

**IN THE SUPREME COURT OF CANADA
(ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR THE PROVINCE OF ONTARIO)**

BETWEEN:

**THE REGIONAL MUNICIPALITY OF HALTON,
and THE TOWN OF MILTON**

**Applicants
(Appellants/
Respondents by Cross-Appeal/Defendant)**

- and -

PATRIZIA GIULIANI, TINA GIULIANI

**Respondents
(Respondents/Plaintiffs)**

**REPLY OF THE APPLICANTS,
THE REGIONAL MUNICIPALITY OF HALTON, and THE TOWN OF MILTON**

**(Pursuant to s. 40 of the *Supreme Court Act*, R.S.C. 1985, c. S-26 as am.
1990, c. 8 and Rule 28 of the Rules of the Supreme Court of Canada)**

LERNERS LLP
Barristers & Solicitors
130 Adelaide Street West, Suite 2400
Toronto, ON M5H 3P5

C. Kirk Boggs LSUC#: 23620V
Kirk F. Stevens LSUC#: 27515P
Tel: 416.867.3076
Fax: 416.867.9192

Counsel to:
PATERSON, MacDOUGALL LLP
One Queen Street East, Suite 900
Toronto, ON M5C 2W5

J. Murray Davison, Q.C. LSUC#: 14416R
Charles A. Painter LSUC#: 43824W
Tel: 416.366.9607
Fax: 416.366.3743

Lawyers for the Applicants/Appellants

GOWLING LAFLEUR HENDERSON LLP
Barristers & Solicitors
160 Elgin Street
Suite 2600
Ottawa, ON K1P 1C3

Brian A. Crane, Q.C.
Tel: 613.786.0107
Fax: 613.563.9869
brian.crane@gowlings.com

Agent for counsel for the Applicants

TO: THE REGISTRAR
Supreme Court of Canada
301 Wellington Street
Ottawa, ON K1A 0J1

And To:

Allan Rouben
Barrister & Solicitor
70 Bond Street
Suite 200
Toronto, ON M5B 1X3

Tel: 416.360.5444
Fax: 416.365.7702

Kathy Chittley-Young
KCY at Law
920 Brant Street
Suite 8
Burlington, ON L7R 4J1

Tel: 905.639.0999
Fax: 905.637.0830

Lawyer for the Respondents

Supreme Advocacy LLP
397 Gladstone Avenue
Suite 100
Ottawa, Ontario
K2P 0Y9

Eugene Meehan, Q.C.
Tel: 613. 695.8855 Ext: 101
Fax: 613.695.8580
E-mail: emeehan@supremeadvocacy.ca

TABLE OF CONTENTS

THE RESPONDENT IMPLICITLY AGREES THAT THE COURTS
BELOW STERILIZED THE LEGISLATIVE INTENT OF THE MMS BY
APPLYING STRICT INTERPRETATION.....1

LIKE THE COURTS BELOW, THE RESPONDENT MISCONSTRUES
S.44 OF THE ACT2

THE RESPONDENT MISCONSTRUES THE APPLICANT'S POSITIONS4

TABLE OF AUTHORITIES7

STATUTES.....8

The respondent implicitly agrees that the courts below sterilized the legislative intent of the MMS by applying strict interpretation

1. The respondent asserts that the *Minimum Maintenance Standards*¹ (“the MMS”) should be interpreted in their “entire context and in their grammatical and ordinary sense harmoniously with the scheme and object of the *Act*.”² This differs from her position in the Court of Appeal. There, she argued for strict interpretation.

2. The Court of Appeal did not say whether it was applying the ‘modern rule’ of statutory interpretation or strict interpretation, as the respondent asked it to do. Thus, she cannot properly say that the issue in this proposed appeal is one of “application”³ – i.e., whether the Court of Appeal correctly applied the ‘modern rule’ mandated by this court.

3. The respondent says that the trial judge declined to adopt a “literal interpretation” of the MMS.⁴ This necessarily implies that the Court of Appeal also declined to give effect to the “literal meaning” in favour of some other meaning that accords with the modern rule and its embodiment in s. 64 of the *Legislation Act*. Since the respondent says that the courts below adopted an interpretation that, in the words of s. 64 of that *Act*, “best ensures the attainment of [the] objects” of the MMS, it further follows that she *should* be able to identify the objects of the MMS and s. 44(3)(c) of the *Municipal Act, 2001*⁵, which provides that compliance with the MMS is a defence.

4. However, the respondent never identifies the object of the MMS. The closest she comes to doing so is her statement that: “To the extent the C.A.’s interpretation of section 44(3)(c) focusses on preventative action, this is harmonious with section 44”.⁶ Thus, she implicitly acknowledges that the Court of Appeal strictly interpreted the defence afforded by s. 44(3)(c) in a manner that focuses on “preventative action”.

5. The respondent thus reinforces the applicant’s position that the Court of Appeal adopted a “hyper-literal” approach which ignores the plain meaning of the MMS and

¹ O.Reg. 239/02

² Respondents’ Memorandum of Argument ¶ 20.

³ Respondents’ Memorandum of Argument ¶ 19(a).

⁴ Respondents’ Memorandum of Argument ¶ 30.

⁵ *Municipal Act, 2001*, S.O. 2001, c. 25, s. 44

⁶ Respondents’ Memorandum of Argument ¶ 23.

thwarted the legislative intent. This was exactly what the respondent asked the Court of Appeal to do by invoking strict interpretation.

