

Murray Ryan *Appellant*

v.

**The Corporation of the City of Victoria,
The Esquimalt and Nanaimo Railway
Company and Canadian Pacific
Limited/Canadien Pacifique
Limitée** *Respondents*

INDEXED AS: RYAN v. VICTORIA (CITY)

File No.: 25704.

1998: June 17; 1999: January 28.

Present: Gonthier, Cory, McLachlin, Iacobucci, Major,
Bastarache and Binnie JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
BRITISH COLUMBIA

*Torts — Negligence — Nuisance — Railways —
Defence of statutory authority — Railway built embed-
ded in and running down an urban street and all appli-
cable statutes and regulations complied with — Motor-
cyclist thrown and injured when front tire lodged in gap
beside rail — Whether Railways liable in negligence —
Whether railways liable in public nuisance.*

*Courts — Appeal — Trial judge finding no contribu-
tory negligence — No palpable and over-riding error —
Whether the Court of Appeal erred by reversing trial
judge's findings.*

The appellant was injured when he was thrown from his motorcycle while attempting to cross railway tracks running down the centre of a street in downtown Victoria. The front tire of his motorcycle became trapped in a “flangeway” gap running alongside the inner edge of the street-grade tracks. The motorcyclist sued the City and the railway companies which owned and operated the tracks. The Railways denied liability on the ground that the tracks were authorized by, and complied with, all applicable statutes, regulations and administrative orders.

Murray Ryan *Appellant*

c.

**La Corporation de la Ville de Victoria, la
Compagnie du chemin de fer d'Esquimalt à
Nanaimo et Canadian Pacific
Limited/Canadien Pacifique Limitée** *Intimées*

RÉPERTORIÉ: RYAN c. VICTORIA (VILLE)

N° du greffe: 25704.

1998: 17 juin; 1999: 28 janvier.

Présents: Les juges Gonthier, Cory, McLachlin,
Iacobucci, Major, Bastarache et Binnie.

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

*Responsabilité délictuelle — Négligence — Nuisance
— Compagnies ferroviaires — Moyen de défense fondé
sur l'autorisation du législateur — Voie ferrée enfoncée
dans la chaussée au centre d'une artère urbaine, toutes
les dispositions législatives et réglementaires appli-
cables ont été observées — Motocycliste blessé après
avoir été projeté de son véhicule, dont le pneu avant
s'est coincé dans l'espace le long du rail — Les compa-
gnies ferroviaires sont-elles responsables de néglig-
ence? — Les compagnies ferroviaires sont-elles res-
ponsables de nuisance publique?*

*Tribunaux — Appel — Juge de première instance
ayant conclu à l'absence de négligence contributive —
Absence d'erreur manifeste et dominante — La Cour
d'appel a-t-elle commis une erreur en infirmant les con-
clusions du juge de première instance?*

L'appelant s'est blessé après avoir chuté de sa moto-
cyclette en tentant de traverser la voie ferrée qui courait
au centre d'une rue du centre-ville de Victoria. Le pneu
avant de la motocyclette de l'appelant s'est coincé dans
l'espace créé par l'«ornière» courant le long de la face
intérieure des rails à niveau avec la chaussée. Le moto-
cycliste a poursuivi la Ville ainsi que les compagnies
ferroviaires qui possédaient et exploitaient la voie
ferrée. Les compagnies ferroviaires nient toute respon-
sabilité pour le motif que la voie ferrée en cause était
autorisée par les lois, règlements et ordonnances admi-
nistratives applicables et conforme à ceux-ci.

The trial judge held the Railways and the City jointly and severally liable in negligence, the former for maintaining dangerously wide flangeways and the latter for failing to warn of the hazard. In addition, he held the Railways liable in nuisance. The British Columbia Court of Appeal set aside the nuisance finding and held all of the respondents liable only for failure to warn. The Court of Appeal also found the appellant to be contributorily negligent and liable for 50% of his damages.

At issue here was, first, whether the Railways were liable in negligence. Under a long-standing common law rule, the standard of care owed by railways to the public was normally limited to the discharge of statutory obligations. The question is whether that rule should now be discarded, and if so, how statutory compliance should affect the assessment of liability under ordinary negligence principles. The second issue was whether the Railways were liable in public nuisance. Again, the Railways disclaim liability on the ground that the tracks involved were authorized by statute and regulations. The question arose as to whether that defence was unavailable because the hazard posed by the tracks was not an "inevitable consequence" of exercising statutory authority. The final issue was whether the Court of Appeal erred by reversing the findings of the trial judge with respect to contributory negligence. The finding of liability for failing to warn the appellant of the hazard created by the flangeways was not challenged.

Held: The appeal should be allowed.

A duty of care existed here. Duty of care is determined under the two-step *Anns/Kamloops* test (*Anns v. Merton London Borough Council*, adopted in *Kamloops (City of) v. Nielsen*). Under the first step, the establishment of a *prima facie* duty of care, a relationship of "proximity" must be shown to have existed between the parties such that it was reasonably foreseeable that a careless act by the Railways could result in injury to the appellant. The threshold is a relatively low threshold.

Le juge de première instance a statué que les compagnies ferroviaires et la Ville étaient solidairement responsables de négligence, les premières pour avoir maintenu des ornières dangereusement larges, et la seconde pour avoir omis de signaler le danger. En outre, il a conclu que les compagnies ferroviaires étaient responsables de nuisance. La Cour d'appel de la Colombie-Britannique a infirmé cette dernière conclusion et déclaré toutes les intimées responsables seulement d'omission de signaler le danger. La Cour d'appel a également conclu que l'appellant était coupable de négligence contributive et que, pour cette raison, il était responsable de la moitié des dommages qu'il avait subis.

La première question en litige est de savoir si les compagnies ferroviaires sont responsables de négligence. En vertu d'une règle de common law en vigueur depuis longtemps, la norme de diligence à laquelle sont tenues les compagnies ferroviaires à l'égard du public se limite habituellement à l'exécution de leurs obligations légales. Il s'agit de déterminer si cette règle devrait maintenant être abandonnée et, dans l'affirmative, dans quelle mesure le fait que la loi a été observée influe sur l'appréciation de la responsabilité en vertu des principes ordinaires de la négligence. La deuxième question en litige est de savoir si les compagnies ferroviaires sont responsables de nuisance publique. Encore une fois, les compagnies ferroviaires nient toute responsabilité, plaidant que la voie ferrée en cause était autorisée par les lois et règlements applicables. Il s'agit de déterminer si ce moyen de défense ne peut être invoqué parce que le danger que présente la voie ferrée n'est pas une «conséquence inévitable» de l'exercice d'une autorisation du législateur. Enfin, la dernière question en litige consiste à déterminer si la Cour d'appel a commis une erreur en infirmant les conclusions du juge de première instance en ce qui concerne la négligence contributive. Les intimées n'ont pas contesté la conclusion qu'elles étaient responsables d'avoir omis d'avertir l'appellant du danger créé par les ornières.

Arrêt: Le pourvoi est accueilli.

Il existait une obligation de diligence en l'espèce. L'obligation de diligence est déterminée par l'application du critère en deux volets établi dans *Anns c. Merton London Borough Council*, qui a été adopté par notre Cour dans *Kamloops (Ville de) c. Nielsen*. En vertu du premier volet de ce critère, pour établir l'existence *prima facie* d'une obligation de diligence, il faut démontrer qu'il existait entre les parties un lien à ce point «étroit» qu'il était raisonnablement prévisible qu'un

Liability does not necessarily follow the establishment of proximity.

Under the second step, it must be determined whether any factors exist which should eliminate or limit the duty found under the first branch of the test. Policy considerations may serve to negate a duty of care entirely or to “limit” the “scope” of an existing duty but they do not give rise to “greater” or “lesser” duties in different cases. A duty of care either exists or it does not. The “scope” of a duty of care can be “limited” under the *Anns/Kamloops* test only in the sense that the duty will arise in certain situations and not in others. The *Anns/Kamloops* test is not concerned with legislative or judicial policies which, as in this case, define the conduct required to meet an existing duty. Such policies relate to the standard of care.

Conduct is negligent if it creates an objectively unreasonable risk of harm. To avoid liability, a person must exercise the standard of care that would be expected of an ordinary, reasonable and prudent person in the same circumstances. Legislative standards are relevant to the common law standard of care, but the two are not necessarily co-extensive. The fact that a statute prescribes or prohibits certain activities may constitute evidence of reasonable conduct in a given situation, but it does not extinguish the underlying obligation of reasonableness. By the same token, mere compliance with a statute does not, in and of itself, preclude a finding of civil liability. Statutory standards can, however, be highly relevant to the assessment of reasonable conduct in a particular case, and in fact may render reasonable an act or omission which would otherwise appear to be negligent.

The “special rule” which existed at common law with respect to railways can no longer be justified in principle and should be set aside. Under this rule, a railway, as long as it complied with the requirements imposed upon it by applicable statutes, regulations and administrative orders, was under no further obligation — absent extraordinary circumstances — to act in an objectively

manque de diligence des compagnies ferroviaires pourrait donner lieu aux blessures de l’appelant. Ce critère est relativement peu exigeant. Même dans les cas où le critère du lien étroit est respecté, il n’y a pas nécessairement responsabilité.

En vertu du deuxième volet, il faut déterminer s’il existe des facteurs qui éliminent ou limitent l’obligation dont l’existence a été établie en application du premier volet du critère. Des considérations de politique générale peuvent écarter complètement une obligation de diligence ou avoir pour effet de «limiter» la «portée» d’une obligation, mais elles ne donnent pas naissance à des obligations «plus grandes» ou «moins grandes» d’une affaire à l’autre. Une obligation de diligence existe ou elle n’existe pas. La «portée» de l’obligation de diligence peut être «limitée» par l’application du critère établi dans les arrêts *Anns* et *Kamloops*, mais seulement en ce sens que certaines situations lui donnent naissance et d’autres non. Ce critère ne s’attache pas à des règles législatives ou judiciaires qui, comme c’est le cas en l’espèce, définissent la conduite à suivre pour satisfaire à une obligation existante. De telles règles sont pertinentes à l’égard de la norme de diligence.

Une conduite est négligente si elle crée un risque de préjudice objectivement déraisonnable. Pour éviter que sa responsabilité ne soit engagée, une personne doit agir de façon aussi diligente qu’une personne ordinaire, raisonnable et prudente placée dans la même situation. Les normes législatives sont pertinentes à l’égard de la norme de diligence en common law, mais leur portée ne coïncide pas nécessairement. Le fait qu’une loi prescrive ou interdise certaines activités peut contribuer à établir ce qui constitue une conduite raisonnable dans une situation donnée, mais cela n’éteint pas l’obligation sous-jacente d’agir de façon raisonnable. De même, le seul fait que la loi ait été observée n’empêche pas en soi de conclure à la responsabilité civile. Cependant, les normes législatives peuvent être hautement pertinentes pour déterminer ce que constitue une conduite raisonnable dans un cas particulier, et elles peuvent, en fait, rendre raisonnable un acte ou une omission qui, autrement, paraîtrait négligent.

La «règle spéciale» en common law dont les compagnies ferroviaires bénéficient ne peut plus se justifier sur le plan des principes, et le temps est venu de l’écarter. En vertu de cette règle, dans la mesure où elles se conformaient aux obligations leur incombant en application des lois, règlements et ordonnances administratives applicables, les compagnies ferroviaires n’avaient pas

reasonable manner. Its effect was to excuse railway companies in most cases from the ordinary obligation of prudence. The courts in applying this rule implicitly recognized that statutory compliance cannot replace the common law standard of care, and can be accepted as a substitute for that standard only in certain circumstances.

With the abolishment of the special rule, the correct principles can be stated more clearly. Compliance with a statutory standard of care does not abrogate or supersede the obligation to comply with the common law standard of care. The requirements are concurrent, and each carries its own penalty for breach. However, in appropriate circumstances, compliance with statutory standards may entirely satisfy the common law standard of care and thus absolve a defendant of liability in negligence.

The weight to be accorded to statutory compliance in the overall assessment of reasonableness depends on the nature of the statute and the circumstances of the case. It should be determined whether the legislative standards are necessarily applicable to the facts of the case. Statutory compliance will have more relevance in “ordinary” cases — cases clearly within the intended scope of the statute — than in cases involving special or unusual circumstances. It should also be determined whether the legislative standards are specific or general, and whether they allow for discretion in the manner of performance. A party acting under statutory authority must still take such precautions as are reasonable within the range of that authority to minimize the risks which may result from its actions.

Where a statute authorizes certain activities and strictly defines the manner of performance and the precautions to be taken, it is more likely to be found that compliance with the statute constitutes reasonable care and that no additional measures are required. By contrast, where a statute is general or permits discretion as to the manner of performance, or where unusual circumstances exist which are not clearly within the scope of the statute, mere compliance is unlikely to exhaust the standard of care. This approach strikes an appropriate

— en l’absence de circonstances extraordinaires — d’autre obligation que celle d’agir d’une manière objectivement raisonnable. L’effet de la règle est que les compagnies ferroviaires étaient, dans la plupart des cas, soustraites à l’obligation ordinaire de prudence. Lorsqu’ils ont appliqué cette règle, les tribunaux ont implicitement reconnu que l’observation de la loi ne pouvait remplacer la norme de diligence prévue par la common law, et qu’elle ne pouvait être substituée à cette dernière que dans certaines circonstances.

L’abolition de la règle spéciale permet d’énoncer plus clairement les principes qu’il convient d’appliquer. L’observation d’une norme de diligence d’origine législative n’a pas pour effet d’abroger ni ne remplacer l’obligation de respecter la norme de diligence prévue par la common law. Il s’agit d’obligations concomitantes, comportant chacune sa propre sanction en cas de manquement. Toutefois, il est possible que, dans des circonstances appropriées, l’observation de normes législatives satisfasse entièrement à la norme de diligence prévue par la common law et dégage donc le défendeur de toute responsabilité fondée sur la négligence.

Le poids qu’il convient d’accorder à l’observation de la loi dans l’appréciation globale du caractère raisonnable des mesures prises dépend de la nature de la loi en cause et des circonstances de l’affaire. Il faut déterminer si les normes législatives s’appliquent nécessairement aux faits de l’affaire. L’observation de la loi sera un élément plus pertinent dans les affaires « ordinaires » — les affaires qui relèvent clairement du champ d’application visé par la loi — que dans celles comportant des circonstances spéciales ou inhabituelles. Il faut également déterminer si les normes législatives sont de nature particulière ou générale, et si elles accordent un certain pouvoir discrétionnaire quant aux modalités d’exécution. La partie qui agit en vertu d’une autorisation du législateur doit néanmoins prendre les précautions raisonnables dans les limites de cette autorisation afin de réduire au minimum les risques susceptibles de résulter de ses actes.

Lorsqu’une loi autorise certaines activités et définit strictement les modalités d’exécution qui doivent être suivies et les précautions qui doivent être prises, il est probable que l’on conclue que l’observation de cette loi vaut diligence raisonnable et qu’aucune autre mesure supplémentaire n’est requise. Par contraste, lorsqu’il s’agit d’une loi de nature générale ou qui accorde un certain pouvoir discrétionnaire quant aux modalités d’exécution, ou lorsqu’il existe des circonstances inhabituelles qui ne relèvent pas clairement du champ d’ap-

balance among several important policies, including deference to legislative determinations on matters of railway safety, security for railways which comply with prescribed standards, and protection for those who may be injured as a result of unreasonable choices made by railways in the exercise of official authority.

The Railways' compliance with the statutory and regulatory authorities did not exhaust the requisite standard of care in this case, for two reasons. First, those authorities were not directly applicable to the circumstances, and second, they allowed for significant discretion in the manner of performance.

The common law standard of care is presumed to apply. A regulatory standard, if shown to be clearly applicable, may be accepted as a reasonable substitute. Here, the railways relied on authorities which applied to "highway crossings". The branch line, however, was not a crossing in the ordinary sense of the railway and highway intersecting at one point but rather it ran down the centre of the street. Important differences exist between the two situations. In particular, the danger posed to two-wheeled traffic is much greater in the second. A regulatory standard applying to a railway crossing cutting across traffic at a right angle may be wholly inappropriate to a railway branch running down the street. The regulatory standards were accordingly not definitive of the standard of care.

Even if highway crossing regulatory standards were applicable, the Railways' compliance with those standards did not necessarily constitute reasonable conduct in the circumstances. The regulations allowed a significant range as to flangeway width and the railways exercised their discretion as to the flangeway width within that range. In exercising that discretion, they were bound by the common law and were required to take all reasonable steps to minimize foreseeable harm. The entire range could not be presumed to be reasonably safe in all conditions. The decision to use a wider flangeway width within the limits allowed by regulation raised an issue of reasonableness, not of regulatory compliance. The trial judge's conclusion was consistent with the correct prin-

plication de la loi, il est peu probable que la simple observation de celle-ci satisfasse à la norme de diligence applicable. Cette approche établit un juste équilibre entre plusieurs principes importants, notamment le respect des décisions du législateur en matière de sécurité ferroviaire, la protection des entreprises ferroviaires qui satisfont aux normes prescrites et la protection des personnes qui subissent un préjudice résultant de choix déraisonnables faits par ces entreprises dans l'exercice d'une autorisation officielle.

Le fait que les compagnies ferroviaires se soient conformées aux lois et règlements applicables n'a pas satisfait à l'obligation de diligence applicable en l'espèce, et ce pour deux raisons. Premièrement, ces textes ne s'appliquaient pas directement aux circonstances de l'espèce et, deuxièmement, ils accordaient un pouvoir discrétionnaire appréciable à l'égard des modalités d'exécution.

La norme de diligence prévue par la common law est réputée s'appliquer. S'il est clairement établi qu'une norme réglementaire régit une situation particulière, elle peut être considérée comme une solution de rechange raisonnable. En l'espèce, les textes invoqués par les compagnies ferroviaires s'appliquent aux «croisements de voies publiques». La ligne secondaire en cause, cependant, n'était pas un croisement au sens ordinaire de ce terme, qui désigne l'intersection d'une voie ferrée et d'une voie publique en un point donné, mais plutôt une portion de voie ferrée courant au centre d'une rue. Il existe des différences importantes entre ces deux situations. En particulier, le danger que la deuxième situation présente pour les véhicules à deux roues est beaucoup plus grand. Il est possible qu'une norme réglementaire applicable à une voie ferrée qui coupe la circulation à angle droit ne convienne pas du tout à une voie ferrée qui court au centre d'une rue. Les normes réglementaires ne sauraient, en conséquence, définir la norme de diligence applicable en l'espèce.

