

**Mildred Marie Kolodychuk, (Administratrix of the Estate of Jack Roger**

**Kolodychuk) (Plaintiff) Appellant;**  
and

**William Arthur Squire (Defendant) Respondent.**

1972: November 23; 1972: December 22.

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

**ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR BRITISH COLUMBIA**

*Negligence—Fatal accident—Negligence on part of both deceased and defendant—Percentages of fault varied by Court of Appeal—Judgment of Court of Appeal varied as to apportionment by Supreme Court.*

In an action arising out of an accident which resulted in the death of the plaintiff's husband, the trial judge found that both the deceased and the defendant had been negligent and that the negligence of the two of them caused the accident. The trial judge assessed the degrees of fault under the provisions of the *Contributory Negligence Act*, R.S.B.C. 1960, c. 74, at 40 per cent on behalf of the deceased and 60 per cent on behalf of the defendant. In the Court of Appeal by a majority judgment, the percentages of fault were varied to assess 75 per cent against the deceased and 25 per cent only against the defendant. Branca J.A., dissenting in part, would have fixed the deceased's fault at 60 per cent and the defendant at 40 per cent.

*Held* (Spence J. dissenting): The appeal should be allowed, the judgment of the Court of Appeal varied and the cross-appeal dismissed.

*Per Martland, Ritchie, Hall and Laskin JJ.:* The conclusion reached by the Court of Appeal that the trial judge erred in apportioning the major blame for the accident upon the defendant was correct. At the same time, in a case involving the apportionment of liability, due regard should be given to the view expressed by the trial judge, and, for this reason, the apportionment fixed by Branca J.A. was adopted.

*Per Spence J., dissenting:* The appeal should be allowed and the judgment at trial restored. The trial judge noted all the factors in evidence which he believed bore on the question of the negligence of the deceased and the defendant. The Court of Appeal did

**Mildred Marie Kolodychuk, (Administratrice de la Succession de Jack Roger**

**Kolodychuk (Demanderesse) Appelante;**  
et

**William Arthur Squire (Défendeur) Intimé.**

1972: 23 novembre; 1972: 22 décembre

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

**EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE LA COLOMBIE-BRITANNIQUE**

*Négligence—Accident mortel—Négligence de la part du défunt et du défendeur—Pourcentages de la faute modifiés par la Cour d'appel—Jugement de la Cour d'appel modifié quant au partage de la responsabilité par la Cour suprême.*

Dans une action instituée à la suite d'un accident qui a causé la mort du mari de la demanderesse, le juge de première instance a conclu que le défunt et le défendeur ont tous deux été négligents et que leur négligence commune a provoqué l'accident. Il a apprécié l'importante de la faute de chacun en vertu du *Contributory Negligence Act*, R.S.B.C. 1960, c. 74, en imputant 40 pour cent de la responsabilité au défunt et 60 pour cent au défendeur. La Cour d'appel, à la majorité, a modifié ces pourcentages de façon à imputer 75 pour cent de la faute au défunt et 25 pour cent seulement au défendeur. Le Juge Branca, dissident en partie, aurait fixé à 60 pour cent la faute imputable au défunt et à 40 pour cent la faute imputable au défendeur.

*Arrêt:* L'appel doit être accueilli, le jugement de la Cour d'appel modifié et l'appel incident rejeté, le Juge Spence étant dissident.

*Les Juges Martland, Ritchie, Hall et Laskin:* La conclusion de la Cour d'appel que le juge de première instance a fait une erreur en attribuant la majeure partie du blâme au défendeur, est correcte. Cela dit, dans une affaire qui comporte un partage de responsabilités, il faut tenir compte de l'opinion exprimée par le juge de première instance et, pour ce motif, la répartition qu'a fixée le juge Branca doit être adoptée.

*Le Juge Spence, dissident:* L'appel doit être accueilli et le jugement de première instance rétabli. Le juge de première instance a noté tous les facteurs ressortant de la preuve qui, d'après lui, influenzaient sur la question de négligence imputable au défunt et au

not alter any finding of fact and did not disagree with his judgment on any question of law but was simply of the opinion that he had erred in assessing too large a share of the liability against the defendant. The Court of Appeal thereby took a course exactly contrary to that recommended in many authorities. The Court of Appeal was not entitled to do so, nor was this Court entitled to either approve the course adopted by that Court or to vary it in order to reflect its own view as to the proper apportionment of the liability. *Cook v. Tully*, [1971] 5 W.W.R. 94, distinguished.