6. The question raised by this proposed appeal is not a matter of the “application” of the approach to statutory interpretation mandated by this court and the Legislature; rather, it is whether courts can apply strict construction to sterilize a validly enacted statutory regime. That is an issue of public importance that transcends the interpretation of particular legislation in one province.

Like the courts below, the respondent misconstrues s.44 of the Act

7. It is significant that the respondent says that s. 44 of the *Act* sets out “the standard of care” and analogizes the duty of care in s. 44(1) to the duty of care in the *Occupiers Liability Act*⁷. As did the courts below, the respondent characterizes the statutory duty as a duty to do whatever is reasonable in the circumstances, including the acquisition of knowledge of conditions of disrepair and the taking of “preventative action”, to keep road users safe. Such a formulation of the duty equates the duty in s. 44 to the common law duty of care in negligence. This is misconceived for two reasons.

8. First, the respondent overlooks s. 10(2) of the *Occupiers’ Liability Act*⁸ which expressly states that the duty in that *Act* does not apply to the Crown and municipalities as occupiers of highways. In adopting the *Occupiers Liability Act*, the Legislature chose to bring the law of occupiers’ liability into better conformity with the general law of negligence.⁹ By specifying that the duty in the *Occupiers Liability Act* is not to apply to road authorities, the Legislature clearly intended that the common law duty of care in negligence is not to apply to road authorities.

9. Second, the structure of s. 44 of the *Municipal Act, 2001* is inconsistent with the proposition that it can be equated to the common law duty of care in negligence:

44. (1) The municipality that has jurisdiction over a highway or bridge shall keep it in a state of repair that is reasonable in the circumstances, including the character and location of the highway or bridge.

⁷ Respondent’s Memorandum of Argument, ¶¶ 8; 28-29; R.S.O 1990, c. O .2, s. 3(1).

⁸ R.S.O 1990, c. O .2, s. 10 (2)

⁹ *Waldick v. Malcolm*, [1991] 2 S.C.R. 456 at p. 479

Liability

(2) A municipality that defaults in complying with subsection (1) is, subject to the *Negligence Act*, liable for all damages any person sustains because of the default.

Defence

(3) Despite subsection (2), a municipality is not liable for failing to keep a highway or bridge in a reasonable state of repair if,

(a) it did not know and could not reasonably have been expected to have known about the state of repair of the highway or bridge;

(b) it took reasonable steps to prevent the default from arising; **or**

(c) at the time the cause of action arose, minimum standards established under subsection (4) applied to the highway or bridge and to the alleged default and those standards have been met. [Emphasis added.]

10. Sub-sections 44(1) and (2) create *strict liability* for failure to keep highways and bridges in a “state of repair that is reasonable in the circumstances.” If a tree falls on a road, the road is no more or less in a “state of repair” or “disrepair” if the municipality knew about it or ought to have known about it. Similarly, a road with a huge pothole would still be in a state of disrepair if the municipality took all reasonable steps to prevent the pothole’s formation but failed in its efforts. The road authority’s knowledge, actual or constructive, and its “preventative actions” go to whether it can establish defences pursuant to s-s. 44(3)(a) and (b), *not* to the nature of the duty.¹⁰

11. Subsection 44(3)(c) thus created a new and separate defence which is in the alternative to the defences in s-s. 44(3)(a) and (b) and altered the existing law¹¹. This is so because of the disjunctive “or” between s. 44(3)(b) and (c). The Legislature clearly intended that, provided the MMS contained an applicable standard, a municipality would have a defence under (c) even if it has actual or constructive knowledge under (a) and could have taken reasonable steps to prevent the default under (b). Put another way, the Legislature intended that the MMS could define the measures that a municipality could

¹⁰ See *Gardam v. The King*, [1948] 4 D.L.R. 175 (Ont. C.A.) at p. 185. (at p. 34 of the Respondent’s Response). This case shows that the provision was held to be one of strict liability subject to defences before the adoption of its present wording.

¹¹ See Respondent’s Memorandum of Argument, ¶ 27; Applicant’s Memorandum of Argument, ¶¶ 17; 33-34.

take to acquire the knowledge and the “preventative action” to avail itself of the new defence.

12. The respondent contends that “by ignoring the ‘ought to have known’ standard in s. 44(2)(a) and the obligation to ‘prevent a default from arising in s. 44(2)(b), the Applicant’s position brings the [MMS] into conflict with the parent statute.”¹² (It is apparent that the respondent is referring to s: 44(3)(a) and (b), not ss. 44(2)(a) and (b)). She suggests that the applicant’s position, which is that, pursuant to ss. 4-5 of the MMS, a municipality is not obliged to clear snow on a class 2 road until it becomes aware that the snow is 5+ cm deep or treat a road for ice until the elapse of four hours after it becomes aware of the ice, is inconsistent with these subsections. This *ultra vires* argument, which the respondent did not raise in the courts below, overlooks the structure of s. 44 and fact that s. 44(3) sets out three separate defences.

