

A-372-85

A-372-85

Ivan Letnik and Captain Normac's Riverboat Inn Limited (*Appellants*)

v.

Municipality of Metropolitan Toronto, Thomas William Thompson, Robert G. Bundy, Charles Colenutt, The Ship *Trillium* and Her Owners and Charterers and The Toronto Harbour Commissioners (*Respondents*)

INDEXED AS: *LETNIK v. TORONTO (MUNICIPALITY OF METROPOLITAN)*

Court of Appeal, Heald, Mahoney and MacGuigan JJ.—Toronto, January 25, 26, 27 and 28; Ottawa, February 24, 1988.

Maritime law — Torts — Collision in Toronto harbour between steamer and permanently moored ship used as restaurant — Damage apparently minor — Restaurant ship sinking suddenly, two weeks later — Actual effective cause of collision not established — Plea of inevitable accident fails — Foreseeability — Limitation of liability denied — Reversal of onus of proof where breach of duty creating risk, injury occurring within area of risk and evidential gap preventing plaintiff from proving negligence — Impracticability of obtaining evidence — Defence of novus actus interveniens fails — Standard of care applicable to owner of floating restaurant different from that applicable to owner of ship at sea.

On June 2, 1982, the sidewheel paddle steamer *Trillium*, owned by the Municipality of Metropolitan Toronto (Metro), collided with a permanently moored ship, the *Normac*, operated as a floating restaurant at the Yonge Street slip in the Toronto harbour causing apparently minor damage. Two weeks later, however, the *Normac* suddenly went down. This is an appeal and cross-appeal from the Trial Judge's findings (1) that Metro and the *Trillium* were responsible for the collision and liable for the consequent damages but not for the sinking of the ship and (2) that they had failed to establish an entitlement to limitation of liability.

Held, the appeal should be allowed in part and the cross-appeal dismissed.

With respect to the collision, the cross-appellants (Metro, the *Trillium* and captain Colenutt) have not been able to show that the Trial Judge made some palpable and overriding error which affected his assessment of the facts. Applying the case of *The Wagon Mound No. 2* to the facts of this case, it is found that the risk was foreseeable and that the cross-appellants should have taken precautions to eliminate it.

Ivan Letnik et Captain Normac's Riverboat Inn Limited (*appelants*)

a c.

La municipalité de la Communauté urbaine de Toronto, Thomas William Thompson, Robert G. Bundy, Charles Colenutt, le navire *Trillium*, ses propriétaires et affrêteurs, et les commissaires du Port de Toronto (*intimés*)

RÉPERTORIÉ: *LETNIK c. TORONTO (MUNICIPALITÉ DE LA COMMUNAUTÉ URBAINE)*

Cour d'appel, juges Heald, Mahoney et MacGuigan—Toronto, 25, 26, 27 et 28 janvier; Ottawa, 24 février 1988.

Droit maritime — Responsabilité délictuelle — Abordage au port de Toronto entre un bateau à vapeur et un navire amarré à quai en permanence qui était utilisé comme restaurant — Les dommages causés semblaient mineurs — Deux semaines plus tard, le navire-restaurant coulait soudainement — La cause réelle et effective de l'abordage n'a pas été déterminée — Le plaidoyer d'accident inévitable est rejeté — Prévisibilité — La limitation de responsabilité est refusée — Il y a renversement du fardeau de la preuve lorsque le manquement à un devoir crée un risque, que le préjudice survient dans l'aire de ce risque et qu'une lacune dans la preuve empêche le demandeur de prouver que la négligence a causé ce préjudice — Il est pratiquement impossible d'obtenir les éléments de preuve qui combleraient la lacune dans la preuve — La défense fondée sur le principe du novus actus interveniens est rejetée — La norme de prudence applicable au propriétaire d'un restaurant flottant est différente de celle applicable au propriétaire d'un navire en mer.

Le 2 juin 1982, le bateau à roues sur les flancs appelé *Trillium*, qui appartenait à la municipalité de la Communauté urbaine de Toronto (la Communauté), a heurté un navire amarré à quai en permanence, qui était exploité comme restaurant flottant au slip de la rue Yonge dans le port de Toronto, le *Normac*, lui causant des dommages apparemment légers. Deux semaines plus tard toutefois, le *Normac* coulait soudainement. Un appel et un appel incident sont interjetés des conclusions du juge de première instance selon lesquelles (1) la Communauté et le *Trillium* étaient responsables de l'abordage et tenus aux dommages-intérêts en ayant résulté mais n'étaient pas responsables du naufrage du navire et (2) ils n'avaient pas réussi à établir leur droit à la limitation de responsabilité.

Arrêt: l'appel devrait être accueilli en partie et l'appel incident devrait être rejeté.

En ce qui concerne l'abordage, les contre-appellants (la Communauté, le *Trillium* et le capitaine Colenutt) ont été incapables d'établir que le juge de première instance a commis une erreur manifeste et dominante qui aurait faussé son appréciation des faits. En appliquant l'arrêt *The Wagon Mound No. 2* aux faits de l'espèce, il est conclu que le risque était prévisible et que les contre-appellants auraient dû prendre des mesures pour l'éliminer.

The defence of inevitable accident, as laid out in *Rintoul*, had not been made out in this case, the cross-appellants having failed to establish that they were not negligent with respect to every possible cause. Indeed, the Trial Judge found that the cross-appellants had been negligent in not installing bow thrusters or a quick-release anchor system or a properly located voice-communication system or a U-shaped finger dock and in not having the oiler in the engine room when the *Trillium* was approaching the dock. Given that finding, the owner could not limit its liability under section 647 of the *Canada Shipping Act*, since this requires that the shipowner show that it was in no way at fault or privy to what occurred.

With respect to the sinking of the ship, the Trial Judge erred in placing the onus of proof on the appellants and in accepting the defence of *novus actus interveniens*. The House of Lords held in *McGhee* that the onus should shift to the defendant (1) where a person has by breach of duty of care created a risk, (2) where injury occurs within the area of that risk, and (3) where there is an evidential gap which prevents the plaintiff from proving that the negligence caused the loss. In the present case, there was a breach of the duty of care. The inference is overwhelmingly probable at the practical level that the colliding ship was responsible for the sinking, unless its owners can show otherwise. There was an evidential gap. While it would have been possible to raise the ship to determine the actual cause of the sinking, the cost of doing so made it impracticable. In such a case, it is the creator of the risk who must bear the consequences.

The standard of care required of the owner of a floating restaurant is different from that required of the owner of a ship at sea. It is highly excessive to apply to the former, as the Trial Judge did, the standards of care of a reasonably prudent shipowner in relation to a ship at sea. Given the standard of conduct to be expected of the proprietor of a moored restaurant ship, there was in the actions and omissions of the appellants no new cause disturbing the sequence of events, something that could be described as either unreasonable, extraneous or extrinsic.

Given the Trial Judge's finding that the appellants had failed to take elementary precautions following the collision, they must bear part of the blame and the damages should be apportioned 75%-25% in the appellants' favour.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

Canada Shipping Act, R.S.C. 1970, c. S-9, s. 647.

L'applicabilité de la défense d'accident inévitable, qui est définie dans l'arrêt *Rintoul*, n'a pas été établie en l'espèce, les contre-appellants ayant manqué de démontrer qu'il n'y avait eu de leur part aucune négligence reliée à quelque cause que ce soit. En fait, le juge de première instance a conclu que les contre-appellants avaient été négligents en n'installant pas de propulseurs d'étrave, de mécanisme de mouillage rapide, de système de communication en phonie placé dans un endroit adéquat ou de bassin intérieur en forme de U, et en n'obligeant pas le graisseur à rester dans la salle des machines alors que le *Trillium* se préparait à accoster. Considérant cette conclusion, le propriétaire ne pouvait limiter sa responsabilité en vertu de l'article 647 de la *Loi sur la marine marchande du Canada*, puisque celui-ci exige du propriétaire du navire qu'il démontre que les événements survenus se sont produits sans aucune faute ou concours de sa part.

En ce qui a trait au naufrage du navire, le juge de première instance a commis une erreur en imposant le fardeau de la preuve aux appelants ainsi qu'en acceptant la défense de *novus actus interveniens*. La Chambre des lords a décidé dans l'arrêt *McGhee* que le fardeau de la preuve devait être déplacé vers le défendeur (1) lorsqu'en manquant à son devoir de diligence une personne crée un risque, (2) lorsque le préjudice survient dans l'aire de ce risque, et (3) qu'une lacune dans la preuve empêche le demandeur de prouver que la négligence a causé le dommage. En l'espèce, il y a eu manquement au devoir de diligence. La Cour déduit qu'il est hautement probable, dans les faits, que le navire responsable de l'abordage soit aussi responsable du naufrage, à moins que ses propriétaires ne fournissent la preuve contraire. Il existait des lacunes dans la preuve. Bien qu'il aurait été possible de relever le navire afin de déterminer la cause véritable du naufrage, les coûts d'une telle entreprise l'auraient rendue pratiquement impossible. Dans un tel cas, c'est l'auteur du risque qui doit subir les conséquences d'un tel état de fait.

La norme de prudence exigée du propriétaire d'un restaurant flottant est différente de celle du propriétaire d'un navire en mer. Il est fortement exagéré d'appliquer au premier, comme l'a fait le juge de première instance, les normes de prudence applicables à un armateur raisonnablement prudent dont le navire tient la mer. Vu la norme de conduite applicable à un propriétaire de navire-restaurant amarré, il n'y avait dans les actions ou omissions des appelants aucune nouvelle cause venant interrompre la chaîne des événements, aucun élément pouvant être qualifié d'exorbitant, d'étranger ou encore d'extrinsèque.

Le juge de première instance ayant conclu que les appelants avaient omis de prendre les mesures élémentaires qui s'imposaient à la suite de l'abordage, ceux-ci doivent être considérés comme partiellement responsables des dommages causés, qui devraient être partagés dans la proportion de 75 % - 25 % en faveur des appelants.

LOIS ET RÈGLEMENTS

Loi sur la marine marchande du Canada, S.R.C. 1970, chap. S-9, art. 647.

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

Stein et al. v. "Kathy K" et al. (The Ship), [1976] 2 S.C.R. 802; 62 D.L.R. (3d) 1; *Overseas Tankship (U.K.) Ltd. v. Miller Steamship Co. Pty.*, [1967] 1 A.C. 617 (P.C.) (*The Wagon Mound No. 2*); *Rintoul v. X-Ray and Radium Industries Limited and Others*, [1956] S.C.R. 674; *McGhee v National Coal Board*, [1972] 3 All ER 1008 (H.L.); *Nowasco Well Service Ltd. v. Canadian Propane Gas & Oil Ltd. et al.* (1981), 122 D.L.R. (3d) 228; (1981), 7 Sask. R. 291; 16 C.C.L.T. 23 (C.A.); *Oropesa, The, Lord v. Pacific Steam Navigation Co.*, [1943] 1 All E. R. 211; (1942), 74 Ll. L. Rep. 86 (C.A.); *Papp et al. v. Leclerc* (1977), 77 D.L.R. (3d) 536; 16 O.R. (2d) 158 (C.A.).

DISTINGUISHED:

Bolton v. Stone, [1951] A. C. 850 (H.L.); *The Lady Gwendolen*, [1965] 2 All E.R. 283 (C.A.); *Dollina Enterprises Ltd. v. Wilson-Haffenden*, [1977] 1 F.C. 169 (T.D.).

CONSIDERED:

Cook v. Lewis, [1951] S.C.R. 830; [1952] 1 D.L.R. 1.

REFERRED TO:

Powell v. Guttman et al. (1978), 89 D.L.R. (3d) 180; [1978] 5 W.W.R. 228; 6 C.C.L.T. 183 (Man. C.A.); *Dalpe v. City of Edmundston* (1979), 25 N.B.R. (2d) 102 (S.C. App. Div.); *Re Workers' Compensation Appeal Board and Penney* (1980), 112 D.L.R. (3d) 95; (1980), 38 N.S.R. (2d) 623 (S.C. App. Div.); *Delaney v. Cascade River Holidays Ltd.* (1983), 44 B.C.L.R. 24; 24 C.C.L.T. 6 (C.A.); *Lomax v. Arsenault*, [1986] 1 W.W.R. 68 (Sask. Q.B.).

AUTHORS CITED

Weinrib, Ernest J. "A Step Forward in Factual Causation" (1975), 38 *Modern L. Rev.* 518.

COUNSEL:

Harvey Spiegel, Q.C. and *A. C. Van Houten* for appellants.
David L. D. Beard, Q.C. and *Rui M. Fernandes* for respondents.

SOLICITORS:

Green & Spiegel, Toronto, for appellants.
Beard, Winter, Toronto, for respondents.

JURISPRUDENCE

DÉCISIONS APPLIQUÉES:

Stein et autres c. «Kathy K» et autres (Le navire), [1976] 2 R.C.S. 802; 62 D.L.R. (3d) 1; *Overseas Tankship (U.K.) Ltd. v. Miller Steamship Co. Pty.*, [1967] 1 A.C. 617 (P.C.) (*The Wagon Mound No. 2*); *Rintoul v. X-Ray and Radium Industries Limited and Others*, [1956] R.C.S. 674; *McGhee v National Coal Board*, [1972] 3 All ER 1008 (H.L.); *Nowasco Well Service Ltd. v. Canadian Propane Gas & Oil Ltd. et al.* (1981), 122 D.L.R. (3d) 228; (1981), 7 Sask. R. 291; 16 C.C.L.T. 23 (C.A.); *Oropesa, The, Lord v. Pacific Steam Navigation Co.*, [1943] 1 All E. R. 211; (1942), 74 Ll. L. Rep. 86 (C.A.); *Papp et al. v. Leclerc* (1977), 77 D.L.R. (3d) 536; 16 O.R. (2d) 158 (C.A.).

DISTINCTION FAITE AVEC:

Bolton v. Stone, [1951] A. C. 850 (H.L.); *The Lady Gwendolen*, [1965] 2 All E.R. 283 (C.A.); *Dollina Enterprises Ltd. c. Wilson-Haffenden*, [1977] 1 C.F. 169 (1^{re} inst.).

DÉCISION EXAMINÉE:

Cook v. Lewis, [1951] R.C.S. 830; [1952] 1 D.L.R. 1.

DÉCISIONS CITÉES:

Powell v. Guttman et al. (1978), 89 D.L.R. (3d) 180; [1978] 5 W.W.R. 228; 6 C.C.L.T. 183 (C.A. Man.); *Dalpe v. City of Edmundston* (1979), 25 N.B.R. (2d) 102 (C.S. Div. d'appel); *Re Workers' Compensation Appeal Board and Penney* (1980), 112 D.L.R. (3d) 95; (1980), 38 N.S.R. (2d) 623 (C.S. Div. d'appel); *Delaney v. Cascade River Holidays Ltd.* (1983), 44 B.C.L.R. 24; 24 C.C.L.T. 6 (C.A.); *Lomax v. Arsenault*, [1986] 1 W.W.R. 68 (B.R. Sask.).

DOCTRINE

Weinrib, Ernest J. "A Step Forward in Factual Causation" (1975), 38 *Modern L. Rev.* 518.

AVOCATS:

Harvey Spiegel, c.r. et *A. C. Van Houten* pour les appelants.
David L. D. Beard, c.r. et *Rui M. Fernandes* pour les intimés.

PROCUREURS:

Green & Spiegel, Toronto, pour les appelants.
Beard, Winter, Toronto, pour les intimés.

The following are the reasons for judgment rendered in English by

MACGUIGAN J.: This appeal and cross-appeal arise out of a collision in Toronto Harbour on June 2, 1981, between the ship *Trillium* owned by the respondent the Municipality of Metropolitan Toronto ("Metro") and the ship *Normac* owned by Captain Normac's Riverboat Inn Limited.

The appellants discontinued their action against Thomas William Thompson, Robert G. Bundy and the Toronto Harbour Commissioners before trial. As a result the only remaining respondent besides Metro and the *Trillium* is Captain Colenutt, who was the captain and master of the *Trillium* at the time of the accident.

