.

MacLaren restarted his engines and again backed his boat towards Matthews. Three or four minutes had passed since the fall overboard, and it was then, with the boat moving, that Horsley, after taking off his shoes and trousers, dived into the water from the stern, coming up about ten feet from Matthews. According to Jones, the boat was drifting on to Matthews or Matthews was drifting towards the boat, and they were about three feet from each other when Horsley began to take off his shoes and trousers and then dived

le cockpit de pilotage et les quatre autres passagers se trouvaient au-dessous, dans la cabine. Jones a vu Matthews se lever et se diriger vers l'arrière par un étroit passavant, côté bâbord; il tenait la rampe et tournait le dos à l'eau. En atteignant l'abrivent, à l'avant du cockpit, il a culbuté par en arrière, dans l'eau. Jones a immédiatement crié: [TRADUCTION] «Roly est à la mer».

MacLaren, qui filait alors à 11 nœuds à l'heure environ, a mis les commandes au point mort; en se penchant par en arrière, il pouvait voir Matthews à quelque 40 ou 50 pieds sur l'arrière à tribord; ce dernier flottait, la tête et les épaules sorties de l'eau. Il a fait marche arrière, reculant vers Matthews, après avoir bloqué la roue du gouvernail à l'aide de sa poitrine. Il a perdu Matthews de vue à cause de l'élévation du tableau et de l'angle que celui-ci formait; puis il a arrêté les moteurs. Il croyait avoir dérivé à quatre ou cinq pieds de Matthews et voulait manœuvrer de façon que ce dernier se trouve près de l'entrée arrière, côté tribord. Dans l'intervalle, Jones avait lancé une bouée de sauvetage depuis l'arrière du bateau; celle-ci a été projetée à dix pieds environ devant Matthews. Marck, qui se trouvait également à l'arrière, a essayé de retenir Matthews à l'aide d'une perche pointue de six pieds. Il n'a pas pu réussir parce que, les moteurs étant arrêtés, le bateau a dérivé sur une distance de dix à vingt pieds. A ce moment-là, on a vu Matthews qui flottait encore, mais il avait les yeux ouverts et fixes et était apparemment évanoui. Jones a lancé un second gilet de sauvetage, lequel est tombé sur Matthews ou près de lui, mais ce dernier n'a aucunement tenté de le saisir. Ce jour-là, l'eau était extrêmement froide, la température à la surface étant de quelque 44 degrés ou moins.

MacLaren a remis les moteurs en marche et a de nouveau reculé le yacht vers Matthews. Trois ou quatre minutes s'étaient écoulées depuis que celui-ci était tombé par-dessus bord. C'est à ce moment-là, alors que le yacht se déplaçait, que Horsley, après avoir enlevé ses souliers et ses pantalons, a plongé de l'arrière du yacht, remontant à la surface à dix pieds de Matthews environ. Selon Jones, le bateau dérivait en direction de Matthews ou Matthews dérivait en direction du yacht; ils étaient à quel-

in to effect a rescue. Matthews was seen to fall forward, face and head in the water, and Mrs. Jones jumped in, one foot away, to hold up his head but Matthews disappeared under the starboard side of the boat. Jones, having seen his wife in the water, grabbed the boat controls which MacLaren yielded, swung the boat around bow on, and approached his wife on the starboard side where MacLaren and Marck, with Jones assisting, pulled her in. MacLaren then resumed control and went forward towards Horsley who was then also pulled in but in unconscious condition. Attempts at resuscitation failed. Medical opinion ascribed his death to sudden shock as a result of the immersion.

The passengers who were in the cabin came up when MacLaren began to back up after the shout of "Roly's overboard". Jones went to the stern where he was joined by Marck and Horsley. In answer to a question whether he was in a panic, MacLaren said he thought he was in control of the situation. He had cut his engines after backing up towards Matthews because he knew of the danger to Matthews from the propellers. However, in allowing the boat to drift, there was the effect of the wind to contend with.

MacLaren testified that he had had a lifelong interest in boats. He was 48 years of age when the accident happened, had built a sail boat when he was aged 16, had bought a small outboard cruiser in the late fifties, and later bought a larger 42-foot twin-engined cruiser which he traded in 1964 for the boat on which the fatal cruise was taken. It was an easily manoeuvrable boat which could be turned almost in its own length. MacLaren said he operated it "quite a bit—it's my hobby". He had practised rescue operations and was aware that the first recommended method was to come bow on in a circle and approach the person in the water on the lee. In the present case, although he knew that he could not back up very fast if he was to control his boat, he felt that backing up would be the quickest way to

que trois pieds l'un de l'autre lorsque Horsley s'est mis à enlever ses souliers et ses pantalons et a plongé pour effectuer le sauvetage. On a vu Matthews tomber par en avant, le visage et la tête dans l'eau; M^{me} Jones a sauté dans l'eau, à un pied de lui, afin de soutenir sa tête mais il est disparu sous le yacht, côté tribord. Voyant son épouse dans l'eau, Jones s'est emparé des commandes du bateau, que MacLaren lui a cédées; il a fait virer le yacht et s'est dirigé droit devant vers son épouse, l'approchant sur tribord; c'est alors que MacLaren et Marck ont tiré celle-ci de l'eau, avec l'aide de Jones. MacLaren a alors repris les commandes et a avancé vers Horsley, qui a également été tiré de l'eau; il était sans connaissance. On a tenté sans succès de le ranimer. D'après l'opinion d'un médecin expert, il est mort par suite du choc soudain qu'il a subi en tombant à l'eau.

Les passagers qui se trouvaient dans la cabine sont montés lorsque MacLaren s'est mis à reculer, après qu'on eut crié: [TRADUCTION] «Roly est à la mer». Jones s'est rendu à l'arrière où Marck et Horsley l'ont rejoint. Lorsqu'on lui a demandé s'il avait été pris de panique, MacLaren a répondu qu'à ce moment-là, il croyait avoir la maîtrise de la situation. Il avait coupé la marche des moteurs, après avoir reculé vers Matthews, parce qu'il savait que les hélices constituaient un danger pour ce dernier. Toutefois, en laissant le yacht dériver, il avait à lutter contre l'action du vent.

MacLaren a témoigné s'être toujours intéressé aux bateaux. Lorsque l'accident est arrivé, il avait 48 ans; il avait construit un bateau à voile lorsqu'il avait 16 ans, avait acheté un petit hors-bord de croisière à la fin des années cinquante, puis, il avait acheté un yacht plus gros, long de quarante-deux pieds, équipé de deux moteurs, qu'il a échangé en 1964 contre le yacht sur lequel la funeste excursion a eu lieu. C'était un bateau facile à manoeuvrer, qui pouvait virer complètement sur une distance presque égale à sa longueur. MacLaren a dit qu'il le conduisait: [TRADUCTION] «Assez souvent—c'est mon passe-temps». Il s'était exercé à faire des opérations de sauvetage et savait que la principale méthode recommandée est celle qui consiste à décrire un cercle et à se diriger droit devant vers la personne qui se trouve

reach Matthews. However, it took him about two minutes to get near to Matthews on his first try.

Evidence on proper rescue procedures to reach a person overboard was given by one Captain Livingstone, a qualified sea captain who was in charge of a marine school which trained persons in seamanship, and by a Captain Mumford, also so qualified, who was with the Toronto Harbour Commission as its communications officer. Their testimony was that the quickest and safest way to effect a rescue was to circle if necessary and come bow on to the person in the water. There was more control over the boat in this way, both in respect of manoeuvrability and speed, and danger from propellers was avoided. The witnesses agreed that there could be circumstances, such as being obliged to manoeuvre in a crowded area, when backing up would be appropriate. It was their opinion, however, that coming bow on was standard procedure for boat operators. There was no evidence to contradict this testimony, and, indeed, MacLaren himself confirmed that "bow on" was the preferred rescue procedure.