The respondent misconstrues the applicant’s positions

13. The respondent mischaracterizes the applicant’s position by saying it has a “factual nature”.¹³ To the contrary, the applicant has fully accepted the trial judge’s findings of fact and agrees that it did not follow its own internal practices with respect to expected winter storms.¹⁴ The applicant’s position is that s. 44(3)(c) did not require it to meet its own internal standards, but, rather, to only comply with the MMS. It is the respondent who focuses on the evidence of the applicant’s internal maintenance standards in an effort to obscure the legal and policy issues raised by this proposed appeal. She ignores the applicant’s submission that the MMS were promulgated in order to allow municipalities to pursue higher levels of maintenance objectives if they choose to do so without fear that their choice will cause the courts to raise the bar of a misconceived ‘common law’ standard of care that will apply to all municipalities regardless of their level of resources.¹⁵

14. Contrary to the respondent’s assertion, the applicant’s position is *not* that s. 3 of the MMS (the routine monitoring standard) “sets out the circumstances under which icy conditions would have become known.”¹⁶ The applicant stated that municipalities acquire

¹² Respondent’s Memorandum of Argument, ¶ 11.

¹³ Respondent’s Memorandum of Argument, ¶ 3.

¹⁴ Applicant’s Memorandum of Argument, ¶¶ 9-10.

¹⁵ Applicant’s Memorandum of Argument, ¶ 48.

¹⁶ Respondent’s Memorandum of Argument, ¶ 31.

actual knowledge of snow and ice for the purposes of ss. 4-5 of the MMS through routine patrolling "or otherwise."¹⁷ Contrary to the extract of the trial judge's reasons quoted by the respondent, the applicant does not contend that municipalities can avoid their obligations by willful blindness.¹⁸ If, for example, a municipality actually knows through experience that *existing* storm conditions mean that a certain stretch of road is icy, it must comply with s. 5 to be able to invoke the defence in s. 44(3)(c) of the *Act*. However, it is not obliged to take measures before it knows the condition to be in existence.

15. The respondent accuses the applicant of reneging on a concession made by its counsel in oral argument to the effect that he was not challenging the trial judge's reasoning with respect to the snow accumulation standard in s. 4 of the MMS. As set out in the applicant's memorandum of argument, the applicant's factum in the Court of Appeal vigorously challenged that reasoning. In oral argument, the applicant's counsel agreed that he was not invoking s. 4 directly because the issue was whether the municipality had complied with s. 5 (the icy road standard). This statement was not intended as a concession that the trial judge had construed s. 4 correctly. Nor, with all due respect, should it have been interpreted as such a concession.¹⁹

16. Such an interpretation of counsel's position was implausible because the trial judge's reasoning imposes more onerous burdens on municipalities when conditions are less dangerous. It also discourages municipalities from clearing and treating Class 1 roads (which have higher traffic loads and speed limits) before Class 2 roads.²⁰ The incentives inherent in the interpretation of the MMS by the courts below are irrational. It is telling that the respondent fails to respond to these points, which go to the high public importance of the issues in this proposed appeal.

ALL OF WHICH IS RESPECTFULLY SUBMITTED THIS 28th DAY OF MARCH 2012.

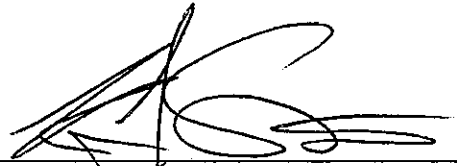

C. Kirk Boggs

¹⁷ Applicant's Memorandum of Argument, ¶¶ 39-41.

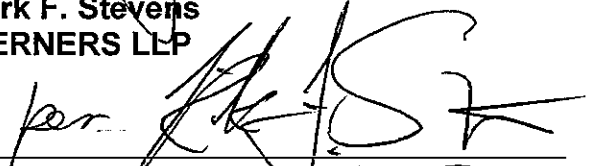
¹⁸ Respondent's Memorandum of Argument, ¶ 30.

¹⁹ Respondent's Memorandum of Argument ¶¶ 15-16; Applicant's Memorandum of Argument, ¶ 24.

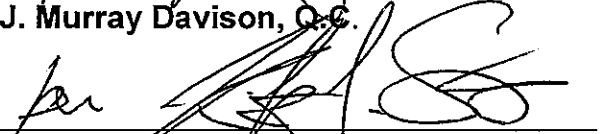
²⁰ Applicant's Memorandum of Argument ¶¶ 38-42.



Kirk F. Stevens
LERNERS LLP



J. Murray Davison, Q.C.



Charles A. Painter
PATERSON, MacDOUGALL LLP

TABLE OF AUTHORITIES

TAB NO.

PARA. NO.

1. *Waldick v. Malcolm*, [1991] 2 S.C.R. 4568

STATUTES

Occupiers' Liability Act, R.S.O. 1990, c. O.2, ss. 3 and 10

Occupier's duty

3.(1)An occupier of premises owes a duty to take such care as in all the circumstances of the case is reasonable to see that persons entering on the premises, and the property brought on the premises by those persons are reasonably safe while on the premises.

...

Act binds Crown

10.(1)This Act binds the Crown, subject to the Proceedings Against the Crown Act.

Exception

(2)This Act does not apply to the Crown or to any municipal corporation, where the Crown or the municipal corporation is an occupier of a public highway or a public road.

Loi sur la responsabilité des occupants, L.R.O. 1990, Chapitre O.2 ss. 3, 10

Obligation de l'occupant

3.(1)Un occupant des lieux a l'obligation de prendre le soin qui s'avère raisonnable dans toutes les circonstances en cause pour veiller à ce que les personnes qui entrent dans les lieux et les biens qu'elles y apportent soient raisonnablement en sûreté lorsqu'ils s'y trouvent.