APPEAL and CROSS-APPEAL from a judgment of the Court of Appeal for British Columbia, allowing an appeal from a judgment of Dohm J. Appeal allowed and judgment of the Court of Appeal varied; cross-appeal dismissed; Spence J. dissenting.

*W. A. Craig, Q.C.*, for the plaintiff, appellant.

*A. D. McEachern*, for the defendant, respondent.

The judgment of Martland, Ritchie, Hall and Laskin JJ. was delivered by

MARTLAND J.—I would not be prepared to disturb the concurrent findings of the Courts below that both the respondent and the deceased, Kolodychuk, were negligent. I am in agreement with the conclusion reached by the Court of Appeal that the learned trial judge was in error in apportioning the major blame for the accident upon the respondent. At the same time, in a case involving the apportionment of liability, due regard should be given to the view expressed by the trial judge, and, for this reason, I would adopt the apportionment fixed by Branca J.A., *i.e.*, 40 per cent to the respondent and 60 per cent to the appellant, rather than that determined by the majority of the Court of Appeal. Accordingly, I would allow the appeal and would vary the judgment of the Court of Appeal by apportioning liability 60 per cent against the appellant and 40 per cent against the respondent, by determining the amounts recoverable by the appellant and the four infant children accordingly, and by awarding to the appellee

défendeur. La Cour d'appel n'a pas modifié de conclusion tirée sur les faits et n'a différé d'opinion sur aucune question de droit; elle a simplement conclu que le juge de première instance avait fait erreur en imputant une trop grande part de responsabilité au défendeur. En d'autres mots, la Cour d'appel est allée directement à l'encontre de nombreux précédents. La Cour d'appel n'avait pas le pouvoir d'agir ainsi et on ne peut ni approuver la décision de la Cour d'appel, ni la modifier de façon à faire prévaloir l'opinion de cette Cour quant au partage de la responsabilité. Distinction avec: *Cook c. Tully*, [1971] 5 W.W.R. 94.

APPEL et APPEL INCIDENT d'un jugement de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique, accueillant un appel d'un jugement du Juge Dohm. Appel accueilli et jugement de la Cour d'appel modifié; appel incident rejeté; le Juge Spence étant dissident.

*W. A. Craig, c.r.*, pour la demanderesse, appelante.

*A. D. McEachern*, pour le défendeur, intimé.

Le jugement des Juges Martland, Ritchie, Hall et Laskin a été rendu par

LE JUGE MARTLAND—Je ne serais pas disposé à modifier les conclusions concordantes des cours d'instance inférieure selon lesquelles l'intimé et le défunt, Kolodychuk, ont tous deux été négligents. Je suis d'accord avec la Cour d'appel lorsqu'elle conclut que le savant juge de première instance a fait une erreur en attribuant la majeure partie du blâme à l'intimé. Cela dit, dans une affaire qui comporte un partage de responsabilité, il faut dûment tenir compte de l'opinion exprimée par le juge de première instance et, pour ce motif, j'adopte la répartition qu'a fixée le Juge d'appel Branca, c.-à-d. l'attribution de 40 pour cent de la responsabilité à l'intimé et de 60 pour cent de la responsabilité à l'appelante, plutôt que celle qu'a fixée la majorité de la Cour d'appel. En conséquence, j'accueillerai l'appel et modifierai l'arrêt de la Cour d'appel en fixant la responsabilité de l'appelante à 60 pour cent et celle de l'intimé à 40 pour cent, en déterminant les montants recouvrables par l'appelante et les quatre enfants

lant the costs of the trial. The appellant should be entitled to the costs of the appeal to this Court. The cross-appeal should be dismissed without costs.

SPENCE J. (*dissenting*)—This is an appeal from the decision of the Court of Appeal for British Columbia which by its judgment delivered on February 23, 1972, allowed an appeal from the judgment of Dohm J. given on January 15, 1971.

The learned trial judge had found that both the deceased husband of the plaintiff and the defendant had been negligent and that the negligence of the two of them caused the accident which resulted in the late Jack Roger Kolodychuk's death. The learned trial judge assessed the degrees of fault under the provisions of the *Negligence Act* at 40 per cent on behalf of the deceased Kolodychuk and 60 per cent on behalf of the defendant Squire.