The *Normac*, built in 1902 and used originally as a fireboat and subsequently as a passenger vessel on the Great Lakes, was operated as a floating restaurant under the name of Captain John's Restaurant by the appellant Ivan Letnik, who is also the sole shareholder of the corporate appellant. The ship's registered tonnage was 347.3 tons, her overall length 117.2 feet and her beam 25.1 feet. She was permanently moored at the southern or harbour end of Yonge Street, to the wall of a large mooring slip on the north side of Toronto Harbour known as the Yonge Street slip. The berth was leased from the Toronto Harbour Commission. The *Normac* occupied a major portion of the 200-foot northern wall, and was the only ship occupying a berth against that wall.

The Yonge Street slip is roughly in the shape of a U, open to the south, with a flat base along the north, where the *Normac* was berthed. Along the slip's east wall there was moored a larger ship, the *Jadran*, also owned by the appellant Letnik, which was in the process of conversion to a restaurant and was used for catering to special dining groups. On the west wall of the slip the most southerly berth, which was the first berth on the left when entering the slip, was regularly occupied by the *Trillium*. Farther along the west side were berthed five tour boats owned and operated by Simpsons Tour Boats Limited, two groups of two rafted together with a single boat moored between them.

Ce qui suit est la version française des motifs du jugement rendus par

LE JUGE MACGUIGAN: Les présents appel et appel incident portent sur un abordage survenu le 2 juin 1981 dans le port de Toronto entre le navire *Trillium*, appartenant à la municipalité de la Communauté urbaine de Toronto (ci-après la Communauté), intimée, et le navire *Normac*, appartenant à la société Captain Normac's Riverboat Inn Limited.

Les appelants se sont désistés avant l'audition en première instance de l'action intentée contre Thomas William Thompson, Robert G. Bundy et les Commissaires du port de Toronto; le seul intimé restant, outre la Communauté et le *Trillium*, était le capitaine Colenutt, qui commandait le *Trillium* au moment de l'accident.

Construit en 1902 et utilisé comme bateau-pompe puis comme paquebot des Grands Lacs, le *Normac* servait de restaurant flottant exploité, sous le nom de Captain John's Restaurant, par l'appellant Ivan Letnik, actionnaire unique de la société appelante. Il jaugeait 347,3 tonneaux et avait une longueur hors tout de 117,2 pieds et une largeur de 25,1 pieds. Il était amarré à quai, en permanence, à l'extrémité sud de la rue Yonge, le long de la paroi d'un grand slip d'amarrage au nord du port de Toronto, appelé le slip de la rue Yonge. Ce poste d'amarrage était loué de la Commission du port de Toronto. Le *Normac* occupait une partie importante de la paroi nord, d'une largeur de 200 pieds, et il était le seul navire à occuper un poste à quai le long de cette paroi.

Le slip de la rue Yonge a en gros la forme d'un U ouvert vers le sud, la partie nord formant un plan incliné le long duquel était amarré le *Normac*. Le long du mur est du slip était amarré le *Jadran*, navire plus grand appartenant aussi à l'appellant Letnik qui était en train de le transformer en restaurant et le louait pour des réceptions. Le long du mur ouest, le poste le plus au sud, premier poste à gauche lorsqu'on entre dans le slip, était habituellement occupé par le *Trillium*. Plus loin du même côté étaient amarrés à quai cinq bateaux d'excursion appartenant à la société Simpsons Tour Boats Limited qui en faisait également l'exploitation. Ces bateaux étaient amarrés à couple, l'un d'entre eux occupant seul la position du centre.

The *Trillium*, built in 1910, is a sidewheel paddle steamer with a compound reciprocating steam engine. Her length is 138.5 feet, her beam 45 feet and her registered tonnage 425.48 tons. She is double ended with two wheelhouses each equipped with a wheel, the necessary navigational equipment, and a communication system to the engine room located on the main deck. She is owned and operated by Metro under the control of its Department of Parks and Property. She had been out of service from 1956 until after rehabilitation in 1975 when she came into use on charter runs in and around the immediate vicinity of Toronto Harbour. Her crew consisted of a captain, a mate, an engineer, an oiler and three deck hands.

On the evening of June 2, 1981, despite the efforts of her engineer to put her engines in reverse, the *Trillium* failed to stop as she reached her berthing position, carried on and hit the outboard boat of the first two Simpson tour boats and sheered to starboard. The captain attempted to avoid the *Normac*, but his manoeuvre did not succeed, and the *Normac* was struck amidships. Although there were 132 diners and crew aboard at the time, no one was injured but certain damage of an apparently minor nature was immediately visible.

Exactly two weeks later, on June 16, 1981, the *Normac* suddenly sank, less than two hours after the first sign of water was noticed on board, on the deck of the cargo room near the entrance to the engine room.

At trial, Addy J. arrived at the following findings and conclusions (Appeal Book, Appendix 1, page 58):

1. The defendants, Metro and the *Trillium* are responsible at law for the collision with the *Normac* and are liable for the damages occasioned by the collision but not for the sinking of the ship or for the damages flowing from that event.
2. The said defendants have failed to establish their entitlement to limitation of liability.
3. The quantum of damages, if not agreed upon, will be referred for assessment pursuant to my order of 5 November, 1984.
4. Costs will be deferred.

From this judgment the appellants have appealed and the respondents cross-appealed.

Le *Trillium* a été construit en 1910. C'est un bateau à roues sur les flancs, avec une machine alternative compound à vapeur. Sa longueur fait 138,5 pieds, sa largeur 45 pieds, et il jauge 425,48 tonneaux. Il est amphidrome, avec deux timoneries équipées chacune d'une barre à roue, de l'équipement nécessaire de navigation et de communication avec la salle des machines, située sur le pont principal. Il appartient à la Communauté qui l'exploite sous la supervision de son département des parcs et propriétés. Il n'a pas été en service de 1956 à 1975, date à laquelle il a commencé à être frété pour des excursions dans le port de Toronto et dans ses parages immédiats. Son équipage se composait d'un capitaine, d'un second, d'un mécanicien, d'un graisseur et de trois matelots de pont.

Dans la soirée du 2 juin 1981, malgré les efforts du mécanicien pour mettre le moteur en marche arrière, le *Trillium* dépassa son poste d'amarrage et, courant sur son erre, heurta le premier des deux bateaux d'excursion Simpson amarrés à couple, puis alargua sur tribord. Le capitaine tenta, sans succès, d'éviter le *Normac* qui fut abordé par le travers. Bien qu'il y eût 132 clients et membres d'équipage à bord à ce moment-là, personne n'a été blessé. Toutefois, on a pu constater aussitôt qu'il y avait des dommages légers, à première vue.

Deux semaines plus tard exactement, soit le 16 juin 1981, le *Normac* coulait soudainement moins de deux heures après qu'on eut constaté la présence d'un peu d'eau sur le pont de la salle de la cargaison, près de l'entrée de la salle des machines.

En première instance, le juge Addy en est arrivé aux conclusions suivantes (Dossier d'appel, annexe 1, page 58):

1. Les défendeurs, la Communauté et le *Trillium*, sont légalement responsables de l'abordage avec le *Normac*, et ils sont tenus aux dommages-intérêts causés par l'abordage, mais à aucun pour le naufrage du navire ni pour le préjudice qui en a résulté.
2. Lesdits défendeurs n'ont pas réussi à établir leur droit à la limitation de responsabilité.
3. Le montant des dommages-intérêts, à défaut d'accord, sera fixé par référence, conformément à mon ordonnance du 5 novembre 1984.
4. L'adjudication des dépens est différée.

Les appelants ont interjeté appel de ce jugement et les intimés ont formé un appel incident.

* * * * *

Since the cross-appeal raises issues relating to the prior event, the collision, it is fitting to begin there.

The distinguished Trial Judge dealt with that event as follows (Appeal Book, Appendix 1, pages 30-58):

I find that, although it has been established that the failure of the *Trillium* to stop before hitting the *Normac* must in all probability have been due to some mechanical defect, malfunction or breakdown, that the precise nature or cause of same has not been established and that it has not been proven that there was any negligence or lack of technical skill on the part of any member of the crew, which resulted in the failure of the engine to go into reverse and stop the vessel.

The fact that the actual effective cause of the collision has not been established does not relieve a defendant from liability under circumstances where a ship in motion under the dominion and control of its master, collides with another properly moored vessel in broad daylight.

The present defendants have satisfied me that no act or omission of the captain or of any member of the crew at or immediately before the collision caused the *Trillium* to go out of control. However, when, as in the case at bar it has been established that a defendant's ship went out of control or broke down by reason of some mechanical defect, there is an onus on that party to show by positive evidence that the mechanical defect was latent and was neither reasonably foreseeable nor detectable by the exercise of reasonable care and skill on the part of those responsible for the ship and that the defect or breakdown was not due to any fault or negligence such as improper care or maintenance on his part or on the part of anyone for whose actions he is vicariously liable.

Furthermore the burden of proof on the part of a ship which runs into another when moored or anchored in conditions of good visibility and fair weather is a very onerous one.

Where the precise cause of the mechanical breakdown or mechanical defect which led to a collision has not been determined then, obviously, a defendant is not in a position to discharge the onus upon him and liability should, without more, attach.

Although it has not been established in evidence that the immediate effective cause of the accident was due to any particular act or omission on the part of the defendants, it has been established that, had certain actions or precautions been taken previously, the collision with the *Normac* might probably have been avoided. It has also been established that the probability of those actions or precautions being effective to prevent damage was reasonably foreseeable.

As to the question of foreseeability, it is of some significance that, on an occasion previous to the accident, the *Trillium* had

* * * * *

L'appel incident soulevant des questions reliées au premier événement en date, soit l'abordage, c'est un point de départ qui nous paraît approprié.

Le juge de première instance a abordé la question de la façon suivante (Dossier d'appel, annexe 1, pages 30-58):

Je constate que, bien qu'il ait été prouvé que si le *Trillium* ne s'est pas arrêté avant d'aborder le *Normac*, c'est selon toute probabilité à cause d'un certain vice mécanique, d'un défaut de fonctionnement ou d'une panne, dont la nature précise ou la cause n'a pas pas été établie, et que n'a été prouvé aucune faute ni manque d'habileté technique de la part d'un membre de l'équipage qui aurait eu pour conséquence que la machine n'a pu être mise en marche arrière pour arrêter le navire.

Le fait que la cause réelle et effective de l'abordage n'ait pas été déterminée ne libère pas le défendeur de sa responsabilité dans des circonstances où un navire en mouvement, sous le contrôle et la maîtrise de son capitaine, aborde un autre navire convenablement amarré en plein jour.

Les présents défendeurs m'ont convaincu qu'aucun acte ni aucune omission du capitaine, ou de tout membre de l'équipage tant au moment de l'abordage qu'immédiatement auparavant, n'a entraîné la perte de la maîtrise du *Trillium*. Cependant, lorsqu'il a été établi, comme en l'espèce, qu'un navire défendeur n'est plus maître de sa manœuvre ou est tombé en panne à cause d'un défaut mécanique, il incombe à cette partie de démontrer par une preuve positive que le vice mécanique était caché et qu'il ne pouvait pas raisonnablement être prévu ni détecté malgré les précautions raisonnables des responsables du navire et leur compétence, et que ce vice ou cette panne n'étaient pas imputables à quelque faute ou négligence, comme un manque d'entretien ou quelque imprudence de sa part ou de la part de ceux dont elle est responsable.

En outre, il est fort difficile de s'acquitter du fardeau de la preuve qui incombe au navire qui en aborde un autre, amarré ou au mouillage, dans des conditions de bonne visibilité et par beau temps.

Lorsque la cause précise de la panne ou du vice mécanique qui a conduit à l'abordage n'a pas été déterminée, le défendeur, évidemment, n'est pas en mesure de s'acquitter du fardeau de la preuve qui lui incombe et sa responsabilité devrait s'ensuivre aussitôt.

Bien qu'il n'ait pas été établi par les preuves administrées que la cause effective et immédiate de l'accident ait été un acte particulier ou une omission du défendeur, il a été prouvé que, si certaines mesures ou précautions avaient été prises auparavant, l'abordage du *Normac* aurait probablement été évité. Il a aussi été établi qu'il était raisonnablement prévisible que de telles mesures ou précautions auraient permis d'éviter le dommage.

Sur la question de la prévisibilité, il est assez significatif qu'à une première occasion, avant l'accident, le *Trillium* ait éprouvé

difficulty in docking and struck some of the Simpson Tour Boats (little or no damage was caused) and that, on another occasion, it collided with the ship *Jadran* causing only very slight damage to the paint work. The engineer of the *Trillium*, on one of those occasions, believes that the trouble might possibly have been due to condensate in the reversing cylinder but was not certain. The actual cause of the malfunction was never determined.

The owner of Simpson Tour Boats was so concerned with the fact that the *Trillium* was experiencing difficulty in docking, that he wrote a letter in 1978 (Exhibit P-5) to the Commissioner of Parks and Property, who was responsible for the operation of the ferries for the defendant Metro, stating that the *Trillium* had, on two occasions, experienced difficulty in docking and suggested that another berth be used.

One Robert George Bundy was appointed Commissioner of Parks and Property for Metro in 1978 and shortly after his appointment, when aboard the *Trillium*, he noticed that the captain took considerable time and had some difficulty in docking the ship at Hanlan's point in Toronto Harbour. As a result of that experience he recommended to Metro that bow thrusters be installed on the *Trillium* to increase manoeuvrability. For financial reasons, the recommendation was not adopted by Metro until some time after the accident. Consideration was also given to the installation of a "U" shaped finger dock at the north end of the *Trillium's* berth to allow front loading of the ship and also prevent her from going forward into the slip beyond the regular berthing position. This recommendation was not carried out until after the accident. It is true that the question of bow thrusters and of a "U" shaped finger dock were considered mainly in regard to the lack of manoeuvrability of the *Trillium* in high winds. However, Metro was aware of the fact that, on at least two¹ occasions, the ship had failed to reverse as it should have.

Captain Colenutt testified quite clearly at the trial that, had bow thrusters been installed previous to the accident, there would have been no collision whatsoever. He stated that he could have, with the bow thrusters, turned the *Trillium* around before it struck any ship in the slip.

The telephone in the engine room providing voice communication with the bridge was not in front of or within easy reach of the engineer. The latter would have had to abandon the controls, turn around and walk to the bulkhead behind his position at the control panel in order to talk to the bridge. On the day of the accident he never did this as, understandably enough, he was too preoccupied in attempting to get the engine to reverse. Furthermore, the engineer gave permission to the

¹ The cross-respondents admitted in the course of argument that the Trial Judge erred in referring to two occasions. The evidence shows that there were three occasions on which the *Trillium* had problems in manoeuvring, but only one on which there was a failure to reverse properly. Nevertheless, in context, this must be seen as a minor error which could not affect the result.

des difficultés à accoster et qu'il ait heurté certains des bateaux d'excursion Simpson (leur causant peu ou pas d'avaries) et qu'à une autre occasion, il ait abordé le navire *Jadran*, ne lui causant qu'un très léger dommage, à sa peinture. Le chef mécanicien du *Trillium*, dans l'un de ces cas, croit que les a ennuis mécaniques pouvaient être attribués à la condensation du cylindre de renversement, mais il n'en est pas certain. La cause réelle de la panne n'a jamais été déterminée.

Les difficultés éprouvées par le *Trillium* à l'accostage préoccupaient le propriétaire des bateaux d'excursions Simpson à un point tel qu'il a écrit une lettre en 1978 (pièce P-5) au commissaire de Parcs et propriétés, responsable des traversiers auprès de la défenderesse, la Communauté, pour lui signaler que le *Trillium* avait, à deux reprises, eu des difficultés à accoster et lui suggérer de lui assigner un autre poste d'amarrage.