Même si les normes réglementaires régissant les croisements d'une route et d'une voie ferrée s'appliquaient, l'observation de ces normes par les compagnies ferroviaires ne constituait pas nécessairement une conduite raisonnable dans les circonstances. Le règlement applicable prévoyait une fourchette considérable pour ce qui était de la largeur des ornières, et la décision de construire une ornière dont la largeur se situait entre le minimum et le maximum permis était laissée à la discrétion des compagnies ferroviaires. En exerçant ce pouvoir discrétionnaire, les compagnies ferroviaires étaient liées par les règles de la common law et elles devaient prendre toutes les mesures raisonnables afin de réduire au minimum le risque qu'un préjudice prévisible survienne.

ciples of law, and it should not have been disturbed by the Court of Appeal.

A public nuisance has been defined as any activity which unreasonably interferes with the public's interest in questions of health, safety, morality, comfort or convenience. Whether a particular activity constitutes a public nuisance is a question of fact. Many factors may be considered, including the inconvenience caused by the activity, the difficulty involved in lessening or avoiding the risk, the utility of the activity, the general practice of others, and the character of the neighbourhood. Statutory authority provides, at best, a narrow defence to nuisance. The traditional rule is that liability will not be imposed if an activity is authorized by statute and the defendant proves that the nuisance is the "inevitable result or consequence" of exercising that authority. Here, the Railways' decisions, (i) to exceed the minimum flangeway width and (ii) not to install flange fillers, were a matter of discretion and not the "inevitable result" or "inseparable consequence" of complying with the regulations.

While findings of fact with regard to the allocation of fault are not immutable, they should not be reversed by an appellate court unless it can be established that the trial judge made some palpable and overriding error which affected his or her assessment of those findings. No such errors were made by the trial judge, and the Court of Appeal ought not to have interfered with his findings on the issue of contributory negligence.

Cases Cited

Applied: *Anns v. Merton London Borough Council*, [1978] A.C. 728; *Kamloops (City of) v. Nielsen*, [1984] 2 S.C.R. 2; **considered:** *Paskivski v. Canadian Pacific Ltd.*, [1976] 1 S.C.R. 687; *Tock v. St. John's Metropolitan Area Board*, [1989] 2 S.C.R. 1181; *Grand Trunk Railway Co. v. McKay* (1903), 34 S.C.R. 81; *Lake Erie*

Il était impossible de présumer que toutes les largeurs comprises dans cette fourchette étaient raisonnablement sécuritaires dans toutes les circonstances. La décision des compagnies ferroviaires de construire une ornière plus large, quoique respectant les limites prescrites par le règlement, soulève la question du caractère raisonnable de leur conduite et non d'observation de la réglementation. La conclusion du juge de première instance était compatible avec les principes de droit applicables et n'aurait pas dû être infirmée par la Cour d'appel.

La nuisance publique a été définie comme étant toute activité qui porte atteinte de façon déraisonnable à l'intérêt du public relativement à des questions de santé, sécurité, moralité, confort ou commodité. La question de savoir si une activité particulière constitue une nuisance publique est une question de fait. De nombreux facteurs peuvent être considérés, notamment l'inconvénient causé par l'activité, la difficulté à diminuer ou éliminer le risque, l'utilité de l'activité, la pratique généralement suivie en la matière ailleurs et la nature du voisinage. L'autorisation du législateur fournit, au mieux, un moyen de défense limité contre la nuisance. Suivant la règle traditionnelle, le défendeur ne sera pas jugé responsable si l'activité en cause est autorisée par une loi et s'il établit que la nuisance est [TRADUCTION] «le résultat ou la conséquence inévitable» de l'exercice de cette autorisation. En l'espèce, la décision des compagnies ferroviaires (i) d'aménager des ornières dont la largeur dépassait la largeur minimale et (ii) de ne pas utiliser d'entretoises d'ornières relevait de l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire et n'était pas un «résultat inévitable» ou une «conséquence indissociable» de l'observation des dispositions réglementaires applicables.

Bien qu'elles ne soient pas intangibles, les conclusions de fait à l'égard de l'imputation de la faute ne doivent pas être modifiées par une cour d'appel à moins qu'il ne soit établi que le juge du procès a commis une erreur manifeste et dominante ayant faussé son appréciation des faits. Aucune erreur de la sorte n'a été commise par le juge de première instance, et la Cour d'appel n'aurait pas dû infirmer les conclusions de ce dernier sur la question de la négligence contributive.

Jurisprudence

Arrêts appliqués: *Anns c. Merton London Borough Council*, [1978] A.C. 728; *Kamloops (Ville de) c. Nielsen*, [1984] 2 R.C.S. 2; **arrêts examinés:** *Paskivski c. Canadien Pacifique Ltée*, [1976] 1 R.C.S. 687; *Tock c. St. John's Metropolitan Area Board*, [1989] 2 R.C.S. 1181; *Grand Trunk Railway Co. c. McKay* (1903), 34

& *Detroit River Railway Co. v. Barclay* (1900), 30 S.C.R. 360; *Canadian National Railway Co. v. Vincent*, [1979] 1 S.C.R. 364; **referred to:** *Nova Mink Ltd. v. Trans-Canada Airlines*, [1951] 2 D.L.R. 241; *Just v. British Columbia*, [1989] 2 S.C.R. 1228; *Hercules Managements Ltd. v. Ernst & Young*, [1997] 2 S.C.R. 165; *Wade v. C.N.R.*, [1978] 1 S.C.R. 1064; *Canadian National Railway Co. v. Norsk Pacific Steamship Co.*, [1992] 1 S.C.R. 1021; *R. in right of Canada v. Saskatchewan Wheat Pool*, [1983] 1 S.C.R. 205; *Stewart v. Pettie*, [1995] 1 S.C.R. 131; *Harris v. Canadian Pacific Ltd.* (1989), 59 D.L.R. (4th) 151; *Anderson v. Canadian National Railway Co.*, [1944] O.R. 169; *Richardson v. Surrey (Dist.)* (1990), 43 B.C.L.R. (2d) 210; *Bux v. Slough Metals Ltd.*, [1974] 1 All E.R. 262; *Geddis v. Proprietors of the Bann Reservoir* (1878), 3 App. Cas. 430; *Chessie v. J. D. Irving Ltd.* (1982), 22 C.C.L.T. 89; *Lord Mayor, Aldermen and Citizens of the City of Manchester v. Farnworth*, [1930] A.C. 171; *City of Portage La Prairie v. B.C. Pea Growers Ltd.*, [1966] S.C.R. 150; *Schenck v. Ontario (Minister of Transportation and Communications)*, [1987] 2 S.C.R. 289; *Stein v. "Kathy K" (The Ship)*, [1976] 2 S.C.R. 802.

Statutes and Regulations Cited

Railway Act, R.S.C. 1906, c. 37, ss. 222, 223, 235.
Railway Act, R.S.C. 1970, c. R-2, s. 196(1).
Railway Act, R.S.C., 1985, c. R-3, s. 367(4) [rep. & sub. R.S.C., 1985, c. 32 (4th Supp.), s. 110] (formerly R.S.C. 1970, c. R-2, s. 342(4)).
Railway-Highway Crossing at Grade Regulations, SOR/80-748, ss. 2 "crossing", 7.
Standard Regulations Respecting the Construction of Crossings at Grade, 55 B.T.C. III, (Feb. 1, 1965) (later C.R.C., 1184), ss. 1(3) "crossing", 6.

Authors Cited

Fridman, Gerald Henry Louis. *The Law of Torts in Canada*, vol. I. Toronto: Carswell, 1989.
 Klar, Lewis N. *Tort Law*, 2nd ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 1996.
 Linden, Allen M. *Canadian Tort Law*, 6th ed. Toronto: Butterworths, 1997.

R.C.S. 81; *Lake Erie & Detroit River Railway Co. c. Barclay* (1900), 30 R.C.S. 360; *Compagnie des Chemins de fer nationaux du Canada c. Vincent*, [1979] 1 R.C.S. 364; **arrêts mentionnés:** *Nova Mink Ltd. c. Trans-Canada Airlines*, [1951] 2 D.L.R. 241; *Just c. Colombie-Britannique*, [1989] 2 R.C.S. 1228; *Hercules Managements Ltd. c. Ernst & Young*, [1997] 2 R.C.S. 165; *Wade c. C.N.*, [1978] 1 R.C.S. 1064; *Cie des chemins de fer nationaux du Canada c. Norsk Pacific Steamship Co.*, [1992] 1 R.C.S. 1021; *La Reine du chef du Canada c. Saskatchewan Wheat Pool*, [1983] 1 R.C.S. 205; *Stewart c. Pettie*, [1995] 1 R.C.S. 131; *Harris c. Canadian Pacific Ltd.* (1989), 59 D.L.R. (4th) 151; *Anderson c. Canadian National Railway Co.*, [1944] O.R. 169; *Richardson c. Surrey (Dist.)* (1990), 43 B.C.L.R. 210; *Bux c. Slough Metals Ltd.*, [1974] 1 All E.R. 262; *Geddis c. Proprietors of the Bann Reservoir* (1878), 3 App. Cas. 430; *Chessie c. J. D. Irving Ltd.* (1982), 22 C.C.L.T. 89; *Lord Mayor, Aldermen and Citizens of the City of Manchester c. Farnworth*, [1930] A.C. 171; *City of Portage La Prairie c. B.C. Pea Growers Ltd.*, [1966] R.C.S. 150; *Schenck c. Ontario (Ministre des Transports et des Communications)*, [1987] 2 R.C.S. 289; *Stein c. «Kathy K» (Le navire)*, [1976] 2 R.C.S. 802.

Lois et règlements cités

Loi des chemins de fer, S.R.C. 1906, ch. 37, art. 222, 223, 235.
Loi sur les chemins de fer, S.R.C. 1970, ch. R-2, art. 196(1).
Loi sur les chemins de fer, L.R.C. (1985), ch. R-3, art. 367(4) [abr. & rempl. L.R.C. (1985), ch. 32 (4^e suppl.), art. 110] (auparavant S.R.C. 1970, ch. R-2, art. 342(4)).
Règlement sur les passages à niveau au croisement d'un chemin de fer et d'une voie publique, DORS/80-748, art. 2 «passage» ou «croisement», 7.
Standard Regulations Respecting the Construction of Crossings at Grade, 55 B.T.C. III, (1^{er} fév. 1965) [plus tard Ordonnance générale n^o E-4: *Règlement général concernant la construction d'un passage à niveau au croisement d'une route et d'une voie ferrée*, C.R.C., 1184], art. 1(3) "crossing", 6.

Doctrine citée

Fridman, Gerald Henry Louis. *The Law of Torts in Canada*, vol. I. Toronto: Carswell, 1989.
 Klar, Lewis N. *Tort Law*, 2nd ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 1996.
 Linden, Allen M. *Canadian Tort Law*, 6th ed. Toronto: Butterworths, 1997.

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (1996), 82 B.C.A.C. 40, 133 W.A.C. 40, 36 M.P.L.R. (2d) 35, 22 M.V.R. (3d) 1, [1996] B.C.J. No. 2083 (QL), allowing an appeal in part from a judgment of Owen-Flood J. (1994), 21 M.P.L.R. (2d) 148, 4 M.V.R. (3d) 59, [1994] B.C.J. No. 1202 (QL). Appeal allowed.

Joseph J. Arvay, Q.C., and Aaron A. G. Gordon,
for the appellant.

Richard R. Sugden, Q.C., and Craig P. Dennis,
for the respondent The Corporation of the City of
Victoria.

William M. Everett, Q.C., and W. S. MacFarlane,
for the respondents The Esquimalt and
Nanaimo Railway Company and Canadian Pacific
Limited/Canadien Pacifique Limitée.

The judgment of the Court was delivered by

¹ MAJOR J. — This appeal considers the effect of statutory authority on the civil liability of railways. A motorcyclist was injured while attempting to cross railway tracks located on an urban street in Victoria, British Columbia. The motorcyclist sued the City of Victoria (“the City”) and the railway companies which owned and operated the tracks (“the Railways”). The Railways denied liability on the ground that the tracks were authorized by, and complied with, all applicable statutes, regulations and administrative orders.

² The first issue is whether the Railways are liable in negligence. Under a long-standing common law rule, the standard of care owed by railways to the public was normally limited to the discharge of statutory obligations. The question is whether that rule should now be discarded, and if so, how statutory compliance should affect the assessment of liability under ordinary negligence principles.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d’appel de la Colombie-Britannique (1996), 82 B.C.A.C. 40, 133 W.A.C. 40, 36 M.P.L.R. (2d) 35, 22 M.V.R. (3d) 1, [1996] B.C.J. No. 2083 (QL), qui a accueilli en partie l’appel formé contre un jugement du juge Owen-Flood (1994), 21 M.P.L.R. (2d) 148, 4 M.V.R. (3d) 59, [1994] B.C.J. No. 1202 (QL). Pourvoi accueilli.

Joseph J. Arvay, c.r., et Aaron A. G. Gordon,
pour l’appelant.

Richard R. Sugden, c.r., et Craig P. Dennis,
pour l’intimée la Ville de Victoria.

William M. Everett, c.r., et W. S. MacFarlane,
pour les intimées la Compagnie du chemin de fer
d’Esquimalt à Nanaimo et Canadian Pacific
Limited/Canadien Pacifique Limitée.

Version française du jugement de la Cour rendu
par

LE JUGE MAJOR — Le présent pourvoi porte sur l’effet de l’autorisation du législateur sur la responsabilité civile des entreprises ferroviaires. Un motocycliste s’est blessé en tentant de franchir une voie ferrée qui occupait le centre d’une artère urbaine à Victoria (Colombie-Britannique). Le motocycliste a poursuivi la Ville de Victoria (la «Ville») ainsi que les compagnies ferroviaires qui possédaient et exploitaient la voie ferrée (les «compagnies ferroviaires»). Les compagnies ferroviaires soutiennent que leur responsabilité n’est pas engagée, étant donné que la voie ferrée en cause était autorisée par les lois, règlements et ordonnances administratives applicables et qu’elle était conforme à ceux-ci.

La première question en litige est de savoir si les compagnies ferroviaires sont responsables de négligence. En vertu d’une règle de common law en vigueur depuis longtemps, la norme de diligence à laquelle sont tenues les compagnies ferroviaires à l’égard du public se limite habituellement à l’exécution de leurs obligations légales. Il s’agit de déterminer si cette règle devrait maintenant être abandonnée et, dans l’affirmative, dans quelle

The second issue is whether the Railways are liable in public nuisance. Again, the Railways disclaim liability on the ground that the tracks involved were authorized by statute and regulations. The appellant submits that such a defence is unavailable because the hazard posed by the tracks was not an “inevitable consequence” of exercising statutory authority. The final issue is whether the Court of Appeal erred by reversing the findings of the trial judge with respect to contributory negligence.

I. Facts

On May 4, 1987, the appellant, Murray Ryan, was thrown from his motorcycle while attempting to cross railway tracks running down the centre of Store Street, in downtown Victoria. The tracks were owned by the respondent Esquimalt & Nanaimo Railway Company (“E&N”), and were leased and operated by the respondent Canadian Pacific Limited (“CP”). The accident occurred when the front tire of the appellant’s motorcycle became trapped in a “flangeway” gap running alongside the inner edge of the tracks. At the time of the accident, the flangeways on Store Street were approximately one-quarter of an inch wider than the front tire of the appellant’s motorcycle.

A. *History and Location of the Store Street Tracks*

In 1907, E&N applied to the Board of Railway Commissioners of Canada (the “Board”) for permission to construct a branch line along a portion of Store Street. E&N submitted a “plan, profile and book of reference” to the Board, setting forth the specifications of the proposed tracks, pursuant to s. 222 of the *Railway Act*, R.S.C. 1906, c. 37 (“*1906 Railway Act*”). In addition, E&N entered into an agreement with the City regarding the

mesure le fait que la loi a été respectée influe sur l’appréciation de la responsabilité en vertu des principes ordinaires de la négligence.

La deuxième question en litige est de savoir si les compagnies ferroviaires sont responsables de nuisance publique. Encore une fois, les compagnies ferroviaires nient toute responsabilité, plaidant que la voie ferrée en cause était autorisée par les lois et règlements applicables. L’appelant soutient que ce moyen de défense ne peut être invoqué, parce que le danger que présente la voie ferrée n’est pas une «conséquence inévitable» de l’exercice d’une autorisation du législateur. Enfin, la dernière question en litige consiste à déterminer si la Cour d’appel a commis une erreur en infirmant les conclusions du juge de première instance en ce qui concerne la négligence contributive.

I. Les faits

Le 4 mai 1987, l’appelant, Murray Ryan, a chuté de sa motocyclette en tentant de traverser la voie ferrée qui court au milieu de la rue Store, au centre-ville de Victoria. La voie ferrée, qui appartenait à la Compagnie du chemin de fer d’Esquimalt à Nanaimo intimée («E&N»), était louée et exploitée par l’intimée Canadien Pacifique Limitée («CP»). L’accident s’est produit lorsque le pneu avant de la motocyclette de l’appelant s’est coincé dans l’«ornière» courant le long de la face intérieure de la voie ferrée. Lorsque l’accident s’est produit, la largeur des ornières de la voie ferrée dans la rue Store était environ un quart de pouce supérieure à celle du pneu avant de la motocyclette de l’appelant.

A. *L’historique et l’emplacement de la voie ferrée de la rue Store*

En 1907, E&N a demandé à la Commission des chemins de fer du Canada (la «Commission») la permission de construire une ligne secondaire dans une partie de la rue Store. Au soutien de sa demande, E&N a soumis à la Commission un «plan, un profil et [. . .] un livre de renvoi», faisant état des devis de la voie ferrée projetée, conformément à l’art. 222 de la *Loi des chemins de fer*, S.R.C. 1906, ch. 37 («*Loi sur les chemins de fer de*

3

4

5

maintenance and operation of the line; the terms of that agreement were subsequently passed into municipal law. On March 6, 1908, in accordance with s. 223 of the *1906 Railway Act*, the Board issued Order No. 4421 authorizing the construction of the tracks.

1906»). En outre, E&N a conclu avec la Ville une entente concernant l'entretien et l'exploitation de la ligne; les modalités de cette entente ont été ultérieurement adoptées en tant que règles de droit municipal. Le 6 mars 1908, conformément à l'art. 223 de la *Loi sur les chemins de fer de 1906*, la Commission a pris l'Ordonnance n° 4421 autorisant la construction de la voie ferrée.