In the Court of Appeal by a majority judgment, the percentages of fault were varied to assess 75 per cent against the deceased Kolodychuk and 25 per cent only against the defendant Squire. Mr. Justice Branca, dissenting in part, would have fixed the deceased Kolodychuk's fault at 60 per cent and the defendant's fault at 40 per cent.

Mr. Justice Martland is delivering reasons for judgment of the majority of this Court adopting the view of Branca J.A. and allowing the appeal to that extent: 60 per cent fault upon the late Jack Kolodychuk and 40 per cent upon the respondent Squire.

Had I been assessing the degrees of fault as a trial judge, I would have been of the same view as the majority of this Court. I must, however, have in mind that I am not sitting as a trial judge nor were the members of the Court of Appeal in British Columbia. The question as to the variation of assessment of degrees of fault made by a trial judge has been discussed in many cases in the United Kingdom and in this Court. Although perhaps a majority of those cases deal with collisions between vessels, in my view, the prin-

mineurs en conséquence et en accordant à l'appelante les dépens du procès. L'appelante devrait avoir droit aux dépens de l'appel à cette Cour. L'appel incident devrait être rejeté sans dépens.

LE JUGE SPENCE (*dissident*)—Il s'agit d'un appel d'une décision de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique, dont l'arrêt du 23 février 1972 a accueilli l'appel interjeté à l'encontre du jugement du Juge Dohm rendu le 15 janvier 1971.

Le savant juge de première instance a conclu que le feu mari de la demanderesse et le défendeur ont tous deux été négligents et que leur négligence commune a provoqué l'accident qui a causé la mort de feu Jack Roger Kolodychuk. Il a apprécié l'importance de la faute de chacun en vertu du *Negligence Act* en imputant 40 pour cent de la responsabilité à Kolodychuk et 60 pour cent au défendeur Squire.

La Cour d'appel, dont l'arrêt a été rendu à la majorité, a modifié ces pourcentages de façon à imputer 75 pour cent de la faute au défunt Kolodychuk et 25 pour cent seulement au défendeur Squire. M. le Juge Branca, dissident en partie, aurait fixé à 60 pour cent la faute imputable à Kolodychuk et à 40 pour cent la faute imputable au défendeur.

M. le Juge Martland rend les motifs de la majorité de cette Cour qui adopte l'avis du Juge Branca et accueille l'appel dans la mesure suivante: 60 pour cent de la faute à feu Jack Roger Kolodychuk et 40 pour cent à l'intimé Squire.

Si j'avais eu à apprécier le partage de la faute à titre de juge de première instance, j'aurais adopté l'avis de la majorité de cette Cour. Je dois cependant tenir compte du fait que je ne siège pas, et la Cour d'appel de la Colombie-Britannique, non plus, à titre de juge de première instance. La question de la modification de l'appréciation par un juge de première instance du partage de la faute a été examinée dans bon nombre d'affaires au Royaume-Uni et en cette Cour. Même si la majorité, peut-être, de ces

ciples are equally applicable to accidents of other types.

In *The Karamea*<sup>1</sup>, the Court of Appeal considered an appeal from the judgment of Hill J. given after trial of an action in reference to a marine collision. It was stressed to the Court of Appeal that it should vary the degrees of fault found by the trial judge. Scrutton L.J. said at p. 88:

The only other point that I desire to mention is that I entirely agree with my brethren in this, that if you agree with the findings of fact and law of the learned Judge below, and the only difference is that the Court of Appeal attaches more importance to a particular fact than he did, it would require an extremely strong case to alter the proportions of blame which the learned Judge below has attributed to the ships.

The Court refused to vary the percentages and its judgment was upheld in the House of Lords in *S.S. Haugland v. S.S. Karamea*<sup>2</sup>.

In *S.S. Hontestroom v. S.S. Sagaporack*<sup>3</sup>, the problem came again before the House of Lords. At trial, the President of the Probate and Admiralty Division had found that the *Sagaporack* was solely to blame for the collision. In the Court of Appeal, the *Hontestroom* was found solely to blame. In the House of Lords, the decision of the Court of Appeal was reversed and the decision of the President was restored. Lord Sumner said at p. 47:

Of course, there is jurisdiction to retry the case on the shorthand note, including in such retrial the appreciation of the relative values of the witnesses, for the appeal is made a rehearing by rules which have the force of statute: Order LXVIII., r.1. It is not, however, a mere matter of discretion to remember and take account of this fact; it is a matter of justice and of judicial obligation. None the less, not to have seen the witnesses puts appellate judges in a permanent position of disadvantage as against the

affaires ont trait à des collisions entre navires, à mon avis, les principes adoptés sont également applicables à d'autres genres d'accidents.