Le dénommé Robert George Bundy a été nommé commissaire de Parcs et propriétés pour la Communauté en 1978 et, peu après sa nomination, étant monté à bord du *Trillium*, il constatait par lui-même que le capitaine éprouvait beaucoup de difficulté à faire accoster son navire à la pointe Hanlan, dans le port de Toronto et que cela lui prenait un temps considérable. d Instruct par cette expérience, il a recommandé à la Communauté d'installer des propulseurs d'étrave sur le *Trillium* pour faciliter sa manœuvre. Pour des raisons financières, la Communauté n'a donné suite à cette recommandation que quelque temps après l'accident. On avait aussi envisagé la construction d'un bassin intérieur en forme de U à l'extrémité nord du poste e d'accostage du *Trillium*, pour permettre le chargement du navire par l'avant et aussi pour l'empêcher de s'engager dans le slip au-delà de son poste à quai habituel. On n'a donné suite à cette recommandation qu'après l'accident. Il est vrai que la question des propulseurs d'étrave et du bassin intérieur en forme de U avait principalement été envisagée à cause du peu f de manoeuvrabilité du *Trillium* par grand vent. Cependant, la Communauté avait connaissance qu'à au moins deux¹ reprises le navire n'avait pas pu faire marche arrière comme il l'aurait dû.

Le capitaine Colenutt a déclaré de façon très claire à l'instance que si des propulseurs d'étrave avaient été installés avant g l'accident, il n'y aurait pas eu d'abordage. Il a ajouté qu'il aurait pu, grâce aux propulseurs d'étrave, faire virer le *Trillium* sur lui-même avant qu'il n'aborde tout autre navire dans le slip.

Le téléphone de la chambre des machines permettant de h communiquer en phonie avec la passerelle ne se trouvait pas en face du chef mécanicien ni à portée de sa main. Ce dernier devait abandonner les commandes, faire demi-tour et se rendre jusqu'à la cloison située derrière son poste, au tableau de contrôle, pour communiquer avec la passerelle. Le jour de l'accident, il ne l'a pas fait car, et c'est assez compréhensible, il i se souciait surtout de mettre le moteur en marche arrière. En

¹ Les intimés par incidence ont admis au cours du débat que le juge de première instance avait erré en parlant de deux reprises. Il ressort en effet de la preuve que le *Trillium* avait connu des problèmes de manœuvre à trois reprises, mais que le défaut de la marche arrière n'était survenu qu'une seule fois. Dans les circonstances cependant, il s'agit d'une erreur d'importance secondaire qui ne saurait changer le résultat.

oiler to go above on deck immediately before the *Trillium* began its approach to dock, instead of keeping him on duty in the engine room where he belonged during the crucial docking operation. Had the oiler been in the engine room, he could easily have been requested by the engineer to advise the bridge immediately by telephone of the difficulties being encountered.

Had there been a telephone or a microphone immediately in front of the engineer or had the oiler been kept at his post in the engine room, the captain could have been made aware of the difficulties being experienced in the engine room when the ship was still some distance (approximately three boat lengths) from the entrance to the Yonge Street Slip. As it was, the captain was never made aware that something was wrong until the ship was almost fully in its berthing position at which time he noticed that the *Trillium* did not appear to be losing way. The captain might well have been able to take evasive action at the helm had he been advised on time.

Also, there seems to be no doubt that, had the "U" dock been installed previously to the 2nd of June 1981, the collision with the *Normac* would not have occurred. It is also of some significance that Metro occupied other docks immediately to the west of and adjacent to the Yonge Street slip. These were individual docks and were used by the regular ferries which, as previously stated, were much more manoeuvrable than the *Trillium*. As they were end-loading docks, any ferry entering one could not proceed beyond the actual berthing position and any danger to vessels in the vicinity was greatly reduced. In windy conditions, the *Trillium* did in fact use one of these docks. Having regard to the delay experienced at times in getting the *Trillium* in reverse and having regard to the number of vessels occupying positions in front of the *Trillium's* berth, I feel that there is negligence attributable to Metro in failing to use at all times for the *Trillium* one of the ferry docks which it had available.

Although anchors are generally used for manoeuvring purposes only on much larger ships than the *Trillium*, there seems to be a reasonable probability that, had it been fitted with an anchor properly located with a quick release system, rather than the cumbersome anchoring system available aboard the vessel, the forward motion might have been checked and the collision avoided or, at least, the force of collision might have been reduced to some extent. The fact that the Ship Inspectors approved the anchor for use on the *Trillium* or, for that matter, any other machinery or equipment on the ship, does not, in any way, constitute conclusive evidence that the machinery or equipment is of a nature, standard or quality or has been installed in such a manner that, should damage occur, the owners would be freed from liability on any such ground.

The factual situation in this case is, in my view, one to which the principle of *res ipsa loquitur* might well be applied . . .

Res ipsa loquitur is applicable where the facts leading to the accident are unknown. Otherwise, a plaintiff who is in possession of the details or who, with reasonable diligence, would be

outre, le chef mécanicien a autorisé le graisseur à monter sur le pont immédiatement avant que le *Trillium* n'amorce son approche pour accoster, au lieu de le garder à son poste dans la chambre des machines, là où il aurait dû être pendant l'opération cruciale de l'accostage. Si le graisseur s'était trouvé dans la chambre des machines, le chef mécanicien aurait très facilement pu lui demander d'informer immédiatement la passerelle par téléphone des difficultés qu'ils éprouvaient.

S'il y avait eu un téléphone ou un microphone juste en face du chef mécanicien ou si le graisseur était resté à son poste dans la chambre des machines, le capitaine aurait pu être informé des difficultés éprouvées alors que le navire était encore à une certaine distance (approximativement à trois longueurs de navire) de l'entrée du slip de la rue Yonge. De la façon dont les choses se sont déroulées, le capitaine n'a été informé que tout ne se déroulait pas normalement qu'une fois le navire arrivé pratiquement à la hauteur de son poste d'amarrage et ce n'est qu'à ce moment-là qu'il s'est aperçu que le *Trillium* ne semblait pas vouloir perdre de l'erre. Le capitaine aurait très bien pu, par un coup de barre, effectuer une manoeuvre d'évitement s'il avait été informé à temps.

Il ne semble d'ailleurs faire aucun doute que si le quai en U avait été édifié avant le 2 juin 1981, l'abordage du *Normac* n'aurait pas eu lieu. Il importe aussi, dans une certaine mesure, de noter que la Communauté occupait d'autres quais, situés juste à l'ouest et à côté du slip de la rue Yonge. Il s'agissait de bassins individuels, utilisés par les traversiers réguliers, navires beaucoup plus aisés à manoeuvrer que le *Trillium*, comme il a été dit auparavant. Comme c'était là des bassins où le chargement se faisait par l'arrière, tout traversier qui entraînait dans l'un d'eux ne pouvait dépasser son poste d'amarrage et tout danger pour les bateaux se trouvant dans les parages en était grandement réduit. En fait, lorsqu'il y avait du vent, le *Trillium* utilisait l'un de ces bassins. Compte tenu du temps qu'il fallait parfois pour renverser la marche du *Trillium* et compte tenu du nombre de bateaux occupant des postes en face de celui du *Trillium*, je pense que c'était faire preuve d'imprudence, pour la Communauté, de ne pas toujours utiliser pour le *Trillium* l'un des bassins réservés aux traversiers à sa disposition.

Bien qu'on ait habituellement recours aux ancres pour faciliter une manoeuvre que sur des navires beaucoup plus grands que le *Trillium*, il semble raisonnablement probable que si ce dernier avait été équipé d'une ancre, convenablement située, assortie d'un mécanisme de mouillage rapide, au lieu du système incommode du bord, on aurait pu casser son erre et éviter ainsi l'abordage, ou du moins réduire l'intensité du choc dans une certaine mesure. L'approbation par les inspecteurs maritimes de l'ancre destinée à être utilisée à bord du *Trillium* et d'ailleurs de toute autre machinerie ou matériel du bord, ne constitue en aucune manière une preuve concluante que cette machinerie ou ce matériel était d'une nature, d'une qualité ou avaient été installés d'une manière telle qu'en cas de dommage, les propriétaires doivent être libérés de toute responsabilité pour ce motif.

Vu les faits de l'espèce, il pourrait, à mon avis, très bien y avoir lieu d'appliquer le principe *res ipsa loquitur* . . .

Le principe *res ipsa loquitur* est applicable lorsque les faits qui ont conduit à l'accident sont inconnus. Autrement, le demandeur qui en connaît les détails ou qui, en faisant preuve

able to become aware of them, has an onus of establishing them, but, if he attempts to establish how the mischief occurred and fails to attain this goal, he is not, for that reason only, barred from invoking *res ipsa loquitur* as an alternative, providing the required conditions for relying on the rule exist . . .

As to the additional conditions for *res ipsa loquitur* to apply, the Court should first of all be satisfied that in the ordinary course of events the accident would not have occurred in the absence of negligence. The second requirement is that the object causing the damage be under the dominion and control of the defendant. Both these conditions have been met.

Res ipsa loquitur has been applied frequently and consistently, not only in cases of damage caused by falling objects, defective products, fires and explosions, but in cases involving positive actions on the part of the defendant, such as medical malpractice cases, ground transportation cases of all kinds, as well as air transportation matters. Although it is a principle which is associated directly with common law, since it is essentially an evidentiary rule and not one of substantive law, I can see no reason why the principle should not be applied to admiralty law cases. A rose by any other name . . . !

INEVITABLE ACCIDENT

The defendants pleaded inevitable accident. A considerable amount of argument was directed to this issue and several cases were referred to in support of it. At the outset, it should be clearly stated that inevitable accident does not mean unexplained accident.

I do not feel that it is at all necessary to review *in extenso* the law pertaining to this principle. The defendants relied mainly on the Supreme Court of Canada decision of *Rintoul v. X-Ray and Radium Industries Limited and Others* ([1956] S.C.R. 674) where Cartwright J., as he then was, in delivering the judgment of the Court stated at page 678 of the above mentioned report:

In my view, in the case at bar the respondents have failed to prove two matters both of which were essential to the establishment of the defence of inevitable accident. These matters are (i) that the alleged failure of the service brakes could not have been prevented by the exercise of reasonable care on their part, and (ii) that, assuming that such failure occurred without negligence on the part of the respondents, Ouellette could not, by the exercise of reasonable care, have avoided the collision which he claims was the effect of such failure.

The defendants, however, in the case at bar, have failed to satisfy both these requirements. In the first instance they have failed to establish the cause of the engine failure, and thus, have not established that it could not have been prevented by the exercise of reasonable care on their part. With regard to the second requirement, they have failed to establish that, even if the following precautions had been taken, namely, the installation of bow thrusters, of a quick release anchor system and of a properly located voice communication system, and even if the oiler had been kept in the engine room when the *Trillium* was

de diligence raisonnable, pourrait les découvrir, a le fardeau de les démontrer mais, s'il tente d'établir comment le dommage a été causé et qu'il n'y parvient pas, il ne lui est pas pour autant interdit d'invoquer le principe *res ipsa loquitur* à titre subsidiaire, pourvu que les conditions requises pour faire valoir cette règle soient présentes . . .

Quant aux conditions supplémentaires d'application de la maxime, le tribunal devrait avant tout se satisfaire que, dans le cours ordinaire des événements, l'accident ne se serait pas produit s'il n'y avait pas eu négligence. Second critère d'application, la chose qui a causé le dommage doit avoir été sous la puissance et le contrôle du défendeur. Ces deux conditions sont ici réunies.

La maxime *res ipsa loquitur* est d'application fréquente et uniforme, non seulement dans les cas de dommages causés par la chute d'objets, par des produits défectueux, par les incendies et les explosions, mais aussi dans les cas impliquant le fait du défendeur, telles les affaires de responsabilité professionnelle, les affaires de transport terrestre en tous genres, ainsi que celles relevant du domaine du transport aérien. Certes il s'agit d'un principe associé directement à la *common law*, puisqu'en essence il s'agit d'une règle de preuve et non de fond, mais je ne vois aucune raison qui interdise de l'appliquer aux affaires de droit maritime. Une rose sous un autre nom (embaumerait autant) . . . !

UN ACCIDENT INÉVITABLE

Les défendeurs ont plaidé accident inévitable. Une part considérable du débat a été consacrée à cette question et plusieurs précédents ont été cités à l'appui de cette thèse. Pour commencer, il faut dire clairement qu'un accident inévitable cela ne signifie pas un accident inexpliqué.

Je ne pense pas qu'il soit le moins nécessaire de passer en revue *in extenso* le droit qui concerne ce principe. Les défendeurs se sont appuyés avant tout sur l'arrêt de la Cour suprême du Canada *Rintoul v. X-Ray and Radium Industries Limited and Others* ([1956] R.C.S. 674) où le juge Cartwright, à l'époque juge puiné, en rendant l'arrêt de la Cour, dit à la page 678 du recueil mentionné:

À mon avis, les intimés n'ont pu prouver deux éléments qui sont tous deux essentiels à la défense d'accident inévitable. Ces éléments sont: (i) qu'on n'aurait pas pu empêcher les freins de service de ne pas fonctionner par un entretien raisonnable, à leur charge, (ii) et que, même en présumant que cette panne n'est pas due à la négligence des intimés, Ouellette ne pouvait pas, dans l'exercice d'une prudence raisonnable, éviter la collision qui, prétend-il, résulte de cette panne.

Toutefois les défendeurs en l'espèce n'ont pas satisfait à ces deux exigences. En premier lieu, ils ne sont pas parvenus à démontrer quelle était la cause de la panne de moteur et donc qu'ils n'auraient pas pu l'empêcher par un entretien raisonnable. Quant à la seconde exigence, ils ne sont pas parvenus à démontrer que, même si les précautions suivantes avaient été prises, soit l'installation de propulseurs d'étrave, d'un mécanisme de mouillage rapide, d'un système de communication en phonie placé dans un endroit adéquat et le maintien de l'obligation pour le graisseur de rester à son poste, dans la chambre des

approaching dock, in all probability the collision would occur in any event. The failure of the ship to stop in time and the probable effectiveness of these measures were both reasonably foreseeable. Therefore the failure to take them constitutes negligence.

I conclude that the plea of inevitable accident fails and there is liability on the part of the defendants for the collision.

LIMITATION OF LIABILITY

Where limitation of liability is sought pursuant to the provisions of section 647 of the *Canada Shipping Act* the onus is clearly on the defendant owner to establish that the collision occurred without his fault or privity. It is a heavy onus. As stated by Ritchie J. . . in *Stein et al. v. "Kathy K" et al. (The Ship)*, [1976] 2 S.C.R. 802, at page 819; 62 D.L.R. (3d) 1, at page 13:

The burden resting on the shipowners is a heavy one and is not discharged by their showing that their acts were not "the sole or next or chief cause" of the mishap.

The defendants in the case at bar insofar as the issue of limitation of liability is concerned are in substantially the same difficulty as they are regarding the issue of inevitable accident. Since the cause of the collision has not been established they are not able to prove that the collision occurred without any fault or privity on their part. Considerable evidence was led which established some degree of negligence or laxity on the part of the defendants which, if related to the cause of the collision, would have prevented them from availing themselves of the protection of section 647. These areas where improper supervision and control were established included the lack of certain standing orders, operational instructions and other supervisory directives as well as administrative procedures. The plaintiffs were obviously unsuccessful in arguing that these matters related to the cause of the accident which remained undetermined. But by the same token the defendants were unable to establish affirmatively, as they are obliged by law to do, that none of these acts or omissions contributed in any way to the accident. It thus became impossible for them to discharge the onus imposed by section 647 and limitation of liability cannot be successfully invoked.

The weight of the cross-appellants' Memorandum of Fact and Law was devoted to disputing the Trial Judge's view of the facts. But they have not been able to show that "the learned trial judge made some palpable and overriding error which affected his assessment of the facts": *Stein et al. v. "Kathy K" et al. (The Ship)*, [1976] 2 S.C.R. 802, at page 808; 62 D.L.R. (3d) 1, at page 5. On the factual side, apart from the minor error I have noted in a footnote above, the Trial Judge's findings of fact were richly supported by the evidence, and therefore unassailable in this Court on the

machines, alors que le *Trillium* se préparait à accoster, l'abordage se serait fort probablement produit quand même. Il était raisonnablement prévisible à la fois que le navire ne stopperait pas à temps et que ces mesures auraient probablement été efficaces. Il s'ensuit que de ne pas les avoir prises constitue une négligence.