⁶ E&N leased its railway operations to CP in July of 1912. By 1926 it came to CP's attention that a discrepancy existed between the terms of the 1908 Order and the actual location of the Store Street tracks. In particular, the original plans did not specify that the tracks would cross through traffic on Chatham Street, a side road which intersects Store Street near one end of the tracks. CP applied to the Board for a revised authorization of the tracks as constructed. On January 18, 1927, the Board issued Order No. 38682, endorsing the existing location of the tracks with specific reference to the Chatham Street crossing. That order provided:

THE BOARD ORDERS that the Applicant Company be, and it is hereby, authorized to revise the location of its branch line of railway from a point on its right of way at the easterly limit of Johnson Street Bridge, thence north-easterly and northerly along Store Street, across Chatham Street, to and into Block D, in the City of Victoria and Province of British Columbia, as shown on the said plan and profile on file with the Board under case No. 2717; the crossing of Chatham Street to be constructed in accordance with "The Standard Regulations of the Board Affecting Highway Crossings, as amended May 4th, 1910."

E&N a loué ses opérations ferroviaires au CP en juillet 1912. En 1926, CP a constaté l'existence d'une divergence entre les termes de l'ordonnance de 1908 et l'emplacement de la voie ferrée dans la rue Store. En particulier, les plans originaux ne précisaient pas que la voie ferrée traverserait la circulation sur la rue Chatham, rue secondaire qui croise la rue Store près de l'une des extrémités de la voie ferrée. CP a demandé à la Commission une autorisation révisée à l'égard de la voie ferrée telle qu'elle avait été construite. Le 18 janvier 1927, la Commission a pris l'Ordonnance n° 38682, qui sanctionnait l'emplacement de la voie ferrée et faisait expressément mention du croisement de la rue Chatham. Cette ordonnance prévoyait ceci:

[TRADUCTION] LA COMMISSION ORDONNE que la compagnie requérante soit autorisée à réviser l'emplacement de sa ligne secondaire depuis un point de son emprise ferroviaire situé à l'extrémité est du Pont de la rue Johnson et, de là, en direction nord-est et nord le long de la rue Store, au-delà de la rue Chatham, jusqu'à l'intérieur du pâté de maisons D, dans la Ville de Victoria, province de la Colombie-Britannique, comme l'indiquent les plan et profil déposés à la Commission dans le dossier n° 2717; le croisement de la rue Chatham devra être construit conformément au «Standard Regulations of the Board Affecting Highway Crossings, as amended May 4th, 1910».

Track reconstructions were undertaken in 1944 and 1982, but as those projects did not significantly alter the location of the tracks, no further orders were obtained from the Board. Rail traffic on the Store Street tracks declined steadily over the years and the tracks were removed in 1993.

La voie ferrée a fait l'objet de travaux de reconstruction en 1944 et en 1982, mais comme ces travaux n'ont pas changé de façon importante son emplacement, aucune autre ordonnance n'a été prise par la Commission. L'utilisation de la voie ferrée de la rue Store a diminué progressivement au fil des années, jusqu'à ce qu'on l'enlève en 1993.

B. Dimensions of the Flangeways on Store Street

B. Les dimensions des ornières de passage de la voie ferrée de la rue Store

When railway tracks run across a street or highway at grade, the rails are normally embedded in the pavement so as not to impede traffic. A groove called a “flangeway” is installed alongside the tracks in order to prevent derailments while permitting the running rails to remain flush with the road surface. The most durable and inexpensive way to construct flangeways is to lay scrap rail, or “flangerail”, on its side next to the running rail to create a gap between the track and the surrounding pavement or planking. This process was approved by the Board in Order No. 9729 (February 29, 1910) as the standard design for CP highway crossings, and it has remained the accepted method of constructing flangeways in Canada for many years.

Regulations issued by the Canadian Transport Commission in 1965 and 1980 provide that flangeways at “crossings” may be anywhere from 2.5 to 4.75 inches wide. The same dimensions are adopted in CP’s own Standard Practice Circular 29. It is common ground that the flangeways on Store Street have always remained within that prescribed range. From 1944 to 1982, the flangeways were between 2.75 and 3.25 inches wide. During the 1982 reconstruction, the existing flangerail was torn out and replaced with heavier-gauge flangerail on its side; as a result, the flangeways were enlarged to a width of between 3.75 and 3.94 inches.

Despite arguments to the contrary by the respondents, the trial judge found that at the time of the appellant’s accident, methods and technologies were available which, if employed, could have eliminated the flangeway gaps on Store Street entirely, or reduced them to the minimum width — 2.5 inches — required under the “crossings” regulations. Those methods included the use of rubber-type “flange-fillers”, which are inserted into a flangeway to create an even surface for road traffic while compressing under the weight of train wheels. In particular, the trial judge found that the flange filler “Epflex” was available in 1982 and

Aux passages à niveau d’une voie ferrée et d’une voie publique, les rails sont habituellement enfoncés dans la chaussée afin de ne pas nuire à la circulation. On aménage alors, le long des rails, une rainure appelée «ornière» qui vise à prévenir les déraillements, tout en permettant aux rails d’être au même niveau que la surface de la route. La façon la plus durable et la moins dispendieuse de construire ces ornières consiste à placer de côté des rails de rebut ou «rails à ornières» le long des rails de la voie, de façon à créer un espace entre les rails et la chaussée ou le planchéage qui les borde. Cette méthode a été approuvée par la Commission, dans son Ordonnance n° 9729 (29 février 1910), comme aménagement type des passages à niveau du CP, et est demeurée la méthode acceptée de construction des ornières au Canada pendant de nombreuses années.

Aux termes de règlements pris par la Commission canadienne des transports en 1965 et en 1980, la largeur des ornières aux «passages à niveau» peut varier de 2,5 à 4,75 pouces. Les mêmes dimensions ont été adoptées par le CP dans sa propre notice technique n° 29. Il est admis que la largeur des ornières de la rue Store a toujours respecté cette fourchette. De 1944 à 1982, la largeur des ornières a varié de 2,75 à 3,25 pouces. Lors des travaux de reconstruction de 1982, les anciens rails à ornières ont été remplacés par des rails à ornières de gabarit supérieur placés eux aussi de côté. La largeur des nouvelles ornières variait de 3,75 à 3,94 pouces.

Malgré les arguments à l’effet contraire présentés par les intimées, le juge de première instance a conclu qu’à l’époque où est survenu l’accident de l’appelant, il existait des méthodes et technologies qui auraient permis d’éliminer complètement les sillons formés par les ornières de la rue Store ou de les réduire à la largeur minimale — 2,5 pouces — prescrite par le règlement «sur les passages à niveau». Une de ces méthodes consistait à insérer dans l’ornière une pièce de caoutchouc qui crée une surface égale pour la circulation routière tout en se comprimant sous le poids des roues des trains. En particulier, le juge de pre-

7

8

9

was in use in Waterloo, Ontario on tracks which, as here, ran down the centre of an urban street.

C. *The Accident*

10 Store Street is located in a mixed use area near Victoria Harbour. It is a two-way street with one lane of traffic running in each direction. The railway tracks ran down the middle of the street for approximately four blocks, meandering slowly from one traffic lane to the other in a lazy S-shape. Posted signs warned of a hazard to bicyclists but not to motorcyclists.

11 The appellant entered Store Street on his motorcycle from a side road. Cars were parked on the opposite side of the street, approximately six feet from the tracks. The appellant did not cross the tracks immediately but instead travelled down the centre of Store Street for about two blocks, keeping the tracks on his right. When the meandering of the tracks edged him to his left and into the path of oncoming traffic, he attempted to cross the tracks to the other side of the street. He was moving at about 20-25 kilometres per hour and encountered the tracks at a shallow angle. As he crossed, the front tire of his motorcycle, which was three and one-half inches wide at its perimeter, fell into the flangeway and became wedged there. The motorcycle rotated over the top of the trapped tire, and the appellant was thrown forward and injured. The record confirms that six prior accidents involving the flangeways on Store Street — five of which also involved motorcycles — were reported to the Railways or the City of Victoria between 1982 and 1986.

12 Following a lengthy trial, the British Columbia Supreme Court held the Railways and the City jointly and severally liable in negligence, the former for maintaining dangerously wide flangeways and the latter for failing to warn of the hazard. In addition, the trial judge held the Railways liable in nuisance. The British Columbia Court of Appeal

mière instance a conclu que l'entretoise d'ornière «Epflex» était disponible en 1982 et était utilisée à Waterloo (Ontario), où une voie ferrée occupait, comme en l'espèce, le centre d'une artère urbaine.

C. *L'accident*

La rue Store est située dans un quartier à fonctions multiples, près du port de Victoria. Il s'agit d'une rue à deux sens. La voie ferrée occupait le centre de la rue sur une distance d'environ quatre pâtés de maisons, serpentant lentement d'une voie à l'autre en forme de «S». Des panneaux avertissaient les cyclistes du danger, mais non les motocyclistes.

L'appelant a accédé à la rue Store sur sa motocyclette par une rue secondaire. Des voitures étaient stationnées de l'autre côté de la rue, à environ six pieds de la voie ferrée. L'appelant n'a pas franchi immédiatement la voie ferrée; il a plutôt roulé au centre de la rue Store, sur une distance d'environ deux pâtés de maisons, la voie ferrée se trouvant à sa droite. Lorsque les ondulations de la voie ferrée l'ont forcé à serrer sa gauche et à rouler sur la voie réservée aux véhicules circulant en sens inverse, il a tenté de franchir les rails pour se rendre sur l'autre voie. Il roulait à environ 20 ou 25 kilomètres à l'heure lorsqu'il s'est apprêté à franchir la voie ferrée, à un angle très faible. Comme il la franchissait, le pneu avant de sa motocyclette, large de trois pouces et demi à son périmètre, est tombée dans l'ornière et y est demeurée coincée. La motocyclette a alors basculé par-dessus la roue avant coincée et l'appelant a été projeté en avant, subissant des blessures. Le dossier confirme que six autres accidents mettant en cause les ornières de la voie ferrée de la rue Store — dont cinq accidents de motocyclette — avaient déjà été signalés aux compagnies ferroviaires ou à la Ville de Victoria, entre 1982 et 1986.

À la suite d'un long procès, la Cour suprême de la Colombie-Britannique a statué que les compagnies ferroviaires et la Ville étaient solidairement responsables de négligence, les premières pour avoir maintenu des ornières dangereusement larges, et la seconde pour avoir omis de signaler le danger. En outre, le juge de première instance a

set aside the nuisance finding and held all of the respondents liable only for failure to warn. The Court of Appeal also found the appellant to be contributorily negligent and liable for 50% of his damages.

II. Relevant Statutory and Regulatory Provisions

One issue is whether the Store Street tracks constitute a “highway crossing” within the meaning of the *Railway Act* and applicable regulations; this is relevant as there are specific and different regulations for crossings as opposed to a rail line. Section 235 of the *1906 Railway Act* provides:

Highway Crossings

235. The railway may be carried upon, along or across an existing highway. . . .

That language is adopted in all subsequent versions of the Act, including s. 196(1) of the *Railway Act*, R.S.C. 1970, c. R-2. A “crossing” is also defined in s. 2 of the *Railway-Highway Crossing at Grade Regulations*, SOR/80-748 (“CTC 1980-8 Rail”), and in s. 1(3) of General Order No. E-4: *Standard Regulations Respecting the Construction of Crossings at Grade*, 55 B.T.C. III, (Feb. 1, 1965) (“General Order No. E-4”), as follows:

“Crossing” means any railway crossing of a highway at grade or any highway crossing of a railway at grade.

The minimum and maximum dimensions permitted for flangeways at a “crossing” are in s. 6 of General Order No. E-4:

conclu que les compagnies ferroviaires étaient responsables de nuisance. La Cour d’appel de la Colombie-Britannique a infirmé cette dernière conclusion et déclaré toutes les intimées responsables seulement d’omission de signaler le danger. La Cour d’appel a également conclu que l’appelant était coupable de négligence contributive et que, pour cette raison, il était responsable de la moitié des dommages qu’il avait subis.

II. Les dispositions législatives et réglementaires pertinentes

L’une des questions litigieuses est de savoir si la voie ferrée de la rue Store constitue un «croisement de voie publique» («*highway crossing*») au sens de la *Loi sur les chemins de fer* et des dispositions réglementaires applicables; il s’agit d’une question pertinente, car il existe des dispositions réglementaires s’appliquant de façon particulière aux croisements plutôt qu’aux voies ferrées. L’article 235 de la *Loi sur les chemins de fer de 1906* prévoit ceci:

Croisements de voies publiques

235. Le chemin de fer peut passer sur le parcours, le long ou en travers d’une voie publique existante. . . .

Ce texte a été repris dans les versions ultérieures de la Loi, y compris au par. 196(1) de la *Loi sur les chemins de fer*, S.R.C. 1970, ch. R-2. Les mots «passage» ou «croisement» («*crossing*») sont également définis à l’art. 2 du *Règlement sur les passages à niveau au croisement d’un chemin de fer et d’une voie publique*, DORS/80-748 («CCT 1980-8 RAIL»), ainsi qu’au par. 1(3) de l’Ordonnance générale n° E-4: *Règlement général concernant la construction d’un passage à niveau au croisement d’une route et d’une voie ferrée*, 55 B.T.C. III, (1^{er} fév. 1965) («Ordonnance générale n° E-4»), qui est ainsi rédigé:

[TRADUCTION]

«passage» désigne tout croisement à niveau d’une route par une voie ferrée et tout croisement à niveau d’une voie ferrée par une route;

Les dimensions minimale et maximale permises des ornières aux «croisements» ou «passages» sont les suivantes à l’art. 6 de l’Ordonnance générale n° E-4:

6. A space not more than three inches deep and not less than two and one-half inches wide nor more than four and three-quarters inches wide shall be provided between the gauge side of the running rail and the planking and/or other road surface, as the case may be.

A similar requirement appears in metric form in s. 7 of CTC 1980-8 Rail, which replaced General Order No. E-4 and was in force when the Store Street tracks were reconstructed in 1982. That section provides:

7. A flangeway with a width of between 65 mm and 120 mm to a depth of between 50 mm and 75 mm shall be provided between the gauge side of the running rail and the highway surface.

14 The relationship between statutory compliance and civil or criminal liability is addressed generally in s. 367(4) of the *Railway Act*, R.S.C., 1985, c. R-3, as am. R.S.C., 1985, c. 32 (4th Supp.), s. 110 (formerly R.S.C. 1970, c. R-2, s. 342(4)):

367. . . .

(4) No inspection under or by the authority of this Act or the *Railway Safety Act*, and nothing in this Act or the *Railway Safety Act* and nothing done, ordered, directed, required or provided for, or omitted to be done, ordered, directed, required or provided for, under or by virtue of this Act or the *Railway Safety Act*, shall, except in so far as a compliance with the Act in question or with the order, direction, requirement or provision, constitutes a justification for what would otherwise be wrongful, relieve, or be construed to relieve, any company of or from, or in any way diminish or affect, any liability or responsibility resting on it by law, either toward Her Majesty or toward any person, or the wife, husband, parent, child, executor, administrator, tutor, curator, heir or personal representative, of any person, for anything done or omitted to be done by that company, or for any

wrongful act, negligence, default, misfeasance, malfeasance or nonfeasance of that company.

III. Judicial History

[TRADUCTION] 6. Un espace d'au plus trois pouces de profondeur sur une largeur d'au moins deux pouces et demi et d'au plus quatre pouces et trois-quarts sera ménagé entre la face intérieure du rail de roulement et le planchéage et/ou autre revêtement, selon le cas.

Une exigence similaire est formulée en unités métriques à l'art. 7 du CCT 1980-8 RAIL, qui a remplacé l'Ordonnance générale n° E-4 et qui était en vigueur au moment de la reconstruction de la voie ferrée de la rue Store en 1982. Cet article est ainsi rédigé:

7. Une ornière de passage des boudins d'une largeur de 65 mm à 120 mm et d'une profondeur de 50 mm à 75 mm doit être ménagée entre la face intérieure du rail de roulement et la surface de la voie publique.

Le lien entre le principe de l'observation de la loi et la responsabilité civile ou criminelle est abordé de façon générale au par. 367(4) de la *Loi sur les chemins de fer*, L.R.C. (1985), ch. R-3, mod. par L.R.C. (1985), ch. 32 (4^e suppl.), art. 110 (auparavant S.R.C. 1970, ch. R-2, par. 342(4)):

367. . . .

(4) Nulle inspection faite sous le régime ou sous l'autorité de la présente loi ou de la *Loi sur la sécurité ferroviaire* et rien de contenu dans l'une ou l'autre de ces lois, et rien de ce qui a été fait, ordonné ou commandé, ou exigé ou prescrit, non plus que nulle omission de faire, d'ordonner ou de commander, d'exiger ou de prescrire, en conformité avec ces lois ou en vertu de celles-ci, sauf en tant que l'observation de la loi ou de quelque ordonnance, ordre, prescription ou disposition constitue une justification de ce qui autrement serait répréhensible, ne soustrait ni ne peut être interprété de façon à soustraire une compagnie à quelque obligation ou responsabilité que la loi lui impose, ni de façon à amoindrir ou atteindre de quelque manière cette obligation ou responsabilité, soit envers Sa Majesté, soit envers une personne, ou l'épouse ou l'époux, le père et la mère ou l'enfant, l'exécuteur testamentaire ou l'administrateur, le tuteur ou le curateur, l'héritier ou le représentant d'une personne, par suite de quelque action ou omission de la part de cette compagnie, ou pour quelque tort, négligence ou défaut, abus d'autorité, acte illégal ou non-exécution de la part de cette compagnie.

III. L'historique judiciaire

A. *British Columbia Supreme Court* (1994), 21 M.P.L.R. (2d) 148 (Owen-Flood J.)

The trial judge relied on *Paskivski v. Canadian Pacific Ltd.*, [1976] 1 S.C.R. 687, for the principle that absent “special or exceptional circumstances”, railway companies cannot be found negligent as long as they comply with the *Railway Act* and with orders or regulations issued under that Act. However, he held that the crucial issue in this case — the width of the flangeways on store street — was not governed by any relevant statute or regulation, and in particular was not covered by the regulatory standards which apply to “highway crossings”. In the alternative, he found that “special or exceptional circumstances” existed which required the Railways to exceed the precautions mandated in those regulations. He concluded that the Railways were negligent in failing to build the flangeways at the minimum allowable width or with some form of flange filler.