Dans l'affaire *The Karamea*<sup>1</sup>, la Court of Appeal s'est prononcée sur un appel du jugement du Juge Hill rendu après le procès relatif à une action se rapportant à une collision en mer. On avait fait valoir à la Court of Appeal qu'elle devait modifier le partage de la faute fixé en première instance. Le Lord juge Scrutton dit, à la p. 88:

[TRADUCTION] La seule autre chose que je tiens à mentionner, c'est que je suis entièrement d'accord avec mes collègues sur le point suivant, savoir que si l'on souscrit aux conclusions de droit et de fait du savant juge du tribunal d'instance inférieure, et que la seule différence est que la cour d'appel accorde plus d'importance à un fait particulier que le juge d'instance inférieure ne l'a fait, il faut avoir des raisons extrêmement convaincantes pour modifier la répartition du blâme qu'a fixée le savant juge d'instance inférieure à l'égard de chacun des navires.

La Cour refusa de modifier les pourcentages et son jugement fut maintenu par la Chambre des Lords dans l'affaire *S.S. Haugland v. S.S. Karamea*<sup>2</sup>.

Dans l'affaire *S.S. Hontestroom v. S.S. Sagaporack*<sup>3</sup>, le problème s'est de nouveau présenté à la Chambre des Lords. Au procès, le Président de la Probate and Admiralty Division avait statué que le *Sagaporack* était le seul à blâmer pour la collision. La Court of Appeal statua que le *Hontestroom* était le seul à blâmer. La Chambre des Lords a infirmé la décision de la Court of Appeal et rétabli le jugement du Président. Lord Sumner déclare, p. 47:

[TRADUCTION] Bien entendu, nous avons le pouvoir de réexaminer l'affaire à partir des notes sténographiques, ce réexamen comportant aussi l'appréciation de la valeur relative des témoignages, parce que l'appel devient une nouvelle audition en vertu de règles qui ont force de loi: Ordonnance LXVIII., règle 1. Toutefois, le fait de se souvenir et de tenir compte de ce fait n'est pas simplement une question de pouvoir discrétionnaire, mais de justice et d'obligation judiciaire. Néanmoins, le fait de ne pas avoir vu les

<sup>1</sup> (1921), 90 L.J.P. 81.

<sup>2</sup> [1922] 1 A.C. 68.

<sup>3</sup> [1927] A.C. 37.

<sup>1</sup> (1921), 90 L.J.P. 81.

<sup>2</sup> [1922] 1 A.C. 68.

<sup>3</sup> [1927] A.C. 37.

trial judge, and, unless it can be shown that he has failed to use or has palpably misused his advantage, the higher Court ought not to take the responsibility of reversing conclusions so arrived at, merely on the result of their own comparisons and criticisms of the witnesses and of their own view of the probabilities of the case.

In *S.S. Kitano Maru v. S.S. Otranto*<sup>4</sup>, the House of Lords again considered a judgment of the Court of Appeal which had varied a judgment of Hill J. in an action arising out of a collision between two ships. Lord Buckmaster said at the close of his reasons:

Upon the question of altering the share of responsibility each has to take, this is primarily a matter for the judge at the trial, and *unless there is some error in law or fact in his judgment it ought not to be disturbed.*

(The italics are my own.)

Finally, in *The Umtali*<sup>5</sup>, the House of Lords again considered an appeal from the Court of Appeal which had held the *Umtali* alone to blame reversing Bucknill J. who had held both vessels equally to blame. Lord Wright, giving the main reasons for the House of Lords, said at p. 117:

I am of opinion that both vessels were seriously to blame. It was contended by the appellants that in that event this House should vary the apportionment of liability which the judge has found, because it was said the misconduct of the *Umtali* in porting was very gross and that of the *Corrientes* was slight in comparison. But I agree with the judge's apportionment. I think with him that both vessels were seriously to blame and that there is no satisfactory reason for saying that one is to blame more than the other. The assessors sitting with your Lordships also take that

témoins place les juges d'une cour d'appel dans une situation qui reste désavantageuse par rapport à celle du juge de première instance et, à moins que l'on ne démontre que ce dernier a omis de profiter de cet avantage, ou qu'il s'en est clairement servi à mauvais escient, la cour d'instance supérieure ne doit pas prendre la responsabilité d'infirmer des conclusions ainsi tirées, lorsqu'elle ne se base que sur le résultat de ses propres comparaisons et critiques des témoins et de sa propre opinion sur les probabilités de l'affaire.