J'en conclus que le plaidoyer d'accident inévitable doit être rejeté et qu'il y a responsabilité des défendeurs pour l'abordage.

b LIMITATION DE RESPONSABILITÉ

Quand il s'agit de faire valoir une limitation de responsabilité, conformément aux dispositions de l'article 647 de la *Loi sur la Marine marchande du Canada*, il incombe clairement au propriétaire défendeur d'établir que l'abordage s'est produit sans sa faute ni son concours. C'est là un fardeau très lourd. Comme l'a dit le juge Ritchie dans l'arrêt *Stein et autres c. «Kathy K» et autres (Le navire)*, [1976] 2 R.C.S. 802, à la page 819; 62 D.L.R. (3d) 1, à la page 13:

L'obligation qui incombe aux propriétaires d'un navire est lourde et ils ne peuvent pas s'en acquitter en démontrant que leurs actes ne constituent pas [TRADUCTION] «l'unique cause ou la cause prochaine ou la cause principale» du malheureux accident.

En l'espèce, les défendeurs éprouvent essentiellement la même difficulté face à la question de la limitation de responsabilité que dans le cas de la question de l'accident inévitable. Puisque la cause de l'abordage n'a pas été établie, ils ne peuvent pas prouver que cet accident a eu lieu sans leur faute ni leur concours. Il a été établi, par une preuve considérable, qu'un certain degré de négligence ou de laxisme leur est imputable, ce qui leur interdit de se prévaloir de l'article 647 si cela est relié à la cause de l'abordage. Ces domaines où il a été établi qu'il fallait une surveillance et maîtrise adéquates visaient notamment l'absence de certaines consignes, d'instructions opérationnelles et d'autres directives de supervision ainsi que de certaines procédures administratives. Les demandeurs n'ont pas réussi, de toute évidence, à établir que ces questions étaient liées à la cause de l'accident, celle-ci étant toujours indéterminée. Mais, de même, les défendeurs n'ont pas été en mesure d'établir positivement, comme la loi les y oblige, qu'aucun de ces actes ou omissions n'a contribué en quoi que ce soit à l'accident. Il leur a donc été impossible de se décharger du fardeau de preuve que leur impose l'article 647 et ils ne sauraient, de ce fait, invoquer la limitation de responsabilité.

Dans leur exposé des faits et du droit, les contre-appellants se sont tout attachés à contester l'interprétation des faits par le juge de première instance. Mais ils ne sont pas parvenus à démontrer que «le juge du procès a commis une erreur manifeste et dominante qui a faussé son appréciation des faits»: *Stein et autres c. «Kathy K» et autres (Le navire)*, [1976] 2 R.C.S. 802, à la page 808; 62 D.L.R. (3d) 1, à la page 5. Si l'on fait exception de l'erreur d'importance secondaire que j'ai relevée dans un renvoi en bas de page ci-dessus, les conclusions de fait du juge de première instance sont

basis that the Trial Judge erred in finding that the adoption of safety measures would have forestalled the collision.

With respect to the legal question as to the foreseeability of the risk and the consequent necessity of precautions, the cross-appellants relied heavily on *Bolton v. Stone*, [1951] A. C. 850, where the House of Lords held that the risk of cricket balls being driven out of the ground on to an unfrequented public road and severely injuring a passerby was so small that a reasonable man would have been justified in taking no steps to eliminate it.

But *Bolton v. Stone* has now been put in context by the later Privy Council decision in *Overseas Tankship (U.K.) Ltd. v. Miller Steamship Co. Pty.*, [1967] 1 A.C. 617, at pages 642 and 643 (*The Wagon Mound No. 2*), where Lord Reid, who had also been one of the Law Lords delivering reasons for judgment in *Bolton v. Stone*, said (footnotes omitted):

But it does not follow that, no matter what the circumstances may be, it is justifiable to neglect a risk of such a small magnitude. A reasonable man would only neglect such a risk if he had some valid reason for doing so, e.g., that it would involve considerable expense to eliminate the risk. He would weigh the risk against the difficulty of eliminating it. If the activity which caused the injury to Miss Stone had been an unlawful activity, there can be little doubt but that *Bolton v. Stone* would have been decided differently. In their Lordships' judgment *Bolton v. Stone* did not alter the general principle that a person must be regarded as negligent if he does not take steps to eliminate a risk which he knows or ought to know is a real risk and not a mere possibility which would never influence the mind of a reasonable man. What that decision did was to recognise and give effect to the qualification that it is justifiable not to take steps to eliminate a real risk if it is small and if the circumstances are such that a reasonable man, careful of the safety of his neighbour, would think it right to neglect it.

On such an inquiry as to the magnitude of the risk foreseen, the facts will be decisive. In the case at bar, it seems clear that the risk identified by the Trial Judge as foreseeable was not that of a failure on the part of the *Trillium's* engine to reverse, as the cross-appellants argued, but rather that of a collision from whatever cause, a possibility which on the Trial Judge's view of the evidence the

amplement appuyées par la preuve. Elles ne peuvent donc pas être contestées devant la présente Cour au motif que son opinion, selon laquelle l'abordage aurait pu être évité par l'application de mesures de sécurité, serait erronée.

En ce qui concerne les questions de droit soulevées quant à la prévisibilité du risque et à la nécessité qui s'ensuit de prendre des précautions, les contre-appellants se sont surtout appuyés sur l'arrêt *Bolton v. Stone*, [1951] A. C. 850, dans lequel la Chambre des lords a statué que le risque qu'une balle de cricket soit frappée hors du jeu pour atteindre, en le blessant grièvement, un passant dans un chemin public peu fréquenté est tellement minime qu'un homme raisonnable serait justifié de n'avoir pris aucune mesure pour l'éliminer.

Le Conseil privé a toutefois ultérieurement nuancé son jugement dans *Bolton v. Stone* en rendant sa décision dans l'affaire *Overseas Tankship (U.K.) Ltd. v. Miller Steamship Co. Pty.*, [1967] 1 A.C. 617, aux pages 642 et 643 (*The Wagon Mound No. 2*). Lord Reid, qui avait également participé au jugement dans l'affaire *Bolton v. Stone*, a déclaré (sans les notes infra-paginales):

[TRADUCTION] Il ne s'ensuit pas cependant qu'il soit justifiable, en toute circonstance, de négliger un risque aussi minime soit-il. L'homme raisonnable ne négligerait un tel risque que pour de bonnes raisons, par exemple si son élimination impliquait des frais considérables. Il évaluerait le risque à la lumière des difficultés ainsi soulevées. Il est presque certain que l'issue de l'affaire *Bolton v. Stone* aurait été différente si l'activité dont mademoiselle Stone a été la victime avait été illégitime. À notre avis, l'arrêt *Bolton v. Stone* ne modifie pas le principe général selon lequel une personne fait preuve de négligence si elle ne prend pas des mesures pour éliminer un risque dont elle sait ou devrait savoir qu'il est bien réel et qu'il ne s'agit pas d'une simple possibilité qui ne saurait influencer l'esprit d'un homme raisonnable. Ce jugement n'a fait que reconnaître et appliquer la réserve selon laquelle il est justifiable de ne pas prendre de mesures pour éliminer un risque réel si ce dernier est minime et si les circonstances sont telles qu'un homme raisonnable, soucieux de la sécurité de son voisin, croirait légitime de le négliger.

Dans l'appréciation de l'ampleur du risque prévu, les faits sont déterminants. En l'espèce, il semble clair que le risque que le juge de première instance a considéré prévisible n'était pas que le moteur du *Trillium* ne se mette pas en marche arrière, comme l'ont soutenu les contre-appellants, mais plutôt qu'un abordage se produise, quelle qu'en soit la cause; d'après l'interprétation de la preuve

cross-appellants should have been aware of and should have regarded as real. This Court has no warrant to challenge those findings.

With respect to the defence of inevitable accident, the leading Canadian authority is *Rintoul v. X-Ray and Radium Industries Limited and Others*, [1956] S.C.R. 674, on which both parties and the Trial Judge relied. Cartwright J. (as he then was), in rejecting this defence where an automobile accident was caused by a brake failure, held that two matters had to be proved by the offending driver in order to make out the defence (at page 678):

These matters are (i) that the alleged failure of the service brakes could not have been prevented by the exercise of reasonable care on their part, and (ii) that, assuming that such failure occurred without negligence on the part of the respondents, Ouellette could not, by the exercise of reasonable care, have avoided the collision which he claims was the effect of such failure.

The cross-appellants admitted that they were not in a position to point to the specific cause of the accident here. They argued, however, that, where no specific cause of an accident can be found, but where they establish no negligence with respect to all possible causes of the accident, then the defence has been made out.

It is true that the learned Trial Judge did not explicitly refer to this alternative of negating all possible causes, but that cannot be considered too surprising in the light of the failure of the cross-appellants to call any evidence whatsoever as to the causes, actual or possible, of the collision. In these circumstances he must be taken to have implicitly found that the cross-appellants, on whom the onus of proof admittedly rested, had not satisfied him that they were not negligent with respect to every possible cause. Indeed, he found that they were actually negligent in not installing bow thrusters or a quick-release anchor system or a properly located voice communication system or a U-shaped finger dock and in not having the oiler in the engine room when the *Trillium* was approaching the dock. In my view, the Trial Judge applied the proper legal principles and his rejection

par le juge de première instance, les contre-appellants auraient dû être conscients de cette possibilité et la considérer comme réelle. La présente Cour n'a aucune raison de contester cette conclusion.

En ce qui a trait à la défense d'accident inévitable, les deux parties, de même que le juge de première instance, se sont appuyés sur l'arrêt de principe au Canada, *Rintoul v. X-Ray and Radium Industries Limited and Others*, [1956] R.C.S. 674. Le juge Cartwright (tel était alors son titre) a statué, en rejetant cette défense dans le cas d'un accident de voiture dû à une défaillance des freins, que le conducteur fautif devait établir deux éléments essentiels à la défense d'accident inévitable. Il s'est exprimé ainsi à la page 678:

Ces éléments sont: (i) qu'on n'aurait pas pu empêcher les freins de service de ne pas fonctionner par un entretien raisonnable, à leur charge, (ii) et que, même en présumant que cette panne n'est pas due à la négligence des intimés, Ouellette ne pouvait pas, dans l'exercice d'une prudence raisonnable, éviter la collision qui, prétend-il, résulte de cette panne.

Les contre-appellants ont admis qu'ils n'étaient pas en mesure d'identifier en l'espèce la cause précise de l'accident. Ils ont cependant soutenu qu'il y avait malgré tout lieu d'accepter la défense d'accident inévitable lorsque, en l'absence de conclusion quant à la cause précise de l'accident, il a été établi qu'il n'y avait eu aucune négligence liée à quelque cause que ce soit.

Il est vrai que le juge de première instance n'a pas fait explicitement mention de cette faculté qu'avaient les contre-appellants de repousser toutes les causes possibles. Mais cela se conçoit assez aisément compte tenu du fait que ces derniers n'ont présenté aucune preuve sur les causes, réelles ou possibles, de l'abordage. Dans les circonstances, il appert qu'aux yeux du juge les contre-appellants auxquels incombait, de l'aveu général, le fardeau de la preuve, n'ont pas réussi à démontrer qu'ils n'avaient pas été négligents quant à toutes les causes possibles de l'accident. En fait, il a conclu que les contre-appellants avaient été réellement négligents en n'installant pas de propulseurs d'étrave, de mécanisme de mouillage rapide, de système de communication en phonie placé dans un endroit adéquat, de bassin intérieur en forme de U et en n'obligeant pas le graisseur à rester dans la

of the defence of inevitable accident was supported by the evidence.

The final issue on the cross-appeal is the limitation of owner's liability provided for by section 647 of the *Canada Shipping Act* [R.S.C. 1970, c. S-9] where a collision occurs without his actual fault or privity. The relevant part of the section is as follows:

647. ...

(2) The owner of a ship, whether registered in Canada or not, is not, where any of the following events occur without his actual fault or privity, namely,

(d) where any loss or damage is caused to any property, other than property described in paragraph (b) [i.e. damage or loss to any goods merchandise or other things whatever on board the owner's ship], or any rights are infringed through

(i) the act or omission of any person, whether on board that ship or not, in the navigation or management of the ship, in the loading, carriage or discharge of its cargo or in the embarkation, carriage or disembarkation of its passenger, or

(ii) any other act or omission of any person on board that ship;

liable for damages beyond the following amounts, namely,

(f) in respect of any loss or damage to property or any infringement of any rights mentioned in paragraph (d), an aggregate amount equivalent to 1,000 gold francs for each ton of that ship's tonnage.

Metro claims, under this Act, the right to limit its liability to \$52,720.39.

In *The Ship "Kathy K"*, *supra*, at pages 819 S.C.R.; 13 D.L.R., Ritchie J. described the onus of proof for this defence as follows:

The burden resting on the shipowners is a heavy one and is not discharged by their showing that their acts were not "the sole or next or chief cause" of the mishap. As Viscount Haldane stated in *Standard Oil Co. of New York v. Clan Line Steamers, Ltd.* ([1924] A.C. 100), at p. 113:

... they must show that they were themselves in no way in fault or privy to what occurred.

salle des machines alors que le *Trillium* se préparait à accoster. À mon avis, le juge de première instance a appliqué les principes de droit qui s'imposaient et son rejet de la défense d'accident inévitable s'appuyait sur la preuve.

La dernière question en litige dans le présent contre-appel concerne la limitation de la responsabilité du propriétaire lorsque l'abordage s'est produit sans sa faute ni son concours, conformément à l'article 647 de la *Loi sur la marine marchande du Canada* [S.R.C. 1970, chap. S-9] dont voici les extraits pertinents:

647. ...

(2) Le propriétaire d'un navire, immatriculé ou non au Canada, n'est pas, lorsque l'un quelconque des événements suivants se produit sans qu'il y ait faute ou complicité réelle de sa part, savoir:

d) avarie ou perte de biens, autres que ceux qui sont mentionnés à l'alinéa b) [c.-à-d. avarie ou perte de marchandises, d'objets ou autres choses à bord du navire], ou violation de tout droit

(i) par l'acte ou l'omission de toute personne, qu'elle soit ou non à bord du navire, dans la navigation ou la conduite du navire, le chargement, le transport ou le déchargement de sa cargaison, ou l'embarquement, le transport ou le débarquement de ses passagers, ou

(ii) par quelque autre acte ou omission de la part d'une personne à bord du navire;

f) responsable des dommages-intérêts au-delà des montants suivants, savoir:

f) à l'égard de toute avarie ou perte de biens ou de toute violation des droits dont fait mention l'alinéa d), un montant global équivalent à 1,000 francs-or pour chaque tonneau de jauge du navire.

En vertu de cette Loi, la Communauté prétend que sa responsabilité doit se limiter à 52 720,39 \$.

Dans l'arrêt *Le navire «Kathy K»*, précité, aux pages 819 R.C.S.; 13 D.L.R., le juge Ritchie décrit ainsi le fardeau de la preuve incombant à la défense:

L'obligation qui incombe aux propriétaires d'un navire est lourde et ils ne peuvent pas s'en acquitter en démontrant que leurs actes ne constituent pas [TRADUCTION] «l'unique cause ou la cause prochaine ou la cause principale» du malheureux accident. Comme l'a souligné le vicomte Haldane dans *Standard Oil Co. of New York v. Clan Line Steamers, Ltd.* ([1924] A.C. 100), à la p. 113:

[TRADUCTION] ... ils doivent démontrer que l'événement s'est produit sans qu'il y ait faute ou complicité de leur part.

The cross-appellants again admitted that they could not establish a specific cause but contended that they had shown an absence of negligence in relation to all possible causes. Again, however, this flies in the face of the facts as found by the Trial Judge, who found actual negligence on the part of the cross-appellants in their failure to take precautions in the light of previous events, and was supported by the evidence in so finding.