The trial judge also held that the Railways were liable in public nuisance. Relying on *Tock v. St. John’s Metropolitan Area Board*, [1989] 2 S.C.R. 1181, he rejected the Railways’ defence of “statutory authority” since, in his view, the hazard created was not an inevitable consequence of discharging any statutory duty. The trial judge also held that the City of Victoria was liable for its failure to provide adequate warnings to the public of the danger on Store Street. He dismissed a nuisance claim against the City on the basis that the City had no property interest in the tracks. Finally, he held that the appellant was not contributorily negligent, since his decision to cross the tracks when and where he did was dictated by circumstances beyond his control and was made in “the agony of the moment”. Because the trial judge could not ascribe degrees of fault to the various respondents, he apportioned liability equally among them.

A. *Cour suprême de la Colombie-Britannique* (1994), 21 M.P.L.R. (2d) 148 (le juge Owen-Flood)

Le juge de première instance s’est fondé sur l’arrêt *Paskivski c. Canadien Pacifique Ltée*, [1976] 1 R.C.S. 687, qui pose le principe selon lequel, sauf s’il existe des «circonstances spéciales ou exceptionnelles», les compagnies ferroviaires ne sauraient être jugées négligentes si elles observent la *Loi sur les chemins de fer* et les ordonnances ou règlements pris en vertu de celle-ci. Cependant, il a statué que la question cruciale en l’espèce, soit la largeur des ornières de la voie ferrée de la rue Store, n’était pas régie par quelque loi ou règlement pertinent et, plus particulièrement, qu’elle n’était pas visée par les normes réglementaires applicables aux «croisements de voies publiques». Subsidiairement, il a conclu à l’existence de «circonstances spéciales ou exceptionnelles» qui obligeaient les compagnies ferroviaires à prendre des précautions supérieures à celles requises par les dispositions réglementaires. Il a statué que les compagnies ferroviaires avaient été négligentes en ne construisant pas des ornières ayant la largeur minimale permise, ou en n’utilisant pas d’entretoises d’ornières.

Le juge de première instance a également conclu que les compagnies ferroviaires étaient responsables de nuisance publique. Se fondant sur l’arrêt *Tock c. St. John’s Metropolitan Area Board*, [1989] 2 R.C.S. 1181, il a rejeté le moyen de défense des compagnies ferroviaires fondé sur «l’autorisation du législateur» étant donné que, à son avis, le danger créé n’était pas une «conséquence inévitable» de l’exécution d’une quelconque obligation légale. Le juge de première instance a également statué que la Ville de Victoria était responsable d’avoir omis d’avertir convenablement le public du danger qui existait sur la rue Store. Il a rejeté la réclamation fondée sur la nuisance présentée contre la Ville parce que celle-ci n’avait aucun intérêt de propriété dans la voie ferrée. Enfin, il a conclu que l’appellant n’était pas coupable de négligence contributive, étant donné que sa décision de franchir la voie ferrée au moment et à l’endroit où il l’a fait lui avait été dictée par des circonstances indépen-

15

16

B. *British Columbia Court of Appeal* (1996), 82 B.C.A.C. 40 (Goldie J.A., Rowles and Finch J.J.A. concurring)

¹⁷ The Court of Appeal held that because the Railways had complied with all applicable regulations, they could not be found negligent with regard to the configuration of the Store Street tracks: see *Paskivski, supra*. It noted that the method used to build the flangeways on Store Street was standard for highway crossings in Canada. The Court of Appeal also emphasized that the width of the flangeways was within the allowable range defined in the “highway crossing” regulations, which he held to be applicable to the Store Street line. It rejected the trial judge’s view that the location of the tracks on a city street was an “exceptional circumstance” which required the Railways to take steps beyond the standards required in those regulations. The trial judge’s finding of negligence was set aside.

¹⁸ The Court of Appeal also reversed the trial judge’s holding with respect to nuisance, on the basis that the Railways were protected by the defence of statutory authority. In the Court of Appeal’s view, the danger posed by the flangeways was an “inseparable consequence” of the Board orders which required the tracks to be laid at street grade with pavement between the rails. However, the Court of Appeal did find that both the Railways and the City were at fault for failing to warn the public of the hazard created by the flangeways. Finally, the Court of Appeal reversed the trial judge’s conclusion that there was no contributory negligence. It found that the appellant had chosen to remain on the more dangerous of several possible courses and therefore could not

dantes de sa volonté et avait été prise «dans l’angoisse du moment». Ne pouvant déterminer le degré de faute de chacune des intimées, le juge de première instance les a tenues également responsables.

B. *Cour d’appel de la Colombie-Britannique* (1996), 82 B.C.A.C. 40 (le juge Goldie, avec l’appui des juges Rowles et Finch)

La Cour d’appel a statué que, comme les compagnies ferroviaires avaient observé toutes les dispositions réglementaires applicables, on ne pouvait conclure qu’elles avaient été négligentes dans l’établissement de la configuration de la voie ferrée de la rue Store: voir *Paskivski, précité*. La cour a souligné que la méthode appliquée pour construire les ornières de la voie ferrée de la rue Store était la norme suivie à l’égard des croisements de voies publiques au Canada. Elle a également indiqué que la largeur des ornières respectait la fourchette prescrite par les dispositions réglementaires régissant les «croisements de voies publiques» qui, a-t-elle conclu, s’appliquaient à la voie ferrée de la rue Store. Elle a rejeté l’opinion du juge de première instance que l’aménagement d’une voie ferrée dans une rue urbaine était une «circonstance exceptionnelle» obligeant les compagnies ferroviaires à prendre des mesures excédant les normes réglementaires requises. La conclusion de négligence tirée par le juge de première instance a été annulée.

La Cour d’appel a également infirmé la conclusion du juge de première instance en ce qui concerne la nuisance, pour le motif que les compagnies ferroviaires pouvaient invoquer le moyen de défense fondé sur l’autorisation du législateur. De l’avis de la Cour d’appel, le danger que présentaient les ornières était une «conséquence inséparable» des ordonnances de la Commission qui exigeaient que la voie ferrée soit aménagée de niveau avec la rue et que du pavage soit placé entre les rails. Cependant, la Cour d’appel a statué que tant les compagnies ferroviaires que la Ville avaient commis une faute en omettant d’avertir le public du danger que présentaient les ornières. Enfin, la Cour d’appel a infirmé la conclusion d’absence de négligence contributive tirée par le juge de pre-

claim to have acted in the “agony of the moment” when he crossed the tracks. The Court of Appeal concluded that the appellant was liable for 50% of his damages.

IV. Issues

The respondents have not challenged the finding that they were liable for failing to warn the appellant of the hazard created by the flangeways on Store Street. That conclusion is not at issue in this appeal. The three issues are:

1. Did the Court of Appeal err in finding that the Railways were not negligent with regard to the width of the flangeways on Store Street?
2. Did the Court of Appeal err in finding that the flangeways on Store Street did not give rise to liability for public nuisance?
3. Did the Court of Appeal err in reversing the trial judge’s findings with respect to contributory negligence?

V. Analysis

This appeal focuses on the relationship between statutory authority and civil liability. The appellant submits that the Railways are liable under theories of negligence and nuisance for installing dangerous flangeways on Store Street. The Railways deny liability on the basis that the Store Street line is a “highway crossing” and its flangeways comply in all respects with the safety regulations governing such crossings. The questions are: (1) whether the regulations relied upon by the Railways are in fact applicable to the Store Street line, and (2) if so, whether the Railways are nevertheless liable for failing to exercise their discretion under those regulations so as to minimize the hazard created by the flangeways.

mière instance. Elle a conclu que l’appelant avait choisi, parmi plusieurs parcours possibles, celui qui était le plus dangereux, et qu’il ne pouvait donc pas prétendre avoir agi «dans l’angoisse du moment» lorsqu’il a franchi la voie ferrée. La Cour d’appel a conclu que l’appelant était responsable de la moitié des dommages qu’il avait subis.

IV. Les questions en litige

Les intimées n’ont pas contesté la conclusion qu’elles étaient responsables d’avoir omis d’avertir l’appelant du danger créé par les ornières de la voie ferrée de la rue Store. Cette conclusion n’est pas en cause dans le présent pourvoi. Voici les trois questions en litige:

1. La Cour d’appel a-t-elle commis une erreur en concluant que les compagnies ferroviaires n’ont pas été négligentes en ce qui concerne la largeur des ornières de la voie ferrée de la rue Store?
2. La Cour d’appel a-t-elle commis une erreur en concluant que les ornières de la voie ferrée de la rue Store n’étaient pas une source de responsabilité fondée sur la nuisance publique?
3. La Cour d’appel a-t-elle commis une erreur en infirmant les conclusions du juge de première instance en ce qui concerne la négligence contributive?

V. L’analyse

Le présent pourvoi porte sur le lien entre le principe de l’autorisation du législateur et la responsabilité civile. L’appelant soutient que les compagnies ferroviaires sont responsables par l’effet des principes de la négligence et de la nuisance du fait qu’elles ont installé des ornières dangereuses dans la rue Store. Les compagnies ferroviaires nient leur responsabilité pour le motif que la ligne de la rue Store est un «croisement de voie publique» et que les ornières satisfont à tous égards aux dispositions réglementaires applicables en matière de sécurité. Il s’agit de répondre aux questions suivantes 1) Les dispositions réglementaires invoquées par les compagnies ferroviaires s’appliquent-elles effectivement à la ligne de la rue

19

20

A. *Were the Railways Negligent with Regard to the Width of the Flangeways on Store Street?*

²¹ The first step in the negligence analysis is to determine whether the Railways owed a duty of care to the appellant with regard to the configuration of the Store Street tracks. If such a duty is found to exist, it must then be determined whether the Railways exercised the standard of care necessary to avoid breaching that duty. The relationship between the duty and the standard of care was explained by MacDonald J.A. of the Nova Scotia Court of Appeal in *Nova Mink Ltd. v. Trans-Canada Airlines*, [1951] 2 D.L.R. 241, at p. 254:

It is the function of the Judge to determine whether there is any duty of care imposed by the law upon the defendant and if so, to define the measure of its proper performance; it is for the [trier of fact] to determine, by reference to the criterion so declared, whether the defendant has failed in his legal duty.

. . .

The common law yields the conclusion that there is such a duty only where the circumstances of time, place, and person would create in the mind of a reasonable man in those circumstances such a probability of harm resulting to other persons as to require him to take care to avert that probable result. This element of reasonable prevision of expectable harm soon came to be associated with a fictional Reasonable Man whose apprehensions of harm became the touchstone of the existence of duty, in the same way as his conduct in the face of such apprehended harm became the standard of conformity to that duty. . . .

Thus, a discussion of duty centres around its existence, while the standard of care clarifies what the

Store? Dans l'affirmative, 2) les compagnies ferroviaires sont-elles néanmoins responsables parce qu'elles ont omis d'exercer le pouvoir discrétionnaire dont elles jouissaient en vertu de ces dispositions réglementaires pour réduire au minimum le danger créé par les ornières.

A. *Les compagnies ferroviaires ont-elles été négligentes en ce qui concerne la largeur des ornières de la voie ferrée de la rue Store?*

La première étape de l'analyse en matière de négligence consiste à se demander si les compagnies ferroviaires avaient une obligation de diligence envers l'appelant en ce qui concerne la configuration de la voie ferrée de la rue Store. Si l'on conclut à l'existence d'une telle obligation, il faut ensuite déterminer si elles ont agi avec le degré de diligence nécessaire pour ne pas manquer à cette obligation. Le lien qui existe entre l'obligation et le degré de diligence a été expliqué par le juge MacDonald de la Cour d'appel de la Nouvelle-Écosse dans l'arrêt *Nova Mink Ltd. c. Trans-Canada Airlines*, [1951] 2 D.L.R. 241, à la p. 254:

[TRADUCTION] Il appartient au juge de déterminer si la loi impose au défendeur une obligation de diligence et, dans l'affirmative, de définir le critère permettant d'apprécier si cette obligation a été exécutée convenablement; il incombe au [juge des faits] de déterminer, à partir du critère ainsi défini, si le défendeur a manqué à son obligation légale.

. . .

Il ressort de la common law qu'il n'y a une telle obligation que si, dans les mêmes circonstances de temps, de lieu et d'individus, une personne raisonnable se serait rendu compte que le risque qu'il y avait de causer un préjudice à d'autres personnes l'obligeait à faire preuve de diligence afin d'éviter ce résultat probable. Cet élément d'anticipation raisonnable d'un préjudice prévisible a rapidement été associé à une personne raisonnable fictive dont les appréhensions de préjudice sont devenues la pierre de touche de l'existence de l'obligation, de la même façon que sa conduite face à ce préjudice appréhendé est devenue la norme de conformité à cette obligation. . . .

En conséquence, l'analyse de la question de l'obligation est axée sur l'existence de celle-ci, alors que

content of the duty is. Where there is no duty there is no negligence.

1. Duty of Care

The duty of care owed by a railway with respect to public crossings is determined, as it is for other private and public actors, under the two-step test in *Anns v. Merton London Borough Council*, [1978] A.C. 728 (H.L.), at pp. 751-52, which was adopted by this Court in *Kamloops (City of) v. Nielsen*, [1984] 2 S.C.R. 2, and numerous subsequent decisions. See, e.g., *Just v. British Columbia*, [1989] 2 S.C.R. 1228; *Hercules Managements Ltd. v. Ernst & Young*, [1997] 2 S.C.R. 165. The two stages of the test were restated by Wilson J. as follows in *Kamloops*, at pp. 10-11:

- (1) is there a sufficiently close relationship between the parties (the [defendant] and the person who has suffered the damage) so that, in the reasonable contemplation of the [defendant], carelessness on its part might cause damage to that person? If so,
- (2) are there any considerations which ought to negative or limit (a) the scope of the duty and (b) the class of persons to whom it is owed or (c) the damages to which a breach of it may give rise?

The first step of the *Anns/Kamloops* test presents a relatively low threshold. In order to establish a *prima facie* duty of care, it must be shown that a relationship of “proximity” existed between the parties such that it was reasonably foreseeable that a careless act by the Railways could result in injury to the appellant.

The second step of the *Anns/Kamloops* test requires that it be determined whether any factors exist which should eliminate or limit the duty found under the first branch of the test. This approach recognizes that while the test of “proximity” may be met, liability does not necessarily follow. The existence of a duty of care must be considered in light of all relevant circumstances,

la norme de diligence en précise le contenu. En l’absence d’obligation, il ne peut y avoir de négligence.

1. L’obligation de diligence

L’obligation de diligence qui incombe à une compagnie ferroviaire à l’égard des passages à niveau publics est déterminée, comme elle l’est pour d’autres entités privées ou publiques, par l’application du critère en deux volets établi dans *Anns c. Merton London Borough Council*, [1978] A.C. 728 (H.L.), aux pp. 751 et 752, qui a été adopté par notre Cour dans *Kamloops (Ville de) c. Nielsen*, [1984] 2 R.C.S. 2, ainsi que dans bon nombre d’arrêts ultérieurs. Voir, par exemple, *Just c. Colombie-Britannique*, [1989] 2 R.C.S. 1228; *Hercules Managements Ltd. c. Ernst & Young*, [1997] 2 R.C.S. 165. Les deux volets du critère ont été reformulés de la façon suivante par le juge Wilson dans l’arrêt *Kamloops*, aux pp. 10 et 11:

- 1) y a-t-il des relations suffisamment étroites entre les parties ([la défenderesse] et la personne qui a subi les dommages) pour que [la défenderesse] ai[t] pu raisonnablement prévoir que [son] manque de diligence pourrait causer des dommages à la personne en cause? Dans l’affirmative,
- 2) existe-t-il des motifs de restreindre ou de rejeter a) la portée de l’obligation et b) la catégorie de personnes qui en bénéficient ou c) les dommages auxquels un manquement à l’obligation peut donner lieu?

Le premier volet du critère établi dans les arrêts *Anns* et *Kamloops* est relativement peu exigeant. Pour établir l’existence *prima facie* d’une obligation de diligence, il faut démontrer qu’il existait entre les parties un lien à ce point «étroit» qu’il était raisonnablement prévisible qu’un manque de diligence des compagnies ferroviaires pourrait donner lieu aux blessures de l’appelant.

Conformément au deuxième volet du critère établi dans les arrêts *Anns* et *Kamloops*, il faut déterminer s’il existe des facteurs qui élimine ou limite l’obligation dont l’existence a été établie en application du premier volet du critère. Cette approche reconnaît le fait que, même dans les cas où le critère du «lien étroit» est respecté, il n’y a pas nécessairement responsabilité. L’existence

22

23

24

including any applicable statutes or regulations. Thus, a legislative exemption from liability can negate a duty of care in circumstances where that duty would otherwise arise. The same holds true for immunities created by the courts. A policy decision is made in such cases to prevent the law of negligence from regulating certain relationships or relieving certain injuries, notwithstanding a finding of proximity between the parties. This may reflect the need to shield specific activities from judicial control, or the wish to prevent the “flood-gates of litigation” from opening into areas of potentially unlimited liability. See, e.g., Allen M. Linden, *Canadian Tort Law* (6th ed. 1997), at p. 275.

d’une obligation de diligence doit être considérée en tenant compte de toutes les circonstances pertinentes, y compris les lois ou règlements applicables. En conséquence, une exonération législative de responsabilité peut écarter une obligation de diligence dans des circonstances qui, normalement, donneraient naissance à une telle obligation. Il en est de même pour les immunités créées par les tribunaux. Dans de tels cas, il est décidé, pour des considérations de politique générale, de ne pas appliquer le droit relatif à la diligence afin de régir certains rapports ou de réparer certains préjudices, et ce malgré que l’on ait conclu à l’existence d’un lien étroit entre les parties. Cette situation reflète peut-être la nécessité de soustraire certaines activités au contrôle judiciaire, ou encore la volonté d’empêcher une «avalanche de poursuites» dans des domaines où la responsabilité risque d’être illimitée. Voir, par exemple, Allen M. Linden, *Canadian Tort Law* (6^e éd. 1997), à la p. 275.

