

Robert W. Manuge and Elizabeth Manuge
(*Defendants*) *Appellants*;

and

Dominion Atlantic Railway Company
(*Defendant*) *Respondent*

and

Lloyd Augustus Ritchie (*Defendant*)

and

**Everett William Killam and Myrtle
Deltina Killam** (*Plaintiffs*).

**Everett William Killam and Myrtle
Deltina Killam** (*Plaintiffs*) *Appellants*;

and

**Robert W. Manuge and Elizabeth
Manuge** (*Defendants*) *Respondents*.

and

Dominion Atlantic Railway Company
(*Defendant*) *Respondent*

and

Lloyd Augustus Ritchie (*Defendant*).

1972: June 5, 6; 1972: October 18.

Present: Martland, Judson, Ritchie, Spence and
Pigeon JJ.

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

*Railways—Collision between motor vehicle and
dayliner at private level crossing—Failure of rail-
way company to maintain adequate visibility—
Whether liability on part of railway—Doctrine of
exceptional or special circumstances not applicable.*

*Motor vehicles—Level crossing accident—Injuries
suffered by passenger—Employee being driven home
from work by employer—Whether passenger being
transported as driver's "guest without payment"—
Motor Vehicle Act, R.S.N.S. 1967, c. 191, s. 223(1).*

An action was brought by EK and MK (husband
and wife) against RM and EM (also husband and
wife) and the respondent railway company in re-
spect of injuries sustained by EK in a level crossing

**Robert W. Manuge et Elizabeth
Manuge** (*Défendeurs*) *Appelants*;

et

Dominion Atlantic Railway Company
(*Défenderesse*) *Intimée*

et

Lloyd Augustus Ritchie (*Défendeur*)

et

**Everett William Killam et Myrtle
Deltina Killam** (*Demandeurs*).

**Everett William Killam et Myrtle
Deltina Killam** (*Demandeurs*) *Appelants*;

et

**Robert W. Manuge et Elizabeth
Manuge** (*Défendeurs*) *Intimés*

et

Dominion Atlantic Railway Company
(*Défenderesse*) *Intimée*

et

Lloyd Augustus Ritchie (*Défendeur*).

1972: les 5 et 6 juin; 1972: le 18 octobre.

Présents: Les Juges Martland, Judson, Ritchie,
Spence et Pigeon.

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

*Chemins de fer—Collision entre une automobile
et un train à un passage à niveau privé—Défaut
de la compagnie de chemin de fer de maintenir une
visibilité suffisante—Responsabilité du chemin de
fer—Doctrine des circonstances exceptionnelles ou
particulières ne s'applique pas.*

*Automobile—Accident à un passage à niveau—
Blessures subies par passager—Employé reconduit
chez lui de son lieu de travail par son patron—Pas-
sager était-il «l'invité ne payant pas» du conduc-
teur—Motor Vehicle Act, R.S.N.S. 1967, c. 191,
art. 223(1).*

EK et MK (mari et femme) ont intenté une ac-
tion contre RM et EM (également mari et femme)
et la compagnie de chemin de fer intimée relative-
ment aux lésions corporelles qu'a subies EK dans

accident. The accident occurred when a motor vehicle owned by RM and driven by EM, and in which EK was a passenger, collided, at a private level crossing, with a dayliner owned and operated by the railway company. In the same action the Ms claimed against the company and its operator, LR, for damages suffered by them as a result of injuries to EM.

The action was tried with a jury which found that there was negligence on the part of both EM and the railway company, the degree of fault being 30 per cent for the former and 70 per cent for the latter. The operator, LR, was exonerated from any charge of negligence. The determination of the damages suffered by each party was reserved for the trial judge and in rendering judgment he found that MK had suffered no damage as a direct result of the collision, that EK suffered general damages of \$15,000, that EM suffered general damages of \$30,000 and her husband special damages of \$5,058, and it was accordingly directed that EK recover \$11,049.50, that RM recover \$4,240.60 and that his wife recover \$21,000 from the railway company.

On appeal, the result of the judgment of the Appeal Division of the Supreme Court of Nova Scotia was to dismiss the two claims brought by the Ms and the Ks against the railway company and to affirm the trial judgment dismissing the action which EK and MK had brought against RM and EM.

Held (Spence J. dissenting in part): The appeals of the Ks and the Ms against the railway company and the appeal of the Ks in the action brought by them against the Ms should be dismissed.

Per curiam: In determining whether or not a person is a guest within the meaning of the phrase "guest without payment" in s. 223(1) of the *Motor Vehicle Act*, R.S.N.S. 1967, c. 191, the test to be applied is whether the purpose of the transportation is social only or whether it is in performance of a contractual obligation or otherwise for a commercial or business purpose. EK, who worked for the Ms as a gardener at their summer place, was being driven home from his work solely out of courtesy or friendship or as a neighbourly favour. Accordingly, it having been found that there was no gross negligence on the part of EM which caused or contributed to the damages, it followed that by reason of the provisions of s. 223 the action of EK against

un accident à un passage à niveau. L'accident s'est produit lorsqu'un véhicule appartenant à RM et conduit par EM et dans lequel EK avait pris place, est entré en collision avec un train appartenant à la compagnie de chemin de fer et exploité par celle-ci, à un passage à niveau privé. Dans la même action, les M ont fait une réclamation contre la compagnie de chemin de fer et le conducteur, LR, pour les dommages qu'ils avaient subis par suite des lésions corporelles de EM.

Le jury a conclu qu'il y avait eu négligence de la part de EM et de la compagnie de chemin de fer, 30 pour cent de la faute étant attribué au premier et 70 pour cent, à la dernière. Le conducteur LR, a été exonéré de toute accusation de négligence. La question de dommages subis par chaque partie a été laissée à l'appréciation du juge de première instance et, en rendant jugement, ce dernier a conclu que MK n'avait subi aucun dommage découlant directement de la collision, que EK avait subi des dommages généraux s'élevant à \$15,000, que EM avait subi des dommages généraux s'élevant à \$30,000 et son mari des dommages spéciaux s'élevant à \$5,058; par conséquent il a ordonné à la compagnie de chemin de fer de payer \$11,049.50 à EK, \$4,240.60 à RM et \$21,000 à l'épouse de celui-ci.

Sur appel, l'arrêt de la Chambre d'appel de la Cour suprême de la Nouvelle-Écosse a eu pour effet de rejeter les deux réclamations faites par les M et les K contre la compagnie de chemin de fer et de confirmer le jugement de première instance l'action de EK et MK contre RM et EM.

Arrêt: Les appels portés par les K et les M contre la compagnie de chemin de fer et l'appel porté par les K dans l'action qu'ils ont intentée contre les M, doivent être rejetés, le Juge Spence étant dissident en partie.

La Cour: Pour déterminer si une personne est un invité au sens de l'expression «invité ne payant pas» de l'art. 223(1) du *Motor Vehicle Act*, R.S.N.S. 1967, c. 191, le critère à appliquer est celui de savoir si on effectue le transport uniquement par amabilité ou pour remplir une obligation contractuelle ou autre dans le cours de son commerce ou de ses affaires. EK, qui travaillait comme jardinier à la maison d'été des M, a été reconduit chez lui de son lieu de travail uniquement par amabilité ou amitié ou a titre de service rendu à un voisin. Par conséquent, étant donné la conclusion que EM n'avait commis aucune négligence grave qui a causé les dommages ou y a contribué, il s'ensuit qu'en raison de l'art. 223, l'action que EK a intenté contre

the Ms must be dismissed, and this also, of course, applied to the action of MK.

Per Martland, Judson, Ritchie and Pigeon JJ: Where the Legislature authorizes a railway to cross a way, public or private, and does not require from the company any precaution to avoid danger, the Legislature intends that the persons who have to cross that line should take the risk incident to that state of things. On the other hand, the operators of a railway are bound to use at all times reasonable care, vigilance and skill which experience shows to be proper and necessary in order to avoid accidents and, where there are exceptional or special circumstances creating an unusual danger at such a crossing, the railway may be required to take additional precautions and to provide for reduction of speed, sounding of signals and all other reasonable means of alerting the users of such a crossing of the approach of a train.

However, this was not a case in which the doctrine of exceptional or special circumstances should be applied. The dangerous curve at the crossing had existed since the railway was constructed sometime in the 1870's and the private road had run over it for at least 70 years without any collision having occurred, although there was some evidence of two near misses in that period. It was thus clear that while the danger was apparent to all users and must have been known to the railway, it had not manifested itself by the occurrence of any accident during this very considerable number of years. Also, the use of this crossing appeared to have been limited to the K family and their friends and other callers and it was fair to assume that most of these people would have been familiar with the time when the dayliner was due to pass. Also, immediately before and at the time of the accident, the bell was being sounded on the dayliner.

Per Spence J., dissenting in part: The finding that there was negligence on the part of both EM and the railway company was for the jury and the jury's answer should be allowed to stand. The answer "failure to maintain adequate northern visibility at western approach to crossing" was the stating in clear terms of the ground of negligence which could be found against the railway. Accordingly, the appeals of RM, EM and EK against the respondent company should be allowed and to each should be awarded the damages allowed by the trial judge.

les M doit être rejetée. Il en va de même, bien sûr, pour l'action intentée par MK.

Les Juges Martland, Judson, Ritchie et Pigeon: Lorsque la législature autorise une compagnie de chemin de fer à traverser un chemin, public ou privé, à un passage à niveau et ne l'oblige pas à prendre des précautions en vue d'éviter le danger, elle estime que ceux qui ont à franchir la ligne doivent assumer le risque créé par cet état de choses. D'autre part, les conducteurs de train doivent en tout temps exercer raisonnablement la diligence, la vigilance et l'habileté jugées appropriées et nécessaires pour éviter les accidents et, lorsque des circonstances particulières d'une nature exceptionnelle créent un danger inhabituel à un passage à niveau, il se peut que la compagnie de chemin de fer soit tenue de prendre des précautions additionnelles et d'ordonner une réduction de vitesse et l'emploi de signaux ou de tout autre moyen raisonnable en vue d'avertir les usagers du passage à niveau de l'approche d'un train.

Cependant, en l'espèce, la doctrine des circonstances exceptionnelles ou particulières ne devrait pas s'appliquer. La courbe dangereuse au passage existe depuis que le chemin de fer a été construit au cours des années 1870; le chemin privé le traverse depuis au moins 70 ans et aucun accident ne s'est encore produit, bien qu'il ait été prouvé qu'à deux occasions, il s'en est fallu de peu qu'un accident se produise au cours de cette période. Il est donc clair que même si le danger était apparent pour tous les usagers et doit avoir été connu de la compagnie de chemin de fer, il ne s'est manifesté par aucun accident au cours de ce très grand nombre d'années. Également, le passage ne semble avoir été utilisé que par la famille K, par ses amis ou par d'autres visiteurs; il est juste de présumer que la plupart de ces gens savaient l'heure à laquelle le train devait passer. De plus, juste avant l'accident et au moment de l'accident, la cloche du train a sonné.

Le Juge Spence, dissident en partie: Il appartenait au jury de tirer la conclusion qu'il y avait eu négligence de la part de EM et de la compagnie de chemin de fer, et il faut accepter sa réponse. Par la réponse «défaut de maintenir une visibilité suffisante vers le nord du côté ouest du passage à niveau», on énonçait en termes clairs le motif de négligence auquel on pourrait conclure à l'encontre de la compagnie de chemin de fer. Par conséquent, les appels de RM, EM et EK contre la compagnie intimée doivent être accueillis et il y a lieu d'accorder à chacun le montant des dommages-intérêts fixé par le juge de première instance.