In the result, I would dismiss the cross-appeal.

* * * * *

At trial, the appellants as plaintiffs alleged that the sinking of the *Normac* on June 16, 1981 was caused by the collision two weeks earlier. The respondents took the position that the appellants had failed to prove any causal connection and also pleaded *novus actus interveniens*.

There was no direct evidence as to the cause of the sinking and the Trial Judge rejected the appellants' two theories accounting for it: (1) that the fish plate extension of the *Trillium's* forward rudder struck the *Normac* below the water line just before its bow struck the shell plating above the rubrail, or (2) that the shock of the collision was somehow transmitted to some other parts of the hull plating and caused leaking in undetectable places. He was more impressed by the respondents' theory that water entered through the stern tube gland of the propeller shaft, which was packed with hemp lubricated with tallow and had not been examined in twelve years. About this theory he said (Appeal Book, Appendix 1, page 54):

Although there is no direct evidence to establish that water did in fact enter through the stern tube gland, and the explanation remains a theory, it is, nevertheless, the only explanation of the sinking which is consistent with all of the factual evidence and with the series of occurrences related by the witnesses as to what happened on the 16th of June.

Nevertheless, he found it unnecessary to decide the actual cause in the light of the appellants' failure to satisfy the burden of proof which rested

Les contre-appellants, rappelons-le, ont admis qu'ils ne pouvaient pas établir la cause précise de l'accident mais affirment qu'ils avaient démontré l'absence de négligence en rapport avec toutes les causes possibles. Cependant, encore une fois, cette prétention contredit les conclusions de fait mêmes du juge de première instance qui a statué, à la lumière de la preuve recueillie, que les contre-appellants avaient effectivement fait preuve de négligence en ne prenant pas les précautions que leur dictaient les expériences antérieures.

Pour ces motifs, je rejeterais le contre-appel.

* * * * *

À l'instance, les appelants, qui étaient alors demandeurs, ont soutenu que le naufrage du *Normac*, le 16 juin 1981, avait été causé par l'abordage survenu deux semaines auparavant. Les intimés ont soutenu pour leur part que les appelants n'étaient parvenus à prouver aucun rapport causal et qu'au surplus, il y avait eu *novus actus interveniens*.

Aucune preuve directe de la cause du naufrage n'a été présentée à l'instance et le juge a rejeté les deux théories qu'ont avancées les appelants à cet égard: (1) la tôle de rallonge jumelée du safran avant du *Trillium* aurait heurté le *Normac* en-dessous de la ligne de flottaison, juste avant que l'étrave du *Trillium* ne heurte les tôles du bordé de la coque au-dessus du liston; ou encore (2) le choc de l'abordage a été transmis, de quelque manière, à d'autres parties du bordé et aurait provoqué des voies d'eau en des endroits qui n'ont pu être détectés. Le juge s'est montré plus impressionné par la théorie des intimés selon laquelle l'eau se serait engouffrée par la boîte de bourrage du tube de sortie de l'arbre de propulsion; cette boîte était bourrée de chanvre, lubrifiée avec du suif, et n'avait fait l'objet d'aucune inspection depuis douze ans. Voici ce qu'il en dit (Dossier d'appel, annexe 1, page 54):

Quoiqu'il n'existe pas de preuve directe démontrant que l'eau s'est effectivement engouffrée par la boîte de bourrage du tube d'arbre et que cette explication demeure une théorie, c'est néanmoins la seule explication du naufrage qui soit compatible avec tous les faits prouvés et avec la série d'événements qui, d'après les témoins, se sont produits le 16 juin.

Le juge de première instance a néanmoins jugé inutile de décider de la cause réelle du naufrage, les appelants n'ayant pas réussi, selon lui, à se

on them. Alternatively, he accepted the principle of *novus actus interveniens* advanced by the respondents (Appeal Book, Appendix 1, pages 54-56):

Whatever might be the actual cause of the sinking of the *Normac* the plaintiffs have, for the above reasons, failed to establish it and to establish a causal link between the collision and the sinking itself. Where liability for a collision has been established by a plaintiff, he must also establish, on a balance of probabilities, that all the damages for which he claims compensation resulted from the actual collision.

Even, if by reason of a coincidence in time or for some other motive, one might possibly be prepared to establish some relation between the collision and the actual sinking, the failure of the plaintiff Letnik to take what I consider to be the most elementary precautions, which failure undoubtedly resulted in the sinking, would bring into play the principle of *novus actus interveniens*.

I have already commented to some extent on these elementary precautions which, among other things, include:

1. failure to close the vent holes;
2. failure to place extra bilge pumps aboard and to install a stern bilge pump;
3. failure to maintain a 24 hour watch with instructions to ensure that the ship was not taking on water;
4. failure to test or examine the bilge pump and the pump well periodically.

From a practical point of view, since the conduct of the plaintiff Letnik was so far removed from being reasonable, any chain of causation attributable to the original impact must be considered as effectively broken. The failure of the plaintiffs, in my view, goes well beyond the situation where the court might find negligence on the part of the plaintiffs which merely contributes to the occurrence and therefore leads to an apportionment of the blame. The link between liability for the original collision and the actual sinking would be much too remote and be considered as broken by the acts or omissions of the plaintiff.

Although the principle of *novus actus interveniens* is normally applied where the intervening cause is attributable to the act of a third party it is also applicable where it is that of the plaintiff himself. Furthermore, even through the word "*actus*" would seem to imply misfeasance as opposed to nonfeasance, the principle does apply where a failure to act has caused the damage and the failure is totally beyond what might ordinarily be expected. The chain of causation is then considered as broken. The failure would, in the circumstances of the present case, be considered as the real effective cause as the conduct of the plaintiff Letnik can indeed be qualified as blameworthy, unreasonable or unwarranted. It amounts in effect to foolhardiness which would preclude one from considering the sinking of the *Normac* as a natural and direct consequence of the collision. (See *The Paludina* (1924), 20 Ll. L. Rep. 223 (C.A.), aff'd (1926), 25 Ll. L. Rep. 281, as to captain's failure to stop engines where ship was set adrift following a collision; *The Fritz Thyssen*, [1968] P. 255, aff'd [1967] 2 Lloyd's Rep. 199 (C.A.), as to refusal to accept aid; and *The Fogo*, [1967] 2 Lloyd's Rep. 208 (Adm. Div.), as to failure to arrange for tugs

décharger de leur fardeau de la preuve. À titre subsidiaire, il a retenu l'application du principe *novus actus interveniens* qu'invocaient les intimés (Dossier d'appel, annexe 1, pages 54-56):

- a Quelle que soit la cause réelle du naufrage du *Normac*, les demandeurs n'ont pas, pour les raisons données ci-dessus, réussi à l'établir ni à démontrer l'existence d'un lien de causalité entre l'abordage et le naufrage lui-même. Une fois la responsabilité de l'abordage établie par un demandeur, celui-ci doit encore prouver, d'après la prépondérance des probabilités, que tous les dommages pour lesquels il demande réparation résultent effectivement de l'abordage.

b Même si, à cause de la coïncidence dans le temps ou pour un quelconque autre motif, l'on pouvait être prêt à faire un lien entre l'abordage et le naufrage proprement dit, le demandeur Letnik, en ne prenant pas les précautions, à mon avis, les plus élémentaires, ce qui a sans doute aucun entraîné le naufrage, fait intervenir le principe *novus actus interveniens*.

c J'ai déjà commenté dans une certaine mesure ces précautions élémentaires, lesquelles comprenaient, entre autres:

- d 1. Ne pas avoir fermé les bouches d'aération;
2. Ne pas avoir placé de pompes de cale supplémentaires à bord ni de pompe de cale arrière;
3. Ne pas avoir assuré une veille de 24 heures avec instructions de s'assurer que le navire ne faisait pas eau;
- e 4. Ne pas avoir vérifié ni examiné périodiquement la pompe de cale ni son puits.

D'un point de vue pratique, puisque la conduite du demandeur Letnik était à ce point peu raisonnable, toute chaîne de causalité attribuable à l'impact initial doit être considérée comme effectivement rompue. La carence des demandeurs dépasse, et de loin, à mon avis, le cas où la Cour pourrait conclure à une faute de leur part qui soit purement contributive et qui conduise, par conséquent, au partage de la responsabilité. Le lien entre la responsabilité de l'abordage initial et le naufrage effectif est beaucoup trop lointain et doit être considéré comme rompu par les actes ou les omissions du demandeur.

g Bien que le principe du *novus actus interveniens* s'applique normalement quand la cause qui intervient peut être attribuée au fait d'un tiers, il est aussi applicable lorsqu'il s'agit du fait du demandeur même. En outre, bien que le terme "*actus*" semble indiquer qu'il faut qu'il y ait fait dommageable, par opposition à une omission dommageable, le principe s'applique aussi lorsque l'omission d'agir a causé le dommage et que cette omission est fort en deçà de ce à quoi on pourrait s'attendre. On considère alors la chaîne de causalité comme rompue. Dans les circonstances de l'espèce, cette omission doit être considérée comme la cause réelle et effective du dommage, car la conduite du demandeur Letnik peut, en vérité, être qualifiée de répréhensible, de déraisonnable ou d'injustifiée. Elle se rapproche en fait de la témérité; ce qui interdit de considérer le naufrage du *Normac* comme une conséquence naturelle de l'abordage. (Voir *The Paludina* (1924), 20 Ll. L. Rep. 223 (C.A.), confirmé par (1926), 25 Ll. L. Rep. 281, à propos de l'omission d'un capitaine qui n'avait pas stoppé ses machines alors que son navire dérivait après un abordage; *The Fritz Thyssen*, [1968] P. 255, confirmé par [1967] 2 Lloyd's Rep. 199 (C.A.), à

to beach vessel following collision; and finally *The Hermes*, [1969] 1 Lloyd's Rep. 425 (Can. Ex.Ct.) where there was a failure of the captain of the plaintiff's ship to beach it.)

For the above reasons I conclude that the defendants are not liable at law for the sinking of the *Normac* and are not obliged to compensate the plaintiffs for any damages resulting therefrom.

On appeal the appellants' principal argument was that the Trial Judge erred in law in holding that the onus of establishing the causal connection between the collision and the sinking rested on them. They contended rather that, on the basis of the decision of the House of Lords in *McGhee v National Coal Board*, [1972] 3 All ER 1008, the onus of negating a causal connection fell on the respondents. (Since he did not refer to it in his reasons for decision, I assume that this authority was not cited to the Trial Judge.)

In the *McGhee* case the "pursuer" (in Scots law, "plaintiff" at common law) contracted dermatitis while employed by the defender to clean out brick kilns, and it was admitted that the dermatitis was caused by the dusty working conditions in the kilns. Because of the defendant's failure to supply showers at the work site, as was common in the industry, the pursuer had to bicycle home after work caked with sweat and grime, and both at trial and on appeal it was found that the employer was negligent in not providing adequate washing facilities. Nevertheless, in the absence of medical evidence that dermatitis would not have occurred had showers been provided, both the Trial Judge and the Court of Appeal held that the pursuer's action failed because he had not shown that the breach of duty had caused or materially contributed to his injury.

The House of Lords unanimously allowed the appeal, and only Lord Kilbrandon did so by reversing on the facts and finding that the pursuer had succeeded in showing that his injury had been caused or contributed to by his employer's breach of duty. Lord Wilberforce went the furthest in explicitly proposing the reversal of the onus of proof (at pages 1012-1013):

propos du refus d'accepter de l'aide; et *The Fogo*, [1967] 2 Lloyd's Rep. 208 (Adm. Div.), où l'on n'avait pas organisé le remorquage du navire pour le jeter à la côte après un abordage; et, enfin, *The Hermes*, [[1969] 1 Lloyd's Rep. 425 (C. de l'É. Can.), où le capitaine du navire de la demanderesse ne l'avait pas jeté à la côte).

a Par les motifs ci-dessus, je conclus que les défendeurs ne sont pas, en droit, responsables du naufrage du *Normac* et qu'ils n'ont pas l'obligation de dédommager les demandeurs de tout préjudice causé par cet accident.

b En appel, les appelants ont principalement avancé que le juge de première instance a erré en droit en statuant qu'il leur incombait de faire la preuve du lien de causalité entre l'abordage et le naufrage. Ils ont prétendu, en se fondant sur la décision de la Chambre des lords dans l'arrêt *McGhee v National Coal Board*, [1972] 3 All ER 1008, qu'il appartenait au contraire aux intimés de prouver l'absence de ce lien. (Puisque le juge de première instance ne se réfère pas à cette décision dans les motifs de son jugement, je présume qu'elle ne lui a pas été citée.)

e Dans cette affaire, le «poursuivant» (en droit écossais, «demandeur» en *common law*) avait contracté une dermatite au service du défendeur qui l'avait engagé pour nettoyer des fours à briques. Il était admis que la cause de cette dermatite était la poussière du milieu ambiant. Comme le défendeur n'avait pas installé de douches sur les lieux, contrairement à la pratique courante dans l'industrie, le poursuivant devait rentrer chez lui à bicyclette après son travail, couvert de sueur et de poussière. Tant en première instance qu'en appel, la négligence de l'employeur à ne pas fournir les douches appropriées a été établie. Mais faute d'une preuve médicale montrant que la dermatite ne serait pas apparue s'il y avait eu des douches, le juge de première instance et la Cour d'appel ont rejeté l'action au motif que le poursuivant n'avait pas établi que le manquement à un devoir avait causé le préjudice ou y avait contribué substantiellement.

i La Chambre des lords a accueilli l'appel à l'unanimité, lord Kilbrandon étant le seul à se fonder sur une question de faits pour conclure que le poursuivant avait effectivement réussi à prouver que le manquement de son employeur avait causé sa maladie ou y avait contribué. C'est lord Wilberforce qui est allé le plus loin en proposant explicitement, aux pages 1012-1013, le renversement du fardeau de la preuve:

My Lords, I agree with the judge below to the extent that merely to show that a breach of duty increases the risk of harm is not, in abstracto, enough to enable the pursuer to succeed. He might, on this basis, still be met by successful defences. Thus, it was open to the respondents, while admitting, or being unable to contest that their failure had increased the risk, to prove, if they could, as they tried to do, that the appellant's dermatitis was 'non-occupational'.

But the question remains whether a pursuer must necessarily fail if, after he has shown a breach of duty, involving an increase of risk of disease, he cannot positively prove that this increase of risk caused or materially contributed to the disease while his employers cannot positively prove the contrary. In this intermediate case there is an appearance of logic in the view that the pursuer, on whom the onus lies, should fail—a logic which dictated the judgments below. The question is whether we should be satisfied in factual situations like the present, with this logical approach. In my opinion, there are further considerations of importance. First, it is a sound principle that where a person has, by breach of duty of care, created a risk, and injury occurs within the area of that risk, the loss should be borne by him unless he shows that it had some other cause. Secondly, from the evidential point of view, one may ask, why should a man who is able to show that his employer should have taken certain precautions, because without them there is a risk, or an added risk, of injury or disease, and who in fact sustains exactly that injury or disease, have to assume the burden of proving more: namely, that it was the addition to the risk, caused by the breach of duty, which caused or materially contributed to the injury? In many cases of which the present is typical, this is impossible to prove, just because honest medical opinion cannot segregate the causes of an illness between compound causes. And if one asks which of the parties, the workman or the employers should suffer from this inherent evidential difficulty, the answer as a matter in policy or justice should be that it is the creator of the risk who, *ex hypothesi*, must be taken to have foreseen the possibility of damage who should bear its consequences.

The present factual situation has its differences: the default here consisted not in adding a material quantity to the accumulation of injurious particles but by failure to take a step which materially increased the risk that the dust already present would cause injury. And I must say that, at least in the present case, to bridge the evidential gap by inference seems to me something of a fiction, since it was precisely this inference which the medical expert declined to make. But I find in the cases quoted an analogy which suggests the conclusion that, in the absence of proof that the culpable condition had, in the result, no effect, the employers should be liable for an injury, squarely within the risk which they created and that they, not the pursuer, should suffer the consequence of the impossibility, foreseeably inherent in the nature of his injury, of segregating the precise consequence of their default.