Dans l'affaire *S.S. Kitano Maru v. S.S. Otranto*<sup>4</sup>, la Chambre des Lords a encore une fois eu à se prononcer sur un arrêt de la Court of Appeal qui avait modifié un jugement du Juge Hill dans une action intentée à la suite d'une collision survenue entre deux navires. Lord Buckmaster déclare à la fin de ses motifs:

[TRADUCTION] Quant à la question de modifier la part de responsabilité de chacun, c'est primordialement une question relevant du juge qui siège au procès, et à moins que son jugement renferme quelque erreur de droit ou erreur sur les faits, il ne devrait pas être modifié.

(Les italiques sont de moi.)

Finalement, dans l'affaire *The Umtali*<sup>5</sup>, la Chambre des Lords s'est de nouveau prononcée sur un appel de la Court of Appeal qui avait décidé que seul le *Umtali* était responsable, infirmant ainsi la décision du Juge Bucknill qui avait trouvé les deux navires également responsables. Lord Wright, qui a rendu les motifs principaux au nom de la Chambre des Lords, déclare, p. 117:

[TRADUCTION] Je suis d'avis que les deux navires sont tous deux sérieusement à blâmer. On a prétendu au nom des appellants que dans ce cas, cette Chambre devrait modifier le partage de responsabilité fixé par le juge, pour le motif que la faute du *Umtali*, en virant à bâbord, est inexcusable et que celle du *Corrientes* est comparativement légère. Mais je souscris au partage fixé par le juge. Je crois comme lui que les deux navires sont sérieusement à blâmer et qu'il n'existe aucune raison satisfaisante d'affirmer que l'un est plus à blâmer que l'autre. Les assesseurs qui

<sup>4</sup> [1931] A.C. 194.

<sup>5</sup> [1939] 160 T.L.R. 114.

<sup>4</sup> [1931] A.C. 194.

<sup>5</sup> [1939] 160 L.T.R. 114.

view, as did those sitting with the judge. I ought to add that it would require a very strong and exceptional case to induce an Appellate Court to vary the apportionment of the different degrees of blame which the judge has made when the Appellate Court accepts the findings of the judge. I doubt that there ever could be a case where the Appellate Court would take that course, but certainly this is not such a case.

In this Court, in *The S.S. Benmaple v. S.S. Lafayette*<sup>6</sup>, the Court considered an appeal from the judgment of Angers J. of the Exchequer Court in which he had varied the judgment of Demers D.J.A. The latter had held that the *Benmaple* was three-quarters at fault and the *Lafayette* one-quarter. Angers J. held that the fault was wholly that of the *Benmaple*. Davis J., at p. 75, after referring, *inter alia*, to the *Karamea, supra*, said:

We have come to the conclusion that the learned trial judge was justified in his view that there were different degrees of fault of the two vessels in collision and we are not satisfied that in making the apportionment he did he was in any degree *acting either on any wrong ground of law or conclusion of fact*.

(The italics are my own.)

In *Bell & MacLaren v. Robinson*<sup>7</sup>, this Court was considering an action which arose out of an automobile accident. The trial judge had found that the negligence of the driver of the defendant's vehicle was the sole cause of the accident. The Court of Appeal of New Brunswick had varied that judgment awarding 50 per cent of the negligence to each party. Ritchie J., at p. 615, said:

This seems to me to be a case to which the observations of Lord Sumner in *S.S. Honnestroom v. S.S. Sagaporack*, [1927] A.C. 37, recently approved by this Court in *Prudential Trust Company v. Forseth*, (1960) 21 D.L.R. (2d) 587 at 593, and *Semanczuk v. Semanczuk*, [1955] S.C.R. 658 at 677, [1955] 4

ont assisté Vos Seigneuries sont aussi de cet avis, de même que ceux qui ont assisté le juge. Je me dois d'ajouter qu'il faudrait une raison convaincante et exceptionnelle pour amener une cour d'appel à modifier la répartition des parts de responsabilité fixées par un juge, lorsqu'elle accepte les conclusions du juge. Je doute que puisse se présenter un cas où la cour d'appel jugerait bon de le faire, mais la présente cause n'est sûrement pas un de ceux-là.