[*Allen v. Gen. Mgr. C.N. Railways* (1924), 57 N.S.R. 252; *Reynolds v. Canadian Pacific Railway Co.* (1926), 59 O.L.R. 396, applied; *Commissioner for Railways v. McDermott*, [1967] 1 A.C. 169, distinguished; *Canadian Pacific Railway Co. v. Babudro and Sdraulig*, [1969] S.C.R. 698; *Lake Erie and Detroit River Ry. Co. v. Barclay* (1900), 30 S.C.R. 360; *Columbia Bithulithic Ltd. v. British Columbia Electric Ry. Co.* (1917), 55 S.C.R. 1, referred to.]

APPEAL from a judgment of the Supreme Court of Nova Scotia, Appeal Division¹, allowing an appeal by defendant railway company from a judgment of Hart J. Appeal dismissed, Spence J. dissenting.

D. Chipman, Q.C., and *J. W. E. Mingo, Q.C.*, for Robert W. Manuge and Elizabeth Manuge.

A. Boyd MacGillivray, Q.C., for Everett William Killam and Myrtle Deltina Killam.

R. J. Downie, Q.C., for Dominion Atlantic Railway Company.

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

RITCHIE J.—This is an appeal from a judgment of the Appeal Division of the Supreme Court of Nova Scotia (Coffin J. A. dissenting in part) which allowed an appeal by the Dominion Atlantic Railway Company (hereinafter referred to as “the railway Company”) from a judgment rendered at trial by Mr. Justice Hart sitting with a jury whereby the railway company had been found 70 per cent at fault for an accident which occurred when a motor vehicle driven by Mrs. Elizabeth Manuge in which Everett Killam was a passenger, collided with a dayliner owned and operated by the railway company, at a private level crossing of the railway tracks which run north and south near Lake Annis in the County of Yarmouth, Nova Scotia. The result of the judgment of the Appeal Division was to dismiss two claims brought by the Manuges and the Killams against the railway company and to affirm the judgment of the learned trial judge dismissing the

[Arrêts suivis: *Allen c. Gen. Mgr. C.N. Railways* (1924), 57 N.S.R. 252; *Reynolds c. Canadian Pacific Railway Co.* (1926), 59 O.L.R. 396. Distinction faite avec l'arrêt: *Commissioner for Railways c. McDermott*, [1967] 1 A.C. 169. Arrêts mentionnés: *Canadian Pacific Railway Co. c. Babudro and Sdraulig*, [1969] S.C.R. 698; *Lake Erie and Detroit River Ry. Co. c. Barclay* (1900), 30 S.C.R. 360; *Columbia Bithulithic Ltd. c. British Columbia Electric Ry. Co.* (1917), 55 S.C.R. 1.]

APPEL d'un jugement de la Chambre d'appel de la Cour suprême de la Nouvelle-Écosse¹, accueillant un appel de la compagnie de chemin de fer défenderesse d'un jugement du Juge Hart. Appel rejeté, le Juge Spence étant dissident.

D. Chipman, c.r. et *J. W. E. Mingo, c.r.*, pour Robert W. Manuge et Elizabeth Manuge.

A. Boyd MacGillivray, c.r., pour Everett William Killam et Myrtle Deltina Killam.

R. J. Downie, c.r., pour Dominion Atlantic Railway Company.

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

LE JUGE RITCHIE—Le présent appel est à l'encontre d'un arrêt de la Chambre d'appel de la Cour suprême de la Nouvelle-Écosse (le Juge d'appel Coffin étant partiellement dissident) accueillant l'appel de Dominion Atlantic Railway Company (ci-après appelée «la compagnie de chemin de fer», contre un jugement rendu en première instance par le Juge Hart siégeant avec un jury et dans lequel la compagnie de chemin de fer avait été déclarée responsable, dans une proportion de 70 pour cent, de l'accident qui s'est produit lorsque le véhicule conduit par M^{me} Elizabeth Manuge et dans lequel Everett Killam avait pris place, est entré en collision avec un train appartenant à la compagnie de chemin de fer et exploité par celle-ci, à un passage à niveau privé traversant la voie nord-sud du chemin de fer près du lac Annis, comté de Yarmouth, Nouvelle-Écosse. L'arrêt de la Chambre d'appel avait pour effet de rejeter deux réclamations faites par les Manuge et

¹ (1971), 2 N.S.R. (2d) 648, 21 D.L.R. (3d) 171.

¹ (1971), 2 N.S.R. (2d) 648, 21 D.L.R. (3d) 171.

action which Mr. and Mrs. Killam had brought against Mr. and Mrs. Manuge.

At the time of the collision the dayliner was being operated by the defendant Lloyd Augustus Ritchie who was exonerated from any charge of negligence by the jury's verdict and is not a party to this appeal. The motor vehicle driven by Mrs. Manuge was a Volvo which was owned by her husband and in which she was driving Everett Killam to his home after his day's work.

The action was brought by Mr. Killam and his wife against the Manuges and the railway company in respect of injuries sustained by Mr. Killam in the collision. In their defence, Mr. and Mrs. Manuge alleged that Mr. Killam was a guest passenger and that the collision was a result of the negligence or contributory negligence of the railway company and Ritchie. In the same action Mr. and Mrs. Manuge claimed against the railway company and Ritchie for damages suffered by them as a result of the injuries to Mrs. Manuge.

The trial took place before Hart J. sitting with a jury. The questions put to the jury and the answers received were as follows:

1. (a) Was there any negligence on the part of Elizabeth Manuge?

Yes.

- (b) If so, of what did such negligence consist?

Not exercising extreme caution knowing the regularly scheduled train time.

2. Was the Plaintiff, Everett Killam, a guest without payment for his transportation in the motor vehicle?

No.

7 - 2

3. (a) Was there any gross negligence on the part of Elizabeth Manuge which caused or contributed to the damages?

No.

- (b) If so, of what did such negligence consist?

les Killam contre la compagnie de chemin de fer et de confirmer le jugement du savant juge de première instance rejetant l'action de M. et M^{me} Killam contre M. et M^{me} Manuge.

Au moment de l'accident, le train était conduit par le défendeur Lloyd Augustus Ritchie qui a été exonéré de toute accusation de négligence par le verdict du jury et qui n'est pas partie au présent appel. Le véhicule à moteur conduit par M^{me} Manuge était une Volvo qui appartenait à son mari et avec laquelle elle reconduisait Everett Killam chez lui après sa journée de travail.

M. Killam et son épouse ont intenté une action contre les Manuge et la compagnie de chemin de fer relativement aux lésions corporelles qu'a subies M. Killam dans l'accident. Dans leur défense, M. et M^{me} Manuge ont allégué que M. Killam avait pris place dans la voiture à titre d'invité et que la collision était due à la faute ou à la faute commune de la compagnie de chemin de fer et de Ritchie. Dans la même action, M. et M^{me} Manuge ont fait une réclamation contre la compagnie de chemin de fer et contre Ritchie pour les dommages qu'ils avaient subis par suite des lésions corporelles de M^{me} Manuge.

Le procès s'est déroulé devant le Juge Hart siégeant avec un jury. Les questions posées au jury et les réponses obtenues de ce dernier sont les suivantes:

- [TRADUCTION] 1. a) Elizabeth Manuge a-t-elle commis une négligence?

Oui.

- b) Dans l'affirmative, en quoi cette négligence consiste-t-elle?

Connaissant l'horaire du train, elle n'a pas fait preuve d'une grande prudence.

2. Le demandeur Everett Killam était-il un invité ne payant pas son transport dans le véhicule à moteur?

Non.

7—2

3. a) Elizabeth Manuge a-t-elle commis une négligence grave qui a causé les dommages ou y a contribué?

Non.

- b) Dans l'affirmative, en quoi cette négligence consiste-t-elle?

4. (a) Was there any negligence on the part of Ritchie in the operation of the train which caused or contributed to the damages?
No.
- (b) If so, of what did such negligence consist?
5. (a) Was there any negligence on the part of the Dominion Atlantic Railway Company, its servants and agents, which caused or contributed to the damages?
Yes.
- (b) If so, of what did such negligence consist?
Failure to maintain adequate northern visibility at the western approach to the crossing.
6. (a) Was there any negligence on the part of Everett William Killam which caused or contributed to the damages?
No.
- (b) If so, of what did such negligence consist?
7. (a) If you have found negligence on the part of two or more persons, state whether it is possible to find different degrees of fault.
Yes.
- (b) If your answer is yes, state the degree of fault for each person found negligent.

Eight of the nine jury members agreed the fault would be 30 per cent for Mrs. Manuge and 70 per cent for the D.A.R. Railway.

By agreement among counsel the determination of the damages suffered by each party was reserved for the trial judge and evidence of such damage was heard at a later date. In rendering his judgment, Mr. Justice Hart found that Mrs. Killam had suffered no damage as a direct result of the collision, that Mr. Killam suffered general damages of \$15,000, that Mrs. Manuge suffered general damages of \$30,000 and her husband special damages of \$5,058, and it was accordingly directed that Mr. Killam recover \$11,049.50, that Robert Manuge recover \$4,240.60 and that his wife recover \$21,000 from the railway company.

4. a) En conduisant le train, Ritchie a-t-il commis une négligence qui a causé les dommages ou y a contribué?
Non.
- b) Dans l'affirmative, en quoi cette négligence consiste-t-elle?
5. a) La Dominion Atlantic Railway Company, ses préposés et agents ont-ils commis une négligence qui a causé les dommages ou y a contribué?
Oui.
- b) Dans l'affirmative, en quoi cette négligence consiste-t-elle?
Défaut de maintenir une visibilité suffisante vers le nord, du côté ouest du passage à niveau.
6. a) Everett William Killam a-t-il commis une négligence qui a causé les dommages ou y a contribué?
Non.
- b) Dans l'affirmative, en quoi cette négligence consiste-t-elle?
7. a) Si vous avez conclu à une négligence de la part de deux personnes ou plus, est-il possible d'établir dans quelle proportion chacune est responsable?
Oui.
- b) Si vous répondez par l'affirmative, établissez la proportion dans laquelle chaque personne déclarée responsable est coupable de négligence.

Huit des neuf membres du jury ont convenu que M^{me} Manuge était responsable dans une proportion de trente pour cent et la D.A.R. Railway dans une proportion de soixante-dix pour cent.

Les avocats ont convenu de laisser la question des dommages subis par chaque partie à l'appréciation du juge de première instance; l'audition de la preuve sur ce point a eu lieu par la suite. En rendant jugement, le Juge Hart a conclu que M^{me} Killam n'avait subi aucun dommage découlant directement de la collision, que M. Killam avait subi des dommages généraux s'élevant à \$15,000, que M^{me} Manuge avait subi des dommages généraux s'élevant à \$30,000 et son mari des dommages spéciaux s'élevant à \$5,058.00; par conséquent, il a ordonné à la compagnie de chemin de fer de payer \$11,049.50 à M. Killam, \$4,240.60 à Robert Manuge et \$21,000 à l'épouse de celui-ci.

In the course of his judgment, the learned trial judge, in the legitimate exercise of his authority, directed that the answer of the jury to the second question be set aside as being "perverse and such that no jury reviewing the evidence as a whole and acting reasonably could have reached". See *Silver's Garage Ltd. v. Town of Bridgewater*², and Order XXIV r. 32 of the Rules of the Supreme Court of Nova Scotia (as they then were).

The second question was obviously put to the jury with a view to the effect, if any, to be given to s. 223 of the *Motor Vehicle Act* on the circumstances. Subsection (1) of that section reads:

(1) No person transported by the owner or operator of a motor vehicle as his guest without payment for such transportation shall have a cause of action for damages against such owner or operator for injury, death or loss, in case of accident, unless such accident shall have been caused by the gross negligence or wilful and wanton misconduct of the owner or operator of such motor vehicle and unless such gross negligence or wilful and wanton misconduct contributed to the injury, death or loss for which the action is brought.