[TRADUCTION] Vos seigneuries, je partage l'avis du juge de première instance que le simple fait de prouver qu'un manquement à un devoir accroît les risques de préjudice ne suffit pas, sur le plan abstrait, à donner gain de cause au poursuivant. D'autres moyens de défense pourraient encore faire échec à sa demande. Ainsi, tout en admettant ou en étant incapable de contester le fait que leur omission avait accru le risque, les intimés pouvaient toujours prouver, comme ils ont d'ailleurs tenté de le faire, que la dermatite de l'appellant «n'était pas d'origine industrielle».

Il reste toutefois à se demander si une action doit obligatoirement être rejetée lorsque le demandeur, ayant prouvé un manquement qui augmente le risque d'une maladie, ne peut établir positivement que cet accroissement du risque a causé la maladie ou y a substantiellement contribué et que ses employeurs ne peuvent établir positivement le contraire. Dans une telle situation limite, la logique semble indiquer que l'action du demandeur devrait être rejetée, puisqu'il a le fardeau de la preuve; c'est la logique qui a prévalu dans les jugements des instances inférieures. La question consiste à se demander si cette approche logique est satisfaisante dans des circonstances comme celle-ci. Il existe à mon avis d'autres considérations importantes. Premièrement, il est juste que si une personne, en manquant à son devoir de prudence, crée un risque, et qu'un préjudice survient dans l'aire du risque, elle en assume la responsabilité, à moins qu'elle puisse prouver que le préjudice résulte d'une autre cause. Deuxièmement, sur le plan de la preuve, on pourrait se demander pourquoi la personne qui démontre que son employeur aurait dû prendre certaines précautions, sans lesquelles il existe un risque, ou un risque accru, de lésions ou de maladie, et qui subit précisément ces lésions ou cette maladie, devrait être tenue de prouver plus, savoir que c'est le risque accru par le manquement au devoir de prudence qui a causé le préjudice ou y a substantiellement contribué? Dans de nombreux cas, dont l'espèce constitue un exemple type, cela est impossible à prouver, tout simplement parce qu'il est médicalement impossible de départager les causes d'une maladie lorsqu'elles sont multiples. Et si l'on se demande quelle partie, du travailleur ou des employeurs, doit subir les conséquences de cette difficulté intrinsèque de preuve, on doit répondre qu'en toute justice ce devrait être l'auteur du risque qui, en principe, est censé avoir prévu la possibilité du préjudice.

Les circonstances de l'espèce présentent certes des différences: le manquement dont il est question ici a consisté, non pas dans l'augmentation sensible de la quantité de particules nuisibles, mais bien dans l'omission de prendre une mesure qui a accru de façon importante le risque de préjudice dû à la présence de poussières. Et du moins en l'espèce, je dois dire que la possibilité de combler la lacune de preuve par déduction me semble tenir de la fiction puisque c'est précisément cette déduction que les experts médicaux refusent de faire. Mais, par analogie avec la jurisprudence citée, j'en viens à la conclusion qu'en l'absence de preuve que la condition incriminée n'a produit aucun effet, l'employeur doit assumer la responsabilité du préjudice survenu clairement dans les limites du risque qu'il a créé, et que c'est à lui et non au poursuivant, de subir les conséquences de l'impossibilité, sans doute inhérente à la nature du préjudice, d'identifier précisément le résultat de son manquement.

Lord Reid favoured "a broader view of causation . . . based on the practical way in which the ordinary man's mind works in the every-day affairs of life" (at page 1011):

I think that in cases like this we must take a broader view of causation. The medical evidence is to the effect that the fact that the man had to cycle home caked with grime and sweat added materially to the risk that this disease might develop. It does not and could not explain just why that is so. But experience shews that it is so. Plainly that must be because what happens while the man remains unwashed can have a causative effect, although just how the cause operates is uncertain. I cannot accept the view expressed in the Inner House that once the man left the brick kiln he left behind the causes which made him liable to develop dermatitis. That seems to me quite inconsistent with a proper interpretation of the medical evidence. Nor can I accept the distinction drawn by the Lord Ordinary between materially increasing the risk that the disease will occur and making a material contribution to its occurrence.

There may be some logical ground for such a distinction where our knowledge of all the material factors is complete. But it has often been said that the legal concept of causation is not based on logic or philosophy. It is based on the practical way in which the ordinary man's mind works in the every-day affairs of life. From a broad and practical viewpoint I can see no substantial difference between saying that what the respondents did materially increased the risk of injury to the appellant and saying that what the respondents did made a material contribution to his injury.

Lord Salmon emphasized the senselessness of exonerating an employer who had materially increased the risk of his employee's contracting dermatitis (at page 1018, footnotes omitted):

Suppose . . . it could be proved that men engaged in a particular industrial process would be exposed to a 52 per cent risk of contracting dermatitis even when proper washing facilities were provided. Suppose it could also be proved that that risk would be increased to, say, 90 per cent when such facilities were not provided. It would follow that if the decision appealed from is right, an employer who negligently failed to provide the proper facilities would escape from any liability to an employee who contracted dermatitis notwithstanding that the employers had increased the risk from 52 per cent to 90 per cent. The negligence would not be a cause of the dermatitis because even with proper washing facilities, i.e. without the negligence, it would still have been more likely than not that the employee would have contracted the disease—the risk of injury then being 52 per cent. If, however, you substitute 48 per cent for 52 per cent the employer could not escape liability, not even if he had increased the risk to, say, only 60 per cent. Clearly such results would not make sense; nor would they, in my view, accord with the common law.

Lord Reid est en faveur d'une [TRADUCTION] «conception plus large de la causalité . . . fondée sur la façon dont raisonne en pratique l'homme moyen dans sa vie quotidienne» (à la page 1011):

^a [TRADUCTION] Dans un cas comme celui-ci, j'estime que nous devons adopter une conception plus large de la causalité. D'après la preuve médicale, le fait que l'homme devait retourner chez lui à bicyclette, la peau couverte de poussière et de sueur, a accru substantiellement le risque que la maladie se déclare. Cette preuve ne permet pas d'expliquer précisément pourquoi il en est ainsi. Mais l'expérience nous enseigne que cela se produit effectivement. En clair, il appert que le phénomène qui se produit pendant que l'homme reste couvert de poussière a un effet causal, bien que la façon dont cette cause opère demeure incertaine. Je ne saurais me rendre à l'avis de la Inner House et conclure qu'une fois sorti du four à briques, l'homme n'est plus soumis aux causes qui le rendent susceptible d'attraper une dermatite. Cette opinion me semble plutôt incompatible avec une interprétation juste de la preuve médicale. Je ne puis davantage accepter la distinction établie par le lord titulaire entre le fait d'accroître sensiblement le risque de maladie et le fait d'y contribuer substantiellement.

^d Il peut sembler logique d'établir une telle distinction lorsque tous les faits pertinents sont connus. Mais on a souvent dit que le concept juridique de causalité n'est pas fondé sur la logique ou la philosophie. Il est fondé sur la façon dont raisonne en pratique l'homme moyen dans sa vie quotidienne. D'un point de vue large et pratique, je ne vois aucune différence importante entre le fait de dire que les intimés ont accru sensiblement le risque de préjudice chez l'appellant et celui d'affirmer qu'ils y ont contribué de façon substantielle.

^f Lord Salmon insiste quant à lui sur l'aberration consistant à exonérer l'employeur qui a sensiblement accru le risque que son employé contracte une dermatite (à la page 1018, sans les notes infra-paginales):

^g [TRADUCTION] Supposons . . . qu'il puisse être prouvé qu'en œuvrant à un procédé industriel donné, les travailleurs courent le risque à 52 % de contracter une dermatite, même en disposant des installations sanitaires appropriées. Supposons qu'il puisse être également démontré que le risque augmenterait, disons, à 90 % si de telles installations n'étaient pas fournies. Il s'ensuivrait, si le jugement dont appel est fondé, que l'employeur qui néglige de fournir les installations adéquates échapperait à toute responsabilité envers l'employé ayant contracté une dermatite et ce, nonobstant le fait qu'il ait augmenté le taux de risque de 52 à 90 %. Ainsi, la négligence ne serait pas la cause de la dermatite puisque, les installations eussent-elles été adéquates, c'est-à-dire en l'absence de négligence à cet égard, la probabilité que l'employé ait contracté la maladie serait de toute façon plus élevée—le risque de lésion restant à 52 %. Si toutefois ce taux passait de 52 à 48 %, l'employeur ne pourrait pas alors échapper à sa responsabilité, même en ayant accru le risque, par hypothèse, à seulement 60 %. Évidemment, pareil résultat n'aurait aucun sens; et à mon avis, il ne serait pas davantage compatible avec la *common law*.

I think that the approach by the courts below confuses the balance of probability test with the nature of causation. Moreover, it would mean that in the present state of medical knowledge and in circumstances such as these (which are by no means uncommon) an employer would be permitted by the law to disregard with impunity his duty to take reasonable care for the safety of his employees.

My Lords, I would suggest that the true view is that, as a rule, when it is proved, on a balance of probabilities, that an employer has been negligent and that his negligence has materially increased the risk of his employee contracting an industrial disease, then he is liable in damages to that employee if he contracts the disease notwithstanding that the employer is not responsible for other factors which have materially contributed to the disease: *Bonnington Castings Ltd v Wardlaw* and *Nicholson v Atlas Steel Foundry & Engineering Co Ltd*. I do not find the attempts to distinguish those authorities from the present case at all convincing.

In the circumstances of the present case, the possibility of a distinction existing between (a) having materially increased the risk of contracting the disease, and (b) having materially contributed to causing the disease may no doubt be a fruitful source of interesting academic discussions between students of philosophy. Such a distinction is, however, far too unreal to be recognised by the common law. I would accordingly allow the appeal.

Lord Simon of Glaisdale summed up the case this way (at page 1015):

To hold otherwise would mean that the respondents were under a legal duty which they could, in the present state of medical knowledge, with impunity ignore.

It is immediately apparent from these speeches that the majority of the Law Lords were reacting strongly against an overly logical conception of factual causation in favour of a more practical, common-sense approach, where there is an inherent evidentiary gap which would otherwise have been fatal to the plaintiff's case.

It is true that only Lord Wilberforce explicitly reversed the burden of proof, but I believe it is fair to conclude that by refusing to distinguish between materially increasing the risk and materially contributing to the injury, Lord Reid, Lord Simon of Glaisdale and Lord Salmon were effectively taking the same position, since one can hardly suppose that they wished to hold the defendants liable even if they could disprove negligence. Moreover, the interpretation I propose is in accordance with that of the five Canadian appellate courts which have followed the *McGhee* decision: *Powell v. Guttman et al.* (1978), 89 D.L.R. (3d) 180; [1978] 5

J'estime que les cours inférieures ont confondu dans leur approche le critère de la prépondérance des probabilités et le lien de causalité. Au surplus, cette approche signifierait qu'en l'état actuel de la science médicale et dans les mêmes circonstances que celles-ci (qui sont loin d'être exceptionnelles), un employeur aurait légalement droit de manquer en toute impunité à son devoir de prendre les mesures nécessaires à la sécurité de ses employés.

Il conviendrait, ce me semble, d'adopter la règle suivante: lorsqu'il est prouvé, selon la prépondérance des probabilités, qu'un employeur a été négligent et que sa négligence a substantiellement accru le risque que son employé contracte une maladie industrielle, il est alors responsable envers cet employé, nonobstant le fait que d'autres facteurs, dont il n'était pas responsable, aient pu sensiblement contribuer à la maladie: *Bonnington Castings Ltd v Wardlaw* et *Nicholson v Atlas Steel Foundry & Engineering Co Ltd*. Les tentatives faites pour distinguer cette jurisprudence de l'espèce ne m'ont pas du tout convaincu.

Dans les circonstances de l'espèce, toute possibilité d'établir une distinction entre (a) le fait d'avoir accru substantiellement le risque de contracter la maladie et (b) le fait d'avoir substantiellement contribué à causer la maladie représente certes une fructueuse possibilité de discussions théoriques pour étudiants de philosophie. Cependant, une telle distinction ne tient pas suffisamment compte de la réalité pour être reconnue par la *common law*. En conséquence, je rejetterais l'appel.

Enfin, lord Simon of Glaisdale résume ainsi le litige (à la page 1015):

[TRADUCTION] Statuer autrement reviendrait à affirmer que les intimés avaient un devoir légal dont ils pouvaient, en toute impunité, dans l'état actuel de la conscience médicale, ne tenir aucun compte.

Il ressort d'emblée de la majorité de leur discours que les membres juristes de la Chambre des lords ont fortement réagi contre une conception trop logique de la causalité de fait, et qu'ils ont favorisé une approche plus pragmatique, guidée par le bon sens, dans les situations où une lacune intrinsèque de preuve serait autrement fatale à la demande.

Il est vrai que lord Wilberforce est le seul à opérer explicitement un renversement du fardeau de la preuve, mais je crois qu'il est juste de conclure qu'en rejetant la distinction entre augmentation substantielle du risque et contribution sensible au préjudice, lord Reid, lord Simon of Glaisdale et lord Salmon ont en fait adopté la même position, d'autant plus que personne n'oserait présumer qu'ils auraient tenu les défendeurs responsables si ces derniers avaient pu faire la preuve de leur absence de négligence. En outre, cette interprétation est celle de cinq Cours d'appel du Canada qui ont suivi l'arrêt *McGhee: Powell v. Guttman et al.*

W.W.R. 228; 6 C.C.L.T. 183 (Man. C.A.); *Dalpe v. City of Edmundston* (1979), 25 N.B.R. (2d) 102 (S.C. App. Div.); *Re Workers' Compensation Appeal Board and Penney* (1980), 112 D.L.R. (3d) 95; (1980), 38 N.S.R. (2d) 623 (S.C. App. Div.); *Newsco Well Service Ltd. v. Canadian Propane Gas & Oil Ltd. et al.* (1981), 122 D.L.R. (3d) 228; (1981), 7 Sask. R. 291; 16 C.C.L.T. 23 (C.A.); *Delaney v. Cascade River Holidays Ltd.* (1983), 44 B.C.L.R. 24; 24 C.C.L.T. 6 (C.A.).

In Lord Wilberforce's view, then, an onus shift should occur (1) where a person has by breach of duty of care created a risk, (2) where injury occurs within the area of that risk, and (3) where there is an evidential gap which prevents the plaintiff from proving that the negligence caused the loss.

In argument both parties took the position that *McGhee* is good law, but they disagreed as to its applicability to the instant facts, particularly in respect to Lord Wilberforce's second and third principles.

In my own view, in *McGhee*, the House of Lords went well beyond the previous precedent in *Cook v. Lewis*, [1951] S.C.R. 830; [1952] 1 D.L.R. 1. In that case, where injury occurred when two hunters fired simultaneously, the Supreme Court of Canada affirmed the British Columbia Court of Appeal in setting aside the finding of the jury exculpating both defendants from negligence, holding that in such circumstances the burden of proof had shifted to the defendants. Cartwright J. for the majority declared that if the jury found themselves unable to decide which of the two shot the plaintiff, because in their opinion both shot negligently in his direction, both defendants should be found liable. I adopt the two distinctions pointed out by Professor Ernest J. Weinrib, "A Step Forward in Factual Causation" (1975), 38 *Modern L. Rev.* 518. The first distinction is as follows (at page 524):

In contrast to *Cook v. Lewis* where one can be certain that the plaintiff was injured through the commission of a tort complete

(1978), 89 D.L.R. (3d) 180; [1978] 5 W.W.R. 228; 6 C.C.L.T. 183 (C.A. Man.); *Dalpe v. City of Edmundston* (1979), 25 N.B.R. (2d) 102 (C.S. Div. d'appel); *Re Workers' Compensation Appeal Board and Penney* (1980), 112 D.L.R. (3d) 95; (1980), 38 N.S.R. (2d) 623 (C.S. Div. d'appel); *Newsco Well Service Ltd. v. Canadian Propane Gas & Oil Ltd. et al.* (1981), 122 D.L.R. (3d) 228; (1981), 7 Sask. R. 291; 16 C.C.L.T. 23 (C.A.); *Delaney v. Cascade River Holidays Ltd.* (1983), 44 B.C.L.R. 24; 24 C.C.L.T. 6 (C.A.).