²⁵ In addition to negating a duty of care entirely, policy considerations may also serve to “limit” the “scope” of an existing duty under the second step of the *Anns/Kamloops* test. It is necessary to be clear about what this means. The purpose of the *Anns/Kamloops* test is to establish the existence of a legal duty, not to determine the standard of care required to establish liability. Policy considerations do not give rise to “greater” or “lesser” duties in different cases. A duty of care either exists or it does not. As discussed below, when the language of “duty” is framed in terms of its degree or content, what is really at issue is not the duty but the applicable standard of care. While the distinction is obvious, courts from time to time seem to lose

En plus d’écarter complètement une obligation de diligence, des considérations de politique générale peuvent également avoir pour effet de «limiter» la «portée» d’une obligation par l’application du deuxième volet du critère établi dans les arrêts *Anns* et *Kamloops*. Il convient d’expliquer clairement ce que cela signifie. Le critère établi dans ces arrêts a pour objet de permettre de statuer sur l’existence d’une obligation légale et non de déterminer la norme de diligence requise pour établir la responsabilité. Les considérations de politique générale ne donnent pas naissance à des obligations «plus grandes» ou «moins grandes» d’une affaire à l’autre. Une obligation de diligence existe ou elle n’existe pas. Comme nous le verrons plus loin, lorsque l’«obligation» est définie en fonction de son degré ou de son contenu, la véritable question en litige n’est pas la nature de l’obligation, mais la norme de diligence applicable. Bien que la distinction soit évidente, les tribunaux semblent à l’occasion perdre ce principe de vue. Voir par exemple, *Wade c. C.N.*, [1978] 1 R.C.S. 1064, à la p. 1083.

sight of that principle. See, e.g., *Wade v. C.N.R.*, [1978] 1 S.C.R. 1064, at p. 1083.

²⁶ The “scope” of a duty of care can be “limited” under the *Anns/Kamloops* test only in the sense that the duty will arise in certain situations and not

La «portée» de l’obligation de diligence peut être «limitée» par l’application du critère établi dans les arrêts *Anns* et *Kamloops*, mais seulement

in others. Such limitations may be based on broad policy considerations such as efficiency and economic fairness (see *Canadian National Railway Co. v. Norsk Pacific Steamship Co.*, [1992] 1 S.C.R. 1021, at pp. 1155-60) or on specific principles of law which operate in particular cases. See, e.g., *Hercules*, *supra*, at paras. 31-41, and *Just*, *supra*, at pp. 1235-36. The ultimate determination of whether a duty of care arises or not is an issue properly framed within the second step of the *Anns/Kamloops* test and its answer depends on the factual and legal context of each case. In that sense, the test is highly flexible.

However, the *Anns/Kamloops* test is not concerned with legislative or judicial policies which, as in this case, define the conduct required to meet an existing duty. Such policies relate to the standard of care. As a practical matter, the distinction between limiting the “scope” of a legal duty under the *Anns/Kamloops* test or limiting the requisite standard of care to discharge that duty is an elusive one. Both formulations go to reducing a defendant’s exposure to liability, and in most cases the outcome will be the same under either approach. As a matter of analytical coherence, however, the distinction is important. See Lewis N. Klar, *Tort Law* (2nd ed. 1996), at p. 247, and *Just*, *supra*, at pp. 1243-44. Without it, the entire analysis of duty and standard would be collapsed together into the *Anns/Kamloops* framework, a purpose for which that test was not designed.

2. Standard of Care

Conduct is negligent if it creates an objectively unreasonable risk of harm. To avoid liability, a person must exercise the standard of care that would be expected of an ordinary, reasonable and prudent person in the same circumstances. The

en ce sens que certaines situations lui donnent naissance et d’autres non. De telles limitations peuvent être fondées sur des considérations de politique générales telles l’efficacité et l’équité sur le plan financier (voir *Cie des chemins de fer nationaux du Canada c. Norsk Pacific Steamship Co.*, [1992] 1 R.C.S. 1021, aux pp. 1155 à 1160) ou encore sur des principes de droit applicables dans des cas particuliers. Voir, par exemple, *Hercules*, précité, aux par. 31 à 41; *Just*, précité, aux pp. 1235 et 1236. En définitive, l’existence ou non d’une obligation de diligence est une question qu’il convient de trancher dans le cadre de l’application du deuxième volet du critère établi dans les arrêts *Anns* et *Kamloops*, et la réponse dépendra du contexte factuel et juridique de chaque affaire. En ce sens, il s’agit d’un critère très souple.

Cependant, ce critère ne s’attache pas à des règles législatives ou judiciaires qui, comme c’est le cas en l’espèce, définissent la conduite à suivre pour satisfaire à une obligation existante. De telles règles sont pertinentes à l’égard de la norme de diligence. En pratique, la distinction entre la limitation de la «portée» d’une obligation légale par l’application du critère établi dans les arrêts *Anns* et *Kamloops* et la limitation de la norme de diligence qu’il convient de respecter pour remplir cette obligation est évasive. Ces deux règles ont pour effet de réduire les risques qu’un défendeur voit sa responsabilité engagée, et, dans la plupart des cas, le résultat sera le même sous l’une ou l’autre approche. Cependant, la distinction est importante sur le plan de la cohérence analytique. Voir Lewis N. Klar, *Tort Law* (2^e éd. 1996), à la p. 247, et *Just*, précité, aux pp. 1243 et 1244. Sans cette distinction, toute l’analyse de l’obligation et de la norme de diligence se fonderait en une seule étape dans le cadre du critère établi dans les arrêts *Anns* et *Kamloops*, fin pour laquelle ce critère n’a pas été conçu.

2. La norme de diligence

Une conduite est négligente si elle crée un risque de préjudice objectivement déraisonnable. Pour éviter que sa responsabilité ne soit engagée, une personne doit agir de façon aussi diligente que le ferait une personne ordinaire, raisonnable et pru-

27

28

measure of what is reasonable depends on the facts of each case, including the likelihood of a known or foreseeable harm, the gravity of that harm, and the burden or cost which would be incurred to prevent the injury. In addition, one may look to external indicators of reasonable conduct, such as custom, industry practice, and statutory or regulatory standards.

dente placée dans la même situation. Le caractère raisonnable d'une conduite dépend des faits de chaque espèce, y compris la probabilité qu'un préjudice connu ou prévisible survienne, la gravité de ce préjudice, et le fardeau ou le coût qu'il faudrait assumer pour le prévenir. En outre, on peut se fonder sur des indices externes de conduite raisonnable tels que l'usage, la pratique dans l'industrie concernée et les normes législatives ou réglementaires.

29 Legislative standards are relevant to the common law standard of care, but the two are not necessarily co-extensive. The fact that a statute prescribes or prohibits certain activities may constitute evidence of reasonable conduct in a given situation, but it does not extinguish the underlying obligation of reasonableness. See *R. in right of Canada v. Saskatchewan Wheat Pool*, [1983] 1 S.C.R. 205. Thus, a statutory breach does not automatically give rise to civil liability; it is merely some evidence of negligence. See, e.g., *Stewart v. Pettie*, [1995] 1 S.C.R. 131, at para. 36, and *Saskatchewan Wheat Pool*, at p. 225. By the same token, mere compliance with a statute does not, in and of itself, preclude a finding of civil liability. See Linden, *supra*, at p. 219. Statutory standards can, however, be highly relevant to the assessment of reasonable conduct in a particular case, and in fact may render reasonable an act or omission which would otherwise appear to be negligent. This allows courts to consider the legislative framework in which people and companies must operate, while at the same time recognizing that one cannot avoid the underlying obligation of reasonable care simply by discharging statutory duties.

Les normes législatives sont pertinentes à l'égard de la norme de diligence en common law, mais leur portée ne coïncide pas nécessairement. Le fait qu'une loi prescrive ou interdise certaines activités peut contribuer à établir ce qui constitue une conduite raisonnable dans une situation donnée, mais cela n'éteint pas l'obligation sous-jacente d'agir de façon raisonnable. Voir *La Reine du chef du Canada c. Saskatchewan Wheat Pool*, [1983] 1 R.C.S. 205. Ainsi, le fait qu'une personne manque à une loi n'entraîne pas automatiquement sa responsabilité civile; ce fait n'est qu'un élément de preuve tendant à établir la négligence. Voir, par exemple, *Stewart c. Pettie*, [1995] 1 R.C.S. 131, au par. 36; *Saskatchewan Wheat Pool*, à la p. 225. De même, le seul fait que la loi ait été observée n'empêche pas en soi de conclure à la responsabilité civile. Voir Linden, *op. cit.*, à la p. 219. Cependant, les normes législatives peuvent être hautement pertinentes pour déterminer ce qui constitue une conduite raisonnable dans un cas particulier, et elles peuvent, en fait, rendre raisonnable un acte ou une omission qui, autrement, paraîtrait négligent. En conséquence, les tribunaux peuvent examiner le cadre législatif dans lequel les personnes et les sociétés doivent agir, tout en reconnaissant qu'il est impossible de se soustraire à l'obligation sous-jacente de diligence raisonnable simplement en s'acquittant de ses obligations légales.

30 The foregoing view, though generally accepted, has long been resisted in railway cases. For more than 90 years, railway companies have benefited from a "special rule" at common law which placed them in a privileged position within the law of negligence. As long as a railway complied with the

Bien que ce point de vue soit généralement accepté, on a pendant longtemps refusé de l'appliquer dans les affaires mettant en cause les entreprises ferroviaires. Depuis plus de 90 ans, les compagnies ferroviaires bénéficient d'une «règle spéciale» en common law qui les privilégie en

requirements imposed upon it by applicable statutes, regulations and administrative orders, it was under no further obligation — absent extraordinary circumstances — to act in an objectively reasonable manner. This rule has usually been framed in terms of limiting the “duty of care” owed by railways to the public. It is more easily understood as limiting the standard of care which railways must meet under an existing legal duty. Either way, the effect of the rule was the same: it excused railway companies in most cases from the ordinary obligation of prudence which governs other members of society.

The roots of the special rule reach back to the turn of the century, when railways occupied a position of unparalleled economic and social importance in the development of Canada. In *Grand Trunk Railway Co. v. McKay* (1903), 34 S.C.R. 81, this Court held that the safety measures prescribed by the *Railway Act* and the Board of Railway Commissioners were exhaustive, and railways could not be held liable for failing to take precautions beyond those requirements. The harshness of that doctrine was tempered somewhat by a separate line of cases, beginning with *Lake Erie & Detroit River Railway Co. v. Barclay* (1900), 30 S.C.R. 360, which held that in the event of exceptional danger or extraordinary conditions, a railway would be required to take greater safety measures than those officially prescribed. The *McKay* and *Barclay* doctrines have been combined in subsequent judgments to yield the current rule, which

was restated by Dickson J. (as he then was) in *Paskivski, supra*, at pp. 698-99:

A long line of cases . . . establishes that a railway company’s duty of care to users of public crossings is

matière de droit de la négligence. En effet, dans la mesure où elles se conforment aux obligations qui leur sont faites par les lois, règlements et ordonnances administratives applicables, les compagnies ferroviaires n’ont pas — en l’absence de circonstances extraordinaires — d’autre obligation que celle d’agir d’une manière objectivement raisonnable. On exprime généralement cette règle en disant qu’elle a pour effet de limiter l’«obligation de diligence» des compagnies ferroviaires envers le public. Elle est toutefois plus facile à saisir si on dit qu’elle réduit la norme de diligence à laquelle les compagnies ferroviaires doivent se conformer pour respecter une obligation légale existante. Sous l’une ou l’autre de ces approches, l’effet de la règle est le même: les compagnies ferroviaires sont, dans la plupart des cas, soustraites à l’obligation ordinaire de prudence qui incombe aux autres membres de la société.

L’origine de la règle spéciale remonte au début du siècle, époque où les entreprises ferroviaires ont joué un rôle d’une importance économique et sociale sans précédent dans le développement du Canada. Dans l’arrêt *Grand Trunk Railway Co. c. McKay* (1903), 34 R.C.S. 81, notre Cour a conclu que les mesures de sécurité imposées par la *Loi sur les chemins de fer* et la Commission des chemins de fer étaient exhaustives, et que les compagnies de chemin de fer ne pouvaient être jugées responsables parce qu’elles avaient omis de prendre des précautions dépassant ces exigences. La rigidité de cette théorie a été quelque peu atténuée par un courant jurisprudentiel distinct, qui a débuté avec l’arrêt *Lake Erie & Detroit River Railway Co. c. Barclay* (1900), 30 R.C.S. 360, dans lequel notre Cour a conclu que, en cas de danger exceptionnel ou de conditions extraordinaires, les entreprises ferroviaires étaient tenues de prendre des mesures de sécurité plus importantes que celles officiellement prescrites. Les principes exposés dans les arrêts *McKay* et *Barclay* ont été combinés dans des jugements ultérieurs et ont produit la règle actuelle, qui a été reformulée par le juge Dickson (plus tard Juge en chef) dans *Paskivski*, précité, aux pp. 698 et 699:

De nombreux précédents . . . ont établi que l’obligation d’une compagnie de chemin de fer d’user de pré-

limited to discharge of statutory obligations under the *Railway Act* . . . and compliance with orders of the Canadian Transport Commission — unless there are special or exceptional circumstances, in which event a common law duty of care will require additional precautions or safeguards.

32 This Court upheld the special rule in *Paskivski*, but it did so with reluctance. Dickson J. questioned the ongoing relevance of the rule at p. 708:

The past seventy years have wrought many changes within Canada and today one might perhaps be inclined to question the relevance and validity of a rule of law which limits the common law duty of care of a railway to the special case or the exceptional case, particularly if those words are to receive a strict or narrow construction. It may well be that the interests of a young and undeveloped nation are best served by a minimum of impediment to industrial growth and economic expansion but in a more developed and populous nation this attitude of *laissez faire* may have to yield to accommodate the legitimate concern of society for other vital interests such as the safety and welfare of children.

Laskin C.J., concurring in the result reached by Dickson J., was even more pointed in his criticism of the rule, at pp. 689-90:

. . . I am unable to appreciate why railway companies, in the conduct of their transportation operations, are today entitled to the benefit of a special rule, more favourable to them, by which their common law liability is to be gauged. When all allowances are made for the force and legal effect of the rules and regulations of the regulatory agency, the Canadian Transport Commission, to which railway companies are subject, and when the question of their liability turns on the common law of negligence, as is the case here, they cannot claim to be judged by any

different standards than those that apply to other persons or entities charged with liability for negligence.

33 The calls for reform expressed 24 years ago in *Paskivski* are more compelling today. The special status enjoyed by railway companies under the law

cautions à l'égard des usagers des passages à niveau publics est restreinte à l'exécution des obligations statutaires prévues à la *Loi sur les chemins de fer* . . . et au respect des ordonnances rendues par la Commission canadienne des transports — sauf s'il existe des circonstances spéciales ou exceptionnelles. En ce cas une obligation de *common law* prescrit d'autres précautions ou mesures de sécurité.

Dans *Paskivski* notre Cour a confirmé, mais non sans réticence, la règle spéciale. Le juge Dickson a mis en doute la pertinence de maintenir cette règle, à la p. 708:

Le Canada a beaucoup changé au cours des derniers soixante-dix ans et l'on pourrait être enclin aujourd'hui à mettre en doute la pertinence et la validité de la règle de droit qui restreint aux situations spéciales ou exceptionnelles l'obligation de prendre des précautions que le droit commun impose à une compagnie ferroviaire, surtout si ces mots doivent être interprétés rigoureusement ou restrictivement. Il se peut que les intérêts d'une jeune nation en voie de développement soient mieux servis en réduisant les obstacles à la croissance industrielle et à l'expansion économique, mais au sein d'une nation plus développée et peuplée, ce laisser-aller doit céder le pas à l'intérêt légitime qu'entretient la société à l'égard d'autres préoccupations fondamentales telles que la sécurité et le bien-être des enfants.

Souscrivant au dispositif du juge Dickson, le juge en chef Laskin a critiqué la règle de façon encore plus tranchante, aux pp. 689 à 690:

. . . je ne puis comprendre pourquoi les compagnies ferroviaires, dans la gestion de leurs opérations de transport, jouissent aujourd'hui d'une règle spéciale qui leur est plus favorable et selon laquelle nous devons déterminer leur responsabilité civile. Lorsque l'on tient compte de l'application et de la portée des règlements émanant de l'organisme de contrôle, la Commission canadienne des transports, à laquelle les compagnies de chemin de fer sont assujetties, et lorsque la question de la responsabilité de celles-ci entraîne l'application du droit commun relatif à la négligence, comme c'est le cas en l'espèce, ces compagnies ne peuvent prétendre être jugées selon des critères différents de ceux qui s'appliquent aux autres personnes ou aux autres entités dont la responsabilité est retenue pour cause de négligence.

Les appels à la réforme lancés il y a 24 ans dans *Paskivski* sont encore plus impérieux aujourd'hui. Le traitement spécial dont jouissent les compa-

of negligence can no longer be justified in principle and the time has come for that rule to be set aside. Although a doctrine of such long standing should not lightly be discarded, there is little to be gained from maintaining for its own sake a line of jurisprudence which has lost its relevance.

The Railways contend that the *McKay/Barclay* rule should be preserved in deference to the expertise of the Board (now the Canadian Transportation Agency) on matters of railway safety. That argument is unpersuasive. The orders of an administrative board may be relevant to the determination of reasonable behaviour in specific circumstances. However, as noted, such orders do not oust the underlying standard of reasonableness imposed by common law. A railway, like any other company or individual, is subject to generally applicable principles of negligence, and should not enjoy special protection when its actions or omissions cause harm to other members of society. See *Harris v. Canadian Pacific Ltd.* (1989), 59 D.L.R. (4th) 151 (B.C.C.A.), at pp. 154-55.

It is useful to note that even when applying the *McKay/Barclay* rule, courts have implicitly recognized that statutory compliance cannot replace the common law standard of care, and can be accepted as a substitute for that standard only in certain circumstances. Thus, in “ordinary” cases, compliance with the statute has been held to exhaust the requirement of reasonable conduct; in “exceptional” cases, however, the statutory standard has been deemed “insufficient” and the common law has been retrieved to fill the gap. As Robertson C.J. stated for the Ontario Court of Appeal in *Anderson v. Canadian National Railway Co.*, [1944] O.R. 169, at p. 177:

gnies de chemin de fer en droit de la négligence ne peut plus se justifier au niveau des principes, et le temps est venu d’écarter cette règle. Bien qu’une doctrine appliquée depuis si longtemps ne puisse être mise de côté à la légère, il y a peu d’intérêt à maintenir, pour le principe, un courant jurisprudentiel qui a perdu sa pertinence.