The most revealing evidence bearing on the question of whether or not Mr. Killam was being transported as Mrs. Manuge's "guest without payment for such transportation" is to be found in the following part of Mr. Killam's evidence which is referred to by the learned trial judge:

Q. Mr. Killam, going back to prior to this accident, you have lived in this area all your life?

A. Practically, yes.

Q. And I take it that you have known Mrs. Manuge from childhood?

A. Yes.

Q. The two of you went to school together?

A. That's right.

Q. You have been a family friend and gardener for the Goudey family for many, many years?

A. That's right.

Dans son jugement, le savant juge de première instance, dans l'exercice légitime de son pouvoir, a ordonné que la réponse du jury à la seconde question soit écartée parce qu'elle était [TRADUCTION] «inique et une réponse à laquelle aucun jury examinant l'ensemble de la preuve et agissant raisonnablement n'aurait pu arriver». Voir *Silver's Garage Ltd. v. Town of Bridgewater*², et l'ordonnance XXIV, r. 32, des Règles de la Cour suprême de la Nouvelle-Écosse (alors en vigueur).

La seconde question a de toute évidence été posée au jury pour déterminer l'effet, s'il en était, à donner à l'art. 223 du *Motor Vehicle Act* dans les circonstances de l'espèce. Le paragraphe (1) de cet article se lit comme suit:

[TRADUCTION] (1) Nulle personne conduite par le propriétaire ou le conducteur d'un véhicule à moteur à titre d'invité ne payant pas son transport n'aura une cause d'action en dommages-intérêts contre le propriétaire ou le conducteur par suite de lésions corporelles, mort ou perte, en cas d'accident, à moins que l'accident ne soit dû à la négligence grave ou à l'inconduite délibérée et insouciante du propriétaire ou du conducteur du véhicule à moteur et à moins que pareille négligence grave ou inconduite délibérée et insouciante ait contribué aux lésions corporelles, à la mort ou à la perte par suite desquels l'action est intentée.

La preuve la plus révélatrice sur la question de savoir si M. Killam était transporté par M^{me} Manuge à titre [TRADUCTION] «d'invité ne payant pas son transport», se trouve dans le passage suivant du témoignage de M. Killam auquel se reporte le savant juge de première instance:

[TRADUCTION] Q. Pendant la période qui a précédé l'accident, monsieur Killam, avez-vous toujours habité cette région?

R. Presque toujours, oui.

Q. Et je présume que vous connaissez M^{me} Manuge depuis votre enfance?

R. Oui.

Q. Vous êtes tous deux allés à l'école ensemble?

R. C'est exact.

Q. Vous avez été un ami de la famille et un jardinier chez les Goudey pendant de nombreuses années, n'est-ce pas?

R. C'est exact.

² (1969), 8 D.L.R. (3d) 243 at pp. 244-6.

² (1969), 8 D.L.R. (3d) 243, pp. 244 à 246.

Q. And this friendship has extended to the Manuges since she married her husband Mr. Manuge: is that correct?

A. Yes.

Q. And that was about some twelve or thirteen years ago they were married?

A. Yes.

Q. And you have been good friends of them ever since?

A. Yes.

Q. You weren't paying them any money for this drive?

A. No.

Q. And I say "this drive" and I mean the drive home?

A. No, no.

Q. Never paid them for a drive in their car?

A. No.

Mr. Killam had looked after the Manuges' summer place for a good many years, cutting the grass, tending the garden, making minor repairs and generally keeping an eye on the property when the Manuges were away, and on many occasions Mrs. Manuge would drive him to his home which was about three-quarters of a mile away at the end of the day. In this regard, she was asked:

Q. And, would you tell us one more thing. Would you tell us whether or not you have an agreement to drive Mr. Killam home following his work at your place, or whether you just did it as a matter of courtesy?

A. Just as a matter of courtesy.

In assigning a meaning to the words "guest without payment for such transportation" as they occur in s.223(1) of the *Motor Vehicle Act*, I adopt the test employed by Mr. Justice Cooper in the course of the reasons for judgment which he rendered on behalf of the majority of the Court of Appeal in the present case where he said:

The test to be applied in determining whether or not a person is a guest within the meaning of the phrase "guest without payment" in my opinion is whether the purpose of the transportation is social

Q. Et cette amitié s'est étendue à la famille Manuge depuis qu'elle a épousé M. Manuge; est-ce exact?

R. Oui.

Q. Ils se sont épousés il y a quelque douze ou treize ans, n'est-ce pas?

R. Oui.

Q. Et depuis lors, vous avez toujours été en bons termes avec eux?

R. Oui.

Q. Les payiez-vous pour ce trajet?

R. Non.

Q. Je dis «pour ce trajet», je veux dire pour vous faire conduire chez vous?

R. Non, non.

Q. Vous ne les avez jamais payés pour vous faire conduire dans leur voiture?

R. Non.

M. Killam s'était occupé de la maison d'été des Manuge pendant bon nombre d'années; il coupait le gazon, entretenait le jardin, effectuait de petites réparations et d'une façon générale surveillait la propriété lorsque les Manuge n'étaient pas là; à de nombreuses reprises, M^{me} Manuge l'a reconduit chez lui, à quelque trois quarts de mille de là, à la fin de la journée. A ce sujet, on a posé la question suivante à M^{me} Manuge:

[TRANSDUCTION] Q. Pourriez-vous nous dire une autre chose. Pourriez-vous nous dire si vous avez convenu avec M. Killam de le reconduire chez lui après sa journée de travail à votre maison, ou si vous le faisiez uniquement par amabilité?

R. Uniquement par amabilité.

Pour interpréter l'expression [TRANSDUCTION] «invité ne payant pas son transport» de l'art. 223 (1) du *Motor Vehicle Act*, j'adopte le critère dont s'est servi le Juge Cooper dans ses motifs, dans le jugement qu'il a rendu en l'espèce au nom de la majorité de la Cour d'appel:

[TRANSDUCTION] Le critère à appliquer pour déterminer si une personne est un invité au sens de l'expression «invité ne payant pas» est à mon avis celui de savoir si on effectue le transport uniquement par

only or whether it is in performance of a contractual obligation or otherwise for a commercial or business purpose . . .

In affirming the direction of the learned trial judge that the answer to question No. 2 should be set aside as perverse and the question answered in the affirmative, Mr. Justice Cooper, with whom Mr. Justice Coffin agreed in this regard, made an exhaustive review of the evidence and of the relevant authorities and concluded by saying:

Mr. Killam had no contractual right to be transported to his home on the afternoon of July 19, 1967. There is no evidence whatsoever that the terms under which Mr. Killam worked for the Manuges at their summer home involved an obligation binding upon either Mr. Manuge or Mrs. Manuge that he must be driven either from his home to his work or from his work to his home. Nor is there evidence that the drive home on July 19, 1967, was otherwise for a commercial or business purpose. On the other hand, there is evidence that Mr. Killam was driven home from his work solely out of courtesy or friendship or as a neighbourly favour.

I agree with this conclusion, and as the jury found in the answer to question No. 3 that there was no "gross negligence on the part of Elizabeth Manuge which caused or contributed to the damages" it follows that by reason of the provisions of s. 223 of the *Motor Vehicle Act* and the findings to which I have referred, Mr. Killam's action against the Manuges must be dismissed. This also, of course, applies to the action of Mrs. Killam which was in any event dismissed by the learned trial judge with the approval of the Court of Appeal. I would accordingly dismiss the appeal lodged on behalf of Mr. and Mrs. Killam in their action against Mr. and Mrs. Manuge.

The railway company appealed to the Appeal Division from the jury's answer to the 5th question whereby it was found to have been negligent because of "failure to maintain adequate northern visibility at the western approaches" to the railway crossing where the collision occurred. In the course of his reasons for judgment, Mr. Justice Cooper made a complete survey of all the evidence having to do with the nature and location of the crossing and the northern visibility at the

amabilité ou pour remplir une obligation contractuelle ou autre dans le cours de son commerce ou de ses affaires . . .

En confirmant la décision du savant juge de première instance d'écarter la réponse à la question n° 2 parce qu'inique, la réponse devant être affirmative, le Juge Cooper, à l'avis duquel souscrivait le Juge Coffin à cet égard, a minutieusement examiné la preuve et les arrêts pertinents et a conclu par le commentaire suivant:

[TRADUCTION] M. Killam n'avait aucun droit contractuel de se faire reconduire chez lui l'après-midi du 19 juillet 1967. Il n'existe absolument aucune preuve que les conditions du travail de M. Killam à la maison d'été des Manuge comportaient une obligation en vertu de laquelle M. ou M^{me} Manuge devaient aller le chercher chez lui ou le reconduire chez lui. Il n'y a pas de preuve non plus que le trajet de retour en voiture, le 19 juillet 1967, avait autrement été fait dans le cours de son commerce ou de ses affaires. D'autre part, il existe une preuve que M. Killam a été reconduit chez lui de son lieu de travail uniquement par amabilité ou amitié ou à titre de service rendu à un voisin.

Je souscris à cette conclusion; étant donné que le jury a conclu, en répondant à la question n° 3, qu'Elizabeth Manuge n'avait commis aucune [TRADUCTION] «négligence grave qui a causé les dommages ou y a contribué», il s'ensuit qu'en raison de l'art. 223 du *Motor Vehicle Act* et des conclusions dont j'ai fait mention, l'action que M. Killam a intentée contre les Manuge doit être rejetée. Il en va de même, bien sûr, pour l'action intentée par M^{me} Killam, que le savant juge de première instance a de toute façon rejetée, jugement auquel la Cour d'appel a donné son approbation. Par conséquent, je rejeterais l'appel porté pour le compte de M. et M^{me} Killam dans l'action qu'ils ont intentée contre M. et M^{me} Manuge.

La compagnie de chemin de fer a interjeté appel devant la Chambre d'appel, relativement à la réponse que le jury a donnée à la 5^e question, et par laquelle il concluait à la responsabilité de la compagnie pour [TRADUCTION] «défaut de maintenir une visibilité suffisante vers le nord, du côté ouest» du passage à niveau où l'accident s'est produit. Dans ses motifs de jugement, le Juge Cooper a fait une étude complète de toute la preuve ayant trait à la nature et à l'emplace-

western approaches thereof, and after reviewing the applicable statutory provisions and a very great body of case law, he concluded that the railway company was under no duty to the Manuges or the Killams with respect to the maintenance of adequate visibility at the Killam crossing and for this reason allowed the railway company's appeal. It is from this determination that the Manuges and the Killams both appeal.

Immediately before and at the time of the accident, Mrs. Manuge was driving her Volvo motor vehicle in an easterly direction on the private road leading to Mr. Killam's house and it was at the point where this road crosses the railway line that the collision occurred. The visibility available to Mrs. Manuge at the crossing in question is described in the following terms by Mr. Justice Cooper:

The cumulative effect of these photographs is, in my opinion, simply that the tracks to the north of the Killam Crossing, that is, in the direction from which the dayliner was coming at the time of the accident, could not be seen from the driver's seat of a Volvo motor car until the car was actually entering upon the crossing itself and then only for a distance of approximately 200 feet. The view to the north from a point 50 feet west of the crossing and points in between to the crossing itself is blocked by the embankment.

And again:

I have no doubt that the northern visibility at the western approach to the crossing was indeed inadequate. I think it a reasonable and proper inference from the evidence that on July 19, 1967, the driver of a motor vehicle approaching the crossing from the public highway would obtain nothing more than an occasional glimpse of a dayliner approaching from the north.

The defects in visibility at this crossing were occasioned by reason of a sharp curve in the railway line as it came through a cut through rising land and were further complicated by the comparatively high banks and foliage which further concealed the view at the time in question.