Jones, who had boating experience, testified on this point in relation to the rescue of his wife. It was his evidence that he took the controls from MacLaren because he felt that the backing-up procedure would not be effective; hence he came towards his wife bow on.

In this Court, counsel for the appellants relied on three alternative bases of liability. There was, first, the submission that in going to the aid of Matthews, as he did, MacLaren came under a duty to carry out the rescue with due care in the circumstances, and his failure to employ standard rescue procedures foreseeably brought Horsley into the picture with the ensuing fatal result. The second basis of liability was doubly founded as resting (a) on a common law duty of care of a private carrier to his passengers, involving a duty to come to the aid of a passenger

dans l'eau, sous le vent. En l'espèce, même s'il savait qu'il ne pouvait pas reculer très vite et conserver la maîtrise de son yacht, il a pensé qu'en reculant il rejoindrait Matthews plus rapidement. Toutefois, il lui a fallu quelque deux minutes pour se rapprocher de Matthews à sa première tentative.

Un capitaine au long cours, le capitaine Livingstone, qui dirigeait une école de navigation, et un autre capitaine au long cours, le capitaine Mumford, qui travaillait à la Commission du port de Toronto en qualité de fonctionnaire chargé des communications, ont témoigné sur les mesures à prendre en cas de sauvetage pour rejoindre une personne tombée par-dessus bord. Selon eux, la façon la plus rapide et la plus sûre d'effectuer un sauvetage consiste à décrire un cercle si cela s'avère nécessaire et à se diriger droit devant sur la personne qui se trouve dans l'eau. De cette façon, le bateau est mieux maîtrisé, à la fois du point de vue de la facilité à manoeuvrer et du point de vue de la vitesse, et le danger créé par les hélices est évité. Les témoins ont convenu que dans certains cas, par exemple lorsqu'on est obligé de manoeuvrer dans une zone encombrée, il serait judicieux de reculer. Toutefois, ils sont d'avis que les pilotes procèdent habituellement en rapprochant le bateau droit devant sur la personne. Aucune preuve n'a été produite pour contredire leurs témoignages; de fait, MacLaren lui-même a confirmé que c'est là la méthode préférée en cas de sauvetage.

Jones, qui a de l'expérience dans la navigation, a témoigné sur ce point lorsqu'on a parlé du sauvetage de son épouse. Il affirme avoir pris les commandes des mains de MacLaren parce qu'il croyait qu'il ne servirait à rien de reculer; il s'est donc dirigé droit devant vers son épouse.

En cette Cour, l'avocat des appelants s'est appuyé sur trois bases distinctes de responsabilité. D'abord, il a soutenu qu'en venant en aide à Matthews ainsi qu'il l'avait fait, MacLaren est devenu obligé d'effectuer le sauvetage avec la diligence requise dans les circonstances, et que c'est parce que MacLaren n'a pas suivi la méthode habituelle que Horsley, comme on pouvait le prévoir et avec les funestes conséquences que l'on sait, s'est trouvé impliqué. La deuxième base de responsabilité repose sur deux points: a) une obligation de diligence, en common law, du trans-

who has accidentally fallen overboard, or (b) on a statutory duty under s. 526(1) of the *Canada Shipping Act*, R.S.C. 1952, c. 29, to come to the aid of a passenger who has fallen overboard. There was failure, so the allegation was, to act reasonably in carrying out these duties or either of them, with the foreseeable consequence of Horsley's encounter of danger. The third contention was the broadest, to the effect that where a situation of peril, albeit not brought about originally by the defendant's negligence, arises by reason of the defendant's attempt at rescue, he is liable to a second rescuer for ensuing damage on the ground that the latter's intervention is reasonably foreseeable.

None of the bases of liability advanced by the appellants is strictly within the original principle on which the "rescue" cases were founded. That was the recognition of a duty by a negligent defendant to a rescuer coming to the aid of the person imperilled by the defendant's negligence. The evolution of the law on this subject, originating in the moral approbation of assistance to a person in peril, involved a break with the "mind your own business" philosophy. Legal protection is now afforded to one who risks injury to himself in going to the rescue of another who has been foreseeably exposed to danger by the unreasonable conduct of a third person. The latter is now subject to liability at the suit of the rescuer as well as at the suit of the imperilled person, provided, in the case of the rescuer, that his intervention was not so utterly foolhardy as to be outside of any accountable risk and thus beyond even contributory negligence.

Moreover, the liability to the rescuer, although founded on the concept of duty, is now seen as stemming from an independent and not a derivative duty of the negligent person. As *Fleming on Torts*, 3rd ed., 1965, has put it (at p. 166), the cause of action of the rescuer in arising out of

porteur privé envers ses passagers, y compris le devoir de prêter son assistance au passager accidentellement tombé par-dessus bord, ou b) le devoir légal, en vertu de l'art. 526 (1) de la *Loi sur la marine marchande du Canada*, S.R.C. 1952, c. 29, de prêter assistance au passager tombé par-dessus bord. On a allégué qu'il y avait eu omission d'agir de façon avisée dans l'exécution de ces devoirs, ou de l'un de ces devoirs, ce qui avait entraîné les conséquences qu'il fallait prévoir, soit que Horsley s'expose lui-même au danger. La troisième prétention, de portée plus large, est la suivante: lorsqu'une situation périlleuse, même si elle n'est pas due initialement à la négligence du défendeur, est créée par suite des tentatives de sauvetage de celui-ci, le défendeur est responsable envers un deuxième sauveteur des dommages en découlant parce que l'intervention de ce dernier était raisonnablement prévisible.

Aucune des bases de responsabilité invoquées par les appelants n'est à proprement parler visée par le principe sur lequel les causes «de sauvetage» étaient fondées à l'origine. Ce principe consistait à reconnaître l'existence d'un devoir du défendeur négligent envers le sauveteur venant à l'aide d'une personne mise en danger par la négligence du défendeur. L'évolution du droit en la matière, ayant pour origine l'approbation morale donnée à l'aide aux personnes en danger, a entraîné une rupture avec la philosophie qui consiste à «se mêler de ses propres affaires». Une protection légale est maintenant accordée à celui qui risque de se blesser en se portant au secours d'une autre personne qui a été exposée à un danger de façon prévisible par le comportement déraisonnable d'un tiers. Ce dernier est maintenant sujet à la responsabilité aussi bien lorsque c'est le sauveteur qui poursuit que lorsque c'est la personne mise en danger, mais, en ce qui concerne le sauveteur, il faut que son intervention n'ait pas été téméraire à un point tel qu'il n'est plus question de risque justifié ni même, par conséquent, de négligence commune.