Les compagnies ferroviaires soutiennent que la règle établie dans les arrêts *McKay* et *Barclay* doit être maintenue par déférence pour l’expertise de la Commission des Chemins de fer du Canada (maintenant l’Office des transports du Canada) en matière de sécurité ferroviaire. Cet argument n’est pas convaincant. Les ordonnances d’une commission administrative peuvent être pertinentes pour déterminer ce qui constitue une conduite raisonnable dans des circonstances particulières. Cependant, comme il a été souligné, de telles ordonnances n’ont pas pour effet d’écarter la norme sous-jacente du caractère raisonnable imposée par la common law. À l’instar de toute autre entreprise ou personne, les compagnies de chemin de fer sont assujetties aux principes généralement applicables en matière de négligence, et elles ne doivent pas jouir d’une protection spéciale lorsque leurs actes ou omissions causent un préjudice à d’autres membres de la société. Voir *Harris c. Canadian Pacific Ltd.* (1989), 59 D.L.R. (4th) 151 (C.A.C.-B.), aux pp. 154 et 155.

Il est utile de souligner que, même lorsqu’ils ont appliqué la règle établie dans les arrêts *McKay* et *Barclay*, les tribunaux ont implicitement reconnu que l’observation de la loi ne pouvait remplacer la norme de diligence prévue par la common law, et qu’elle ne pouvait être substituée à cette dernière que dans certaines circonstances. En conséquence, dans des affaires «ordinaires», il a été statué que l’observation de la loi satisfaisait à l’exigence de la conduite raisonnable; dans des cas «exceptionnels», cependant, la norme législative a été jugée «insuffisante» et on a fait appel à la common law pour combler cette lacune. Comme l’a dit le juge en chef Robertson au nom de la Cour d’appel de l’Ontario dans *Anderson c. Canadian National Railway Co.*, [1944] O.R. 169, à la p. 177:

34

35

... under ordinary circumstances, the railway is permitted to carry on its usual operations in the normal way, at a highway level crossing, without other precautions and warnings than are prescribed by the Railway Act or by the Board, but if the operations are carried on in such a way, or are of such a character, that the public using the crossing is exposed to exceptional danger . . . or if there are exceptional circumstances . . . that render ineffective or insufficient the precautions and warnings generally prescribed, then, in such cases, it may be left to a jury to say whether or not the railway has been negligent in failing to adopt other measures for the protection of those who may use the crossing.

[TRADUCTION] . . . dans des circonstances ordinaires, la compagnie de chemin de fer est autorisée à faire ses opérations habituelles de la façon normale, à un passage à niveau, sans prendre d'autres précautions ou donner d'autres avertissements que ceux qui sont prescrits par la Loi sur les chemins de fer ou par la Commission, mais si les opérations sont effectuées de telle façon ou sont de nature telle que le public utilisant le passage est exposé à un danger exceptionnel [. . .], ou encore s'il existe des circonstances exceptionnelles [. . .] qui rendent inefficaces ou insuffisantes les précautions et les avertissements généralement prescrits, en pareils cas, on peut laisser au jury le soin de dire si la compagnie de chemin de fer a été négligente en omettant de prendre des mesures additionnelles pour la protection de ceux qui peuvent utiliser le passage.

36 The problem with the *McKay/Barclay* rule was that instead of focusing the analysis on whether statutory compliance by the railway was reasonable in the circumstances, it assumed that step as a matter of law and forced the plaintiff to rebut the presumption. See, e.g., *Richardson v. Surrey (Dist.)* (1990), 43 B.C.L.R. (2d) 210 (B.C.C.A.), at p. 214. With the abolishment of the special rule, the correct principles can now be stated more clearly. Compliance with a statutory standard of care does not abrogate or supersede the obligation to comply with the common law standard of care. The requirements are concurrent, and each carries its own penalty for breach. However, in appropriate circumstances, compliance with statutory standards may entirely satisfy the common law standard of care and thus absolve a defendant of liability in negligence. See *Bux v. Slough Metals Ltd.*, [1974] 1 All E.R. 262 (C.A.).

Le problème que pose la règle établie dans les arrêts *McKay* et *Barclay* découlait du fait que, au lieu d'axer l'analyse sur la question de savoir si, dans les circonstances, l'entreprise ferroviaire avait agi raisonnablement en observant la loi, on le présumait en droit, contraignant ainsi le demandeur à réfuter cette présomption. Voir, par exemple, *Richardson c. Surrey (Dist.)* (1990), 43 B.C.L.R. 210 (C.A.C.-B.), à la p. 214. L'abolition de la règle spéciale permet d'énoncer plus clairement les principes qu'il convient d'appliquer. L'observation d'une norme de diligence d'origine législative n'a pas pour effet d'abroger ni ne remplacer l'obligation de respecter la norme de diligence prévue par la common law. Il s'agit d'obligations concomitantes, comportant chacune sa propre sanction en cas de manquement. Toutefois, il est possible que, dans des circonstances appropriées, l'observation de normes législatives satisfasse entièrement à la norme de diligence prévue par la common law et dégage donc le défendeur de toute responsabilité fondée sur la négligence. Voir *Bux c. Slough Metals Ltd.*, [1974] 1 All E.R. 262 (C.A.).

37 This approach is consistent with the holding in *Canadian National Railway Co. v. Vincent*, [1979] 1 S.C.R. 364. Although *Vincent* arose in the context of Quebec civil law, the reasoning of Pratte J. in that case is instructive, particularly since the common law standard of care is analogous to the requirement of reasonable prudence under the *Civil Code*. The facts in *Vincent* were straightforward. A child was struck by a train while riding her bicycle

Cette approche est compatible avec la décision rendue dans *Compagnie des Chemins de fer nationaux du Canada c. Vincent*, [1979] 1 R.C.S. 364. Même s'il s'agissait d'une affaire de droit civil du Québec, l'analyse du juge Pratte est instructive, en particulier parce que la norme de diligence prévue par la common law est analogue à l'obligation de prudence raisonnable du *Code civil*. Les faits de cette affaire étaient simples. Une enfant avait été

on a railway crossing in a densely populated area. It was undisputed that the railway had complied with all relevant safety measures prescribed by statute and regulations. The issue was whether the railways should have taken additional precautions in the circumstances of the case. Pratte J. stated at pp. 372-73:

It must be said at the outset that, under the verdict, appellant is not held liable by reason of any breach of the *Railway Act* . . . or of the regulations of the Canadian Transport Commission. The issue is rather whether appellant can be found guilty of negligence under . . . [the *Civil Code*], although it complied with all the special statutory and regulatory provisions to which it is subject. The special provisions governing appellant certainly do not have the effect of exempting it from the ordinary law of civil liability. Savatier in *Traité de la responsabilité civile en droit français*, Vol. 1, No. 181, at p. 225, said the following on this point:

[TRANSLATION] 181. Fault despite compliance with regulations.

When the regulatory authority intervenes to prescribe certain safeguards, it does so in the interest of third parties, not to their detriment. Except where otherwise provided, the precautions it is prescribing must therefore be viewed as being in no way exhaustive, and as not preventing those subject to the regulation from being also bound, apart from it, by any other obligations to exercise prudence.

Additional support for this view can be found in s. 367(4) of the *Railway Act* which provides:

367. . . .

(4) No inspection under or by the authority of this Act . . . and nothing in this Act . . . and nothing done, ordered, directed, required or provided for, or omitted to be done . . . under or by virtue of this Act . . . shall, except in so far as a compliance with the Act in question or with the order, direction, requirement or provision, constitutes a justification for what would otherwise be wrongful, relieve . . . any company of or from, or in any way diminish or affect, any liability or responsibility resting on it by law . . . for anything done or omitted to

frappée par un train en franchissant à bicyclette un passage à niveau situé dans un secteur à forte densité de population. Il n'était pas contesté que la compagnie de chemin de fer avait pris toutes les mesures de sécurité utiles prescrites par la loi et son règlement d'application. La question en litige était de savoir si la compagnie de chemin de fer en cause aurait dû prendre des précautions supplémentaires dans les circonstances de l'affaire. Le juge Pratte a dit ceci, aux pp. 372 et 373:

Il faut dire dès maintenant que le verdict ne reproche à l'appelante aucune violation de la *Loi sur les chemins de fer* . . . ou des ordonnances de la Commission canadienne des transports. Il s'agit plutôt de savoir si l'appelante, même si elle a observé toutes les prescriptions statutaires ou réglementaires spéciales auxquelles elle est assujettie ne s'est pas néanmoins rendue coupable de négligence au sens [du *Code civil*]. Les dispositions particulières qui régissent l'appelante n'ont certes pas pour effet de la soustraire au régime de droit commun en matière de responsabilité civile. Savatier, *Traité de la responsabilité civile en droit français*, t. 1, n° 181, à la p. 225, s'exprime comme suit sur ce point:

181. La faute en dépit de l'observation des règlements.

Quand l'autorité réglementaire intervient pour prescrire certaines mesures de précaution, elle le fait dans l'intérêt des tiers, et non pas à leur préjudice. Sauf disposition contraire du texte, on doit donc considérer que les précautions qu'elle prescrit ne sont nullement limitatives, et n'empêchent pas les personnes soumises au règlement d'être également tenues, en dehors de lui, de toutes autres obligations de prudence.

Ce point de vue est également étayé par le par. 367(4) de la *Loi sur les chemins de fer*, qui est ainsi rédigé:

367. . . .

(4) Nulle inspection faite sous le régime ou sous l'autorité de la présente loi [. . .] et rien de ce qui a été fait, ordonné ou commandé, ou exigé ou prescrit, non plus que nulle omission de faire, d'ordonner ou de commander, d'exiger ou de prescrire [. . .] en vertu de [la présente loi], sauf en tant que l'observation de la loi ou de quelque ordonnance, ordre, prescription ou disposition constitue une justification de ce qui autrement serait répréhensible, ne soustrait [. . .] une compagnie à quelque obligation ou responsabilité que la loi lui

be done by that company, or for any wrongful act, negligence, default, misfeasance, malfeasance or nonfeasance of that company.

Section 367(4) confirms that compliance with statutory standards does not normally exhaust a railway's obligations under principles of negligence. See *Vincent, supra*, at p. 373. A railway is presumptively bound by the common law, subject only to those situations where compliance with the statute or regulations provides "a justification for what would otherwise be wrongful". Like any exculpatory provision limiting common law rights, that passage should be narrowly construed. In the absence of a clear indication to the contrary, compliance with statutory standards should not be viewed as excusing a railway's obligation to take whatever precautions are reasonably required in the circumstances.

impose, ni de façon à amoindrir ou atteindre de quelque manière cette obligation ou responsabilité [...] par suite de quelque action ou omission de la part de cette compagnie, ou pour quelque tort, négligence ou défaut, abus d'autorité, acte illégal ou non-exécution de la part de cette compagnie.

Le paragraphe 367(4) confirme que, normalement, l'observation de normes législatives ne soustrait pas une compagnie ferroviaire aux obligations qui lui incombent en vertu des principes de la négligence. Voir *Vincent*, précité, à la p. 373. Une entreprise ferroviaire est réputée liée par la common law, sauf dans les cas où l'observation de la loi ou des règlements fournit «une justification de ce qui autrement serait répréhensible». Comme toute autre disposition exonératoire limitant des droits reconnus par la common law, ce passage doit être interprété strictement. En l'absence d'indication claire à l'effet contraire, l'observation de normes législatives ne peut être considérée comme ayant pour effet d'écarter l'obligation qu'a une compagnie ferroviaire de prendre toutes les précautions qui s'imposent dans les circonstances.

39

The weight to be accorded to statutory compliance in the overall assessment of reasonableness depends on the nature of the statute and the circumstances of the case. It should be determined whether the legislative standards are necessarily applicable to the facts of the case. Statutory compliance will have more relevance in "ordinary" cases — i.e., cases clearly within the intended scope of the statute — than in cases involving special or unusual circumstances. See *Paskivski, supra*, and *Anderson, supra*. It should also be determined whether the legislative standards are specific or general, and whether they allow for discretion in the manner of performance. It is a well-established principle that an action will lie against any party, public or private, "for doing that which the legislature has authorized, if it be done negligently". See *Geddis v. Proprietors of the Bann Reservoir* (1878), 3 App. Cas. 430 (H.L.), at pp. 455-56; see also *Kamloops, supra*, at p. 11, and *Just, supra*, at p. 1245. It follows that a party acting under statutory authority must still take such precautions as are reasonable within the range of that authority to minimize the risks which may

Le poids qu'il convient d'accorder à l'observation de la loi dans l'appréciation globale du caractère raisonnable des mesures prises dépend de la nature de la loi en cause et des circonstances de l'affaire. Il faut déterminer si les normes législatives s'appliquent nécessairement aux faits de l'affaire. L'observation de la loi sera un élément plus pertinent dans les affaires «ordinaires» — c.-à-d. les affaires qui relèvent clairement du champ d'application visé par la loi — que dans celles comportant des circonstances spéciales ou inhabituelles. Voir les arrêts *Paskivski* et *Anderson*, précités. Il faut également déterminer si les normes législatives sont de nature particulière ou générale, et si elles accordent un certain pouvoir discrétionnaire quant aux modalités d'exécution. Suivant un principe bien établi, des poursuites peuvent être intentées contre toute partie, publique ou privée, [TRA-DUCTION] «qui fait montre de négligence dans l'accomplissement d'un acte autorisé par le législateur». Voir *Geddis c. Proprietors of the Bann Reservoir* (1878), 3 App. Cas. 430 (H.L.), aux pp. 455 et 456; voir également *Kamloops*, précité, à la p. 11, et *Just*, précité, à la p. 1245. Il s'ensuit que

result from its actions. See *Tock, supra* (applying similar principles in the nuisance context).

Where a statute authorizes certain activities and strictly defines the manner of performance and the precautions to be taken, it is more likely to be found that compliance with the statute constitutes reasonable care and that no additional measures are required. By contrast, where a statute is general or permits discretion as to the manner of performance, or where unusual circumstances exist which are not clearly within the scope of the statute, mere compliance is unlikely to exhaust the standard of care. This approach strikes an appropriate balance among several important policies, including deference to legislative determinations on matters of railway safety, security for railways which comply with prescribed standards, and protection for those who may be injured as a result of unreasonable choices made by railways in the exercise of official authority.

3. Application to the Case at Bar

The first question is whether the Railways owed the appellant a duty of care. The Store Street tracks ran down the centre of an urban street, in direct proximity to the public. It was plainly foreseeable that carelessness by the Railways with respect to those tracks could cause injury to users of the street. Accordingly, a *prima facie* duty of care arose under the first step of the *Anns/Kamloops* test. See *Harris, supra*, at p. 155. Turning to the second step of the test, the Railways have not identified any legislative or judicial policies which would negate that duty or limit it. As noted, the authorities relied upon by the Railways concern the manner of carrying out a specific activity, and do not purport to limit civil liability. Those regulations do not affect the existence of a duty of care.

la partie qui agit en vertu d'une autorisation du législateur doit néanmoins prendre les précautions raisonnables dans les limites de cette autorisation afin de réduire au minimum les risques susceptibles de résulter de ses actes. Voir *Tock*, précité (pour l'application de principes analogues dans le contexte de la nuisance).

Lorsqu'une loi autorise certaines activités et définit strictement les modalités d'exécution qui doivent être suivies et les précautions qui doivent être prises, il est probable que l'on conclue que l'observation de cette loi vaut diligence raisonnable et qu'aucune autre mesure supplémentaire n'est requise. Par contraste, lorsqu'il s'agit d'une loi de nature générale ou qui accorde un certain pouvoir discrétionnaire quant aux modalités d'exécution, ou encore lorsqu'il existe des circonstances inhabituelles qui ne relèvent pas clairement du champ d'application de la loi, il est peu probable que la simple observation de celle-ci satisfasse à la norme de diligence applicable. Cette approche établit un juste équilibre entre plusieurs principes importants, notamment le respect des décisions du législateur en matière de sécurité ferroviaire, la protection des entreprises ferroviaires qui satisfont aux normes prescrites et la protection des personnes qui subissent un préjudice résultant de choix déraisonnables faits par ces entreprises dans l'exercice d'une autorisation officielle.

3. L'application au présent cas

La première question en litige est de savoir si les compagnies ferroviaires avaient une obligation de diligence envers l'appelant. La voie ferrée de la rue Store occupait le centre d'une artère urbaine, à proximité immédiate du public. Il était clairement prévisible qu'un manque de diligence des compagnies ferroviaires à l'égard de cette voie ferrée pourrait causer un préjudice aux usagers de la rue. En conséquence, les compagnies ferroviaires avaient une obligation de diligence *prima facie* suivant le premier volet du critère établi dans les arrêts *Anns* et *Kamloops*. Voir *Harris*, précité, à la p. 155. En ce qui concerne le deuxième volet du critère, les compagnies ferroviaires n'ont pu indiquer aucun principe législatif ou jurisprudentiel écartant ou limitant cette obligation. Comme il a

40

41

été souligné précédemment, les textes invoqués par les compagnies ferroviaires traitent des modalités d'exécution d'une activité particulière et ne visent pas à limiter la responsabilité civile. Ces dispositions réglementaires n'ont aucune incidence sur l'existence même d'une obligation de diligence.

42 The standard of care required of the Railways was that of a prudent and reasonable person in the circumstances, having regard to all relevant factors including applicable statutes and regulations. It is undisputed that the Railways complied with certain safety standards prescribed in regulations and Board orders. The question is whether such compliance satisfied the requirement of objective reasonableness in this case and absolved the Railways of liability for the appellant's injury.

La norme de diligence à laquelle étaient tenues les compagnies ferroviaires était celle d'une personne prudente et raisonnable placée dans les mêmes circonstances, compte tenu de tous les facteurs pertinents, y compris les lois et règlements applicables. Il n'est pas contesté que les compagnies ferroviaires ont observé certaines normes de sécurité prescrites par les règlements et les ordonnances de la Commission. La question est de savoir si cette observation a permis de respecter l'obligation de conduite objectivement raisonnable en l'espèce, et si elle a dégagé les compagnies ferroviaires de toute responsabilité à l'égard des blessures subies par l'appelant.