...

Loi liant la Couronne

10.(1)La présente loi lie la Couronne sous réserve de la *Loi sur les instances introduites contre la Couronne*.

Exception

(2)La présente loi ne s'applique ni à la Couronne ni à une municipalité, lorsque l'une ou l'autre est l'occupant d'une voie ou d'une route publiques. L.R.O. 1990, chap. O.2, art. 10.

Marvin Malcolm, Roberta Malcolm, Betty Stainback and Harry Hill *Appellants*

v.

Norman Edward Waldick and Janet Marie Waldick *Respondents*

INDEXED AS: WALDICK v. MALCOLM

File No.: 21781.

1991: February 26; 1991: June 27.

Present: La Forest, Sopinka, Gonthier, Cory, McLachlin, Stevenson and Iacobucci JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

Torts — Duty of care — Occupiers' liability — Rural residence — Icy and snow covered walk, driveway and parking area not salted or sanded — Condition known to visitor — Visitor slipping and seriously injured — Whether or not householders failed to fulfil statutory duty — Whether visitor had willingly assumed risk and was contributorily negligent — Occupiers' Liability Act, R.S.O. 1980, c. 322, ss. 2, 3, 4, 9.

Waldick was seriously injured when he fell on the icy parking area of the Malcolm's rented farmhouse. The parking area and laneway had not been salted or sanded; apparently few people in that rural region did so. Waldick was aware that the laneway was slippery and acknowledged that its condition could be seen without difficulty. At issue here was whether or not the Malcolms failed to meet the statutory duty of care imposed by the *Occupiers' Liability Act* on occupiers of premises to persons coming onto those premises and whether Waldick had willingly assumed the risks of the injury. Also involved was the issue of whether Waldick had been contributorily negligent.

The Malcolms were found liable for Waldick's personal injuries and the Court of Appeal dismissed the appeal from that judgment. The action and cross-claim against the other appellants, Betty Stainback and Harry Hill, were dismissed because they had rented the prop-

Marvin Malcolm, Roberta Malcolm, Betty Stainback et Harry Hill *Appellants*

a c.

Norman Edward Waldick et Janet Marie Waldick *Intimés*

b RÉPERTORIÉ: WALDICK c. MALCOLM

N° du greffe: 21781.

1991: 26 février; 1991: 27 juin.

c Présents: Les juges La Forest, Sopinka, Gonthier, Cory, McLachlin, Stevenson et Iacobucci.

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

d *Responsabilité délictuelle — Obligation de prendre soin — Responsabilité des occupants — Habitation rurale — Ni sable ni sel n'ont été épanchés sur un sentier, sur une allée et sur une aire de stationnement recouverts de glace et de neige — Visiteur au courant de cet état de choses — Le visiteur glisse et se blesse gravement — Les occupants de la maison ont-ils manqué à une obligation légale? — Le visiteur a-t-il volontairement assumé le risque de sorte qu'il y a eu négligence contributive de sa part? — Loi sur la responsabilité des occupants, L.R.O. 1980, ch. 322, art. 2, 3, 4, 9.*

Waldick a été grièvement blessé par suite d'une chute qu'il a faite sur la glace qui recouvrait l'aire de stationnement de la maison de ferme que les Malcolm prenaient en location. Ni sel ni sable n'avaient été épanchés sur l'aire de stationnement et sur l'allée. Il semble d'ailleurs que peu de gens dans cette région rurale ne le faisaient. Waldick savait que l'allée était glissante et il a reconnu que cet état de choses pouvait se voir sans difficulté. La question en l'espèce est de savoir si les Malcolm ont manqué à l'obligation de prendre soin qu'ont, aux termes de la *Loi sur la responsabilité des occupants*, les occupants de lieux envers les personnes qui y entrent et si Waldick avait volontairement assumé les risques de blessure. Se pose en outre la question de savoir s'il y a eu négligence contributive de la part de Waldick.

Les Malcolm ont été jugés responsables des blessures subies par Waldick et la Cour d'appel a rejeté l'appel formé contre cette décision. L'action contre les autres appelants, Betty Stainback et Harry Hill, ainsi que la demande faite contre eux par leurs codéfendeurs ont été

erty to the Malcolms and were not the occupiers of the farmhouse.

Held: The appeal should be dismissed.

The Malcolms, notwithstanding the alleged local custom, breached s. 3(1) of the Act. The existence of customary practices which are unreasonable in themselves, or which are not otherwise acceptable to the courts, does not oust the duty of care owed by occupiers under s. 3(1) of the Act. This statutory duty to take reasonable care in the circumstances to make the premises safe does not change but the factors which are relevant to an assessment of what constitutes reasonable care will necessarily be very specific to each fact situation. Local custom is one such circumstance. It can inform the court's assessment of what is reasonable in any given set of circumstances. Where an alleged custom is raised, however, the party who relies on his compliance with it or another person's departure from it must prove the custom is in effect. Only in the rarest and most patently obvious of cases will the courts take judicial notice of a custom.

The alleged local custom of not salting or sanding parking areas and driveways was unproved; only Mrs. Malcolm's unsupported testimony would tend to prove it. Even if there had been adequate evidence in the record of such a local custom, that custom would not necessarily be decisive against a determination of negligence. No amount of general community compliance will render negligent conduct reasonable in all the circumstances. If it is unreasonable to do absolutely nothing to one's driveway in the face of clearly treacherous conditions, it matters little that one's neighbours also act unreasonably. The Act was meant to discourage this type of generalized negligence. It was far from self-evident that the "practice" of not sanding or salting parking areas and driveways in the area should earn the acceptance of the courts.