De plus, même si elle se fonde sur la notion de devoir, on considère maintenant que la responsabilité envers le sauveteur découle d'un devoir indépendant, et qui n'est pas dérivé d'un autre, incombant à la personne négligente. Comme il est dit dans *Fleming on Torts*, 3^e éd., 1965,

the defendant's negligence, is based "not in its tendency to imperil the person rescued, but in its tendency to induce the rescuer to encounter the danger. Thus viewed, the duty to the rescuer is clearly independent...". This explanation of principle was put forward as early as 1924 by Professor Bohlen (see his *Studies in the Law of Torts*, at p. 569) in recognition of the difficulty of straining the notion of foreseeability to embrace a rescuer of a person imperilled by another's negligence. Under this explanation of the basis of liability, it is immaterial that the imperilled person does not in fact suffer any injury or that, as it turns out, the negligent person was under no liability to him either because the injury was not caused by the negligence or the damage was outside the foreseeable risk of harm to him: cf. *Videan v. British Transport Commission*⁶. It is a further consequence of the recognition of an independent duty that a person who imperils himself by his carelessness may be as fully liable to a rescuer as a third person would be who imperils another. In my opinion, therefore, *Dupuis v. New Regina Trading Co. Ltd.*⁷, ought no longer to be taken as a statement of the common law in Canada in so far as it denies recovery because the rescuer was injured in going to the aid of a person who imperilled himself. The doctrinal issues are sufficiently canvassed by the late Dean Wright in (1943), 21 *Can. Bar Rev.* 758; and see also *Ward v. T. E. Hopkins & Son, Ltd.*; *Baker v. T. E. Hopkins & Son, Ltd.*⁸.

I realize that this statement of the law invites the conclusion that Horsley's estate might succeed against that of Matthews if it was proved that Matthews acted without proper care for his own safety so that Horsley was prompted to come to his rescue. This issue does not, however, have to be canvassed in these proceedings

p. 166, la cause d'action du sauveteur, quand elle découle de la négligence du défendeur, se fonde: [TRADUCTION] «non pas sur le fait qu'elle tend à mettre en danger la personne qui doit être sauvée, mais sur le fait qu'elle amène le sauveteur à s'exposer lui-même au danger. Sous cet angle, le devoir envers le sauveteur est clairement indépendant...». L'explication de ce principe a été avancée dès 1924 par le professeur Bohlen (voir ses *Studies in the Law of Torts*, p. 569), qui a reconnu qu'il est difficile d'étendre la notion de la prévisibilité de façon à viser le sauveteur d'une personne mise en danger par la négligence d'un tiers. Selon cette explication de la base de responsabilité, il est sans importance que la personne mise en danger n'ait subi en réalité aucun dommage, ou qu'il se soit avéré que la personne négligente n'est aucunement responsable envers elle pour le motif que le préjudice n'a pas été causé par la négligence ou était au-delà du risque prévisible: cf. *Videan v. British Transport Commission*⁶. La reconnaissance de l'existence d'un devoir indépendant entraîne une autre conséquence: la personne qui s'expose elle-même à un danger par imprudence peut être tout aussi responsable envers un sauveteur que le serait un tiers mettant en danger une autre personne. A mon avis, par conséquent, l'arrêt *Dupuis v. New Regina Trading Co. Ltd.*⁷ ne devrait plus être considéré comme énonçant la common law s'appliquant au Canada, dans la mesure où il empêche l'indemnisation parce que le sauveteur a été blessé en prêtant son assistance à une personne qui s'est elle-même exposée à un danger. Les points de doctrine sont suffisamment étudiés par le doyen Wright, décédé, dans (1943), 21 *Rev. du Bar. Can.* 758; voir également *Ward v. T. E. Hopkins & Son, Ltd.*; *Baker v. T. E. Hopkins & Son Ltd.*⁸.

Je sais que cet exposé du droit porte à conclure que la succession Horsley pourrait faire valoir ses droits à l'encontre de celle de Matthews s'il était prouvé que ce dernier avait agi sans prendre les précautions requises pour sa propre sécurité, amenant ainsi Horsley à lui prêter son assistance. Toutefois, il n'est pas nécessaire d'exa-

⁶ [1963] 2 Q.B. 650.

⁷ [1943] 2 W.W.R., 593, [1943] 4 D.L.R. 275.

⁸ [1959] 3 All E.R. 225.

⁶ [1963] 2 Q.B. 650.

⁷ [1943] 2 W.W.R. 593, [1943] 4 D.L.R. 275.

⁸ [1959] 3 All E.R. 225.

since the estate of Matthews was not joined as a co-defendant.

The thinking behind the rescue cases, in so far as they have translated a moral impulse into a legally protectible interest, suggests that liability to a rescuer should not depend on whether there was original negligence which created the peril and which, therefore, prompted the rescue effort. It would appear that the principle should be equally applicable if, at any stage of the perilous situation, there was negligence on the defendant's part which induced the rescuer to attempt the rescue or which operated against him after he had made the attempt. If this be so, it indicates the possibility of an action by a second rescuer against a first. On one view of the present case, this is what we have here. It is not, however, a view upon which, under the facts herein, the present case falls to be decided.

The reason is obvious. MacLaren was not a random rescuer. As owner and operator of a boat on which he was carrying invited guests, he was under a legal duty to take reasonable care for their safety. This was a duty which did not depend on the existence of a contract of carriage, nor on whether he was a common carrier or a private carrier of passengers. Having brought his guests into a relationship with him as passengers on his boat, albeit as social or gratuitous passengers, he was obliged to exercise reasonable care for their safety. That obligation extends, in my opinion, to rescue from perils of the sea where this is consistent with his duty to see to the safety of his other passengers and with concern for his own safety. The duty exists whether the passenger falls overboard accidentally or by reason of his own carelessness.

I would hold that *Vanvalkenburg v. Northern Navigation Co.*⁹ should no longer be considered as good law in so far as it declared that operators

⁹ (1913), 30 O.L.R. 142, 19 D.L.R. 649.

miner ce point en l'espèce puisque la succession Matthews n'a pas été jointe en qualité de codéfenderesse.

Dans la mesure où elles ont transformé une impulsion morale en un droit protégé par la loi, les causes de sauvetage font penser, de par le raisonnement qui s'y retrouve, que la responsabilité envers le sauveteur ne devrait pas dépendre de la question de savoir s'il y a initialement eu une négligence qui a créé le danger et, partant, incité à la tentative de sauvetage. Il semble que ce principe devrait également s'appliquer si, à un moment donné dans une situation périlleuse, le défendeur commet une négligence qui induit le sauveteur à tenter d'effectuer le sauvetage ou qui tourne à son désavantage après qu'il a effectué la tentative. S'il en est ainsi, il y a là une indication qu'un deuxième sauveteur serait donc recevable à intenter une action contre le premier. Selon un certain point de vue, c'est le cas qui se présente en l'espèce. Toutefois, suivant les faits du présent litige, ce n'est pas là le point de vue qui doit servir de fondement à la décision à rendre.

La raison est évidente. Il découle de ces considérations que MacLaren ne peut être vu comme étant simplement un sauveteur fortuit. En sa qualité de propriétaire et d'exploitant ou utilisateur d'un yacht sur lequel il transportait des invités, il avait le devoir légal de voir avec une diligence raisonnable à leur sécurité. C'est là un devoir qui ne dépend pas de l'existence d'un contrat de transport, ni de la question de savoir s'il était transporteur public ou transporteur privé. Puisqu'il avait établi des liens entre lui-même et ses invités par leur présence sur son yacht en tant que passagers, fussent-ils des passagers en plaisance ou bénévoles, il était tenu de voir avec une diligence raisonnable à leur sécurité. A mon avis, cette obligation va jusqu'à devoir les sauver des périls de la mer pour autant qu'il puisse le faire, eu égard à son obligation de voir à la sécurité des autres passagers et eu égard à sa propre sécurité. Ce devoir existe, que le passager tombe par-dessus bord accidentellement ou par suite de sa propre négligence.