D'après lord Wilberforce, le déplacement du fardeau de la preuve devrait ainsi se produire (1) lorsqu'en manquant à son devoir de diligence une personne crée un risque, (2) lorsque le préjudice survient dans l'aire de ce risque et (3) qu'une lacune dans la preuve empêche le demandeur de prouver que la négligence a causé le dommage.

Au cours du débat, les deux parties ont convenu du bien-fondé de l'arrêt *McGhee* mais elles ont soutenu des thèses opposées quant à sa pertinence à l'égard des faits de l'espèce, surtout en ce qui concerne les deux derniers principes qu'a énoncés lord Wilberforce.

À mon avis, la Chambre des lords dans l'arrêt *McGhee* est allée beaucoup plus loin que dans l'affaire *Cook v. Lewis*, [1951] R.C.S 830; [1952] 1 D.L.R. 1, à propos de deux chasseurs qui avaient blessé une personne en faisant feu simultanément. La Cour suprême du Canada a confirmé le jugement de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique qui annulait la conclusion d'un jury disculpant les deux défendeurs de négligence, en statuant que dans les circonstances le fardeau de la preuve était passé à ces derniers. Au nom de la majorité, le juge Cartwright a statué que les deux défendeurs devaient être tenus responsables puisque les jurés, tout en étant incapables de déterminer lequel des chasseurs avait atteint le demandeur, étaient néanmoins d'avis que tous deux avaient fait preuve de négligence en faisant feu dans sa direction. Je fais miennes les deux distinctions qu'a fait ressortir le professeur Ernest J. Weinrib dans son article «*A Step Forward in Factual Causation*» (1975), 38 *Modern L. Rev.* 518. En premier lieu, fait-il observer à la page 524:

[TRADUCTION] Contrairement à l'affaire *Cook v. Lewis*, où il était certain que les blessures du demandeur avaient été causées

in all its elements (duty, breach, cause, injury), it is possible that in *McGhee* the injury was not the result of a tort at all.

A second distinction is of equal significance, *ibid.*, at page 526:

Until *McGhee* [the] reversal of onus of proof was restricted to instances in which the absence of proof was somehow the doing of the culpable defendant By contrast in *McGhee* the opportunity of proof was not impaired by the defender but was merely absent.

The respondents took the position that the sinking of the *Normac* did not come within the area of risk created by their negligence, since that area has to be defined in terms of time as well as of place, and that the fourteen-day period between the collision and the sinking was too great to satisfy the time element.

This argument has a superficial attractiveness because everyone must agree that there could be periods of time after which it would be unreasonable to place the burden of proof on a tortfeasor with respect to possible consequences of his negligence.

Nevertheless, I think that time as such is not of the essence even in such cases. What one is really dealing with is the overwhelming practical probability of factual causality. Where the danger at stake, for instance, is of an environmental kind, as time increases it might become increasingly difficult to infer that a newly-observed deterioration was probably caused by the initial negligence. In such a case the very complexity of the subject matter increases the possibility of other causes of the observed effect, or, at least decreases the virtual practical certainty that justifies the causal inference.²

Here the subject matter is not complex but simple. A ship has sunk, two weeks after it was struck by another. Sinking is a relatively common consequence of a ship collision, and the sinking as well as the collision are both extremely foreseeable

² In *Lomax v. Arsenault*, [1986] 1 W.W.R. 68 (Sask. Q.B.), where the Court reversed the onus following *McGhee*, it held nevertheless that the diversion and replacement of water in a lake during the summer was not a cause of the fact that 75% of the fish in the lake died the following winter.

par la commission d'un délit civil complet dans tous ses éléments (devoir, manquement, cause, préjudice), il est possible que, dans l'arrêt *McGhee*, aucun délit civil n'ait été à l'origine du préjudice.

a Une deuxième distinction, tout aussi importante, se retrouve à la page 526:

[TRANSDUCTION] Jusqu'à l'arrêt *McGhee*, (le) renversement du fardeau de la preuve se limitait aux instances où l'absence de preuve était, de quelque façon, le fait du défendeur blâmable Dans *McGhee* au contraire, la possibilité d'apporter une preuve n'était pas compromise par le défendeur mais n'existait pas tout simplement.

c Les intimés ont soutenu que le naufrage du *Normac* n'est pas survenu dans l'aire du risque créé par leur négligence parce que cette aire doit être définie en termes de lieu et de temps; en regard de ce dernier élément, affirment-ils, la période de quatorze jours qui s'est écoulée entre l'abordage et le naufrage est trop longue.

d À première vue, cet argument paraît convaincant. En effet, on conviendra aisément qu'il existe une période en dehors de laquelle il ne serait pas raisonnable d'imposer à l'auteur d'un délit civil le fardeau de la preuve à l'égard d'une éventuelle conséquence de sa négligence.

f Néanmoins, j'estime que le temps n'est pas fondamental dans des affaires comme celle-ci. La véritable question se rapporte à la très forte probabilité, en pratique, d'une causalité dans les faits. Par exemple, lorsqu'il y va d'un danger touchant l'environnement, il peut devenir de plus en plus difficile, avec le temps, de montrer qu'une négligence initiale est probablement la cause d'un phénomène de dégradation récemment constaté. En pareil cas, la complexité même de l'objet accroît la possibilité de trouver d'autres causes au phénomène observé ou, du moins, affaiblit la certitude virtuelle qui, en pratique, justifie la déduction causale².

i En l'espèce, l'objet n'est pas complexe, mais simple. Un navire a coulé, deux semaines après avoir été heurté par un autre. Le naufrage est une conséquence relativement commune de l'abordage, et tous les deux découlent de façon hautement

² Dans l'arrêt *Lomax v. Arsenault*, [1986] 1 W.W.R. 68 (B.R. Sask.), la Cour a renversé le fardeau de la preuve en suivant l'arrêt *McGhee* mais a néanmoins statué que l'opération de dérivation et de remplacement des eaux d'un lac au cours de l'été n'a pas causé la mort de 75 % des poissons de ce lac l'hiver suivant.

consequences of the respondents' negligence, as determined by the Trial Judge with respect to the collision. It is theoretically possible that there might have been other causes, but given that the *Normac* had passed twelve years in the same berth without problems and then suddenly sank two weeks after the collision, I find the inference overwhelmingly probable at the practical level that the colliding ship was responsible, unless its owners can show otherwise. I would adopt as my own the words of Bayda J.A. (as he then was) in the *Nowasco* case, *supra*, at pages 246 D.L.R.; 313 Sask. R.; 47 C.C.L.T.:

For the principle to apply, that breach must create a risk and there must occur an injury within the area of the risk. But, it may be asked, does not every breach of duty create a risk? For example, does not a careless driver create the risk of a collision with another motor vehicle? If injury occurs within the area of risk, that is, if a collision with another vehicle occurs—does the law place the onus of disproving causation on the offending driver? To be sure, it does not. But that is not the situation contemplated by the principle under examination here. Rather the breach of duty contemplated must be such that the risk it creates is of a magnitude that would prompt one to say about that risk "it is so unreasonable that injury is more likely to occur than not". In the parlance of the ordinary man one must be able to say that the creator of the risk was "certainly asking for trouble".

I must conclude here that the respondents were asking for the very trouble that occurred, viz., the sinking of the *Normac*.

The respondents also argued that there was no evidence gap in the sense of *McGhee* because all the appellants had to do to determine the actual cause of the sinking was to raise the ship. It is true that in the case at bar the evidence might in this sense have been made available: it was not beyond the present state of science as in *McGhee* or blasted into pieces as in *Nowasco*. However, the appellants argued that it was a virtual impossibility for them to bridge the evidence gap. The market value of the *Normac* had been estimated at \$450,000 as of an inspection on May 15, 1981 (Appeal Book, vol. 1, pages 76-77). Estimates for raising and refloating the ship after sinking for temporary repair at her berth ranged from \$324,000 to \$890,000. There was also an offer, apparently to salvage and remove her, for \$65,000

prévisible de la négligence des intimés établie par le juge de première instance à l'égard de l'abordage. Il est certes théoriquement possible qu'il y ait eu d'autres causes au naufrage, mais vu le fait que le *Normac* est resté au même poste d'amarrage pendant douze ans sans ennuis et qu'il a coulé soudainement deux semaines après l'abordage, j'en déduis qu'il est hautement probable, dans les faits, que le navire responsable de l'abordage soit aussi responsable du naufrage, à moins que ses propriétaires ne fournissent la preuve contraire. Je fais miens les propos du juge Bayda de la Cour d'appel (tel était alors son titre) dans l'affaire *Nowasco*, précitée, aux pages 246 D.L.R.; 313 Sask. R.; 47 C.C.L.T.:

[TRADUCTION] Pour que le principe s'applique, il faut que le manquement crée un risque et qu'un préjudice survienne dans l'aire de risque. Mais, peut-on demander, tout manquement au devoir de diligence ne crée-t-il pas un risque? Par exemple, un conducteur négligent ne crée-t-il pas un risque d'accident avec un autre véhicule à moteur? Si un préjudice survient dans l'aire du risque, c'est-à-dire s'il arrive un accident avec un autre véhicule à moteur—le droit impose-t-il le fardeau de réfuter le lien de causalité au conducteur fautif? Il n'en est certes pas ainsi. Mais telle n'est pas la situation envisagée par le principe étudié ici. Plutôt, ce manquement au devoir de diligence doit être tel qu'une personne puisse dire du risque qu'il entraîne que «le risque est si élevé qu'on peut s'attendre à un accident». En termes plus familiers, on doit pouvoir dire que l'auteur du risque «courait après les ennuis».

Je dois conclure qu'en l'espèce les intimés ont vraiment couru après les ennuis qui sont survenus, à savoir le naufrage du *Normac*.

Les intimés ont aussi fait valoir qu'il n'y a pas de lacune de preuve au sens de l'arrêt *McGhee* puisque les appelants n'avaient qu'à faire renflouer le navire pour déterminer la cause véritable du naufrage. Il est vrai que, dans ce sens, la preuve en l'espèce pouvait être disponible: elle ne dépassait pas l'état de la science, comme dans *McGhee*, et ne s'était pas désintégrée comme dans *Nowasco*. Cependant, les appelants soutiennent qu'ils étaient dans l'impossibilité de fait de combler cette lacune. En effet, la valeur du *Normac* sur le marché avait été évaluée, lors d'une inspection le 15 mai 1981, à 450 000 \$ (Dossier d'appel, vol. 1, pages 76 et 77). Or, on estimait que la relève et la remise à flot du navire pour y faire des réparations temporaires au poste d'amarrage coûteraient entre 324 000 \$ et 890 000 \$. Une offre de 65 000 \$ avait également été faite, apparemment pour la récupération et l'enlèvement de l'épave (Transcription des procé-

(Transcript of Proceedings, vol. 6, page 865; Appeal Book, vol. 1, pages 127 ff.).

It seems to me that the appellants have the better of the argument from the viewpoints of both practicability and policy. The economic cost of bridging the evidence gap appears to me to be so completely disproportionate as to be impracticable. Further, as Bayda J.A. expressed it in *Nowasco*, at pages 246 D.L.R.; 314 Sask. R.; 47 C.C.L.T.:

Briefly put, if causation is overwhelmingly difficult to prove or impossible to prove then it is a matter of public policy or justice that it is the creator of the risk who should be put to the trouble of hurdling the difficulty or bearing the consequences.

It would not seem just for the courts to impose on the appellants an expense of the scale required to establish the factual causality.

I therefore conclude, on the basis of the *McGhee* principle, that the Trial Judge was in error in not putting the onus on the respondents to negative any causality for the sinking of the *Normac*.

With such a shift of onus, it remains open of course to the respondents to disprove causation and so to escape liability. This they attempted to do by relying on the evidence of the expert witness Edwardson, whose theory that water entered the *Normac* through the stern tube gland was found by the Trial Judge to be the only one "consistent with all the factual evidence and with the series of occurrences related by the witnesses as to what happened on the 16th of June." It seems certain that the Trial Judge did not make a finding on this point because he went on to use the phrase "whatever might be the actual cause of the sinking of the *Normac*."

In any event, through what opening the water entered the *Normac* is a neutral fact in the absence of credible evidence as to what caused the opening. The propellor-tube theory is as consistent as any other with the respondents having caused the sinking.

dures, vol. 6, pages 865; Dossier d'appel, vol. 1 page 127 et s.).

Les appelants me semblent présenter le meilleur argument, tant sur le plan de la possibilité d'exécution que sur le plan de l'intérêt public. Il était en effet pratiquement impossible de combler la lacune de preuve, étant donné les coûts financiers exorbitants d'une telle entreprise. Au surplus, comme le juge d'appel Bayda l'a déclaré dans l'arrêt *Nowasco*, aux pages 246 D.L.R.; 314 Sask. R.; 47 C.C.L.T.:

[TRADUCTION] Pour résumer, s'il est extrêmement difficile ou impossible d'établir le lien de causalité, il s'agit alors d'une question d'intérêt public ou de justice: c'est l'auteur du risque qui doit avoir à surmonter les difficultés de preuve, ou en subir les conséquences.

Il serait injuste que les tribunaux imposent une dépense de cette envergure aux appelants aux fins d'établir la causalité de fait.

En conséquence, je conclus en me fondant sur le principe énoncé dans l'arrêt *McGhee*, que le juge de première instance a erré en n'imposant pas aux intimés le fardeau de prouver l'absence de tout lien de causalité dans le naufrage du *Normac*.

Évidemment, le déplacement du fardeau de la preuve n'empêche pas les intimés de réfuter le lien de causalité et d'échapper ainsi à la responsabilité. C'est du reste la preuve qu'ils ont tenté d'apporter avec le témoignage de l'expert Edwardson. Le juge de première instance a statué que son hypothèse selon laquelle l'eau se serait engouffrée dans le *Normac* par la boîte de bourrage du tube d'arbre était la seule qui soit «compatible avec tous les faits prouvés et avec la série d'événements qui, d'après les témoins, se sont produits le 16 juin». Mais il semble évident que le juge n'en a pas tiré de conclusion puisqu'il a ensuite utilisé les termes «(q)uelle que soit la cause réelle du naufrage du *Normac*».

En tout état de cause, l'ouverture par laquelle l'eau s'est engouffrée dans le *Normac* constitue un fait neutre, vu l'absence de toute preuve crédible quant à la cause de cette ouverture. L'hypothèse du tube de l'arbre est aussi compatible que toute autre avec la possibilité que les intimés aient causé le naufrage.

It is true that the witness Edwardson testified that, in the words of the Trial Judge (Appeal Book, Appendix 1, page 52):

1. The shock of the collision could not have caused the gland to leak as packing glands were designed and installed to withstand the strain of a propeller pushing a ship through a force ten gale without giving way.
2. Putting grease around the outside of the gland as the owner Letnik stated he had done when the vessel was first moored would be of no use whatsoever in preventing water from entering. For grease to help, the packing would have to be removed and the gland repacked. This can only be done when the ship is in dry dock, unless the gland has grease cups or some other greasing device.

However, Edwardson's credibility as an expert on this type of ship was impeached when he first asserted without qualification that "the bottom of the ship where the bilge is . . . would be flat", without sheering (Proceedings, vol. 20, page 5490), and then had subsequently to recognize that it was not flat but sheered (*ibid.*, pages 5504-5505, 5509). Since there was no other relevant evidence, it is manifest that the respondents have failed to meet the onus imposed on them. They can therefore be saved from liability only if the Trial Judge was right in holding that the conduct of the appellants amounted to a supervening cause (*novus actus interveniens*) which broke the chain of causation to the respondents and was in effect the real cause of the sinking.