43 At the outset, it should be noted that the location of the Store Street tracks does not, by itself, give rise to liability. The construction of a branch line on an urban street inevitably creates a risk to the public. When a party is specifically authorized to create that risk, compliance with such authority cannot be negligent. There is negligence only if, in the performance of the authorized activity, the party creates a risk that is objectively unreasonable in the circumstances. The construction of the Store Street tracks was authorized by the Board in 1908 on the basis of a detailed plan and profile, and the location of the tracks was reapproved in 1927. Pursuant to s. 223 of the *1906 Railway Act*, those orders could not have issued unless the Board was "satisfied that the branch line [was] necessary in the public interest or for the purpose of giving increased facilities to business". It cannot be said that it was unreasonable for the Railways to

Il convient d'abord de souligner que l'emplacement de la voie ferrée de la rue Store n'engage pas en soi la responsabilité des compagnies ferroviaires. La construction d'une ligne secondaire dans une artère urbaine crée inévitablement un risque pour le public. Lorsqu'une partie est expressément autorisée à créer un tel risque, le fait de se conformer à cette autorisation ne saurait constituer de la négligence. Il y a négligence seulement si, dans l'accomplissement de l'activité autorisée, la partie en cause crée un risque objectivement déraisonnable dans les circonstances. La construction de la voie ferrée de la rue Store a été autorisée par la Commission en 1908 sur la base d'un plan et d'un profil détaillés, et l'emplacement de la voie a été approuvé de nouveau en 1927. Aux termes de l'art. 223 de la *Loi sur les chemins de fer de 1906*, ces ordonnances n'auraient pas été prises si la Commission n'avait pas été «d'avis que l'embranchement [était] nécessaire dans l'intérêt public ou pour donner plus de facilités aux affaires». Il est impossible de prétendre qu'il était déraisonnable pour les compagnies ferroviaires de se conformer à ces ordonnances et de construire la voie ferrée de la manière autorisée.

comply with those orders by constructing the tracks in the manner authorized.

The real issue is whether the Railways were negligent with respect to the dimensions of the flangeways on Store Street. In particular, it must be determined whether the Railways acted unreasonably by enlarging the flangeways to a width of nearly four inches in 1982, and by failing to install flange fillers at any time prior to the appellant's accident. This issue has to do with the minimization of risk, and is separate from the Railways' undisputed duty to warn the public of the inevitable hazard created by the tracks.

The Railways have cited two sets of authorities in support of their contention that they acted reasonably with respect to the flangeways. First, they submit that the method which they used to construct the flangeways in 1982 — flangerail on its side — is the standard design for flangeways at “highway crossings”, as confirmed by Board Order No. 9729 dated February 29, 1910. Accordingly, they contend that they were under no obligation to employ a different method or to use different construction materials, such as flange fillers. Second, they submit that the width of the flangeways on Store Street was within the allowable range for a “railway-highway crossing at grade” as defined in s. 6 of General Order No. E-4. That provision states:

6. A space not more than three inches deep and not less than two and one-half inches wide nor more than four and three-quarters inches wide shall be provided between the gauge side of the running rail and the planking and/or other road surface, as the case may be.

A similar requirement appears in metric form in s. 7 of CTC 1980-8 Rail:

7. A flangeway with a width of between 65 mm and 120 mm to a depth of between 50 mm and 75 mm shall be provided between the gauge side of the running rail and the highway surface.

La véritable question litigieuse est de savoir si les compagnies ferroviaires ont été négligentes en ce qui concerne les dimensions des ornières de la voie ferrée de la rue Store. En particulier, il faut déterminer si les compagnies ferroviaires ont agi de façon déraisonnable lorsqu'elles ont porté la largeur des ornières à près de quatre pouces en 1982 et lorsqu'elles ont omis d'utiliser des entretoises d'ornières avant l'accident de l'appellant. Cette question porte sur la réduction au minimum du risque, et elle est distincte de l'obligation incontestable qu'ont les compagnies ferroviaires d'avertir le public du danger inévitable que crée la voie ferrée.

Les compagnies ferroviaires ont cité deux textes pour étayer leur prétention selon laquelle elles ont agi raisonnablement en ce qui concerne les ornières. Premièrement, elles soutiennent que la méthode qu'elles ont utilisée pour construire les ornières en 1982 — des rails à ornières reposant sur leur côté — est la méthode acceptée de construction des ornières aux «croisements de voies publiques», comme le confirme l'Ordonnance n° 9729 de la Commission datée du 29 février 1910. En conséquence, elles affirment qu'elles n'avaient aucune obligation d'utiliser une autre méthode ou des matériaux de construction différents, telles des entretoises d'ornières. Deuxièmement, elles prétendent que la largeur des ornières de la voie ferrée de la rue Store respectait la fourchette autorisée à l'égard des «passages à niveau au croisement d'un chemin de fer et d'une voie publique», définie à l'art. 6 de l'Ordonnance générale n° E-4. Cet article est ainsi rédigé:

[TRADUCTION] 6. Un espace d'au plus trois pouces de profondeur sur une largeur d'au moins deux pouces et demi et d'au plus quatre pouces et trois-quarts sera ménagé entre la face intérieure du rail de roulement et le planchéage et/ou autre revêtement, selon le cas.

Une exigence similaire est formulée en unités métriques à l'art. 7 du CCT 1980-8 RAIL:

7. Une ornière de passage des boudins d'une largeur de 65 mm à 120 mm et d'une profondeur de 50 mm à 75 mm doit être ménagée entre la face intérieure du rail de roulement et la surface de la voie publique.

In the submission of the Railways, the foregoing authorities were applicable to the entire Store Street track, and defined the standard of care which was required. Because they complied with that standard, the Railways contend that their conduct was reasonable. The Court of Appeal agreed and reversed the trial judge's finding of negligence with respect to the flangeways.

Les compagnies ferroviaires ont fait valoir que ces textes s'appliquaient à toute la voie ferrée de la rue Store et définissaient la norme de diligence à respecter. Puisqu'elles se sont conformées à cette norme, les compagnies ferroviaires prétendent que leur conduite a été raisonnable. La Cour d'appel a accepté ces arguments et infirmé la conclusion du juge de première instance selon laquelle les compagnies ferroviaires avaient été négligentes en ce qui concerne les ornières.

⁴⁶ In my view, the Railways' compliance with the cited authorities did not exhaust the requisite standard of care in this case, for two reasons. First, those authorities were not directly applicable to the circumstances, and second, they allowed for significant discretion in the manner of performance. These points will be addressed in turn.

À mon avis, le fait que les compagnies ferroviaires se soient conformées aux textes cités n'a pas satisfait à l'obligation de diligence applicable en l'espèce, et ce pour deux raisons. Premièrement, ces textes ne s'appliquaient pas directement aux circonstances de l'espèce et, deuxièmement, ils accordaient un pouvoir discrétionnaire appréciable à l'égard des modalités d'exécution. Ces deux points vont être examinés à tour de rôle.

(i) *Relevance to the Circumstances of this Case*

(i) *La pertinence eu égard aux circonstances du présent cas*

⁴⁷ The authorities relied upon by the Railways apply to "highway crossings". A typical crossing involves the intersection of a railway and a highway at a single point, usually at a right angle. It does not follow that the standards prescribed for such crossings are also applicable to situations where, as here, a length of railway track is carried along an urban street for several blocks. The evidence in the record is inconclusive on the definition of a "crossing". The *Railway Act* provides, under the title "*Highway Crossings, etc.*", that a railway "may . . . be carried upon, along or across an existing highway. . .". See, e.g., *Railway Act*, R.S.C. 1970, c. R-2, s. 196(1). On the other hand, Board Order No. 38682 (January 18, 1927) stated that only the "crossing of Chatham Street" should comply with regulations governing "highway crossings", suggesting that the remainder of the Store Street line was not a crossing and was not subject to such regulations. General Order No. E-4 and CTC 1980-8 Rail provide that a "crossing" is "any railway crossing of a highway at grade or any highway crossing of a railway at grade". The diagrams accompanying those regulations show an ordinary crossing at a perpendicular angle.

Les textes invoqués par les compagnies ferroviaires s'appliquent aux «croisements de voies publiques». Le croisement type est formé par l'intersection, habituellement à angle droit, d'une voie ferrée et d'une voie publique en un point donné. Il ne s'ensuit pas que les normes prescrites pour la construction de tels croisements s'appliquent également aux cas où, comme en l'espèce, un bout de voie ferrée occupe le centre d'une artère urbaine sur une distance de plusieurs pâtés de maisons. La preuve versée au dossier n'est pas concluante en ce qui concerne la définition de «croisement». La *Loi sur les chemins de fer* indique, sous l'intertitre «Croisements de voies publiques», qu'un chemin de fer «peut [. . .] passer sur une voie publique existante et la longer ou la croiser . . .». Voir, par exemple, le par. 196(1) de la *Loi sur les chemins de fer*, S.R.C. 1970, ch. R-2. Par contre, dans l'Ordonnance n° 38682 de la Commission (18 janvier 1927) précisait que seul le [TRADUCTION] «croisement de la rue Chatham» devait être conforme au règlement régissant les «croisements de voies publiques», ce qui laissait entendre que le reste de la voie ferrée de la rue Store ne constituait pas un croisement et n'était pas assujéti à ce règlement.

The Railways submitted that because the cited regulations are not expressly limited to “typical” crossings, they should presumptively apply to all situations in which a railway runs across or along a street at grade. That argument misses the point. It is the common law standard of care which is presumed to apply. If a regulatory standard is shown to govern a particular situation, it may be accepted as a reasonable substitute for the common law in that case. However, the regulation must be clearly applicable to a particular circumstance. To borrow the language of the “special rule” cases, the situation must be “ordinary” rather than “special or exceptional”. See *Anderson, supra*, and *Paskivski, supra*.

Regardless of whether the Store Street line can be construed as a “crossing”, it is obviously not a crossing in any ordinary or typical sense. The Railways’ witness, Mr. Palasz, conceded during cross-examination that the Store Street tracks are unlike other highway crossings and are not specifically provided for under existing regulatory standards:

- Q. What standards are applied to tracks that run down urban streets as in Store Street?
- A. I think Store Street is unique. It is the only track that I know that does run down an urban street. I know there are some others but it’s the only one that I’ve been involved with.
- Q. So does CP Rail have any standards that are applicable to tracks that run parallel and down urban streets?

Aux termes de l’Ordonnance générale n° E-4 et du CCT 1980-8 RAIL, le terme «croisement» s’entend de «tout croisement à niveau d’une voie publique et d’une voie ferrée». Les diagrammes accompagnant ces règlements représentent un croisement ordinaire à angle droit.

Les compagnies ferroviaires ont soutenu que parce que le règlement cité ne se limite pas expressément aux croisements «typiques», il faut présumer qu’ils s’appliquent dans tous les cas où une voie ferrée traverse ou longe à niveau une rue. Cet argument ne répond pas à la question. C’est la norme de diligence prévue par la common law qui est réputée s’appliquer. S’il est établi qu’une norme réglementaire régit une situation particulière, elle peut être considérée comme une solution de rechange raisonnable à la common law dans un tel cas. Cependant, le règlement doit clairement s’appliquer à une circonstance particulière. Pour emprunter le langage des décisions qui ont appliqué la «règle spéciale», il doit s’agir d’une situation «ordinaire» plutôt que d’une situation «spéciale ou exceptionnelle». Voir les arrêts *Anderson* et *Paskivski*, précités.

Que la voie ferrée de la rue Store puisse ou non être considérée comme un «croisement», il ne s’agit manifestement pas d’un croisement au sens ordinaire ou habituel de ce terme. Le témoin des compagnies ferroviaires, M. Palasz, a reconnu en contre-interrogatoire que la voie ferrée de la rue Store était différente d’autres croisements de voies publiques et qu’elle n’était pas visée expressément par les normes réglementaires présentement en vigueur:

[TRADUCTION]

- Q. Quelles sont les normes appliquées aux voies ferrées qui parcourent des artères urbaines, comme c’est le cas sur la rue Store?
- R. Je crois que le cas de la rue Store est unique. Il s’agit de la seule voie ferrée que je connaisse qui parcourt effectivement une artère urbaine. Je sais qu’il en existe quelques autres, mais c’est la seule que je connaisse.
- Q. Le CP a-t-il des normes applicables aux voies ferrées qui longent et parcourent des artères urbaines?

48

49

A. None that I'm aware of.

Q. So, the best you can do, as I understand it then, is to try and adapt the standard practice circular that relates to crossings to the situation on Store Street? Is that my understanding of what you were trying to do?

A. We didn't really have any other specifications to adhere to, so we did take it as a crossing.

Q. So you tried to adapt the crossing standards to the situation on Store Street; do I understand you correctly?

A. Yes, we used it as a crossing at grade standard, yes.

As the trial judge noted, there are important practical differences between a railway line which cuts across traffic at a right angle and one which runs down the centre of a street. In particular, the danger posed by flangeways to riders of motorcycles and bicycles is far greater when those riders must travel alongside the gap for four blocks than when they cross over it once at a steep angle. A regulatory standard which is reasonable in the second situation may be wholly inappropriate in the first. Accordingly, the standards for flangeway widths defined in General Order No. E-4 and CTC 1980-8 Rail are not definitive of the standard of care in this case.

(ii) *Discretion Under the Regulations*

50

Even if the standards for "railway-highway crossing" regulations do apply to the Store Street tracks, the Railways' compliance with those standards did not necessarily constitute reasonable conduct in the circumstances. General Order No. E-4 and CTC 1980-8 Rail provide that a flangeway may be as narrow as 2.5 inches (65 millimetres) or as wide as 4.75 inches (126 millimetres). The decision to construct a flangeway at a particular width within that range was a matter left to the discretion

R. Pas que je sache.

Q. Ainsi, le mieux que vous pouvez faire, si je comprends bien, c'est d'essayer d'adapter la notice technique traitant des croisements au cas de la rue Store? Est-ce bien ce qu'on essayait de faire?

R. Comme nous ne disposions pas vraiment d'autre devis à respecter, nous l'avons traité comme s'il s'agissait d'un croisement.

Q. Vous avez donc essayé d'adapter les normes applicables aux croisements au cas de la rue Store, si je vous comprends bien?

R. Oui, nous les avons utilisées comme s'il s'agissait de normes applicables aux passages à niveau, c'est cela.

Comme l'a fait remarquer le juge de première instance, il existe des différences importantes sur le plan pratique entre une voie ferrée qui coupe la circulation à angle droit et une voie ferrée qui court au centre d'une rue. En particulier, le danger que présentent les ornières pour les motocyclistes et les cyclistes est beaucoup plus grand lorsque ceux-ci doivent longer l'espace qui sépare la voie ferrée de la chaussée sur une distance de quatre pâtés de maisons que lorsqu'ils ne la franchissent qu'une seule fois, à angle droit ou presque. Il est possible qu'une norme réglementaire raisonnable dans la deuxième situation ne convienne pas du tout dans la première. Par conséquent, les normes applicables à la largeur des ornières précisées par l'Ordonnance générale n° 4 et le CCT 1980-8 RAIL ne sauraient définir la norme de diligence applicable en l'espèce.

(ii) *Le pouvoir discrétionnaire prévu par les dispositions réglementaires*

Même si les normes applicables à l'égard des règlements régissant les «croisements d'une route et d'une voie ferrée» s'appliquent effectivement à la voie ferrée de la rue Store, l'observation de ces normes par les compagnies ferroviaires ne constituait pas nécessairement une conduite raisonnable dans les circonstances. L'Ordonnance générale n° 4 et le CCT 1980-8 RAIL précisent que la largeur d'une ornière peut varier de 2,5 pouces (65 millimètres) à 4,75 pouces (126 millimètres).

of the Railways. In exercising that discretion, they were bound by the common law and were required to take all reasonable steps to minimize foreseeable harm. It cannot be presumed that the entire range would be reasonably safe in all conditions. Indeed, the existence of a range instead of a uniform standard suggests that the appropriate width for a flangeway depends in part on the particular facts. The flangeways installed by the Railways in 1982 were between 3.75 and 3.94 inches wide. Had they been narrower by half an inch, the accident at issue in this case would not have occurred. The Railways' decision with respect to that half-inch raises an issue of reasonableness, not of regulatory compliance.

(iii) *Application of the Common Law Standard of Care*

The trial judge correctly held that the Railways were subject to the common law standard of care. In applying that standard, he noted that the Railways have been aware of the risks associated with the flangeways on Store Street for some time. In particular, he found that the Railways knew or should have known of at least three other accidents between 1982 and 1986 which involved the flangeways and two-wheeled vehicles. On the basis of all the evidence adduced, he concluded as follows (at pp. 197-98):

In the case at bar, the defendant Railways ought to have built the flangeways either at the minimum allowable width or with some form of flange filler. It was not enough to proceed on the basis that so long as their flangeways were durable and did not exceed the maximum regulatory standards . . . their neighbours must endure the consequent injuries arising from their "preferred" construction choice.

La décision de construire une ornière dont la largeur se situait entre ce minimum et ce maximum était laissée à la discrétion des compagnies ferroviaires. En exerçant ce pouvoir discrétionnaire, les compagnies ferroviaires étaient liées par les règles de la common law et devaient prendre toutes les mesures raisonnables afin de réduire au minimum le risque qu'un préjudice prévisible survienne. Il est impossible de présumer que toutes les largeurs comprises dans cette fourchette sont raisonnablement sécuritaires dans toutes les circonstances. De fait, l'existence même de cette fourchette au lieu d'une valeur uniforme tend à indiquer que la largeur appropriée pour une ornière dépend en partie des faits propres à chaque cas. La largeur des ornières installées par les compagnies ferroviaires en 1982 variait de 3,75 à 3,94 pouces. Si elle avait été inférieure d'un demi-pouce, l'accident en cause dans la présente affaire ne serait pas survenu. La décision des compagnies ferroviaires relativement à ce demi-pouce soulève la question du caractère raisonnable de leur conduite et non celle de l'observation de la réglementation.

(iii) *L'application de la norme de diligence prévue par la common law*

Le juge de première instance a à bon droit statué que les compagnies ferroviaires étaient assujetties à la norme de diligence prévue par la common law. Il a souligné que, lorsqu'elles ont appliqué cette norme, les compagnies ferroviaires connaissaient depuis un certain temps déjà le risque que créaient les ornières de la rue Store. En particulier, il a conclu que les compagnies ferroviaires savaient ou auraient dû savoir qu'au moins trois autres accidents impliquant ces ornières et des véhicules à deux roues s'étaient produits entre 1982 et 1986. Sur le fondement de l'ensemble de la preuve présentée, il a conclu ainsi (aux pp. 197 et 198):

[TRADUCTION] En l'espèce, les compagnies ferroviaires défenderesses auraient dû construire des ornières de la largeur minimale autorisée ou encore y insérer une sorte d'entretoise. Il n'était pas suffisant d'agir en partant du principe que, dans la mesure où les ornières étaient durables et n'excédaient pas les normes réglementaires [...] les personnes se trouvant à proximité doivent supporter les blessures découlant de la méthode

de construction «préférée» [des compagnies ferroviaires].

Because of the hazard created and the remedial measures available to the defendant Railways, I find the defendant Railways were obliged to take precautions over and above those mandated by statute and regulation. This they failed to do.