Je crois que l'arrêt *Vanvalkenburg v. Northern Navigation Co.*⁹ ne devrait plus être considéré comme faisant état du droit, pour autant qu'il y

⁹ (1913), 30 O.L.R. 142, 19 D.L.R. 649.

of a ship were not under any legal duty to a seaman in their employ to go to his rescue when he fell overboard through his own carelessness. The Ontario Appellate Division in that case saw the facts through the classification of nonfeasance and misfeasance, and was not prepared to read the contract of hiring as imposing an affirmative obligation to protect the drowning seaman from the consequences of his own carelessness. Since the ship operators did not create any unreasonable risk of harm, the Appellate Division could not find any ground for holding them liable.

I do not accept this reasoning, based as it was on the state of the law of torts that did not yet know even *M'Alister (or Donoghue) v. Stevenson*¹⁰. Affirmative duties of care arise out of the relationship of employer and employee and out of the relationship of carrier and passenger, to take two examples. Where these relationships occur on board a ship at sea, the employee or passenger, who falls overboard from whatever cause, should be entitled to look for succour to the operators of the ship because of necessary dependency on them for return to shore. Such a duty of rescue was recognized in *Harris v. Pennsylvania Railroad Co.*¹¹ and in *Hutchinson v. Dickie*¹², a case to which I will return because it is so strikingly similar on its facts to the present case.

I do not rest the duty to which I would hold MacLaren in this case on s. 526(1) of the *Canada Shipping Act*, even assuming that its terms are broad enough to embrace the facts herein. That provision, a penal one, is as follows:

The master or person in charge of a vessel shall, so far as he can do so without serious danger to his own vessel, her crew and passengers, if any, render assistance to every person, even if that person be a subject of a foreign state at war with Her Majesty, who is found at sea and in danger of being

¹⁰ [1932] A.C. 562.

¹¹ (1931), 50 F. 2d 866.

¹² (1947), 162 F. 2d 103; cert. denied, 332 U.S. 830.

a été déclaré que l'exploitant d'un navire n'a aucun devoir légal de prêter assistance au marin à son emploi, lorsque ce dernier tombé par-dessus bord par suite de sa propre négligence. Dans cette cause-là, la Chambre d'appel de l'Ontario a considéré les faits de l'espèce comme ressortissant aux catégories de la faute par omission (nonfeasance) et de la négligence dans l'accomplissement d'un acte licite (misfeasance); elle n'était pas disposée à voir dans le contrat de louage une obligation affirmative de protéger le marin qui se noie des conséquences de sa propre négligence. Étant donné que les exploitants du navire n'avaient créé aucun risque injustifié, la Chambre d'appel n'a pu trouver aucun motif pour les déclarer responsables.

Je n'accepte pas ce raisonnement, qui est fondé sur l'état du droit en matière de responsabilité civile tel qu'il existait même avant l'arrêt *M'Alister (or Donoghue) v. Stevenson*¹⁰. L'obligation affirmative de diligence naît par exemple des relations employeur-employé ou encore, des relations transporteur-passager. Lorsque ces relations apparaissent en mer, à bord d'un navire, l'employé ou le passager qui tombe par-dessus bord pour quelque raison que ce soit devrait avoir le droit de s'attendre à être secouru par les exploitants du navire parce que, pour atteindre le rivage, il dépend nécessairement d'eux. Ce devoir d'assistance a été reconnu dans *Harris v. Pennsylvania Railroad Co.*¹¹ et dans *Hutchinson v. Dickie*¹², cause sur laquelle je reviendrai parce que les faits en jeu alors ressemblent de façon frappante à ceux de la présente espèce.

En l'espèce, pour mettre une telle obligation à la charge de MacLaren, je ne me fonde pas sur l'art. 526(1) de la *Loi sur la marine marchande du Canada*, même en présumant que cet article est de portée assez large pour viser les faits en jeu ici. Voici le texte de cette disposition, qui est de nature pénale:

Le capitaine ou la personne ayant la direction d'un bâtiment doit, autant qu'il lui est possible de le faire sans grave danger pour le bâtiment, son équipage et ses passagers, s'il en est, prêter assistance à toute personne, même si elle est sujet d'un État étranger en guerre avec Sa Majesté, qui est trouvée

¹⁰ [1932] A.C. 562.

¹¹ (1931), 50 F. 2d 866.

¹² (1947), 162 F. 2d 103; cert. refusé, 332 U.S. 830.

lost, and if he fails to do so he is liable to a fine not exceeding one thousand dollars.

I do not find it necessary in this case to consider whether s. 526(1), taken alone, entails civil consequences for failure to perform a statutory duty; or, even, whether it fixes a standard of conduct upon which the common law may operate to found liability. There is an independent basis for a common law duty of care in the relationship of carrier to passenger, but the legislative declaration of policy in s. 526(1) is a fortifying element in the recognition of that duty, being in harmony with it in a comparable situation.

It follows from this assessment that MacLaren cannot be regarded as simply a good samaritan. Rather it is Horsley who was in that role, exposing himself to danger upon the alleged failure of MacLaren properly to carry out his duty to effect Matthews' rescue. The present case is, therefore, not one to which the principles propounded in *East Suffolk Rivers Catchment Board v. Kent*¹³ are applicable. In the Court of Appeal, both Schroeder J.A. and Jessup J.A. referred to this case with approval. The former relied on it to support his rejection of the trial judge's holding that MacLaren was liable when, having undertaken to rescue Matthews, he failed to use reasonable care in the rescue operation. In the opinion of Schroeder J.A., as noted earlier in these reasons, there was no basis for holding that MacLaren's rescue efforts, even if improperly carried out, worsened Matthews' condition and thus induced Horsley to come to his rescue. Jessup J.A. would have applied this test of liability if the case, for him, had turned on the voluntary undertaking by MacLaren of rescue operations. Since, on the view taken by Jessup J.A., MacLaren had an antecedent or original duty to render assistance, the *East Suffolk Rivers Catchment Board* case did not apply.

en mer et en danger de se perdre en cas d'omission, il ou elle est passible d'une amende de mille dollars au maximum.

En l'espèce, je ne crois pas qu'il faille examiner si l'art. 526(1), considéré isolément, entraîne des conséquences, du point de vue civil, en cas d'omission de remplir le devoir créé par la loi, ou même si cet article établit une norme, quant à la conduite à suivre, en vertu de laquelle la common law pourrait jouer de façon à retenir la responsabilité. Il existe un fondement distinct à l'obligation de diligence imposée par la common law dans les relations transporteur-passager, mais la déclaration de principes que fait le législateur à l'art. 526(1) constitue un élément à l'appui de la reconnaissance de cette obligation car elle est en harmonie avec la common law dans une situation comparable.