Mr. Killam described an occasion some years previously when he had a hired man working on

ment du passage et à la visibilité vers le nord du côté ouest de celui-ci; après avoir passé en revue les dispositions légales applicables et un nombre considérable d'arrêts, il a conclu que la compagnie de chemin de fer n'avait envers les Manuge ou les Killam aucune obligation de maintenir une visibilité suffisante au passage Killam; pour ce motif, il a accueilli l'appel de la compagnie de chemin de fer. C'est de cette décision que les Manuge et les Killam ont interjeté appel.

Juste avant l'accident et au moment de l'accident, M^{me} Manuge conduisait sa Volvo en direction est sur le chemin privé menant à la maison de M. Killam; c'est à l'endroit où ce chemin franchit la ligne de chemin de fer que la collision est survenue. La visibilité pour M^{me} Manuge au passage à niveau en question a été décrite dans les termes suivants par le Juge Cooper:

[TRADUCTION] A mon avis, l'effet cumulatif de ces photographies est simplement de montrer que la voie au nord du passage Killam, d'où venait le train au moment de l'accident, ne pouvait être aperçue par le conducteur d'une Volvo qu'au moment où cette dernière s'engageait dans le passage lui-même, encore que sur une distance d'environ 200 pieds seulement. La vue vers le nord, du passage même jusqu'à une distance de 50 pieds à l'ouest de celui-ci, est bouchée par le talus.

Puis:

[TRADUCTION] Je ne doute aucunement que la visibilité vers le nord, du côté ouest du passage, était de fait mauvaise. Je crois qu'il est raisonnable et juste de déduire, d'après la preuve, que le 19 juillet 1967, le conducteur d'un véhicule à moteur qui s'approchait du passage du côté du chemin public ne pouvait qu'entrevoir quelquefois un train venant du nord.

La mauvaise visibilité à cet endroit était due à une courbe accentuée dans la ligne de chemin de fer à l'endroit où celle-ci passait par une trouée pratiquée dans une élévation de terrain; pour compliquer la situation, les berges passablement élevées et les arbres bouchaient aussi la vue au moment en question.

M. Killam a raconté que quelques années auparavant il avait engagé un homme pour tra-

his property with a bulldozer and he had approached the section foreman of the railway asking him whether he could get permission to clear away some of the banks on the west side of the track so as to afford better visibility when crossing to his house. Mr. Killam stated he was referred to the section foreman's immediate superior who in turn told him that he would have to get permission from the roadmaster at Kentville. Mr. Killam never went any further with this project and I do not think that his conversation with the section foreman and his immediate superior can be treated as a serious application to the company for permission to clear away the obstructing bank. It is clear that Mr. Killam fully appreciated the danger and talked to many people about it, but I do not think there was ever a firm offer on his part to improve the visibility at the crossing at his own expense or a refusal by the railway company to accept such an offer.

The railway line had been built some time in the late 1870's but the Killam house was not built until about the turn of the century when it is to be assumed that the private road was also constructed. The road had been kept up by the Killam family since the time of Everett Killam's grandfather who had been a section foreman on the railway and, at any rate from the time when the Killams first acquired the property, it does not appear to have been used as anything but a private road. Nothing was ever paid to the railway in connection with the crossing which was supplied and maintained by it without any contract, and there is no suggestion that there was any defect in the crossing itself which caused or contributed to the collision.

Mr. Justice Cooper's exhaustive analysis of the applicable statutes supports the proposition that the railway is under no statutory obligation to ensure the safety of the approaches to such a crossing and the multiplicity of authorities which he has cited are directed towards establishing that the crossing is to be treated as a right of way for the occupiers of the Killam home over the soil of the railway contained within the limits of the crossing and that the users of that right of way do so at their own risk. In support of this proposi-

vailler sur sa propriété avec un bulldozer et il avait pressenti le contremaître cantonnier du chemin de fer quant à la possibilité d'obtenir la permission de réduire les berges du côté ouest de la voie de façon à avoir une meilleure visibilité lorsqu'il traversait le passage pour se rendre chez lui. M. Killam a dit qu'on l'avait adressé au chef immédiat du contremaître cantonnier, qui lui avait à son tour dit qu'il fallait obtenir l'autorisation de son brigadier, à Kentville. M. Killam n'a jamais poussé plus loin ses démarches et je ne crois pas que sa conversation avec le contremaître cantonnier et son chef immédiat puisse être considérée comme une demande sérieuse à la compagnie en vue d'obtenir l'autorisation d'enlever le talus qui obstruait la vue. Il est clair que M. Killam était parfaitement au courant du danger et qu'il en avait parlé à de nombreuses personnes, mais je ne crois pas qu'il ait jamais fait une offre ferme d'améliorer à ses propres frais la visibilité à cet endroit ni que la compagnie de chemin de fer ait refusé pareille offre.

La ligne de chemin de fer avait été construite vers la fin des années 1870, mais la maison Killam n'a été construite que vers 1900, et c'est probablement à ce moment que le chemin privé a également été construit. Le chemin est entretenu par la famille Killam depuis l'époque du grand-père d'Everett Killam, qui a été contremaître cantonnier du chemin de fer, et de toute façon, depuis que la propriété appartient aux Killam, il ne semble pas avoir été utilisé autrement que comme chemin privé. On n'a jamais versé d'argent à la compagnie de chemin de fer pour le passage, qu'elle fournissait et entretenait sans contrat, et on ne laisse pas entendre que quelque défectuosité du passage même a causé la collision ou y a contribué.

L'analyse exhaustive des lois applicables qu'a faite le Juge Cooper étaye la proposition qu'une compagnie de chemin de fer n'est pas légalement tenue d'assurer la sûreté des abords de pareil passage; les nombreux précédents qu'il a cités tendent à établir que le passage à niveau doit être considéré comme un droit de passage dont jouiraient les occupants de la maison Killam sur la partie du terrain de la compagnie qui se trouve dans les limites du passage à niveau et que ceux qui exercent ce droit le font à leurs propres ris-

tion, Mr. Justice Cooper cites the judgment of Mr. Justice Rogers, speaking for the majority of the Supreme Court of Nova Scotia, *en banc*, in *Allen v. General Manager C.N. Railways*³, where he says at pp. 255 and 256:

The farm crossing owner... must at his peril be on the lookout for trains even if, as so frequently happens, they are not running on schedule time. In *Cliff v. Midland Ry. Co.*, (1870), L.R. 5 Q.B. 258, Lush J., at p. 264, lays down the principles upon which cases of this kind are to be determined:

"I think that where the legislature authorizes a railway to cross a way, public or private, upon a level, and does not require from the company any precaution to avoid danger, the legislature intends that the persons who have to cross that line should take the risk incident to that state of things."

On the other hand, as the Judge also points out the operators of a railway are bound to use at all times reasonable care, vigilance and skill which experience shews to be proper and necessary in order to avoid accidents.

I adopt this as a correct statement of the law subject, however, to the qualification which formed the basis of Mr. Justice Coffin's dissenting opinion and which is to the effect that where there are exceptional or special circumstances creating an unusual danger at such a crossing, the railway may be required to take additional precautions and to provide for reduction of speed, sounding of signals and all other reasonable means of alerting the users of such a crossing of the approach of a train.

Mr. Justice Coffin found that the evidence disclosed the existence of such circumstances at the Killam crossing and therefore concluded that the jury's answer to question No. 5 should have been enlarged so as to include a finding that there was negligence on the part of the railway "in not taking particular precautions in giving directions to the operator of the dayliner in view of the

ques. A l'appui de cette proposition, le Juge Cooper cite le jugement que le Juge Rogers, au nom de la majorité de la Cour suprême de la Nouvelle-Écosse *in banco*, a rendu dans l'affaire *Allen v. General Manager C.N. Railways*³, et où il dit ce qui suit, pp. 255 et 256:

[TRADUCTION] Le propriétaire d'un passage de ferme... doit à ses risques et périls prendre garde aux trains même si, comme cela se produit si souvent, ils ne circulent pas selon un horaire fixe. Dans l'affaire *Cliff v. Midland Ry. Co.*, (1870), L.R. 5 Q.B. 258, le Juge Lush, p. 264, énonce les principes en vertu desquels les causes de ce genre doivent être décidées:—

«Je crois que lorsque la législature autorise une compagnie de chemin de fer à traverser un chemin, public ou privé, à un passage à niveau et ne l'oblige pas à prendre des précautions en vue d'éviter le danger, elle estime que ceux qui ont à franchir la ligne doivent assumer le risque créé par cet état de choses.»

D'autre part, comme le signale également le Juge, les conducteurs de train doivent en tout temps exercer raisonnablement la diligence, la vigilance et l'habileté jugées appropriées et nécessaires pour éviter les accidents.

J'adopte ce commentaire comme étant un énoncé exact du droit, compte tenu, toutefois, de la réserve sur laquelle était fondé l'avis que le Juge Coffin a exprimé dans sa dissidence, et selon laquelle il se peut, lorsque des circonstances particulières d'une nature exceptionnelle créent un danger inhabituel à un passage à niveau, que la compagnie de chemin de fer soit tenue de prendre des précautions additionnelles et d'ordonner une réduction de vitesse et l'emploi de signaux ou de tout autre moyen raisonnable en vue d'avertir les usagers du passage à niveau de l'approche d'un train.

Le juge Coffin a conclu que la preuve établissait l'existence de ce genre de circonstances au passage Killam; il a donc conclu que la réponse du jury à la question n° 5 aurait dû être développée de façon à inclure la conclusion que la compagnie de chemin de fer avait commis une négligence [TRADUCTION] «en ne prenant pas des précautions particulières lorsqu'elle a donné ses

³ (1924), 57 N.S.R. 252, [1924] D.L.R. 1078.

³ (1924), 57 N.S.R. 252, [1924] D.L.R. 1078.

special circumstances arising from the lack of visibility”.

As was pointed out by Mr. Justice Judson, speaking for the majority of this Court in *Canadian Pacific Railway Co. v. Babudro and Sdraulig*⁴:

This Court in *Alexander v. Toronto, Hamilton & Buffalo Ry. Co.*, [1954] S.C.R. 707, dealt with the doctrine of exceptional or special circumstances and it is one to be applied with great care.

I do not attempt to formulate a comprehensive definition of the “exceptional or special circumstances” which require a railway to take such additional precautions, but such circumstances are discussed in *Lake Erie and Detroit River Ry. Co. v. Barclay*⁵; *Columbia Bithulitic Limited v. British Columbia Electric Ry. Co.*⁶, and in the numerous cases referred to by Laidlaw J.A. in the reasons for judgment which he delivered on behalf of the Court of Appeal of Ontario in the *Alexander* case⁷, all of which satisfy me that this is not a case in which the doctrine of exceptional or special circumstances should be applied.

The dangerous curve at the Killam crossing had existed since the railway was constructed sometime in the 1870's and the private road had run over it for at least seventy years without any collision having occurred, although there was some evidence of two near misses in that period. It is thus clear that while the danger was apparent to all users and must have been known to the railway, it had not manifested itself by the occurrence of any accident during this very considerable number of years. It is pertinent also in this regard to observe that the use of this crossing appears to have been limited to the Killam family and their friends and other callers and I think it is fair to assume that most of these people would have been familiar with the time when the day-liner was due to pass. It should also be said in

directives au conducteur du train, compte tenu des circonstances particulières découlant de la mauvaise visibilité.»

Comme l'a signalé M. le Juge Judson, qui parlait au nom de la majorité de cette Cour dans l'arrêt *Canadian Pacific Railway Co. c. Babudro et Sdraulig*⁴:

[TRADUCTION] Dans l'affaire *Alexander c. Toronto, Hamilton & Buffalo Ry. Co.*, [1954] R.C.S. 707, cette Cour a étudié la doctrine des circonstances particulières ou exceptionnelles et cette doctrine doit être appliquée avec beaucoup de circonspection.