Cette Cour, dans l'affaire *The S.S. Benmaple c. S.S. Lafayette*<sup>6</sup>, s'est prononcée sur un appel de l'arrêt du Juge Angers, de la Cour de l'Échiquier, qui avait modifié le jugement du Juge Demers, J.D.A. Ce dernier avait statué que le *Benmaple* était responsable dans une proportion de trois quarts et le *Lafayette* d'un quart. Le Juge Angers a décidé que la faute était entièrement imputable au *Benmaple*. Le Juge Davis, après s'être reporté, entre autres, à l'arrêt *Karamea*, précité, dit, à la p. 75:

[TRADUCTION] Nous concluons que le savant juge de première instance a eu raison de décider que les navires qui sont venus en collision ont des parts de responsabilité différentes et nous ne sommes pas convaincus que lorsqu'il a réparti la responsabilité, il a de quelque façon *agi en se fondant sur un motif erroné en droit ou sur une conclusion erronée quant aux faits*.

(Les italiques sont de moi.)

Dans l'affaire *Bell et MacLaren c. Robinson*<sup>7</sup>, cette Cour s'est prononcée sur une action découlant d'un accident d'automobile. Le juge de première instance avait statué que la négligence du conducteur du véhicule du défendeur était la seule cause de l'accident. La Cour d'appel du Nouveau-Brunswick a par la suite modifié ce jugement en attribuant 50 pour cent de la négligence à chacune des parties. Le Juge Ritchie déclare, à la p. 615:

[TRADUCTION] Il me semble qu'il s'agit d'une cause à laquelle s'appliquent tout particulièrement les observations de Lord Sumner, dans l'arrêt *S.S. Honnestroom v. S.S. Sagaporack*, [1927] A.C. 37, récemment approuvé par cette Cour dans l'affaire *Prudential Trust Company v. Forseth*, (1960) 21 D.L.R. (2e)

<sup>6</sup> [1941] S.C.R. 66.

<sup>7</sup> [1960] S.C.R. 611.

<sup>6</sup> [1941] R.C.S. 66.

<sup>7</sup> [1960] R.C.S. 611.

D.L.R. 6, have particular application. Lord Sumner there said at pp. 47-8:

"... Not to have seen the witnesses puts appellate judges in a permanent position of disadvantage as against the trial Judge, and, unless it can be shown that he has failed to use or has palpably misused his advantage, the higher Court ought not to take the responsibility of reversing conclusions so arrived at, merely on the result of their own comparisons and criticisms of the witnesses and of their own view of the probabilities of the case."

It is not suggested that the learned trial judge acted on any wrong principle in attributing the cause of the collision entirely to the negligence of Giddens, and I can see no indication of his having either failed to use or having misused the advantage afforded to him by seeing and hearing the witnesses, nor has the Appeal Division cast any reflection on the honesty of any of the witnesses upon whose testimony his findings are based.

Finally, in *The Ship Pacific Wind v. Johnson et al.*<sup>8</sup>, Ritchie J. at pp. 58-9, said:

The difficult problem of measuring the degrees of fault in the navigation of two ships is one which, as Lord Buckmaster said in the House of Lords in *SS. Kitano Maru v. SS. Otranto*, [1931] A.C. 194 at 204:

"... is primarily a matter for the judge at the trial, and unless there is some error in law or fact in his judgment it ought not to be disturbed."

The matter was put with perhaps greater force by Lord Justice Scrutton in *The Luso* (1934), 49 L1.L.R. 163, where he said at page 165 with respect to a finding at trial which had established different degrees of fault between two vessels:

"... before the Court of Appeal ought to interfere with that finding they must be able to put their finger on something and say that the learned Judge has been wrong on some particular point and that

587, à la p. 593, et dans l'affaire *Semanczuk c. Semanczuk*, [1955] R.C.S. 658, à la p. 677, [1955] 4 D.L.R. 6. Lord Sumner dit, à la p. 47 et à la p. 48:

[TRADUCTION] «... le fait de ne pas avoir vu les témoins place les juges d'une cour d'appel dans une situation qui reste désavantageuse par rapport à celle du juge de première instance et, à moins que l'on ne démontre que ce dernier a omis de profiter de cet avantage, ou qu'il s'en est clairement servi à mauvais escient, la cour d'instance supérieure ne doit pas prendre la responsabilité d'infirmer des conclusions ainsi tirées, lorsqu'elle ne se base que sur le résultat de ses propres comparaisons et critiques des témoins et sur sa propre opinion sur les probabilités de l'affaire.»