Par conséquent, MacLaren ne peut pas être considéré simplement comme un bon samaritan. C'est plutôt Horsley qui l'était puisqu'il s'est exposé au danger après que MacLaren, comme on l'a allégué, eut omis de s'acquitter convenablement de son devoir d'assistance envers Matthews. Par conséquent, en l'espèce, les principes énoncés dans *East Suffolk Rivers Catchment Board v. Kent*¹³ ne s'appliquent pas. En Cour d'appel, les Juges Schroeder et Jessup se sont tous deux reportés à cet arrêt en l'approuvant. Le premier s'est fondé sur cet arrêt pour infirmer la décision du juge de première instance que MacLaren est devenu responsable lorsque, après avoir entrepris de sauver Matthews, il a omis d'effectuer l'opération de sauvetage avec une diligence raisonnable. Selon le Juge d'appel Schroeder, comme je l'ai fait remarquer plus haut dans les présents motifs, il n'y a aucune raison de décider que, même si elle a été mal effectuée, la tentative de sauvetage de MacLaren a aggravé la situation dans laquelle se trouvait Matthews et amené ainsi Horsley à lui porter secours. Le Juge d'appel Jessup aurait adopté ce critère de responsabilité s'il avait été d'avis qu'aux fins du litige il s'agissait de savoir si MacLaren avait volontairement entrepris l'opération de sauvetage. Selon le Juge d'appel Jessup, puisque MacLaren avait préalablement ou à l'origine l'obligation de prêter assistance, l'arrêt *East Suffolk Rivers Catchment Board* ne s'applique pas.

¹³ [1941] A.C. 74.

¹³ [1941] A.C. 74.

Whether a case involving the exercise of statutory powers (but not duties) by a public authority should govern the issue of liability or non-liability to an injured rescuer is a question that need not be answered here. It has been widely noted that there is some incongruity in imposing liability upon a good samaritan when he who passes by does not attract it. Legislation has been called in aid in some jurisdictions: see Note, (1964), 64 *Col. L. Rev.* 1301. However, the problem raised by the rescue cases with respect to the *East Suffolk Rivers Catchment Board* principles is the more ramified if the issue thereunder is one of liability to a rescuer as well as to a rescuee, and if it turns on an independent rather than on a derivative duty to the rescuer by the volunteer defendant. There is, hence, all the more reason to leave the problem to be considered on facts which raise it squarely.

On the view that I take of the issues in this case and, having regard to the facts, the appellants cannot succeed on the first of their alternative submissions on liability if they cannot succeed on the second ground of an existing common law duty of care. Their third contention was not clearly anchored in any original or supervening duty of care and breach of that duty; and, if that be so, I do not see how their counsel's submission on the foreseeability of a second rescuer, even if accepted, can saddle a non-negligent first rescuer with liability either to the rescuee or to a second rescuer. Encouragement by the common law of the rescue of persons in danger would, in my opinion, go beyond reasonable bounds if it involved liability of one rescuer to a succeeding one where the former has not been guilty of any fault which could be said to have induced a second rescue attempt.

If the appellants' third contention was based on any element of fault, it could only be fault in carrying out the attempt at rescue; and, moreover, it would have to be founded on a wide

La question de savoir si un arrêt mettant en jeu l'exercice par un organisme public de pouvoirs (mais non pas de devoirs) créés par la loi devrait régir la question de la responsabilité ou de la non-responsabilité envers un sauveteur blessé n'a pas à être déterminée ici. On a fait remarquer à maintes reprises qu'il est quelque peu étrange d'imposer une responsabilité au bon samaritain alors que celui qui ne s'arrête pas en est exempt. En certains endroits, on a eu recours à la législation: voir Note, (1964), 64 *Col. L. Rev.* 1301. Toutefois, le problème soulevé par les affaires de sauvetage à l'égard des principes énoncés dans l'arrêt *East Suffolk Rivers Catchment Board* peut se ramifier encore plus s'il s'agit là d'une question de responsabilité aussi bien envers le sauveteur qu'envers le secouru, et qui repose sur un devoir indépendant, et non dérivé, envers le sauveteur, incombant au défendeur qui s'est porté volontaire. Ainsi, il vaut d'autant mieux attendre, pour résoudre ce problème, que le cas se présente carrément.

Étant donné mon opinion sur les questions en litige, et compte tenu des faits, la première des prétentions distinctes des appelants au sujet de la responsabilité doit être rejetée si le second moyen, soit celui qui met en jeu l'existence d'une obligation de diligence en vertu de la common law, est rejeté. Leur troisième prétention n'est pas nettement fondée sur l'existence d'une obligation initiale ou subséquente de diligence et d'un manquement à cette obligation; s'il en est ainsi, je ne vois pas comment la prétention de leur avocat au sujet de la possibilité de prévoir qu'il y aurait un second sauveteur, même si on l'accepte, peut rendre le premier sauveteur, qui n'a commis aucune négligence, responsable soit envers la personne secourue soit envers le second sauveteur. A mon avis, l'encouragement de la common law au sauvetage de personnes en danger dépasserait les bornes s'il rendait un sauveteur responsable envers un second sauveteur alors que le premier n'a commis aucune faute de laquelle on puisse dire qu'elle a été une incitation à une seconde tentative de sauvetage.

Si la troisième prétention des appelants était fondée sur quelque élément de faute, il ne pourrait s'agir que d'une faute dans la façon d'effectuer la tentative de sauvetage. De plus, elle de-

view of Lord Denning's statement in the *Videan* case, *supra*, at p. 669 where he said that "if a person by his fault creates a situation of peril, he must answer for it to any person who attempts to rescue the person who is in danger". There is no factual basis upon which to consider the extension of Lord Denning's proposition which underlies the appellants' third submission in the alternative view of it that I have taken. In so far as it rests on an allegation that fault arose only in the bungling of the rescue attempt (there being no anterior duty), no such finding is warranted. Beyond this, it invites a return to the principles of the *East Suffolk Rivers Catchment Board* case, and I do not wish to repeat what I have already said with respect to them.

The present case is thus reduced to the question of liability on the basis of (1) an alleged breach of a duty of care originating in the relationship of carrier and passenger; (2) whether the breach, if there was one, could be said to have prompted Horsley to go to Matthews' rescue; and (3) whether Horsley's conduct, if not so rash in the circumstances as to be unforeseeable, none the less exhibited want of care so as to make him guilty of contributory negligence.

Whether MacLaren was in breach of his duty of care to Matthews was a question of fact on which the trial judge's affirmative finding is entitled to considerable weight. That finding was, of course, essential to the further question of a consequential duty to Horsley. Lacourcière J. came to his conclusion of fact on the evidence, after putting to himself the following question: "What would the reasonable boat operator do in the circumstances, attributing to such person the reasonable skill and experience required of the master of a cabin cruiser who is responsible for the safety and rescue of his passengers?" (see [1969] 2 O.R. 137 at p. 144). It was the trial judge's finding that MacLaren, as he himself admitted, had adopted the wrong procedure for rescuing a pas-

vrait se fonder sur une interprétation large de la déclaration de Lord Denning dans l'arrêt *Videan*, précité, p. 669: [TRADUCTION] «Si, par sa faute, une personne crée une situation périlleuse, elle doit en répondre à quiconque tente de sauver la personne en danger». Il n'existe rien dans les faits qui pourrait servir de base à l'extension donnée à la portée de la proposition de Lord Denning, et qui est sous-jacente à la troisième prétention des appelants, considérée d'après les points de vue successifs que j'ai adoptés. Dans la mesure où elle repose sur l'allégation que la faute découle seulement du fait d'avoir compromis le succès de la tentative de sauvetage (en l'absence d'un devoir préalable), pareille conclusion n'est aucunement justifiée. Dépassé cela, elle nous pousse à revenir aux principes énoncés dans l'arrêt *East Suffolk Rivers Catchment Board*, et je ne veux pas reprendre ce que j'ai déjà dit à leur sujet.

En l'espèce, il ne reste donc qu'à considérer la responsabilité du point de vue de (1) l'allégation d'un manquement à une obligation de diligence née du lien de droit établi entre le transporteur et le passager, (2), de la question de savoir si l'on peut considérer que tel manquement, s'il en est, a amené Horsley à porter secours à Matthews, et (3), de la question de savoir si la conduite de Horsley, si elle n'était pas, dans les circonstances, téméraire à un point tel qu'elle était imprévisible, témoigne néanmoins d'un manque de diligence le rendant coupable de faute commune.