The *Occupiers' Liability Act* did not warrant a departure from the widely accepted *volenti* doctrine. The Act was to replace, refine and harmonize the common law duty of care owed by occupiers of premises to visitors on those premises. It was not intended to effect a wholesale displacement of the common law defences to liability.

rejetées parce qu'ils louaient la propriété en cause aux Malcolm et n'occupaient pas la maison de ferme.

Arrêt: Le pourvoi est rejeté.

En dépit de l'usage local qu'ils ont invoqué, les Malcolm ont violé le par. 3(1) de la Loi. L'existence de pratiques habituelles déraisonnables en soi, ou par ailleurs inacceptables pour les tribunaux, n'écarte pas l'obligation de prendre soin qu'impose aux occupants le par. 3(1) de la Loi. Cette obligation légale de prendre le soin qui est raisonnable dans les circonstances pour assurer la sécurité sur les lieux en question ne change pas, mais les facteurs pertinents aux fins de déterminer en quoi consiste un soin raisonnable seront nécessairement bien particuliers aux faits de chaque espèce. L'une de ces circonstances est l'usage local. Les tribunaux peuvent retenir l'usage local pour décider de ce qui est raisonnable dans des circonstances données. Lorsque l'usage est invoqué, toutefois, la partie qui prétend avoir respecté cet usage ou qui soutient que son adversaire y a dérogé a le fardeau de prouver qu'il s'agit effectivement d'un usage répandu. Ce n'est que dans les cas les plus rares et les plus évidents que les tribunaux prendront connaissance d'office d'un usage.

Mis à part le témoignage, sans corroboration, de M^{me} Malcolm, il n'y a rien qui tende à établir le prétendu usage local consistant à n'épandre ni sel ni sable sur les aires de stationnement et sur les allées. Même s'il avait existé au dossier une preuve suffisante d'un tel usage local, cet usage n'aurait pas nécessairement milité décisivement contre une conclusion de négligence. Si généralisée soit-elle au sein de la collectivité, une conduite négligente ne sera pas pour autant raisonnable dans toutes les circonstances. Si on agit déraisonnablement en ne faisant rien du tout devant l'état manifestement dangereux de son allée, il importe peu alors que la conduite de ses voisins soit également déraisonnable. C'est ce genre de négligence généralisée que la Loi vise à décourager. Il est loin d'être évident que la «pratique», suivie dans la région en question, consistant à n'épandre ni sel ni sable sur les aires de stationnement et sur les allées devrait être admise par les tribunaux.

La *Loi sur la responsabilité des occupants* ne justifie pas qu'on se détourne du principe généralement admis de l'acceptation du risque. La Loi vise à remplacer, à mettre au point et à harmoniser l'obligation de prendre soin qu'avaient en common law les occupants de lieux envers les visiteurs qui entraient sur ces lieux. Elle n'est pas destinée à écarter en bloc les moyens de défense de common law en matière de responsabilité.

The Act promotes and requires, where circumstances warrant, positive action on the part of occupiers to make their premises reasonably safe. The occupier may, however, wish to put part of his or her property "off limits" rather than to make it safe, and that might be considered reasonable in certain circumstances. Where no such effort has been made, the exceptions to the statutory duty of care will be few and narrow.

The legislature, in enacting s. 4(1), intended to carve out a very narrow exception to the class of visitors to whom the occupier's statutory duty of care is owed. This exception shares the same logical basis as the premise that underlies *volenti*: the plaintiff assumes the risk and absolves the defendant of all responsibility for it. This interpretation accords best with general principles of statutory interpretation, is more fully consonant with the legislative aims of the Act, and is consistent with tort theory generally.

This Court was not presented with any new arguments on the issue of contributory negligence that could in any way lead to the conclusion that the trial judge made a "palpable and overriding" error in his appreciation of the evidence or in his finding on the contributory negligence issue.

Cases Cited

Considered: *Dube v. Labar*, [1986] 1 S.C.R. 649; *Crocker v. Sundance Northwest Resorts Ltd.*, [1988] 1 S.C.R. 1186; **disapproved:** *London Graving Dock Co. v. Horton*, [1951] A.C. 737; **referred to:** *Preston v. Canadian Legion, Kingsway Branch No. 175* (1981), 123 D.L.R. (3d) 645; *Donoghue v. Stevenson*, [1932] A.C. 562; *Samis v. City of Vancouver*, unreported, February 23, 1989, (B.C.C.A.); *Roberge v. Bolduc*, [1991] 1 S.C.R. 374; *James v. River East School Division No. 9* (1975), 64 D.L.R. (3d) 338; *Drewry v. Towns* (1951), 2 W.W.R. (N.S.) 217; *Beatty v. Brad-Lea Meadows Ltd.* (1986), 39 A.C.W.S. (2d) 334; *Bunker v. Charles Brand & Son, Ltd.*, [1969] 2 All E.R. 59; *White v. Blackmore*, [1972] 3 All E.R. 158; *Mitchell v. Canadian National Railway Co.*, [1975] 1 S.C.R. 592.