On ne prétend pas que le savant juge de première instance s'est fondé sur un principe erroné lorsqu'il a attribué la cause de la collision à la seule négligence de Giddens, et je ne vois rien qui indique qu'il aurait soit omis de profiter, soit profité à mauvais escient, de l'avantage dont il jouissait en voyant et entendant les témoins, et la Chambre d'appel n'a pas non plus jeté le discrédit sur l'honnêteté de l'un ou l'autre des témoins sur les dépositions desquels les conclusions du juge sont fondées.

Finalement, dans l'arrêt *The Ship Pacific Wind c. Johnson et al.*<sup>8</sup>, le Juge Ritchie, à la p. 58 et à la p. 59, dit ceci:

[TRADUCTION] La difficulté que présente l'appréciation de l'importance de la faute de chacun lorsqu'il s'agit de la conduite de deux navires est, comme l'a dit Lord Buckmaster à la Chambre des Lords dans l'affaire *SS. Kitano Maru v. SS. Otranto*, [1931] A.C. 194, à la p. 204:

[TRADUCTION] «... primordialement une question relevant du juge qui siège au procès et, à moins que son jugement renferme quelque erreur de droit ou erreur sur les faits, il ne devrait pas être modifié.»

La question a été exposée avec peut-être plus de force dans l'affaire *The Luso* (1934), 49 L1.L.R. 163, par le Lord juge Scrutton qui déclare, p. 165, relativement à une conclusion tirée au procès et par laquelle diverses parts de responsabilité avaient été imputées aux deux navires:

[TRADUCTION] «... avant que la cour d'appel ne modifie cette conclusion, elle doit être en mesure de démontrer que quelque chose doit être corrigé et que le savant juge a fait erreur sur un point particu-

that particular point is so substantial that if he had taken what we say is the right view of it he must have altered the proportion of damage."

Both these last quoted cases are referred to with approval in this Court by Davis J. in *S. S. Benmaple v. Ship Lafayette*, [1941] S.C.R. 66 at 75, 1 D.L.R. 161, where he applied the same principle; saying of the trial judge in that case:

"... we are not satisfied that in making the apportionment he did he was in any degree acting either on any wrong ground of law or conclusion of fact."

The decision of Lord Sumner in *S. S. Hontestroom v. S. S. Sagaporack*, [1927] A.C. 37 at 47, which was cited with approval by Martland J. in *Prudential Trust Co. Ltd. v. Forseth*, [1960] S.C.R. 210 at 216, 30 W.W.R. 241, 21 D.L.R. (2d) 587, is to the same effect.

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

It was argued before us that a late decision in this Court, *Cook v. Tully*<sup>9</sup>, would justify our doing so. In that case, the learned trial judge had assessed the apportionment of liability in an accident involving a collision between a pedestrian and a vehicle at 66 2/3 per cent against the pedestrian. His judgment was affirmed on

lier d'une importance telle que si le juge avait adopté l'avis qui nous paraît bien fondé, il aurait nécessairement modifié les proportions de responsabilité.»

Les deux arrêts que je viens de citer ont été mentionnés avec approbation en cette Cour par le Juge Davis dans l'affaire *S.S. Benmaple c. Ship Lafayette*, [1941] R.C.S. 66, p. 75, 1 D.L.R. 161, à laquelle il a appliqué le même principe; voici ce qu'il a dit, relativement au juge de première instance:

[TRADUCTION] «... nous ne sommes pas convaincus que lorsqu'il a réparti la responsabilité, il a de quelque façon agi en se fondant sur un motif erroné en droit ou sur une conclusion erronée quant aux faits.»

Tel est aussi le jugement de Lord Sumner dans l'affaire *S.S. Hontestroom v. S.S. Sagaporack*, [1927] A.C. 37, à la p. 47, cité avec approbation par le Juge Martland dans l'affaire *Prudential Trust Co. Ltd. c. Forseth*, [1960] R.C.S. 210, à la p. 216, 30 W.W.R. 241, 21 D.L.R. (2e) 587.