La question de savoir si MacLaren a manqué à son obligation de diligence envers Matthews est une question de fait, et à cet égard, on peut accorder beaucoup de poids à la conclusion affirmative du juge de première instance. Évidemment, cette conclusion est essentielle pour déterminer la question qui se pose ensuite, soit celle de l'obligation conséquente envers Horsley. Le Juge Lacourcière en est arrivé à cette conclusion de fait en se fondant sur la preuve, après s'être posé la question suivante: [TRADUCTION] «Dans ces circonstances, que ferait un exploitant avisé, pour autant qu'il ait la compétence et l'expérience raisonnablement requises d'un capitaine de yacht de croisière responsable de la sécurité et du sauvetage de ses passagers?» (voir [1969]

senger who had fallen overboard. He knew the proper procedure, and had practised it. Coming bow on to effect a rescue was the standard procedure and was taught as such.

MacLaren's answer to the allegation of a breach of duty was that he had been guilty merely of an error of judgment. This was the view taken by the majority in the Ontario Court of Appeal who were moved by the element of emergency. What makes this view vulnerable is that this was not a case where MacLaren had failed to execute the required manoeuvre properly, but rather one where he had not followed the method of rescue which, on the uncontradicted evidence, was the proper one to employ in an emergency. There was no external reason for his failure to do so. Jones demonstrated that in the rescue of his wife. Further, after MacLaren's first abortive attempt at rescue, over a period of time which the evidence indicated would have been sufficient to effect a bow on rescue, he made a second attempt with the wrong procedure. It was only then, with the lapse of three or four minutes after Matthews had fallen overboard, that Horsley went to his rescue. I note also that after MacLaren resumed control of his boat from Jones he went bow on to rescue Horsley.

I do not see how it can be said that the trial judge's finding against MacLaren on the issue of breach of duty is untenable. In relation to Horsley's intervention, the finding stands unembarrassed by any question of causation in relation to Matthews. This, at least, distinguishes the present case from *Hutchinson v. Dickie, supra*.

There, as here, an invited guest on a cabin cruiser fell overboard and drowned during a lake cruise. The owner and operator of the boat was blameless in respect of the fall overboard, but the trial judge founded liability for wrongful death on breach of duty to act reasonably to effect a

2 O.R. 137, p. 144). Le juge de première instance a conclu que McLaren, comme ce dernier l'a lui-même admis, a suivi la mauvaise méthode pour sauver un passager tombé par-dessus bord. Il connaissait la méthode à suivre, et s'y était déjà entraîné. La méthode de sauvetage habituelle consiste à avancer droit devant sur la personne; c'est ce qui est enseigné.

A l'allégation qu'il avait manqué à son obligation, MacLaren a répondu qu'il était simplement coupable d'une erreur de jugement. C'est ce qu'a décidé la majorité de la Cour d'appel de l'Ontario, qui avait tenu compte de l'urgence de la situation. Le reproche qu'on peut faire à propos de cette décision, c'est qu'il ne s'agit pas d'un cas où MacLaren n'a pas bien exécuté la manoeuvre requise, mais plutôt d'un cas où il n'a pas suivi la méthode de sauvetage qu'il convient d'employer, comme l'a établi la preuve demeurée incontestée, en cas d'urgence. Il n'existe aucune raison apparente pour laquelle il ne l'a pas fait. Jones l'a démontré en sauvant son épouse. De plus, après l'échec de sa première tentative de sauvetage, dans un intervalle qui, selon la preuve, aurait été suffisant pour virer de façon à effectuer le sauvetage en avançant droit devant, MacLaren a fait une seconde tentative en suivant la mauvaise méthode. Ce n'est qu'alors, trois ou quatre minutes s'étant écoulées depuis la chute de Matthews par-dessus bord, que Horsley s'est porté au secours de celui-ci. Je remarque également qu'après avoir repris de Jones le contrôle de son yacht, MacLaren s'est approché droit devant sur Horsley pour sauver ce dernier.

Je ne puis voir comment on peut dire que la conclusion qu'a tirée le juge de première instance contre MacLaren sur la question du manquement à l'obligation est insoutenable. En ce qui concerne l'intervention de Horsley, cette conclusion n'est gênée par aucune question de causalité, relativement à Matthews. C'est au moins là ce qui distingue la présente espèce de l'arrêt *Hutchinson v. Dickie, précité*.

Dans cette cause-là, comme dans la présente, une personne qui avait été invitée sur un yacht de croisière est tombée par-dessus bord et s'est noyée au cours d'une excursion sur un lac. Le propriétaire, qui conduisait le yacht, n'était aucunement à blâmer pour la chute par-dessus bord,

rescue. There, as here, the owner-operator, on hearing the cry "man overboard", reversed and backed astern towards the drowning man. He was then about 75 feet away from the boat. Two life-rings were thrown to Dickie, the drowning man, one falling within 20 feet and the other within 6 feet of him, but he paid no attention to them. A boat hook was then made ready for use, but Dickie disappeared when the boat was 20 to 25 feet away. The trial judge found negligence, *inter alia*, in the failure to turn the boat and come bow on. On appeal the action was dismissed on several grounds. The appellate Court held that there was "an entire lack of evidence that anything appellant did or left undone caused his efforts at rescue to fail". This was enough to dispose of the case, as it was enough to dispose of the Matthews' action. On a question more germane to the present case, the Court agreed that there was a duty of rescue owed to Dickie, but held that a breach was not established by the backing-up procedure that was employed; and, if there was an error, it was one of judgment only in dealing with an emergency. The Court noted that there was a conflict of evidence on the issue of coming bow on or backing up, and this too distinguishes *Hutchinson v. Dickie* (which, moreover, was not an action by a rescuer's estate) from the present case which was decided more than twenty years later.

I turn to the question whether the breach of duty to Matthews could properly be regarded in this case as prompting Horsley to attempt a rescue. Like the trial judge, I am content to adopt and apply analogically on this point the reasoning of Cardozo J., as he then was, in *Wagner v. Inter-*

mais le juge de première instance a conclu qu'il était responsable d'avoir illicitement causé la mort parce qu'il avait manqué à son obligation d'effectuer le sauvetage avec diligence raisonnable. Dans cette cause-là comme dans celle-ci, le propriétaire-utilisateur, en entendant: «Un homme à la mer», a fait marche arrière et a reculé vers l'homme qui se noyait. Ce dernier se trouvait alors à quelque 75 pieds du yacht. Deux bouées de sauvetage ont été lancées à Dickie, l'homme qui était en train de se noyer; l'une est tombée à moins de 20 pieds de lui et l'autre à moins de 6 pieds, mais il ne s'en est pas préoccupé. On s'est alors emparé d'une gaffe, mais Dickie est disparu au moment où le yacht ne se trouvait plus qu'à 20 à 25 pieds de lui. Le juge de première instance a conclu qu'il y avait négligence parce que, entre autres motifs, on n'avait pas fait virer le yacht pour s'approcher droit devant sur lui. En appel, la demande a été rejetée pour plusieurs motifs. La Cour d'appel a décidé qu'il y avait: [TRADUCTION] «Une absence totale de preuve que l'échec des tentatives de sauvetage de l'appelant était dû à quelque acte ou omission de sa part.» Cela était suffisant pour décider du litige, tout comme cela a suffi pour rejeter l'action de Matthews. Quant à la question qui s'apparente davantage à la présente cause, la Cour a convenu qu'il existait une obligation d'assistance envers Dickie, mais elle a décidé que le fait que la méthode qui consiste à reculer avait été employée ne permettait pas de dire qu'il y avait eu manquement à cette obligation. S'il y avait eu erreur, ce n'était qu'une erreur de jugement dans la façon dont on avait fait face à la situation d'urgence. La Cour a fait remarquer qu'il existait des preuves contradictoires quant à la question de savoir s'il faut s'approcher par l'avant ou bien reculer, ce qui donne lieu à des distinctions entre l'arrêt *Hutchinson v. Dickie* (dans lequel de plus, il ne s'agit pas d'une action intentée par la succession du sauveteur) et la présente cause, qui a été entendue plus de vingt ans plus tard.