La Loi encourage les occupants — et leur en impose l'obligation lorsque les circonstances le commandent — à prendre des mesures concrètes pour assurer un degré raisonnable de sécurité sur les lieux qu'ils occupent. L'occupant pourra toutefois préférer interdire l'accès d'une partie des lieux plutôt que de les rendre sûrs, et cela pourra être considéré comme raisonnable dans certaines circonstances. Lorsque aucune mesure de ce genre n'a été prise, les exceptions à l'obligation de prendre soin prévue par la loi seront peu nombreuses et leur portée restreinte.

Le législateur a visé par l'adoption du par. 4(1) à créer une exclusion, de portée très limitée, de la catégorie des visiteurs envers lesquels l'occupant a une obligation légale de prendre soin. Le fondement logique de cette exclusion est identique à celui de la prémisse qui sous-tend l'acceptation du risque: le demandeur assume le risque et dégage le défendeur de toute responsabilité. C'est cette interprétation qui s'accorde le mieux avec les principes généraux d'interprétation des lois, qui est le plus en harmonie avec les objets de la Loi et qui concorde avec la théorie de la responsabilité délictuelle en général.

On n'a présenté à la Cour sur la question de la négligence contributive aucun argument nouveau qui permette de conclure que le juge de première instance a commis une erreur «manifeste et dominante» dans son appréciation de la preuve ou dans sa conclusion sur la question de la négligence contributive.

Jurisprudence

Arrêts examinés: *Dube c. Labar*, [1986] 1 R.C.S. 649; *Crocker c. Sundance Northwest Resorts Ltd.*, [1988] 1 R.C.S. 1186; **arrêt critiqué:** *London Graving Dock Co. v. Horton*, [1951] A.C. 737; **arrêts mentionnés:** *Preston v. Canadian Legion, Kingsway Branch No. 175* (1981), 123 D.L.R. (3d) 645; *Donoghue v. Stevenson*, [1932] A.C. 562; *Samis v. City of Vancouver*, inédit, 23 février 1989, (C.A.C.-B.); *Roberge c. Bolduc*, [1991] 1 R.C.S. 374; *James v. River East School Division No. 9* (1975), 64 D.L.R. (3d) 338; *Drewry v. Towns* (1951), 2 W.W.R. (N.S.) 217; *Beatty v. Brad-Lea Meadows Ltd.* (1986), 39 A.C.W.S. (2d) 334; *Bunker v. Charles Brand & Son, Ltd.*, [1969] 2 All E.R. 59; *White v. Blackmore*, [1972] 3 All E.R. 158; *Mitchell c. La compagnie des chemins de fer nationaux du Canada*, [1975] 1 R.C.S. 592.

Statutes and Regulations Cited

Negligence Act, R.S.O. 1980, c. 315.
Occupiers' Liability Act, R.S.O. 1980, c. 322, ss. 2, 3, 4, 9.
Occupiers' Liability Act, 1957 (U.K.), 1957, 5 & 6 Eliz. 2, c. 31, s. 2(5).
Occupiers' Liability Act, 1984 (U.K.), 1984, c. 3, s. 1(6).

Authors Cited

Di Castri, J. Victor. *Occupiers' Liability*. Vancouver: Burroughs and Co., 1980.
 Fleming, John G. *The Law of Torts*, 7th ed. Sydney: Law Book Co., 1987.
 Linden, Allen M. "Custom In Negligence Law" (1968), 11 *Can. Bar J.* 151.
 Ontario. Law Reform Commission. *Report on Occupiers' Liability*. Toronto: Department of Justice, 1972.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (1989), 70 O.R. (2d) 717, 63 D.L.R. (4th) 583, 35 O.A.C. 389, 2 C.C.L.T. (2d) 22, dismissing an appeal from a judgment of Austin J. (1987), 61 O.R. (2d) 624, 43 D.L.R. (4th) 693. Appeal dismissed.

Earl A. Cherniak, Q.C., and *Kirk F. Stevens*, for the appellants.

R. Keith Simpson and *Robert S. Fuller*, for the respondents.

The judgment of the Court was delivered by

IACOBUCCI J.—The defendants, Marvin and Roberta Malcolm ("the Malcolms"), appeal from a judgment of the Ontario Court of Appeal dismissing their appeal from the judgment at trial finding the Malcolms liable for personal injuries suffered by the plaintiff, Norman Waldick ("Waldick").

The appeal involves the interpretation of the nature and extent of the duty of care under the Ontario *Occupiers' Liability Act*, R.S.O. 1980, c. 322 (the "Act"). In general terms, the Act sets out the duty of

Lois et règlements cités

Loi sur la responsabilité des occupants, L.R.O. 1980, ch. 322, art. 2, 3, 4, 9.
Loi sur le partage de la responsabilité, L.R.O. 1980, ch. 315.
Occupiers' Liability Act, 1957 (R.-U.), 1957, 5 & 6 Eliz. 2, ch. 31, art. 2(5).
Occupiers' Liability Act, 1984 (R.-U.), 1984, ch. 3, art. 1(6).

Doctrine citée

Di Castri, J. Victor. *Occupiers' Liability*. Vancouver: Burroughs and Co., 1980.
 Fleming, John G. *The Law of Torts*, 7th ed. Sydney: Law Book Co., 1987.
 Linden, Allen M. «Custom In Negligence Law» (1968), 11 *Can. Bar J.* 151.
 Ontario. Commission de réforme du droit. *Report on Occupiers' Liability*. Toronto: Ministère de la Justice, 1972.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (1989), 70 O.R. (2d) 717, 63 D.L.R. (4th) 583, 35 O.A.C. 389, 2 C.C.L.T. (2d) 22, qui a rejeté un appel d'une décision du juge Austin (1987), 61 O.R. (2d) 624, 43 D.L.R. (4th) 693. Pourvoi rejeté.