Je ne tenterai pas de formuler une définition générale des «circonstances particulières ou exceptionnelles» qui obligent une compagnie de chemin de fer à prendre pareilles précautions additionnelles, mais il est question de ces circonstances dans les arrêts *Lake Erie and Detroit River Ry. Co. c. Barclay*⁵; *Columbia Bithulitic Limited c. British Columbia Electric Ry. Co.*⁶, et dans les nombreux arrêts auxquels s'est reporté le Juge d'appel Laidlaw dans les motifs de jugement qu'il a rendus au nom de la Cour d'appel de l'Ontario dans l'affaire *Alexander*⁷; tous ces précédents me convainquent qu'en l'espèce, la doctrine des circonstances exceptionnelles ou particulières ne devrait pas s'appliquer.

La courbe dangereuse au passage Killam existe depuis que le chemin de fer a été construit au cours des années 1870; le chemin privé le traverse depuis au moins soixante-dix ans et aucun accident ne s'est encore produit, bien qu'il ait été prouvé qu'à deux occasions, il s'en est fallu de peu qu'un accident se produise au cours de cette période. Il est donc clair que même si le danger était apparent pour tous les usagers et doit avoir été connu de la compagnie de chemin de fer, il ne s'est manifesté par aucun accident au cours de ce très grand nombre d'années. A cet égard, il est également pertinent de noter que le passage ne semble avoir été utilisé que par la famille Killam, par ses amis ou par d'autres visiteurs; je crois qu'il est juste de présumer que la plupart de ces gens savaient l'heure à laquelle le

⁴ [1969] S.C.R. 698 at p. 718.

⁵ (1900), 30 S.C.R. 360.

⁶ (1917), 55 S.C.R. 1.

⁷ [1953] O.R. 168 at p. 176.

⁴ [1969] R.C.S. 698, p. 718.

⁵ (1900), 30 R.C.S. 360.

⁶ (1917), 55 R.C.S. 1.

⁷ [1953] O.R. 168, p. 176.

this connection that immediately before and at the time of the accident, the bell was being sounded on the dayliner.

I think that the present case is governed by the same considerations as those which were applied by the Court of Appeal of Ontario in *Reynolds v. Canadian Pacific Railway Co.*⁸, which was a case of a highway crossing a railway and where the negligence alleged was that the defendants threw up or maintained an embankment on the eastern side of their track which obscured a train coming from the south from the view of persons travelling along a private road. The jury found negligence on the part of the Canadian Pacific Railway Company causing the accident, "in not blowing the whistle at the whistling post, and in maintaining a bank which obstructs the view of trains coming from the south". In that case Latchford C.J.O. in the course of his reasons for judgment said at p. 401:

The maintaining of the bank in its original or heightened condition was not negligence in law, and in my view was quite wrongly so found by the jury. Subject to the order of the Railway Board under sec. 258 of the Act, the defendants had the absolute right to leave the bank in its original condition after the line was cut through it during construction, or to raise it as several witnesses deposed that it was raised.

The bank was on their own property, and maintaining it was not negligence. However, as that is one of the grounds on which the defendants have been expressly found negligent, the verdict and judgment cannot stand.

Much stress was laid by counsel for the appellants on the case of *Commissioner for Railways v. McDermott*⁹, which concerned an accident that occurred at a level crossing which offered the sole means of access to a small village and where the respondent had tripped owing to the crossing being unlighted and in bad repair. Although in the course of his reasons for judgment Lord

train devait passer. Il faut ajouter à ce propos que juste avant l'accident et au moment de l'accident, la cloche du train a sonné.

Je crois que la présente espèce est régie par les mêmes considérations que celles sur lesquelles s'est fondée la Cour d'appel de l'Ontario dans l'arrêt *Reynold v. Canadian Pacific Railway Co.*⁸, où il était question d'un croisement de chemin et de chemin de fer; on avait allégué que la défenderesse avait commis une négligence en élevant un talus ou en maintenant celui-ci du côté est de sa voie, ce talus masquant à la vue de ceux qui utilisaient le chemin privé les trains venant du sud. Le jury a conclu que la compagnie du chemin de fer canadien du Pacifique avait commis une négligence qui avait causé l'accident, [TRADUCTION] «en n'actionnant pas le sifflet au point de signalisation et en maintenant un talus masquant à la vue les trains venant du sud». Dans cette cause-là, le Juge Latchford, Juge en chef de l'Ontario, a dit ce qui suit, p. 401, dans ses motifs de jugement:

[TRADUCTION] Le maintien du talus dans son état initial ou surélevé, ne constitue pas une négligence en droit; à mon avis, c'est bien à tort que le jury a tiré cette conclusion. Sous réserve de l'ordonnance de la Commission des chemins de fer en vertu de l'art. 258 de la Loi, la défenderesse avait le droit absolu de laisser le talus dans son état initial après y avoir pratiqué une trouée pour le passage de la voie au cours de la construction, ou de le surélever comme plusieurs témoins ont affirmé qu'il avait été surélevé.

Le talus se trouvait sur sa propriété et son maintien n'équivalait pas à une négligence. Toutefois, étant donné que c'est là un des motifs pour lesquels on a expressément conclu à la négligence de la défenderesse, le verdict et le jugement doivent être annulés.

L'avocat des appelants a attaché beaucoup d'importance à l'arrêt *Commissioner for Railways v. McDermott*⁹, dans lequel il était question d'un accident survenu à un passage à niveau, la seule voie d'accès à un petit village; l'intimé avait trébuché parce que le passage n'était pas éclairé et n'était pas en bon état. Dans ses motifs de jugement, Lord Gardiner, L.C., a fait quelques com-

⁸ (1926), 59 O.L.R. 396.

⁹ [1967] 1 A.C. 169.

⁸ (1926), 59 O.L.R. 396.

⁹ [1967] 1 A.C. 169.

Gardiner L.C., made some general statements which the appellant urged in support of its contention that the present respondent had been negligent, I think it enough to say that the *McDermott* case is governed by its own circumstances and particularly by the situation referred to by Lord Gardiner in the course of his reasons for judgment at pp. 189 and 190:

This case is concerned with a level crossing lawfully and necessarily used to a substantial extent by all the inhabitants of a village and their guests and persons having business with them. No opinion is expressed with regard to private crossings or crossings only slightly used.

When it is also remembered that in the present case there is no suggestion as to lack of maintenance of the crossing itself by the railway company, it will be seen that the *McDermott* case is clearly distinguishable, and has no application to the facts here disclosed.

In the result, I would dismiss the appeals of the Killams and the Manuges against the railway company, and the appeal of the Killams in the action brought by them against Mr. and Mrs. Manuge.

The respondent, Dominion Atlantic Railway Company, will recover its costs of this appeal from Everett W. Killam and Myrtle Killam and from Robert and Elizabeth Manuge. Mr. and Mrs. Manuge are entitled to their costs as against Mr. and Mrs. Killam in respect of the appeal asserted in the action brought against them by these appellants.

SPENCE J. (*dissenting in part*)—I have had the opportunity of reading the reasons of Mr. Justice Ritchie and I adopt the statement of facts as set out in those reasons but I shall add further reference to the facts during the course hereof.

Firstly, I agree with Mr. Justice Ritchie in reference to the appeal by Everett William Killam and Myrtle Deltina Killam against Robert M. Manuge and Elizabeth Manuge, and I would dismiss that appeal with costs.

Secondly, I would not disturb the judgment below for the dismissal of the appeal of the said

mentaires généraux que l'appelant a invoqués à l'appui de sa prétention que la présente intimée avait été négligente, mais je crois qu'il suffit de dire que l'arrêt *McDermott* est régi par ses propres circonstances et particulièrement par la situation que Lord Gardiner a mentionnée dans ses motifs de jugement, pp. 189 et 190:

[TRADUCTION] Dans cette affaire, il est question d'un passage à niveau légitimement et nécessairement utilisé dans une grande mesure par tous les habitants d'un village, par leurs invités et par ceux qui ont affaire à eux. Aucune opinion n'est exprimée quant aux passages privés ou aux passages peu utilisés.

Si l'on se rappelle également qu'en l'espèce il n'est pas suggéré que la compagnie de chemin de fer a omis d'entretenir le passage même, on constate que l'arrêt *McDermott* peut clairement être distingué de la présente espèce et ne s'applique pas aux faits dont il est ici question.

Par conséquent, je suis d'avis de rejeter les appels portés par les Killam et les Manuge contre la compagnie de chemin de fer et l'appel porté par les Killam dans l'action qu'ils ont intentée contre M. et Mme Manuge.

L'intimée Dominion Atlantic Railway Company aura le droit de recouvrer de Everett W. Killam et Myrtle Killam et de Robert et Elizabeth Manuge les dépens du présent appel. M. et Mme Manuge auront le droit de recouvrer de M. et Mme Killam leurs dépens relatifs à l'appel interjeté dans l'action que ces appelants-ci ont intentée contre eux.

LE JUGE SPENCE *en partie dissident*—J'ai eu l'occasion de lire les motifs de mon collègue le Juge Ritchie; j'adopte l'exposé des faits qui y figure, mais je reviendrai sur les faits dans les présents motifs.

En premier lieu, je suis d'accord avec mon collègue le Juge Ritchie en ce qui concerne l'appel interjeté par Everett William Killam et Myrtle Deltina Killam contre Robert W. Manuge et Elizabeth Manuge et je suis d'avis de rejeter cet appel avec dépens.

En second lieu, je ne modifierais pas le jugement *a quo* rejetant l'appel interjeté par ladite

Myrtle Deltina Killam against the defendant Dominion Atlantic Railway Company and that appeal should also be dismissed with costs to be limited to only those costs arising from the joinder of the said Myrtle Deltina Killam as a plaintiff in the action against the said Dominion Atlantic Railway.

I turn next to the question of the liability of the defendant, here respondent, Dominion Atlantic Railway, to the plaintiffs, Robert W. Manuge, Elizabeth Manuge and Everett William Killam. I adopt the description of the private crossing at which the unfortunate accident occurred as given by Mr. Justice Cooper in his reasons for judgment in the Appeal Division of the Supreme Court of Nova Scotia and as cited by Mr. Justice Ritchie. That crossing existing under those conditions was described in the *factum* filed on behalf of the appellants, Manuge, in what I believe to be the apt words as "nothing less than a trap". There are no statutory provisions dealing with the operation of railroad trains or with the state of maintenance of the railway right of way applicable to private crossings. As pointed out by Mr. Justice Cooper in his reasons the crossing at this point was installed probably at or about the turn of the century as a farm crossing, although there is now no evidence that the premises to which the crossing leads, those owned and occupied by the plaintiff Everett William Killam, are now conducted as a farm. The provisions of s. 277(1) of the *Railway Act*, R.S.C. 1952, c. 234, which were in effect at the time with which this accident is concerned required the railway to erect and maintain fences at farm crossings to a minimum height of four feet six inches at each side of the railway and swing gates in such fences. Section 278 required the person for whose use farm crossings are furnished to keep the gates at each side of the railway closed when not in use. Had this section been complied with then, before the appellant, Everett William Killam, or anyone else desiring to use the crossing to enter or leave his property were able to do so, they would have had to dismount from their vehicle and open the gates on each side. In fact, there was no gate and there was no evidence that there ever had been a gate on the westerly side of the railway right of way that

Myrtle Deltina Killam contre la défenderesse Dominion Atlantic Railway Company; cet appel devrait également être rejeté, les dépens devant être limités uniquement aux dépens découlant de l'inclusion de ladite Myrtle Deltina Killam comme demanderesse dans l'action contre ladite Dominion Atlantic Railway.