J'aborde maintenant la question de savoir si, en l'espèce, il est à juste titre possible de considérer que le manquement à l'obligation envers Matthews a amené Horsley à tenter d'effectuer le sauvetage. Comme le juge de première instance, sur ce point, je suis disposé à adopter et

*national Railway Co.*¹⁴, and of Lord Denning M.R. in *Videan v. British Transport Commission*, *supra*. To use Judge Cardozo's phrase, Horsley's conduct in the circumstances was "within the range of the natural and probable". The fact, moreover, that Horsley's sacrifice was futile is no more a disabling ground here than it was in the *Wagner* case, where the passenger thrown off the train was dead when the plaintiff went to help him, unless it be the case that the rescuer acted wantonly.

In the Ontario Court of Appeal, Schroeder J.A., as previously noted, took the view that Horsley was not justified in going to the rescue of Matthews unless MacLaren worsened Matthews' situation through want of reasonable care. I need say no more on this view than that it proceeds on the basis of the *East Suffolk Rivers Catchment Board* principles which are not applicable to the facts of the present case.

Of more concern here is the position taken by Jessup J.A. which, to put it again and briefly, was that whoever MacLaren should have foreseen as a rescuer, it could not be Horsley. I cannot agree with this ground of exoneration of MacLaren when it is founded merely on his having told Horsley to confine himself to the cabin and cockpit. MacLaren's evidence on this matter was that he had not previously met Horsley, he did not know his experience with boating and with water, and hence he did not want him on deck. In my opinion, this evidence is no more telling against Horsley as a rescuer than it would be against Horsley as a rescuee if he had come on deck and had then fallen overboard. Moreover, the considerations which underlie a duty to a rescuer do not justify ruling out a particular rescuer if it be not wanton of him to intervene. The implication of Jessup J.A.'s position is that Horsley required MacLaren's consent to go to Matthews' rescue. This is not, in my view, a sufficient answer in the circumstances which existed by reason of MacLaren's breach of duty.

à appliquer par analogie le raisonnement du Juge Cardozo, alors juge puîné, dans l'arrêt *Wagner v. International Railway Co.*¹⁴, et celui de Lord Denning M.R., dans l'arrêt *Videan v. British Transport Commission*, précité. Me servant des termes du Juge Cardozo, la conduite de Horsley était en l'occurrence: [TRADUCTION] «naturelle et probable». De plus, le fait que le sacrifice de Horsley s'est avéré futile n'est, dans ce cas-ci, pas plus un motif valable de rejet qu'il ne l'a été dans l'affaire *Wagner*, dans laquelle le passager projeté hors du train était mort au moment où le demandeur s'est porté à son secours, à moins qu'il s'agisse d'un cas où le sauveteur a agi de façon téméraire.

Comme je l'ai fait remarquer, en Cour d'appel de l'Ontario le Juge Schroeder était d'avis que Horsley n'aurait eu raison d'aller au secours de Matthews que si MacLaren avait aggravé la situation dans laquelle se trouvait celui-ci en n'agissant pas avec une diligence raisonnable. Je n'ai rien d'autre à ajouter, si ce n'est que cet avis est fondé sur les principes énoncés dans l'arrêt *East Suffolk Rivers Catchment Board*, lesquels ne s'appliquent pas aux faits de la présente cause.

La position prise par le Juge d'appel Jessup, soit, pour l'exposer de nouveau brièvement, que si MacLaren avait pu prévoir que quelqu'un se risquerait comme sauveteur, il n'aurait sûrement pas pensé à Horsley, a plus d'importance ici. Je ne puis accepter ce motif d'exonérer MacLaren, lorsqu'il a pour unique fondement le fait que MacLaren avait dit à Horsley de rester dans la cabine ou dans le cockpit. A ce sujet, MacLaren a témoigné qu'il n'avait jamais rencontré Horsley auparavant, qu'il ne savait pas l'expérience que ce dernier avait de la navigation et de l'eau et qu'il ne voulait donc pas le voir sur le pont. A mon avis, ce témoignage ne nuit pas plus à Horsley en sa qualité de sauveteur qu'il ne lui nuirait s'il avait été, après être venu sur le pont et être tombé par-dessus bord, la personne secourue. De plus, les considérations qui motivent l'existence d'une obligation envers un sauveteur ne permettent pas d'exclure un sauveteur particulier, s'il n'est pas téméraire pour lui d'intervenir. La position qu'a prise le juge d'appel Jessup implique que Horsley devait avoir l'assen-

¹⁴ (1921), 133 N.E. 437.

¹⁴ (1921), 133 N.E. 437.

To quote again Judge Cardozo in the *Wagner* case, "the law does not discriminate between the rescuer oblivious of peril and the one who counts the cost. It is enough that the act whether impulsive or deliberate is the child of the occasion" (133 N.E. 437 at p. 438).

In responding as he did, and in circumstances where only hindsight made it doubtful that Matthews could be saved, Horsley was not wanton or foolhardy. Like the trial judge, I do not think that his action passed the point of brave acceptance of a serious risk and became a futile exhibition of recklessness for which there can be no recourse. There is, however, the question whether Horsley was guilty of contributory negligence. This was an alternative plea of the respondent based, *inter alia*, on Horsley's failure to put on a life-jacket or secure himself to the boat by a rope or call on the other passengers to stand by, especially in the light of the difficulties of Matthews in the cold water. The trial judge rejected the contentions of contributory negligence, holding that although "wearing a life-jacket or securing himself to a lifeline would have been more prudent . . . Horsley's impulsive act without such precautions was the result of the excitement, haste and confusion of the moment, and cannot be said to constitute contributory negligence" (see [1969] 2 O.R. at p. 149). In view of its conclusions on the main issue of MacLaren's liability, the Ontario Court of Appeal did not canvass the question of contributory negligence.

The matter is not free from difficulty. About two minutes passed after Matthews had fallen overboard and MacLaren made his first abortive attempt at rescue by proceeding astern. Two life-jackets had been successively thrown towards Matthews without any visible effort on his part

timent de MacLaren avant d'aller au secours de Matthews. A mon avis, ce n'est pas là un argument valable dans les circonstances, lesquelles ont existé du fait que MacLaren a manqué à son obligation. Je cite encore le Juge Cardozo dans l'arrêt *Wagner*: [TRADUCTION] «La loi ne fait aucune distinction entre le sauveteur oubliant le risque qu'il court et celui qui le pèse. Il suffit que l'intervention, qu'elle ait été faite sous le coup d'une impulsion ou qu'elle soit délibérée, naisse de la situation». (133 N.E. 437, p. 438).