In the result, I find that the defendant Railways were negligent.

The trial judge's conclusion is consistent with the principles stated above. It was a proper exercise of his role as the finder of fact, and it should not have been disturbed by the Court of Appeal. Accordingly, the appeal is allowed with respect to the claim of negligence against the Railways.

B. Did the Flangeways on Store Street Give Rise to Liability for Public Nuisance?

52 The doctrine of public nuisance appears as a poorly understood area of the law. "A public nuisance has been defined as any activity which unreasonably interferes with the public's interest in questions of health, safety, morality, comfort or convenience": see *Klar, supra*, at p. 525. Essentially, "[t]he conduct complained of must amount to . . . an attack upon the rights of the public generally to live their lives unaffected by inconvenience, discomfort or other forms of interference": See G. H. L. Fridman, *The Law of Torts in Canada*, vol. I (1989), at p. 168. An individual may bring a private action in public nuisance by pleading and proving special damage. See, e.g., *Chessie v. J. D. Irving Ltd.* (1982), 22 C.C.L.T. 89 (N.B.C.A.). Such actions commonly involve allegations of unreasonable interference with a public right of way, such as a street or highway. See *ibid.*, at p. 94.

53 Whether or not a particular activity constitutes a public nuisance is a question of fact. Many factors may be considered, including the inconvenience

Vu le danger créé et les mesures correctrices que pouvaient prendre les compagnies ferroviaires défenderesses, j'estime que celles-ci avaient l'obligation de prendre des précautions supérieures à celles prescrites par la loi et le règlement. Elles ont omis de le faire.

En conséquence, j'estime que les compagnies ferroviaires défenderesses ont été négligentes.

La conclusion du juge de première instance est compatible avec les principes énoncés plus tôt. C'est à bon droit qu'il l'a tirée en sa qualité de juge des faits, et la Cour d'appel n'aurait pas dû l'infirmier. Par conséquent, le pourvoi est accueilli en ce qui concerne le moyen de négligence invoqué contre les compagnies ferroviaires.

B. Les ornières de la voie ferrée de la rue Store étaient-elles une source de responsabilité pour cause de nuisance publique?

La théorie de la nuisance publique semble être un domaine de droit qui est mal compris. [TRADUCTION] «L'expression nuisance publique a été définie comme étant toute activité qui porte atteinte de façon déraisonnable à l'intérêt du public relativement à des questions de santé, sécurité, moralité, confort ou commodité»; voir *Klar, op. cit.*, à la p. 525. Essentiellement, [TRADUCTION] «la conduite reprochée doit constituer une atteinte au droit qu'a le public en général de vivre sans inconvénient, inconfort ou autres formes d'atteinte»: voir G. H. L. Fridman, *The Law of Torts in Canada*, vol. I (1989), à la p. 168. Un particulier peut intenter une action privée pour nuisance publique en soutenant et établissant qu'il a subi des dommages particuliers. Voir, par exemple, *Chessie c. J. D. Irving Ltd.* (1982), 22 C.C.L.T. 89 (C.A.N.-B.). De telles actions comportent fréquemment des allégations d'atteinte déraisonnable à un droit de passage public, par exemple une rue ou une voie publique. Voir, *ibid.*, à la p. 94.

La question de savoir si une activité particulière constitue ou non une nuisance publique est une question de fait. De nombreux facteurs peuvent

caused by the activity, the difficulty involved in lessening or avoiding the risk, the utility of the activity, the general practice of others, and the character of the neighbourhood. See *Chessie, supra*, at p. 94. The trial judge found, at p. 206, that “the configuration and design of the railway tracks on Store Street constituted an unreasonable interference to the public of its right of access”. He noted that Store Street was a mixed retail, industrial, and commercial area, and that the Railways should have foreseen the hazard posed by the flangeways to riders of two-wheeled vehicles. He found, at p. 207, that the cost of that hazard should be borne by the Railways as a matter of policy:

In this case, the defendant Railways clearly installed that particular flange-rail system without regard to vehicular traffic. It was chosen because it cost less, and it was longer lasting and better suited to the needs of the rail traffic. However, the result of this choice of flange-rail, which created an almost 4-inch gap, was to effectively increase the risks to vehicle traffic. The cost of that increased risk to others must fall on the defendant Railways. It is a “cost of running the system.”

The Court of Appeal did not dispute the trial judge’s finding that there was an unreasonable interference, but held that the Railways had a defence of statutory authority because “the flangeways were an inseparable consequence of requiring the tracks to be laid at street grade flush with street level and the roadway paved between the rails” (p. 68). The issue is whether the Court of Appeal erred in that conclusion.

Statutory authority provides, at best, a narrow defence to nuisance. The traditional rule is that liability will not be imposed if an activity is authorized by statute and the defendant proves that the nuisance is the “inevitable result” or consequence of exercising that authority. See *Lord Mayor, Aldermen and Citizens of the City of Manchester v.*

être considérés, notamment l’inconvénient causé par l’activité, la difficulté à diminuer ou éliminer le risque, l’utilité de l’activité, la pratique généralement suivie en la matière ailleurs, et la nature du voisinage. Voir *Chessie*, précité, à la p. 94. Le juge de première instance a conclu, à la p. 206, que [TRADUCTION] «la configuration et la conception de la voie ferrée de la rue Store constituaient une atteinte déraisonnable au droit d’accès du public». Il a souligné que la rue Store était un secteur mixte — activités industrielles et commerciales et vente au détail — et que les compagnies ferroviaires auraient dû prévoir le risque que présentaient les ornières pour les usagers de véhicules à deux roues. Il a conclu, à la p. 207, que les coûts afférents à ce risque devaient par principe être assumés par les entreprises ferroviaires:

[TRADUCTION] En l’espèce, il est clair que les entreprises ferroviaires défenderesses ont installé ce système particulier de rails à ornières sans tenir compte de la circulation routière. Elles l’ont choisi parce qu’il était moins dispendieux, plus durable et mieux adapté au trafic ferroviaire. Cependant, le choix de ces rails à ornières créant un sillon de presque quatre pouces a eu pour effet d’accroître dans les faits les risques pour la circulation routière. Il incombe aux entreprises ferroviaires défenderesses d’assumer les coûts de cet accroissement des risques pour autrui. Ils font partie des «coûts d’exploitation du système».

La Cour d’appel n’a pas contesté la conclusion du juge de première instance qu’il y avait eu atteinte déraisonnable, mais elle a statué que les compagnies ferroviaires pouvaient invoquer le moyen de défense fondé sur l’autorisation du législateur parce que [TRADUCTION] «l’installation d’ornières était une conséquence inséparable de l’exigence que la voie ferrée soit aménagée de niveau avec la rue et que du pavage soit installé entre les rails» (p. 68). Il s’agit de déterminer si la Cour d’appel a fait erreur en tirant cette conclusion.

L’autorisation du législateur fournit, au mieux, un moyen de défense limité contre la nuisance. Suivant la règle traditionnelle, le défendeur ne sera pas jugé responsable si l’activité en cause est autorisée par une loi et s’il établit que la nuisance est [TRADUCTION] «le résultat ou la conséquence inévitable» de l’exercice de cette autorisation. Voir *Lord*

Farnworth, [1930] A.C. 171 (H.L.), at p. 183; *City of Portage La Prairie v. B.C. Pea Growers Ltd.*, [1966] S.C.R. 150; *Schenck v. Ontario (Minister of Transportation and Communications)*, [1987] 2 S.C.R. 289. An unsuccessful attempt was made in *Tock, supra*, to depart from the traditional rule. Wilson J. writing for herself and two others, sought to limit the defence to cases involving either mandatory duties or statutes which specify the precise manner of performance. La Forest J. (Dickson C.J. concurring) took the more extreme view that the defence should be abolished entirely unless there is an express statutory exemption from liability. Neither of those positions carried a majority.

Mayor, Aldermen and Citizens of the City of Manchester c. Farnworth, [1930] A.C. 171 (H.L.), à la p. 183; *City of Portage La Prairie c. B.C. Pea Growers Ltd.*, [1966] R.C.S. 150; *Schenck c. Ontario (Ministre des Transports et des Communications)*, [1987] 2 R.C.S. 289. On a essayé en vain, dans *Tock*, précité, de s'écarter de la règle traditionnelle. Le juge Wilson, s'exprimant en son propre nom et au nom de deux autres juges, a voulu limiter l'application de ce moyen de défense aux affaires mettant en jeu des obligations impératives ou des lois précisant les modalités d'exécution des obligations créées. Le juge La Forest (aux motifs duquel a souscrit le juge en chef Dickson) a adopté le point de vue plus radical selon lequel ce moyen de défense devrait être aboli complètement sauf si une loi énonce expressément une exonération de responsabilité. Ni l'un ni l'autre de ces points de vue n'a rallié une majorité de juges.

55 In the absence of a new rule, it would be appropriate to restate the traditional view, which remains the most predictable approach to the issue and the simplest to apply. That approach was expressed by Sopinka J. in *Tock*, at p. 1226:

The defendant must negate that there are alternate methods of carrying out the work. The mere fact that one is considerably less expensive will not avail. If only one method is practically feasible, it must be established that it was practically impossible to avoid the nuisance. It is insufficient for the defendant to negative negligence. The standard is a higher one. While the defence gives rise to some factual difficulties, in view of the allocation of the burden of proof they will be resolved against the defendant.

En l'absence d'une règle nouvelle, il convient d'exposer de nouveau le point de vue traditionnel, qui demeure la façon la plus prévisible d'aborder la question et le plus simple à appliquer. Cette approche a été exposée par le juge Sopinka, dans *Tock*, à la p. 1226:

Le défendeur doit établir qu'il n'existe aucun autre moyen d'exécuter l'ouvrage. Le simple fait qu'un moyen soit considérablement moins onéreux ne sera pas retenu. S'il n'existe qu'un seul moyen réalisable sur le plan pratique, il faut établir qu'il était pratiquement impossible d'éviter la nuisance. Il ne suffit pas que le défendeur établisse l'absence de négligence. La norme est plus sévère. Bien que le moyen de défense suscite certaines difficultés dans les faits, celles-ci seront résolues au détriment du défendeur compte tenu de l'attribution du fardeau de la preuve.

56 Turning to the facts of this case, the question raised by the traditional test is whether the hazard created on Store Street was an "inevitable result" of exercising statutory authority; that is, whether it was "practically impossible" for the Railways to avoid the nuisance which arose from the flangeways. As noted previously in the context of negligence, the regulations relied upon by the Railways prescribed a minimum width of 2.5 inches for flangeways. The Railways' decision to exceed that minimum by more than one inch was a matter

En ce qui concerne les faits de la présente affaire, la question soulevée par le critère traditionnel est de savoir si le risque créé dans la rue Store était le «résultat inévitable» de l'exercice de l'autorisation du législateur; en d'autres termes, il s'agit de déterminer s'il était «pratiquement impossible» pour les compagnies ferroviaires d'éviter la nuisance que constituaient les ornières. Comme il a été souligné plus tôt, dans l'examen de la question de la négligence, les dispositions réglementaires invoquées par les compagnies ferro-

of discretion and was not an “inevitable result” or “inseparable consequence” of complying with the regulations. The same may be said of the Railways’ decision not to install flange fillers when such products became available after 1982. The flangeways created a considerably greater risk than was absolutely necessary. Accordingly, the Court of Appeal erred in permitting the Railways to assert the defence of statutory authority against the claim for nuisance.

viaires indiquaient que les ornières devaient mesurer au moins 2,5 pouces de largeur. La décision des compagnies ferroviaires d’aménager des ornières dont la largeur dépassait de plus d’un pouce cette largeur minimale relevait de l’exercice d’un pouvoir discrétionnaire et n’était pas un «résultat inévitable» ou une «conséquence indissociable» de l’observation des dispositions réglementaires applicables. On peut en dire autant de la décision des compagnies ferroviaires de ne pas utiliser d’entretoises d’ornières lorsque de tels produits sont devenus disponibles après 1982. Les ornières ont créé un risque considérablement plus grand que ce qui était absolument nécessaire. En conséquence, la Cour d’appel a commis une erreur en permettant aux compagnies ferroviaires d’invoquer la défense d’autorisation du législateur à l’encontre du moyen fondé sur la nuisance.

C. Did the Court of Appeal Err in Reversing the Trial Judge’s Findings with Respect to Contributory Negligence?

C. La Cour d’appel a-t-elle commis une erreur en infirmant les conclusions du juge de première instance en ce qui concerne la négligence contributive?

In *Stein v. “Kathy K” (The Ship)*, [1976] 2 S.C.R. 802, at p. 808, it was held that while findings of fact with regard to the allocation of fault are not immutable, they should not be reversed by an appellate court “unless it can be established that the learned trial judge made some palpable and overriding error which affected his assessment of the facts”. The record reveals no such errors by the trial judge, and the Court of Appeal ought not to have interfered with his findings on the issue of contributory negligence. Accordingly, the assessment of liability against the appellant for 50% of his damages is set aside.

Dans l’arrêt *Stein c. «Kathy K» (Le navire)*, [1976] 2 R.C.S. 802, à la p. 808, il a été jugé que, bien qu’elles ne soient pas intangibles, les conclusions de fait à l’égard de l’imputation de la faute ne doivent pas être modifiées par une cour d’appel «à moins qu’il ne soit établi que le juge du procès a commis une erreur manifeste et dominante qui a faussé son appréciation des faits». En l’espèce, le dossier ne révèle aucune erreur de cette nature de la part du juge de première instance, et la Cour d’appel n’aurait pas dû infirmer les conclusions de ce dernier sur la question de la négligence contributive. Par conséquent, la conclusion imputant à l’appelant la responsabilité de la moitié des dommages qu’il a subis est annulée.

57

VI. Conclusions and Disposition

VI. Conclusions et dispositif

The Railways were negligent with respect to the width of the flangeways on Store Street. The *McKay/Barclay* “special rule” is abolished, and the Railways are therefore subject to ordinary principles of negligence. They owed a duty of care to the appellant with respect to the flangeways on Store

Les compagnies ferroviaires ont été négligentes pour ce qui est de la largeur des ornières de la voie ferrée de la rue Store. La «règle spéciale» établie dans les arrêts *McKay* et *Barclay* est abolie, et les compagnies ferroviaires sont donc assujetties aux principes ordinaires de la négligence. Elles avaient

58

Street, and that duty required them to exercise reasonable care in the circumstances. Their compliance with regulatory standards did not replace or exhaust that obligation. Because the Store Street tracks are not a typical “highway crossing”, the Railways were required to take precautions beyond mere compliance with the safety standards which govern such crossings. In particular, they should have taken steps to minimize the risk to two-wheeled vehicles by building the flangeways at the minimum allowable width or by installing flange fillers. The trial judge’s finding of negligence was a proper exercise of his discretion as the finder of fact and should not have been reversed by the Court of Appeal.

une obligation de diligence envers l’appelant relativement aux ornières de la voie ferrée de la rue Store, et cette obligation commandait qu’elles fassent montre de diligence raisonnable dans les circonstances. L’observation des normes réglementaires n’a pas eu pour effet de remplacer cette obligation ou d’y satisfaire. Comme la voie ferrée de la rue Store n’était pas un «croisement de voie publique» typique, les compagnies ferroviaires ne devaient pas se contenter d’observer les normes de sécurité applicables à de tels croisements mais elles avaient plutôt l’obligation de prendre des précautions supplémentaires. En particulier, elles auraient dû prendre des mesures pour réduire au minimum le risque que les ornières présentaient pour les véhicules à deux roues, soit en construisant des ornières de la largeur minimale autorisée soit en plaçant des entretoises dans celles-ci. Le juge de première instance a bien exercé son pouvoir discrétionnaire en tant que juge des faits en concluant à la négligence, et la Cour d’appel n’aurait pas dû infirmer cette conclusion.

59 The Store Street tracks created an unreasonable interference with the public’s use and enjoyment of Store Street and therefore constituted a public nuisance. The Court of Appeal erred in finding that the Railways were entitled to the defence of statutory authority. The appropriate test is the traditional rule restated by Sopinka J. in *Tock, supra*. It was not “practically impossible” for the Railways to avoid the nuisance which arose from the flangeways on Store Street. Because the Railways had discretion with regard to the width of the flangeways, their failure to minimize the hazard

La voie ferrée de la rue Store créait une atteinte déraisonnable à l’utilisation et la jouissance de la rue Store par le public et constituait, en conséquence, une nuisance publique. La Cour d’appel a commis une erreur en concluant que les compagnies ferroviaires avaient le droit d’invoquer le moyen de défense fondé sur l’autorisation du législateur. Le critère qu’il convient d’appliquer est la règle traditionnelle reformulée par le juge Sopinka dans l’arrêt *Tock*, précité. Il n’était pas «pratiquement impossible» pour les compagnies ferroviaires d’éviter la nuisance que constituaient les ornières de la voie ferrée de la rue Store. Étant donné qu’elles avaient un certain pouvoir discrétionnaire à l’égard de la largeur des ornières, l’omission des compagnies ferroviaires de réduire les risques au minimum n’était pas une «conséquence inévitable» de l’exercice de l’autorisation du législateur.

was not an “inevitable consequence” of exercising regulatory authority.

60 The Court of Appeal erred in reversing the findings of the trial judge with regard to contributory negligence. Those findings were not shown to constitute palpable and overriding error.

La Cour d’appel a fait erreur en infirmant les conclusions du juge de première instance relativement à la négligence contributive. Il n’a pas été établi que ces conclusions constituaient une erreur manifeste et dominante.

Accordingly, the appeal is allowed with costs throughout.

Appeal allowed with costs.

Solicitors for the appellant: Gordon & Velletta, Victoria.

Solicitors for the respondent The Corporation of the City of Victoria: Sugden, McFee & Roos, Vancouver.

Solicitors for the respondents The Esquimalt and Nanaimo Railway Company and Canadian Pacific Limited/Canadien Pacifique Limitée: Lawson, Lundell, Lawson & McIntosh, Vancouver.

En conséquence, le pourvoi est accueilli, avec dépens dans toutes les cours.

Pourvoi accueilli avec dépens.

Procureurs de l'appelant: Gordon & Velletta, Victoria.

Procureurs de l'intimée la Ville de Victoria: Sugden, McFee & Roos, Vancouver.

Procureurs des intimées la Compagnie du chemin de fer d'Esquimalt à Nanaimo et Canadian Pacific Limited/Canadien Pacifique Limitée: Lawson, Lundell, Lawson & McIntosh, Vancouver.