Je passe maintenant à la question de la responsabilité de la défenderesse, la présente intimée, Dominion Atlantic Railway, envers les demandeurs, Robert W. Manuge, Elizabeth Manuge et Everett William Killam. Je fais mienne la description du passage à niveau privé où s'est produit le fâcheux accident, que le Juge Cooper donne dans ses motifs de jugement en Chambre d'appel de la Cour suprême de la Nouvelle-Écosse et que mentionne M. le Juge Ritchie. Ce passage, tel qu'il existait, a été décrit dans le *factum* des appelants Manuge, de façon appropriée, selon moi, comme n'étant «rien d'autre qu'un piège». Aucune disposition légale ayant trait à la marche des trains ou à l'entretien de l'emplacement des chemins de fer ne s'applique aux passages à niveau privés. Comme l'a signalé le Juge Cooper dans ses motifs, le passage à niveau situé à cet endroit a probablement été construit comme passage de ferme au début du siècle ou vers cette époque, bien qu'actuellement rien ne prouve que les lieux auxquels mène le passage, savoir ceux que possède et occupe le demandeur Everett William Killam, sont exploitées comme ferme. L'article 277(1) de la *Loi sur les chemins de fer*, S.R.C. 1952, c. 234, en vigueur au moment de l'accident en cause, obligeait la compagnie de chemin de fer à ériger et à entretenir, aux passages de fermes, des clôtures d'une hauteur minimum de 4'6", de chaque côté de la voie, ainsi que des barrières tournantes dans ces clôtures. En vertu de l'article 278, la personne à l'usage de laquelle était établi un passage de ferme devait en tenir les barrières fermées de chaque côté du chemin de fer, lorsqu'elle ne s'en servait pas. Si l'on s'était alors conformé à cet article, l'appellant Everett William Killam, ou toute autre personne désirant utiliser le passage pour se rendre à la propriété de celui-ci ou pour en sortir, aurait dû, avant de pouvoir le faire, descendre de voiture et ouvrir les barrières de chaque côté de la voie. De fait, il n'y avait aucune barrière et il n'a pas été établi qu'il y en avait

is the side from which this motor vehicle involved in the accident approached the crossing. Since there has been no finding and I think there is no evidence to support a finding that the crossing may now be regarded as a farm crossing, I cannot find that such a provision applied or that breach thereof was negligence on the part of the railway.

As I did in my dissenting judgment in *Canadian Pacific Railway Co. v. Babudro and Sdraulig*¹⁰, at pp. 709-10, I adopt the words of Robertson C.J.O. in *Anderson v. Canadian National Railway Co.*¹¹, at pp. 175 and 176, when he said:

"It will not be doubted, I think, that a railway company, such as the appellant, has no more liberty than anyone else to be negligent."

and after reviewing certain authorities continued:

"The result of the decisions seems to be that, 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, as in the *Barclay* case, or if there are exceptional circumstances, as in the *Montreal Trust Co.* case, 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."

I have not found any decision which leads me to believe that the exceptional circumstances referred to by the Chief Justice are confined to circumstances with reference to the operation of the train or that the failure to adopt other

déjà eu une du côté ouest de l'emprise du chemin de fer, soit le côté d'où venait le véhicule accidenté. Étant donné qu'il n'a pas été conclu et, à mon avis, qu'il n'existe aucune preuve permettant de conclure qu'il est maintenant possible de considérer que le passage est un passage de ferme, je ne puis conclure que pareille disposition s'applique ou que son inobservation constitue une négligence de la part de la compagnie de chemin de fer.

Comme je l'ai fait dans le jugement que j'ai rendu en dissidence dans l'affaire *Canadian Pacific Railway Co. c. Babudro et Sdraulig*¹⁰, pp. 709 et 710, j'adopte le commentaire suivant du Juge Robertson, Juge en chef de l'Ontario, dans l'affaire *Anderson v. Canadian National Railway Co.*¹¹, pp. 175 et 176:

[TRADUCTION] «A mon avis, il ne fait aucun doute qu'une compagnie de chemin de fer, telle que l'appelante, n'a pas plus le droit que les autres de commettre une négligence.»

Après avoir passé en revue certains précédents, il continue en ces termes:

[TRADUCTION] «Le résultat de ces décisions semble être que, 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 que 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, comme dans l'affaire *Barclay*, ou encore s'il existe des circonstances exceptionnelles, comme dans l'affaire *Montreal Trust Co.*, qui rendent inefficaces ou insuffisants 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.»

Je n'ai trouvé aucune décision qui me pousse à croire que les circonstances exceptionnelles dont parlait le Juge en chef n'ont trait qu'à la marche du train ou que le défaut de prendre des mesures additionnelles pour la protection du pu-

¹⁰ [1969] S.C.R. 698.

¹¹ [1944] O.R. 169.

¹⁰ [1969] R.C.S. 698.

¹¹ [1944] O.R. 169.

measures for the protection of the public, which the Chief Justice views as being necessary when such exceptional circumstances are present, are confined to a change in the operation of the trains on the track, and I am of the opinion that there may well be exceptional circumstances arising from conditions of the terrain on the right of way or blind curves or perhaps other such features as will require other measures for the protection of those who may use the crossing, and that such other measures may well be the elimination of such unusual features in the terrain. It may be said that view is directly *contra* to that expressed in the Appellate Division of the Supreme Court of Ontario in *Reynolds v. Canadian Pacific Railway Co.*¹², where Latchford C.J., referring to a bank on the right of way, the maintenance of which by the railway having been stated by the jury as one of the grounds of negligence which it found against the railway, said:

The maintaining of the bank in its original or heightened condition was not negligence in law, and in my view was quite wrongly so found by the jury. Subject to the order of the Railway Board under sec. 258 of the Act, the defendants had the absolute right to leave the bank in its original condition after the line was cut through it during construction, or to raise it as several witnesses deposed that it was raised.

In my view that statement was much too broad to reflect the law applicable and was not appropriate to the facts in the case there under consideration. The balance of the Chief Justice's judgment was concerned with a consideration of whether or not the existence of the side bank had anything to do with the accident and also that whether or not the train had sounded a warning whistle or warning bell. When the case came to this Court¹³, Mignault J., in giving judgment directing a new trial because of the Court of Appeal having set aside the jury finding that the train whistle had not been sounded as required by the statute, said

blic, lesquelles, d'après le Juge en chef, seraient nécessaires en présence de pareilles circonstances exceptionnelles, ont uniquement trait à un changement dans la marche des trains sur la voie; je suis d'avis qu'il peut y avoir des circonstances exceptionnelles découlant de l'état du terrain sur l'emprise, de courbes sans visibilité ou peut-être d'autres accidents géographiques nécessitant des mesures additionnelles pour la protection de ceux qui peuvent utiliser le passage, et que pareilles mesures additionnelles peuvent bien consister à éliminer ces accidents inusités du terrain. Il se peut que cette opinion aille directement à l'encontre de celle qui a été exprimée en Chambre d'appel de la Cour suprême de l'Ontario dans l'affaire *Reynolds v. Canadian Pacific Railway Co.*¹², où le Juge en chef Latchford, au sujet d'un talus qui se trouvait sur l'emprise et dont le maintien par la compagnie de chemin de fer avait été considéré par le jury comme constituant un des motifs de la négligence à laquelle il avait conclu à l'encontre de la compagnie, a dit ce qui suit:

[TRADUCTION] Le maintien du talus dans son état initial ou surélevé, ne constitue pas une négligence en droit; à mon avis, c'est bien à tort que le jury a tiré cette conclusion. Sous réserve de l'ordonnance de la Commission des chemins de fer en vertu de l'art. 258 de la Loi, la défenderesse avait le droit absolu de laisser le talus dans son état initial après y avoir pratiqué une trouée pour le passage de la voie au cours de la construction, ou de le surélever comme plusieurs témoins ont affirmé qu'il avait été surélevé.

A mon avis, cette déclaration était beaucoup trop large pour indiquer le droit applicable et elle n'avait pas de rapport avec les faits en jeu dans la cause alors à l'étude. Dans le reste de son jugement, le Juge en chef a examiné la question de savoir si l'existence de ce talus avait quelque chose à voir avec l'accident ainsi que la question de savoir si le train avait actionné un sifflet ou une cloche d'avertissement. Lorsque la cause a été entendue devant cette Cour¹³, le Juge Mignault, en ordonnant dans son jugement un nouveau procès parce que la Cour d'appel avait écarté la conclusion du jury que le train n'avait pas sifflé com-

¹² (1926), 59 O.L.R. 396.

¹³ [1927] S.C.R. 505.

¹² (1926), 59 O.L.R. 396.

¹³ 1927 R.C.S. 505.

on p. 510, as to the other ground of negligence found by the jury:

As to the other ground of negligence found by the jury, that the defendant had maintained an embankment on the east side of the railway in a manner to obscure the view of a train coming from the south,—after a full hearing and consideration of the evidence relied on by the parties, we incline to the view that even if the existence of the bank along the railway, caused by the cutting made through the hill and any necessary cleaning out of the ditch, could be regarded as negligence in law, there was no foundation in fact for the finding that the bank maintained by the railway obstructed the view of a train coming from the south.

I therefore am of the opinion that this Court did not approve of the statement by Latchford C.J. in the Appellate Division. As long ago as *Gowland v. Hamilton, Grimsby and Beamsville Electric Railway Company*¹⁴, the presence of heavy bush at each side of a private crossing was held to constitute such exceptional circumstance as would justify the jury finding the operation of an electric car to be negligent when it had been driven across a crossing at between 20 and 25 miles per hour without warning bell or whistle. Kelly J., the trial judge, at p. 374, made a statement when giving judgment in accordance with the jury's answers, applicable in my view to this situation:

But, apart from any duty imposed upon it by statute, I am of opinion that it [the defendant railway] was under obligation to exercise care which the jury, in the above view, find that it did not exercise. The plaintiff was not outside of his rights in being upon the defendant company's lands when the accident happened. The driveway across the defendant company's tracks, built and used as it was, affording a means of entry to Carpenter's property from the public road, must be taken to have been there with the consent and approval of the defendant company . . .

me le prescrivait la loi, a dit, p. 510, en ce qui concerne l'autre motif de négligence auquel avait conclu le jury:

[TRADUCTION] En ce qui concerne l'autre motif de négligence auquel a conclu le jury, savoir que la défenderesse avait maintenu un talus du côté est du chemin de fer de façon à masquer les trains venant du sud,—après une audition et un examen complets de la preuve présentée par les parties, nous sommes d'avis que même si l'existence du talus le long du chemin de fer, résultant du passage pratiqué dans l'élévation de terrain et du nettoyage du fossé qui a dû être fait, pouvait être considérée comme une négligence en droit, il n'existait de fait aucun motif permettant de conclure que le talus maintenu par la compagnie de chemin de fer masquait les trains venant du sud.

Je suis donc d'avis que cette Cour n'a pas approuvé la déclaration du Juge en chef Latchford en Chambre d'appel. Dès l'époque de l'arrêt *Gowland v. Hamilton, Grimsby and Beamsville Electric Railway Company*¹⁴, il a été décidé que la présence de buissons épais de chaque côté d'un passage à niveau privé constituait une circonstance exceptionnelle permettant au jury de conclure à la négligence dans l'opération d'un train électrique qui avait traversé un passage à niveau, à une vitesse se situant entre 20 et 25 milles à l'heure, sans actionner une cloche ou un sifflet d'avertissement. Le Juge Kelly, en première instance, p. 374, a fait le commentaire suivant en prononçant un jugement conforme aux réponses du jury, et ce commentaire, à mon avis, s'applique en l'espèce:

[TRADUCTION] Mais, indépendamment de tout devoir que lui imposait la loi, je suis d'avis qu'elle (la compagnie de chemin de fer défenderesse) était tenue de faire preuve de diligence, et selon le jury dans l'opinion ci-dessus mentionnée, elle n'a pas exercé cette diligence. Le demandeur avait le droit de se trouver sur le terrain de la compagnie défenderesse lorsque l'accident s'est produit. Il faut considérer que le chemin qui traverse les voies de la compagnie défenderesse, construit et utilisé comme il l'était, permettant d'accéder à la propriété de Carpenter à partir du chemin public, était là avec le consentement et l'approbation de la compagnie défenderesse . . .