En agissant comme il l'a fait, dans des circonstances où seuls les événements subséquents ont permis de douter qu'il fût possible de sauver Matthews, Horsley n'a pas été téméraire et irréfléchi. Comme le juge de première instance, je ne crois pas que par son geste il a fait plus qu'assumer bravement un risque grave, et fait preuve futillement d'une insouciance à l'égard de laquelle il ne peut y avoir aucun recours. Toutefois, Horsley est-il coupable de négligence commune? C'est un moyen que l'intimé a invoqué comme moyen distinct; il est fondé, entre autres, sur le fait que Horsley n'a pas mis de gilet de sauvetage, ne s'est pas attaché au bateau à l'aide d'une corde, ou encore n'a pas fait appel aux autres passagers pour que ces derniers se tiennent prêts, eu égard, particulièrement, aux difficultés auxquelles faisait face Matthews dans l'eau glacée. Le juge de première instance a rejeté la prétention qu'il y avait négligence commune, décidant que bien que: [TRADUCTION] «il aurait été plus prudent de porter un gilet de sauvetage ou de s'attacher à une ligne de sauvetage . . . l'action impulsive de Horsley, faite sans qu'il ait pris pareilles précautions, est due à l'excitation, à la hâte et à la confusion qui régnaient à ce moment-là, et on ne peut pas dire que cela constitue de la négligence commune» (voir [1969] 2 O.R., p. 149). Vu les conclusions qu'elle a tirées sur la question principale de la responsabilité de MacLaren, la Cour d'appel de l'Ontario n'a pas traité de la question de la négligence commune.

La question comporte des difficultés. Quelque deux minutes s'étaient écoulées depuis que Matthews était tombé par-dessus bord et que MacLaren avait d'abord tenté sans succès d'effectuer le sauvetage en reculant. Deux gilets de sauvetage avaient été lancés l'un après l'autre en direction

to seize them. Then came the second attempt at rescue by backing the boat, and it was in progress when Horsley dived in. Horsley had come on deck at the shout of "Roly's overboard" and was at the stern during MacLaren's first attempt at rescue, and must have been there when the life-jackets were thrown towards Matthews. However, in the concern of the occasion, and having regard to MacLaren's breach of duty, I do not think that Horsley can be charged with contributory negligence in diving to the rescue of Matthews as he did. I point out as well that the evidence does not indicate that the failure to put on a life-jacket or secure himself to a life-line played any part in Horsley's death.

The trial judge assessed damages of \$70,300 for Horsley's widow and three children. Counsel for MacLaren argued for a limitation of liability to \$66,318.42, pursuant to ss. 657, 659 and 661 of the *Canada Shipping Act*, R.S.C. 1952, c. 29, as enacted by 1960-61, c. 32, ss. 32 and 34; 1964-65, c. 39, s. 36, if it should be found that MacLaren was liable in respect of Horsley's death. The statutory limitation of liability of a shipowner applies if, *inter alia*, the loss or injury is without his actual fault or privity. That is not this case, and the trial judge rejected the claim of limitation accordingly. It was contended, however, that MacLaren was sued as master rather than as owner, and was hence entitled to limit his liability in accordance with s. 659 aforementioned, which so provides whether the specified loss or injury occurs with or without his actual fault or privity. Counsel for the appellants conceded that the statutory limitation applies in this case if MacLaren is liable, and I need not therefore pursue this question further. However, the quantum of the limited amount may be spoken to if the sum of \$66,318.42, which was challenged by the appellants, is not correct.

de Matthews et, apparemment, il n'avait pas tenté de les saisir. Puis il y a eu la seconde tentative de sauvetage, lorsqu'on a fait reculer le bateau; c'est au cours de cette tentative que Horsley a plongé. Horsley s'est rendu sur le pont au cri de «Roly est à la mer»; et il se trouvait à l'arrière du bateau au cours de la première tentative de sauvetage effectuée par MacLaren, c'est là qu'il devait être lorsque les gilets de sauvetage ont été lancés en direction de Matthews. Toutefois, vu la gravité de la situation et eu égard au fait que MacLaren a manqué à son devoir, je ne crois pas que l'on puisse accuser Horsley de négligence commune du fait qu'il a plongé comme il l'a fait pour sauver Matthews. Je signale également que la preuve n'indique pas que le fait que Horsley n'a pas mis de gilet de sauvetage ou ne s'est pas attaché à une ligne de sauvetage ait été un facteur en ce qui concerne sa mort.

Le juge de première instance a évalué les dommages à \$70,300, en ce qui concerne la veuve et les trois enfants de Horsley. L'avocat de MacLaren a soutenu que la responsabilité devait être limitée à \$66,318.42, en conformité des art. 657, 659 et 661 de la *Loi sur la marine marchande du Canada*, S.R.C. 1952, c. 29, adoptés par 1960-61, c. 32, art. 32 et 34, et par 1964-65, c. 39, art. 36, si l'on concluait que MacLaren était responsable de la mort de Horsley. La limitation de la responsabilité du propriétaire d'un navire créée par la loi s'applique, entre autres, si la mort ou les blessures surviennent sans qu'il y ait faute ou complicité réelle de sa part. Ce n'est pas le cas ici; par conséquent, le juge de première instance a rejeté la requête en limitation. Toutefois, on a soutenu que MacLaren était poursuivi en qualité de capitaine plutôt qu'en qualité de propriétaire et qu'il avait donc le droit de faire limiter sa responsabilité en conformité de l'art. 659 précité, lequel prévoit pareille limitation que la mort ou les blessures soient dues ou non à une faute ou complicité réelle de sa part. L'avocat des appelants a convenu que la limitation créée par la loi s'applique si MacLaren est responsable; je n'ai donc pas à en parler davantage. Toutefois, le montant de la limitation peut être examiné si la somme de \$66,318.42, que les appelants ont contestée, n'est pas exacte.

Subject to this, I would allow the appeal, set aside the judgment of the Ontario Court of Appeal and restore the judgment of the trial judge but vary the damages to take account of the limitation of liability. On this basis, the appellants are entitled to judgment for \$66,318.42, which should be appropriated to the widow and children on the proportions fixed by the trial judge. The appellants are entitled to costs here and in the Court of Appeal as well as to costs of the trial.

Appeal dismissed with costs, HALL and LASKIN JJ. dissenting.

Solicitors for the plaintiffs, appellants: Levintor, Dryden, Bliss, Maxwell, Levitt & Hart, Toronto.

Solicitors for the defendant, respondent, Kenneth W. McLaren: Du Vernet, Carruthers, Beard & Eastman, Toronto.

Sous cette réserve, je suis d'avis d'accueillir l'appel, d'infirmer le jugement de la Cour d'appel de l'Ontario et de rétablir la décision du juge de première instance, mais en modifiant le montant des dommages de façon à tenir compte de la limitation de responsabilité. Sur cette base, les appelants ont droit à un jugement en leur faveur pour la somme de \$66,318.42, laquelle doit être attribuée à la veuve et aux enfants d'après les proportions fixées par le juge de première instance. Les appelants ont droit aux dépens en cette Cour et en Cour d'appel ainsi qu'aux dépens en première instance.

Appel rejeté avec dépens, LES JUGES HALL et LASKIN étant dissidents.

Procureurs des demandeurs, appelants: Levintor, Dryden, Bliss, Maxwell, Levitt & Hart, Toronto.

Procureurs du défendeur, intimé, Kenneth W. McLaren: Du Vernet, Carruthers, Beard & Eastman, Toronto.