Earl A. Cherniak, c.r., et *Kirk F. Stevens*, pour les appelants.

R. Keith Simpson et *Robert S. Fuller*, pour les intimés.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE IACOBUCCI—Les défendeurs, Marvin et Roberta Malcolm («les Malcolms»), se pourvoient contre un jugement de la Cour d'appel de l'Ontario portant rejet de leur appel de la décision de première instance qui les déclarait responsables des lésions corporelles subies par le demandeur Norman Waldick («Waldick»).

Il s'agit dans le présent pourvoi d'interpréter la nature et l'étendue de l'obligation de prendre soin prévue par la *Loi sur la responsabilité des occupants*, de l'Ontario, L.R.O. 1980, ch. 322 (la «Loi»). D'une

care owed by occupiers of premises to persons who come onto those premises and specifies certain exceptions to the prescribed duty of care. As this appeal is the first involving the Act to reach this Court and as several provinces have similar statutory regimes, it is important to clarify the scope of the duties owed by occupiers to their visitors.

Briefly stated, Waldick was seriously injured in a fall on the premises occupied by the Malcolms. It was in this context that the questions arose as to whether the Malcolms had failed to fulfil their statutory duties under the Act, and whether Waldick had willingly assumed the risks of the injury. Also involved is an issue of contributory negligence of Waldick. But before going further, a further elaboration of the facts giving rise to this appeal is warranted.

Facts

On February 7, 1984, Waldick suffered a fractured skull when he fell on the icy parking area of the rural residential premises near Simcoe, Ontario which were occupied by the Malcolms. Waldick is Mrs. Malcolm's brother. Mrs. Malcolm worked as a hairdresser but she often cut hair at her home for friends and relatives without receiving any remuneration. The property, which consisted of a farmhouse and barn on approximately three acres of land, was owned by the other appellants, Betty Stainback and Harry Hill. The Malcolms rented the premises from them. Since they were not the occupiers of the farmhouse, the action and cross-claim against Stainback and Hill were dismissed on consent in June, 1986.

On the premises was a gravel laneway that ran for about 200 to 300 feet from the road, past the house, and to the barn. Opposite the house, the laneway widened to form a parking area which could accommodate three or four vehicles at any one time. The house had a small wooden porch with two steps. Leading from the steps toward the laneway was a walk made of cement slabs which was about six feet long but which did not reach the laneway. The rest of the dis-

manière générale, la Loi énonce l'obligation de prendre soin qu'ont les occupants de lieux envers les personnes qui y entrent et elle prévoit certaines exceptions à cette obligation. Comme ce pourvoi est le premier qui concerne la Loi à parvenir devant notre Cour et puisque des régimes légaux analogues sont en vigueur dans plusieurs provinces, il importe d'éclaircir la portée des obligations des occupants envers leurs visiteurs.

En bref, Waldick a été grièvement blessé par suite d'une chute qu'il a faite sur des lieux occupés par les Malcolms. C'est dans ce contexte que se posent les questions de savoir si les Malcolms ont manqué aux obligations que leur impose la Loi et si Waldick a volontairement assumé les risques de blessure. Se pose en outre la question de la négligence contributive de Waldick. Avant toutefois de poursuivre l'analyse, il convient de présenter un exposé plus détaillé des faits à l'origine du présent pourvoi.

Les faits

Le 7 février 1984, Waldick s'est fracturé le crâne par suite d'une chute sur la glace qui recouvrait l'aire de stationnement de l'habitation rurale, située près de Simcoe (Ontario), qu'occupaient les Malcolms. Waldick est le frère de M^{me} Malcolm. Cette dernière exerçait le métier de coiffeuse, mais elle coupait souvent chez elle, gratuitement, les cheveux de ses amis et de sa parenté. La propriété en cause, consistant en une maison de ferme et une grange sur un terrain d'environ trois acres, appartenait aux autres appelants, Betty Stainback et Harry Hill, qui la donnaient en location aux Malcolms. Comme Stainback et Hill n'occupaient pas la maison de ferme, l'action contre eux ainsi que la demande faite contre eux par leurs codéfendeurs ont été rejetées, avec le consentement des parties, en juin 1986.

Il y avait sur les lieux une allée de gravier qui s'étendait sur environ 200 ou 300 pieds depuis le chemin, au-delà de la maison, jusqu'à la grange. À côté de la maison, l'allée s'élargissait pour former une aire de stationnement pouvant admettre trois ou quatre véhicules à la fois. La maison était munie d'un petit perron en bois à deux marches. Un sentier de plaques de béton partait des marches et conduisait, sur une distance de six pieds, vers l'allée, sans toute-

tance between the walk and the laneway was grass-covered. The trial judge noted that there was "a perceptible grade downwards from the house to the parking area."