¹⁴ (1915), 33 O.L.R. 372.

¹⁴ (1915), 33 O.L.R. 372.

The appeal was dismissed by the Appellate Division. In the present case there would seem to be no doubt whatsoever that this private crossing was there with the consent and approval of the respondent, Dominion Atlantic Railway Co. In fact, that company, as I have said, showed it at one time in its records as a farm crossing and as well maintained the planking on the crossing at its own expense.

The question therefore for determination of the present case is whether or not the circumstances constituted exceptional circumstances within what I believe to be the applicable rule, as expressed by Robertson C.J.O. in *Anderson v. Canadian National Railway Co.*, *supra*. The photographs and the other evidence give graphic support for the description by Mr. Justice Cooper to which I have already referred. A crossing with such poor visibility that the front wheels of an automobile would, when one were driving it, be between the rails before vision of as much as 200 feet up the track to the curve could be obtained is a circumstance of the most unusual character. Rather than to have removed the danger at the very slightest of cost, the respondent, Dominion Atlantic Railway Co., seemed to have increased it. There had been at one time at the east side of the railway right of way, where the crossing entered it, the usual railroad sign but that had been taken down by the railway company. The section foreman, Deveau, could not remember whether he had done it himself or whether another had done it. There seems no doubt by the evidence that the ditching performed by the railroad employees had resulted in some throwing up of material to the top of the bank and increasing its height and, therefore, decreasing the visibility. Moreover, the bushes along the right of way, which had in other years been cut, according to the evidence of the plaintiff, Everett William Killam, had not been touched during the year in which the accident occurred, and the accident occurred on July 19th so there had been plenty of opportunity.

There can be no doubt that the respondent railway knew the situation and the danger inherent in the situation. The evidence of the plaintiff, Everett William Killam, was that he had made a

L'appel a été rejeté par la Chambre d'appel. En la présente espèce, il semble n'y avoir aucun doute que le passage à niveau privé se trouvait là avec le consentement et l'approbation de l'intimée, Dominion Atlantic Railway Co. De fait, comme je l'ai dit, cette compagnie l'avait à un moment inscrit dans ses registres comme passage de ferme et en entretenait le fond de planches à ses propres frais.

Il s'agit donc de déterminer en l'espèce si ce sont là des circonstances exceptionnelles au sens de la règle applicable selon moi, telle que l'a exprimée le Juge Robertson, Juge en chef de l'Ontario, dans l'affaire *Anderson v. Canadian National Railway Co.*, précitée. Les photographies et les autres éléments de preuve étaient graphiquement la description du Juge Cooper dont j'ai déjà fait mention. Tout passage où la visibilité est si mauvaise que les roues avant d'une voiture en marche doivent se trouver entre les rails avant que le conducteur puisse voir la voie jusqu'à une distance de 200 pieds dans la courbe, constitue une circonstance d'une nature très inhabituelle. Plutôt que d'avoir éliminé le danger à des frais minimes, l'intimée, Dominion Atlantic Railway Co., semble l'avoir accru. Du côté est de l'emprise du chemin de fer, là où l'on arrivait au passage, il y avait déjà eu à un certain moment le signal habituel de chemin de fer mais la compagnie l'avait enlevé. Le contremaître cantonnier, Deveau, ne peut pas se rappeler s'il l'a enlevé lui-même ou si quelqu'un d'autre l'a enlevé. Il semble certain, d'après la preuve, qu'en creusant la tranchée, les employés de la compagnie de chemin de fer ont lancé un certain montant de terre au sommet du talus et l'ont ainsi rehaussé, diminuant ainsi la visibilité. De plus, les buissons qui longeaient l'emprise et que l'on avait coupés les autres années, selon le témoignage du demandeur, Everett William Killam, ne l'avaient pas été l'année de l'accident, qui s'est produit le 19 juillet; on avait donc amplement eu l'occasion de le faire.

Il ne fait aucun doute que la compagnie de chemin de fer intimée connaissait la situation et le danger inhérent à celle-ci. Le demandeur Everett William Killam a témoigné qu'il ne ces-

nuisance of himself in complaining to the section man and to almost everyone else as to the danger of the crossing. He also testified to having a bulldozer there for the purpose of widening his own private road and that when such a machine got to the point where it would cross on to the property of the railway he requested Deveau, the section man, to give him permission to do so and that Deveau simply referred him to his superior. Killam further testified that he discussed the situation with the superior, Thibeau, the then assistant roadmaster, and that in turn Thibeau referred him to his superior in Kentville. Thibeau gave evidence that the date when the request was made he was no longer assistant roadmaster and was not in the area. Deveau did not even remember the conversation. It is quite evident that the jury from its verdict believed, as I am of the opinion that they were entitled to believe, the evidence of Killam. At any rate, I regard that as immaterial as certainly there was evidence and uncontradicted evidence that Killam constantly complained of the danger of the crossing in his conversations with Deveau and that Deveau, being the section foreman, was under a duty to inform his superiors as to the danger of the crossing. Indeed, neither Deveau nor Thibeau, who travelled past this crossing once a day, could have failed to have realized the startling danger it presented to anyone attempting to drive along the private road from the highway easterly across the crossing into the Killam property. It is said that the crossing during the sixty or more years in which it existed had not resulted in any accidents but I am of the opinion that that is not an important consideration when determining whether the circumstances should be regarded as exceptional. The crossing was used by few persons and it is probably true that most of the persons realized the very grave danger which it presented. Moreover, the line was infrequently used by trains and during the time when that traffic was by steam trains the approach of such a machine was usually accompanied by a considerable noise. Too often a danger is allowed to exist until the occurrence of a fatality makes it impossible to ignore that danger any longer. I am therefore of the view that the circumstances in effect at this crossing did constitute exceptional

sait d'ennuyer le cantonnier et presque tout le monde en se plaignant du danger entourant le passage à niveau. Il a également témoigné qu'il avait fait venir un bulldozer à cet endroit pour élargir son propre chemin privé et que lorsque la machine fut rendue à l'endroit où elle devait traverser la propriété de la compagnie, il avait demandé à Deveau, le cantonnier, l'autorisation de le faire et que Deveau l'a simplement adressé à son chef. Killam a de plus témoigné qu'il avait discuté de la situation avec le chef, Thibeau, alors adjoint du cantonnier en chef, et que Thibeau l'avait à son tour adressé à son chef à Kentville. Thibeau a témoigné que le jour où la demande a été faite, il n'était plus adjoint du cantonnier en chef et ne se trouvait pas dans la région. Deveau ne se souvenait même pas de la conversation. Il est passablement évident, d'après son verdict, que le jury croyait le témoignage de Killam, comme il était en droit de le croire, à mon avis. De toute façon, je considère que ce n'est pas là un point important car il est certainement sans contredit établi que Killam se plaignait constamment du danger entourant le passage à niveau lorsqu'il parlait à Deveau et que ce dernier, étant contremaître cantonnier, était tenu d'avertir ses chefs de ce danger. De fait, ni Deveau ni Thibeau, qui utilisaient ce passage une fois par jour, n'ont pu manquer de constater le danger frappant qu'il présentait pour quiconque voulait prendre le chemin privé à partir de la voie publique, située à l'ouest, et traverser le passage à niveau pour se rendre à la propriété de Killam. On a dit qu'au cours de ses quelque soixante années d'existence, le passage à niveau n'a causé aucun accident, mais je suis d'avis que ce n'est pas là une considération importante quand il s'agit de déterminer si l'on doit tenir les circonstances pour exceptionnelles. Peu de gens utilisaient le passage à niveau et il est probablement vrai que la plupart avaient conscience du danger très grand qu'il présentait. De plus, les trains n'utilisaient pas fréquemment cette voie et à l'époque où les trains à vapeur y passaient, on entendait habituellement venir ces derniers de très loin. Trop souvent on ne se préoccupe d'un danger que lorsqu'un accident nous force à le reconnaître. Je suis donc d'avis que les circonstances qui existent à ce passage sont si exceptionnelles que la défenderesse Dominion

circumstances which call upon the defendant, Dominion Atlantic Railway Co., to take some further steps for the protection of the persons using the crossing. Indeed, that was the view of the Judicial Committee in a late decision as to a private crossing in Australia in *Commissioner for Railways v. McDermott*¹⁵. I can see no essential difference between the circumstances in that case where, as Lord Gardiner pointed out, the crossing was used by the inhabitants of a small village, their guests and persons having business with them, and the present case where the crossing was used by the Killam family and their guests and persons having business with them. In fact, one of such persons having business with the Killams very narrowly escaped a fatal accident only a few years before.

The problem then presents itself—was the failure to take such other measures for the protection of the persons using the crossing the cause of this accident involving the vehicle driven by the appellant, Elizabeth Manuge, in which the appellant, Everett William Killam, rode as a front seat passenger? There can be no doubt upon all of the evidence that few people in the area knew, as well as these two appellants, of the crossing and its dangers. The appellant Killam had lived all his life in his home just to the east of the railway line and must have crossed this crossing well-nigh every day of that life. The appellant, Elizabeth Manuge, lived in a summer home about three-quarters of a mile distance at which the appellant Killam had worked as a handyman for many years, firstly prior to her marriage and during the thirteen years which followed her marriage. During that time she had, on a very large number of occasions and perhaps the majority of days when she was in residence, driven her co-appellant along this private road and across this private crossing to his home. Both were vividly aware of the danger of the crossing and so testified. Then should it not be said that having the danger in mind, their placing themselves in the position where they were struck by the respondent, Dominion Atlantic Railway, electric car, was solely the fault of their own negligence and that they failed to act to avoid a danger of which they were aware? I am of the opinion that there is no doubt

Atlantic Railway Co. aurait dû prendre des mesures additionnelles pour la protection de ceux qui l'utilisaient. De fait, tel a été l'avis du Comité judiciaire dans une récente décision dans laquelle il était question d'un passage à niveau privé en Australie, soit l'arrêt *Commissioner for Railways v. McDermott*¹⁵. Je ne vois aucune différence essentielle entre les circonstances de cette cause-là, dans laquelle, comme l'a signalé Lord Gardiner, le passage était utilisé par les habitants d'un petit village, par leurs invités et par ceux qui avaient affaire à eux, et celles de la présente cause, dans laquelle le passage était utilisé par la famille Killam, ses invités et ceux qui avaient affaire à elle. De fait, l'un de ceux qui avaient affaire aux Killam a échappé de justesse à un accident mortel à peine quelques années auparavant.