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

On a prétendu devant nous qu'une récente décision de cette Cour, *Cook c. Tully*<sup>9</sup>, nous autorise à le faire. Dans cette affaire-là, le savant juge de première instance avait réparti la responsabilité d'une collision entre un piéton et une voiture, de façon à attribuer 66 2/3 pour cent de la responsabilité au piéton. Son jugement fut

<sup>9</sup> [1971] 5 W.W.R. 94.

<sup>9</sup> [1971] 5 W.W.R. 94.

appeal. On further appeal to this Court, the percentages were reversed and the defendant driver was found to be two-thirds at fault. The judgment was given orally and I quote it verbatim:

Martland J. (orally): With great respect to the judgment of the Court of Appeal in this case, and realizing that the same division of responsibility has been assessed by both Courts below, we do not think that the division made pays sufficient regard to the fact that this is a case in which the plaintiff was a pedestrian in a marked crosswalk, who had the right of way, and who had proceeded 21 feet into that walk before she was struck. Both Courts below have found the defendant to be negligent. This being so, it is our view that the respondent should be found to be responsible for the accident in the degree of 66 2/3 per cent. The appeal should be allowed and the judgment at trial amended accordingly. The appellant should have costs in this Court and in the Court below.

I was a member of this Court and this Court was much moved by a consideration of the fact that the evidence upon which the learned trial judge came to his conclusion was that of the driver of another vehicle at the intersection and an examination of that evidence showed that such driver of the other vehicle could not make the observations to which he deposed and that therefore his evidence was a mere conjecture leaving the plaintiff in the position of a person who is struck by a vehicle when she was in a pedestrian crosswalk. In my view, the case is not an authority for any variation of the percentages as found by a trial judge unless there is found an error in law or a misapprehension of the facts by the trial judge.

I therefore would allow the appeal and restore the judgment at trial. The appellant is entitled to her costs throughout.

*Appeal allowed, judgment varied, with costs; cross-appeal dismissed without costs; SPENCE J. dissenting.*

maintenu en appel. À la suite d'un appel ultérieurement interjeté à cette Cour, les pourcentages ont été inversés et le conducteur défendeur a été jugé responsable pour les deux tiers. Le jugement fut rendu verbalement et je le reproduis textuellement:

Le Juge Martland: (oralement): En toute déférence pour l'arrêt de la Cour d'appel dans cette affaire et sachant que l'appréciation des deux Cours d'instance inférieure a été la même quant au partage de la responsabilité, nous ne croyons pas que ce partage tienne suffisamment compte de ce que dans cette affaire-ci la demanderesse a été heurtée en traversant la rue à un passage pour piétons, y avait priorité et s'était avancée sur une distance de 21 pieds. Les deux Cours d'instance inférieure ont conclu à la négligence de la défenderesse. Cela étant, nous estimons que l'intimée est responsable de l'accident dans une proportion de 66 2/3 p. 100. Le pourvoi doit être accueilli et le jugement de première instance modifié en conséquence. L'appelante a droit aux dépens en cette Cour et en Cour d'appel.

J'étais l'un des membres de cette Cour et nous avions été fortement impressionnés par le fait que le témoignage sur lequel le savant juge de première instance s'était fondé était celui du conducteur d'un autre véhicule se trouvant à l'intersection; il est ressorti de l'examen de ce témoignage que le conducteur en question n'avait pas été en mesure d'observer ce qu'il rapportait dans sa déposition, laquelle constituait par le fait même une simple conjecture et laissait la demanderesse dans la position d'une personne frappée par un véhicule alors qu'elle se trouvait dans un passage pour piétons. A mon avis, il ne s'agit pas d'un précédent autorisant la modification des pourcentages fixés par le juge de première instance, à moins que l'on en vienne à la conclusion qu'il y a eu erreur de droit ou appréciation erronée de faits par le juge de première instance.

Par conséquent, j'accueillerais l'appel et je rétablirais le jugement de première instance. L'appelante a droit à ses dépens en toutes les cours.

*Appel accueilli, arrêt modifié, avec dépens; appel incident rejeté sans dépens; LE JUGE SPENCE étant dissident.*

*Solicitors for the plaintiff, appellant: Boughton, Street & Co., Vancouver.*

*Solicitors for the defendant, respondent: Russell, DuMoulin & Co., Vancouver.*

*Procureurs de la demanderesse, appelante: Boughton, Street & Co., Vancouver.*

*Procureurs du défendeur, intimé: Russell, DuMoulin & Co. Vancouver.*