The appellants argued, largely on the basis that the Trial Judge used the phrase "the principle of *novus actus interveniens*" in contrast with his clear acknowledgment of "the defence plea of inevitable accident" (see, for example, Appeal Book, Appendix 1, page 3), that he failed to recognize that *novus actus interveniens* was also a defence plea and so misplaced the onus of proof. I am not prepared, without more, to accept that interpretation of the meaning of such an experienced Trial Judge.

I do, however, respectfully disagree with the Trial Judge on the standard of care required of the appellants following the collision. His view is as follows (Appeal Book, Appendix 1, page 44):

On this issue, I do not agree with the argument of the plaintiffs that Mr. Letnik is to be judged by the standard of care to be exercised in the circumstances by a mere restaurant owner since he was not, in fact, a qualified mariner. He chose to purchase both the *Jadran* and the *Normac*, to bring them to

Si l'on s'en tient au compte rendu du juge de première instance, le témoin Edwardson a déclaré ce qui suit (Dossier d'appel, annexe 1, page 52):

1. Le choc de l'abordage ne peut avoir été la cause d'une fuite dans la boîte, les boîtes de bourrage étant conçues et disposées de façon à résister à la tension suscitée par une hélice propulsant le bâtiment dans une tempête de force dix sans céder.
2. Graisser l'extérieur de la boîte, comme le propriétaire Letnik prétend l'avoir fait avant que le bâtiment ne soit amarré pour la première fois, n'aurait servi à rien. Pour que la graisse puisse servir à quelque chose, le bourrage doit être enlevé et la boîte rebourrée, ce qui ne peut se faire que lorsque le navire est en cale sèche, à moins que la boîte ne comporte des graisseurs ou quelqu'autre système de lubrification.

Cependant, la crédibilité de Edwardson à titre de témoin expert de ce type de navire a été entachée lorsqu'il a d'abord déclaré, sans réserve aucune que [TRADUCTION] «de petit fond où se trouve la cale est plat,» sans courbure, (Procédures, vol. 20, page 5490), pour ultérieurement admettre qu'il n'était pas plat mais courbé (*ibid.*, pages 5504, 5505 et 5509). Faute de toute autre preuve pertinente, il est évident que les intimés ne se sont pas acquittés du fardeau qui leur incombait. Dès lors, leur seule possibilité de se disculper est de montrer que le juge de première instance a, à bon droit, considéré la conduite des appelants comme une cause nouvelle (*novus actus interveniens*) qui a rompu le lien de causalité, constituant ainsi la cause réelle du naufrage.

Invokant principalement le fait que le juge de première instance a employé l'expression «le principe du *novus actus interveniens*» par opposition à sa claire reconnaissance du «plaidoyer d'accident inévitable» (voir, à titre d'exemple, Dossier d'appel, annexe 1, page 3), les appelants ont soutenu qu'il n'a pas attribué au *novus actus interveniens* le même statut de plaidoyer et qu'il s'est ainsi trompé dans l'attribution du fardeau de la preuve. Cependant, faute d'une argumentation mieux étayée, je ne suis pas disposé à accepter cette interprétation des propos d'un juge aussi averti.

Je ne saurais toutefois partager son opinion quant au degré de diligence exigé des appelants après l'abordage. Ainsi, il affirme (Dossier d'appel, annexe 1, page 44):

À ce sujet, je ne souscris pas à l'argument des demandeurs que M. Letnik doit être jugé à l'étalon de prudence qu'aurait exercé dans les circonstances un simple propriétaire de restaurant, puisqu'il n'est pas marin. Il a choisi d'acheter et le *Jadran* et le *Normac*, de les amener à Toronto et de les transformer en

Toronto and convert them to floating restaurants. The *Normac* was still a registered ship under the *Canada Shipping Act* and the standard of care to be applied to the plaintiffs should be that of a reasonably prudent ship owner. If the owner lacked the knowledge, he should have sought and obtained advice on the subject. The advice he did seek was largely limited to determining what would have to be done in order to get the ship to dry dock or as to the ultimate cost of repairs. Nothing was apparently done in order to seek advice as to ensuring the immediate safety of the ship.

The respondents supported the Trial Judge's approach by reference to *The Lady Gwendolen*, [1965] 2 All E.R. 283 (C.A.), where one of a brewing company's ships used for the ancillary purpose of transporting their wares, negligently collided in thick fog with a vessel lying at anchor. In an action by the brewers for limitation of liability, it was held in part by the English Court of Appeal that, although their shipping business was only ancillary to their brewing business, they must be judged by the standard of conduct of the reasonable shipowner.

But this case, like *Dollina Enterprises Ltd. v. Wilson-Haffenden*, [1977] 1 F.C. 169 (T.D.), which the respondents also cited, involved the standard of conduct for ships at sea. The *Normac*, on the other hand, though technically a ship, was in reality a floating restaurant moored to a slip. No doubt it must meet reasonable standards for staying afloat in that capacity, but it seems to me highly excessive to apply to it the standards of care of a reasonably prudent shipowner in relation to a ship at sea.

Letnik's actions and omissions after the collision are described by the Trial Judge as follows (Appeal Book, Appendix 1, page 42):

After the hole in the starboard side of the *Normac* was repaired by means of a welded patch on the night of June the 2nd by a firm of ship repair specialists known as Ship Repairs, she was pumped dry. All the evidence indicates that to all appearances she remained perfectly dry with the bilges apparently free of water during the entire two week period until the 16th of June. During the first week, a steamship inspector, one Mr. Torrance, and a naval architect, one Mr. Johnson, surveyed the ship. The "A" frames [which secured the *Normac* to the slip] were re-adjusted and new temporary wiring was installed for the two sewage pumps and the bilge pump. However, no work whatsoever was done during the two week period

restaurants flottants. Le *Normac* était toujours immatriculé en vertu de la *Loi sur la marine marchande du Canada*; aussi la norme de prudence à appliquer au demandeur doit être celle d'un armateur raisonnablement prudent. Si le propriétaire n'avait pas les connaissances requises, il aurait dû chercher et obtenir conseil à ce sujet. Les consultations qu'il a faites se sont surtout bornées à chercher à savoir ce qu'il fallait faire pour faire mettre le navire en cale sèche ou quel serait le coût total des réparations. Rien n'a apparemment été fait pour obtenir conseil sur ce qu'il fallait faire pour assurer la sécurité immédiate du navire.

À l'appui de l'opinion du juge de première instance, les intimés ont cité l'arrêt *The Lady Gwendolen*, [1965] 2 All E.R. 283 (C.A.), où l'un des navires appartenant à une brasserie, laquelle transportait accessoirement ses marchandises, avait, à la suite d'une négligence, abordé par un épais brouillard un bateau de mouillage. Les brasseurs ayant intenté une action en limitation de leur responsabilité, la English Court of Appeal a statué que, même si le transport commercial maritime n'était qu'une activité accessoire au brassage, la norme de prudence pertinente était celle de l'armateur raisonnable.

Les intimés ont également cité l'arrêt *Dollina Enterprises Ltd. c. Wilson-Haffenden*, [1977] 1 C.F. 169 (1^{re} inst.), mais cette affaire, de même que la précédente, concernaient la norme de prudence applicable aux navires en mer. Or, même si, techniquement parlant, le *Normac* était un navire, il était en fait un restaurant flottant amarré à un slip. Il ne fait bien sûr aucun doute que, dans cette mesure, le *Normac* devait satisfaire à des normes raisonnables quant à son maintien à flot. Mais il me semble fortement exagéré d'exiger que son propriétaire se conforme à la norme de preuve applicable à un armateur raisonnablement prudent dont le navire tient la mer.

Voici comment le juge de première instance décrit les actions et omissions de Letnik après l'abordage (Dossier d'appel, annexe 1, page 42):

Après que la brèche dans la muraille tribord du *Normac* ait été réparée par la soudure d'une tôle pour l'obstruer, dans la nuit du 2 juin, par une firme de spécialistes en réparation de navires dénommée Ship Repairs, on l'assécha par pompage. Tous les témoignages disent que, selon toutes les apparences, le navire est demeuré parfaitement sec, sans aucune présence apparente d'eau dans les fonds, au cours des deux semaines qui ont suivi, jusqu'au 16 juin. Au cours de la première semaine, un inspecteur naval, un dénommé Torrance, et un architecte naval, un dénommé Johnson, ont procédé à l'inspection du navire. Les structures en «A» [qui servaient à retenir le *Normac* au slip] ont été réajustées et des câbles électriques provisoires ont été

to repair the port side of the ship, thus, neither the hole torn in the side nor the two openings to which had been affixed two vents which had been knocked aside and torn loose out of their openings in the hull by the collision, were closed. Mr. Letnik was advised by Ship Repairs to secure the lines on the ship but there is no evidence whether or not this was done.

Although all of the expert witnesses who testified were wise after the event and had many recommendations as to what Letnik should have done in the two-week period, the two experts he engaged gave no alarm (their reports appear in Appeal Book, vol. 1, pages 99 ff.) and the condition of the ship gave no reason for alarm since it was "to all appearances perfectly dry": the damage on the port side referred to by the Trial Judge was well above the water line. Letnik's intention was to get the ship to drydock for permanent repairs (Proceedings, vol. 1, pages 104-105). Given the standard of conduct to be expected of him as the proprietor of a moored restaurant ship, there is in his actions and omissions no "new cause coming in disturbing the sequence of events, something that can be described as either unreasonable or extraneous or extrinsic." (Lord Wright for the Court of Appeal in the *Oropesa, The, Lord v. Pacific Steam Navigation Co.*, [1943] 1 All E. R. 211, at page 215; (1942), 74 Ll. L. Rep. 86, at page 93.)

Since the respondents are unable to establish the defence of *novus actus interveniens*, the general rule of foreseeability governs. As Lacourcière J.A. put it for the Ontario Court of Appeal in *Papp et al. v. Leclerc* (1977), 77 D.L.R. (3d) 536, at page 539; 16 O.R. (2d) 158, at page 161:

Every tortfeasor causing injury to a person placing him in the position of seeking medical or hospital help, must assume the inherent risks of complications, *bona fide* medical error or misadventure, and they are reasonably foreseeable and not too remote

I must therefore conclude that the respondents cannot escape liability for the sinking of the *Normac*.

installés pour alimenter les deux pompes d'égout et la pompe de cale. Cependant aucun travail n'a été, durant ces deux semaines, effectué sur la muraille bâbord du navire; ainsi, ni la voie d'eau dans la muraille ni les deux ouvertures auxquelles avaient été fixées les deux bouches d'aérage, déplacées et arrachées par l'abordage de leurs prises dans la coque, n'ont été obstruées. Ship Repairs avait conseillé à M. Letnik de s'assurer que le navire était amarré solidement, mais il n'existe aucune preuve que cela a été fait ou non.

Bien que tous les témoins experts se soient montrés prodigues de conseils, après coup, sur ce que Letnik aurait dû faire pendant ces deux semaines, les deux experts auxquels il a eu lui-même recours ne lui ont donné aucune raison de s'alarmer (voir leur rapport dans le Dossier d'appel, vol. 1, pages 99 et s.), d'autant plus que le navire, «selon toutes les apparences (. . .) parfaitement sec», ne présentait aucun motif d'inquiétude: l'avarie à la muraille bâbord dont le juge de première instance fait mention se trouvait du reste bien au-dessus de la ligne de flottaison. L'intention de Letnik était de mettre le navire en cale sèche pour y faire faire des réparations à demeure (Procédures, vol. 1, pages 104 et 105). Vu la norme de conduite qui lui est applicable à titre de propriétaire d'un navire-restaurant amarré, il n'y a dans ses actions et omissions aucune [TRADUCTION] «nouvelle cause venant interrompre la chaîne des événements, aucun élément pouvant être qualifié d'exorbitant, d'étranger ou encore d'extrinsèque», selon les termes de lord Wright qui a rendu jugement au nom de la Cour d'appel dans l'arrêt *Oropesa, The, Lord v. Pacific Steam Navigation Co.*, [1943] 1 All E. R. 211, à la page 215; (1942), 74 Ll. L. Rep. 86, à la page 93).

Les intimés étant dans l'impossibilité d'établir la défense de *novus actus interveniens*, c'est la règle générale de la prévisibilité qui s'applique. Voici le commentaire qu'a fait à cet égard le juge d'appel Lacourcière, au nom de la Cour d'appel de l'Ontario, dans l'arrêt *Papp et al. v. Leclerc* (1977), 77 D.L.R. (3d) 536, à la page 539; 16 O.R. (2d) 158, à la page 161:

Tout auteur d'un délit qui cause des blessures à une personne, l'obligeant ainsi à recourir aux services d'un médecin ou d'un hôpital, doit assumer les risques inhérents de complications, d'erreur ou d'accident médical de bonne foi, qui sont raisonnables et n'ont pas un caractère trop éloigné

En conséquence, il me faut conclure à l'impossibilité pour les intimés d'échapper à toute responsabilité pour le naufrage du *Normac*.

* * * * *

* * * * *

On the one hand, the Trial Judge found that the appellants had failed to take elementary precautions following the collision, in particular, not closing the vent holes on the port side, not placing extra bilge pumps on board including a stern bilge pump, not maintaining a 24-hour watch to monitor any water the ship might take on board, and not periodically examining the bilge pump and the pump well. Whether this is conceptualized as contributory negligence or as failing to mitigate damages, the result is the same, viz., a proportioning of responsibility for the damages resulting from the sinking.

On the other hand, the respondents' negligence, as the perpetrator of the collision from which all else flowed, was in my opinion much the greater. I would therefore apportion the damages 75%-25% in the appellants' favour.

In the result, the appeal should be allowed and the judgment of the Trial Judge varied so as to provide that the respondents are responsible for the sinking of the *Normac* and are liable for 75% of the damages arising from the sinking. The trial judgment should be further varied to provide that the plaintiffs (appellants) are entitled to all of their taxable costs against the Municipality of Metropolitan Toronto and the ship *Trillium* with regard to the damages arising from the collision and 75% of their taxable costs with regard to the damages arising from the sinking.

Since the appellants have been entirely successful on the cross-appeal and substantially successful on the appeal, I would dismiss the cross-appeal with costs in this Court and allow the appeal with costs in this Court.

HEALD J.: I agree.

MAHONEY J.: I agree.

Le juge de première instance a conclu que les appelants avaient omis de prendre les précautions élémentaires qui s'imposaient à la suite de l'abordage, notamment en ne fermant pas les bouches d'aérage, en ne plaçant pas de pompes de cale supplémentaires à bord, y compris une pompe de cale arrière, en ne maintenant pas une veille de 24 heures pour s'assurer que le navire ne faisait pas eau et, enfin, en n'examinant pas périodiquement la pompe de cale ni son puits. Que cette conduite soit analysée sous l'angle de la négligence concourante de la victime ou encore du manquement à l'obligation de limiter les dommages, le résultat est le même, savoir le partage de la responsabilité des dommages consécutifs au naufrage.

À mon sens, c'est aux intimés en tant qu'auteurs de l'abordage dont découle tout le reste qu'incombe la plus lourde part de responsabilité. Aussi suis-je d'avis de partager les dommages dans la proportion de 75 %-25 % en faveur des appelants.

En conséquence, l'appel devrait être accueilli et le jugement du juge de première instance modifié de façon à disposer que les intimés sont responsables du naufrage du *Normac* et sont tenus à 75 % des dommages qui en ont résulté. Ledit jugement devrait en outre être modifié de façon à disposer que les demandeurs (appelants) ont droit à tous leurs frais taxables contre la municipalité de la Communauté urbaine de Toronto et le navire *Trillium* quant aux dommages résultant de l'abordage, et à 75 % de leurs frais taxables quant aux dommages résultant du naufrage.

Les appelants ayant réussi à faire rejeter entièrement l'appel incident, tout en obtenant gain de cause en grande partie en appel, je rejetterais l'appel incident avec dépens dans la présente Cour et j'accueillerais l'appel, également avec dépens, dans la présente Cour.

LE JUGE HEALD: Je souscris à ces motifs.

LE JUGE MAHONEY: J'y souscris également.