Le problème suivant se pose donc: le défaut de prendre des mesures additionnelles pour la protection de ceux qui utilisaient le passage est-il la cause de l'accident dans lequel fut impliqué le véhicule conduit par l'appelante Elizabeth Manuge et dont l'appellant Everett William Killam occupait le siège avant? D'après l'ensemble de la preuve, il est certain que peu de gens de la région connaissaient aussi bien que les deux appelants le passage à niveau et ses dangers. L'appellant Killam avait toujours vécu sur sa propriété à l'est de la ligne de chemin de fer; il doit avoir franchi le passage presque chaque jour de sa vie. L'appelante Elizabeth Manuge habitait une villa d'été à quelque trois quarts de mille de là; l'appellant Killam y avait travaillé de nombreuses années comme homme à tout faire, d'abord avant que l'appelante se marie, puis au cours des treize années qui ont suivi son mariage. Au cours de cette période, elle avait très souvent, et peut-être la plupart du temps, lorsqu'elle habitait sa villa, conduit le co-appellant le long de ce chemin privé et franchi le passage privé pour se rendre chez lui. Tous deux étaient parfaitement au courant du danger qui existait au passage et c'est ce qu'ils ont affirmé dans leur témoignage. Par conséquent, ne devrait-on pas dire qu'avec ce danger à l'esprit, le fait qu'ils se sont eux-mêmes mis dans la position où le train électrique de l'intimée, Dominion Electric Railway, les a frappés, était uniquement dû à leur propre négligence et qu'ils ont omis de prendre

¹⁵ [1967] 1 A.C. 169.

¹⁵ [1967] 1 A.C. 169.

the appellant, Elizabeth Manuge, must be found to have been negligent and because of the statute provision, her co-appellant's right to recovery is diminished by that negligence. Certainly prior to the contributory negligence statutes such negligence on the part of the appellant, Elizabeth Manuge, would have barred both her recovery and that of her husband. I am of the opinion that since the enactment of the statute provision contained in contributory negligence statutes, if there is negligence on the part of both the plaintiff and defendant which contributes to the accident then such statutes apply so that recovery is not barred but the amount of the recovery apportioned. This would seem to be the view of the British Columbia Court of Appeal in *Whitehead v. North Vancouver*¹⁶, and also in *Bisson v. District of Powell River*¹⁷, at p. 248, where McFarlane J.A. adopts the view stated by Glanville Williams in *Joint Torts and Contributory Negligence*, 1951, para. 77 on p. 319 and following. I have already pointed out how, in my view, there was negligence on the part of the respondent, Dominion Atlantic Railway, in failure to take further measures in view of the exceptional circumstances. Whether the plaintiffs' mere foolhardy disregard of the danger caused or contributed to the accident may be determined upon a further consideration of the evidence. It is true we have no evidence from either the appellant, Elizabeth Manuge, or the appellant, Everett William Killam, as to the actual circumstances which occurred at the moment of the accident as, due to traumatic amnesia, both of them have lapses of memory from sometime before the accident occurred to long after. However, as I have said, other evidence showed that the front wheels of their vehicle had to be between the rails before there could be any appreciable vision of the curve. Moreover, the appellant, Elizabeth Manuge's, small daughter, Marianne Manuge, who sat on the right-hand side of the rear seat, was able to give evidence. The learned trial judge after examining the Manuge child on a *voir dire* determined that she could be sworn and she therefore testified under oath. She swore that the appellant, Elizabeth Manuge, brought the vehicle to a full stop "before the train

les mesures nécessaires pour éviter un danger qu'ils connaissent? Je suis d'avis qu'il faut indubitablement conclure que l'appelante Elizabeth Manuge a été négligente; étant donné l'existence de la disposition légale, le droit du co-appellant d'obtenir des dommages-intérêts est amoindri par cette négligence. A coup sûr, avant l'adoption des lois relatives à la faute commune, pareille négligence de la part de l'appelante Elizabeth Manuge aurait empêché tout recours de sa part ainsi que de la part de son mari. Je suis d'avis que depuis l'adoption de la disposition législative renfermée dans les Lois relatives à la faute commune, si le demandeur et le défendeur ont tous deux commis une négligence qui a contribué à l'accident, ces lois s'appliquent de façon à autoriser un recours, mais le montant de l'indemnité est réparti. Tel semble être l'avis de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique dans l'affaire *Whitehead v. North Vancouver*¹⁶, ainsi que dans l'affaire *Bisson v. District of Powell River*¹⁷, p. 248, où le Juge d'appel McFarlane a adopté l'avis exprimé par Glanville Williams dans *Joint Torts and Contributory Negligence*, 1951, par. 77, pp. 319 et suivantes. J'ai déjà signalé comment, à mon avis, l'intimée, Dominion Atlantic Railway, avait commis une négligence en omettant de prendre des mesures additionnelles, étant donné les circonstances exceptionnelles. Un nouvel examen de la preuve permet de déterminer si la simple insouciance téméraire des demandeurs à l'égard du danger a causé ou contribué à causer l'accident. Il est vrai que ni l'appelante Elizabeth Manuge ni l'appelant Everett William Killam n'ont témoigné au sujet de ce qui s'est réellement produit au moment de l'accident étant donné que, à cause d'une amnésie traumatique, ils ont tous deux des pertes de mémoire pour une période allant de quelque temps avant l'accident jusqu'à longtemps après. Toutefois, comme je l'ai dit, d'autres preuves montrent que les roues avant de leur véhicule devaient se trouver entre les rails avant qu'ils puissent voir convenablement la courbe. De plus, Marianne Manuge, la fillette de l'appelante Elizabeth Manuge, qui occupait le siège arrière, du côté droit, a pu témoigner. Après avoir examiné l'enfant par voir dire, le savant juge

¹⁶ [1939] 3 D.L.R. 83.

¹⁷ [1967], 66 D.L.R. (2d) 226.

¹⁶ [1939] 3 D.L.R. 83.

¹⁷ (1967), 66 D.L.R. (2d) 226.

track" and on this topic she was very certain. She further testified that the appellant, Elizabeth Manuge, asked her if it was clear "her way", *i.e.* to the right or south and that the appellant, Elizabeth Manuge, looked "her way", *i.e.* to the left, and continued "And then I heard the whistle on the train and when we were just crossing the tracks, I saw the train. I was about to tell her that I saw it but I was too late." It is therefore apparent on this evidence, and it is the only evidence on the subject and it was not denied or indeed made the subject of any cross-examination, that the appellant, Elizabeth Manuge, did take what seems to be well-nigh the sole step she could take to avoid the accident. She stopped and she looked; not merely slowing down, but stopped. One may well ask what more could she have done. Perhaps if she had asked her co-appellant, Killam, to disembark and walk across the crossing so he could stand on the east side of the rails and look toward the curve, she could have avoided the accident. The appellant, Elizabeth Manuge, evidently did not do so. Under those circumstances the jury found that there was negligence on the part of both Elizabeth Manuge and Dominion Atlantic Railway and found that the former was 30 per cent at fault while the latter was 70 per cent at fault. For the reasons I have outlined, that finding was for the jury and I am of the view that the jury's answer should be allowed to stand. I see no reason for the extension of the answer and in fact I cannot see how either this Court or the Appeal Division of the Supreme Court of Nova Scotia would have any jurisdiction to extend the answer. In my view the answer "failure to maintain adequate northern visibility at western approach to crossing" was the stating in clear terms of the ground of negligence which could be found against the respondent, Dominion Atlantic Railway, and it should stand.

de première instance a décidé qu'elle pouvait être assermentée; elle a donc témoigné sous serment. Elle a déclaré que l'appelante Elizabeth Manuge avait complètement immobilisé le véhicule [TRADUCTION] «devant les rails du chemin de fer»; elle en était très sûre. Elle a dit en outre que l'appelante Elizabeth Manuge lui avait demandé si la voie était libre «de son côté», soit à droite ou du côté sud, et que l'appelante Elizabeth Manuge a regardé «de son côté», soit à gauche; elle a ajouté: [TRADUCTION] «Puis j'ai entendu le sifflet du train et au moment même où nous passions sur les rails, j'ai vu le train. J'étais sur le point de lui dire que je le voyais, mais il était trop tard.» D'après ce témoignage, qui est la seule preuve à ce sujet et qui n'a pas été réfuté et n'a pas fait l'objet d'un contre-interrogatoire, il est donc évident que l'appelante Elizabeth Manuge a fait ce qui semble bien être la seule chose qu'elle pouvait faire pour éviter l'accident. Elle a arrêté la voiture et a regardé; elle n'a pas simplement ralenti mais a arrêté la voiture. On peut bien se demander ce qu'elle aurait pu faire de plus. Peut-être que si elle avait demandé au co-appellant Killam de descendre de voiture et de traverser le passage à niveau de façon à pouvoir se tenir du côté est des rails et regarder en direction de la courbe, elle aurait pu éviter l'accident. L'appelante Elizabeth Manuge, de toute évidence, ne l'a pas fait. Dans ces circonstances, le jury a conclu qu'Elizabeth Manuge et Dominion Atlantic Railway se sont toutes deux montrées négligentes; il a conclu que la première était responsable dans une proportion de 30 pour cent alors que la seconde l'était dans une proportion de 70 pour cent. Pour les motifs que j'ai signalés, il appartenait au jury de tirer cette conclusion et je suis d'avis qu'il faut accepter sa réponse. Je ne vois pas pourquoi il faudrait ajouter quelque chose à cette réponse et, de fait, je ne puis voir comment cette Cour ou la Chambre d'appel de la Cour suprême de la Nouvelle-Écosse auraient la compétence voulue pour le faire. A mon avis, par la réponse [TRADUCTION] «défaut de maintenir une visibilité suffisante vers le nord du côté ouest du passage à niveau», on énonçait en termes clairs le motif de négligence auquel on pourrait conclure à l'encontre de l'intimée Dominion Atlantic Railway et cette réponse devrait être confirmée.

To summarize therefore, I would allow the appeals of Robert W. Manuge and Elizabeth and Everett William Killam against the respondent, Dominion Atlantic Railway, and award to each the damages allowed by the learned trial judge. The award of costs by the learned trial judge should be restored and the three appellants should be entitled to their costs in the Appeal Division and this Court. The other appeals I have disposed of above.

Appeals of the appellants Robert W. Manuge and Elizabeth Manuge and of the appellants Everett William Killam and Myrtle Deltina Killam against the respondent Dominion Atlantic Railway Company dismissed with costs; Spence J. dissenting, except as to appeal of Myrtle Deltina Killam. Appeal of Everett William Killam and Myrtle Deltina Killam against the respondents Robert W. Manuge and Elizabeth Manuge dismissed with costs.

Solicitor for Robert W. Manuge and Elizabeth Manuge: J. W. E. Mingo, Halifax.

Solicitor for Everett William Killam and Myrtle Deltina Killam: A. Boyd MacGillivray, Yarmouth.

Solicitor for Dominion Atlantic Railway Company: R. J. Downie, Halifax.

En résumé, donc, je suis d'avis d'accueillir les appels de Robert W. Manuge et Elizabeth et Everett William Killam contre l'intimée Dominion Atlantic Railway, et d'accorder à chacun le montant de dommages-intérêts fixé par le savant juge de première instance. L'adjudication des dépens prononcée par le savant juge de première instance devrait être rétablie et les trois appelants devraient avoir droit à leurs dépens en Chambre d'appel et en cette Cour. Je me suis prononcé plus haut sur les autres appels.

Les appels des appelants Robert W. Manuge et Elizabeth Manuge et des appelants Everett William Killam et Myrtle Deltina Killam contre l'intimée Dominion Atlantic Railway Company sont rejetés avec dépens; le Juge SPENCE est dissident, sauf en ce qui concerne l'appel porté par Myrtle Deltina Killam. L'appel d'Everett William Killam et de Myrtle Deltina Killam contre les intimés Robert W. Manuge et Elizabeth Manuge est rejeté avec dépens.

Procureur de Robert W. Manuge et Elizabeth Manuge: J. W. E. Mingo, Halifax.

Procureur d'Everett William Killam et Myrtle Deltina Killam: A. Boyd MacGillivray, Yarmouth.

Procureur de Dominion Atlantic Railway Company: R. J. Downie, Halifax.