At the time of the injury, the porch and steps of the house had been shovelled and, while the walk and grassy area had also been shovelled, these were still snow-covered. The laneway had not been salted or sanded. The appellant, Roberta Malcolm, testified that she did not consider it necessary or reasonable to do so. She also testified that to her knowledge few of the residents in that rural region, including Waldick, salted or sanded their laneways in winter. Four days before the accident, the region had experienced an ice storm. Waldick was aware that the laneway was "slippery, very icy with a dusting of snow on it" and acknowledged that its condition could be seen without difficulty. Because of the ice, he took exceptional caution in driving up the laneway. He parked about 20 feet from where the gravel laneway met the grassy stretch, and entered the house, walking very carefully because of the ice. Some time later, he went out to his car to get a carton of U.S. cigarettes which he had purchased for his sister. He put on his winter boots, turned on the porch light, and got the cigarettes. As he was walking back to the house, he slipped on the ice, fell backwards in the parking area, and fractured his skull.

Waldick commenced an action in the Supreme Court of Ontario under the Act, alleging negligence on the part of the Malcolms and the owners of the premises; as noted above, the action against the owners was dismissed on consent. The trial judge found the Malcolms liable for the injuries sustained by Waldick and by agreement of the parties deferred the determination of damages.

The Malcolms' appeal was dismissed by the Ontario Court of Appeal.

fois atteindre celle-ci. Le sentier était séparé de l'allée par une étendue d'herbe. Le juge de première instance a constaté que [TRADUCTION] «le terrain descendait en pente perceptible à partir de la maison jusqu'à l'aire de stationnement».

Au moment de l'accident, le perron et les marches avaient été déblayés. C'était le cas également du sentier et de l'étendue d'herbe quoiqu'ils fussent encore recouverts de neige. On n'avait épandu ni sel ni sable sur l'allée. L'appelante, Roberta Malcolm, a témoigné n'avoir jugé ni nécessaire ni raisonnable de le faire. Elle a témoigné en outre qu'à sa connaissance peu d'habitants de cette région rurale, et Waldick n'était pas différent à cet égard, mettaient du sel ou du sable sur leurs allées en hiver. Quatre jours avant l'accident, il y avait eu de la pluie verglaçante dans la région. Waldick savait que l'allée était [TRADUCTION] «glissante, très verglacée et recouverte d'une mince couche de neige» et il a reconnu que cet état de choses pouvait se voir sans difficulté. En raison de la glace, il a fait preuve d'une prudence exceptionnelle en montant l'allée en voiture. Il a stationné à environ 20 pieds de l'endroit où l'étendue d'herbe rejoignait l'allée de gravier et a gagné la maison, marchant très prudemment à cause de la glace. Au bout d'un certain temps, il est allé chercher dans la voiture une cartouche de cigarettes américaines qu'il avait achetée pour sa sœur. Il a donc chaussé ses bottes d'hiver, a allumé la lumière du perron et est sorti prendre les cigarettes. En revenant à la maison, il a glissé sur la glace, est tombé à la renverse sur l'aire de stationnement et s'est fracturé le crâne.

Alléguant qu'il y avait eu négligence de la part des Malcolm et des propriétaires des lieux, Waldick a introduit en Cour suprême de l'Ontario une action fondée sur la Loi. Ainsi que je l'ai déjà indiqué, l'action contre les propriétaires a été rejetée avec le consentement des parties. Le juge de première instance a déclaré les Malcolm responsables des lésions corporelles subies par Waldick et, les parties y donnant leur assentiment, il a différé la détermination du montant des dommages-intérêts.

L'appel interjeté par les Malcolm devant la Cour d'appel de l'Ontario a été rejeté.

Relevant Statutory Provisions

Occupiers' Liability Act, R.S.O. 1980, c. 322

2. Subject to section 9, the provisions of this Act apply in place of the rules of the common law that determine the care that the occupier of premises at common law is required to show for the purpose of determining his liability in law in respect of dangers to persons entering on the premises or the property brought on the premises by those persons.

3.—(1) An occupier of premises owes a duty to take such care as in all the circumstances of the case is reasonable to see that persons entering on the premises, and the property brought on the premises by those persons are reasonably safe while on the premises.

4.—(1) The duty of care provided for in subsection 3 (1) does not apply in respect of risks willingly assumed by the person who enters on the premises, but in that case the occupier owes a duty to the person to not create a danger with the deliberate intent of doing harm or damage to the person or his property and to not act with reckless disregard of the presence of the person or his property.

9. . . .

(3) The provisions of the *Negligence Act* apply with respect to the causes of action to which this Act applies.

Decisions Below

Supreme Court of Ontario (Austin J.) (1987), 61 O.R. (2d) 624

Austin J. began by considering the statutory standard of care owed by occupiers of premises under s. 3(1) of the Act. He quoted with approval at p. 628 from *Preston v. Canadian Legion, Kingsway Branch No. 175* (1981), 123 D.L.R. (3d) 645 (Alta. C.A.), in which the plaintiff also slipped and fell on an icy lot and in which Moir J.A. (for the Court) in considering a similar provision in the analogous Alberta statute, said, at p. 648:

In my respectful opinion the effect of the Act is twofold. Firstly, it does away with the difference between

Les dispositions législatives pertinentes

Loi sur la responsabilité des occupants, L.R.O. 1980, ch. 322

2 Sous réserve de l'article 9, les dispositions de la présente loi remplacent, aux fins de déterminer la responsabilité légale de l'occupant des lieux en common law, les règles de common law qui déterminent le soin qu'il doit prendre à l'égard des dangers qui menacent les personnes qui entrent dans les lieux ou les biens qu'elles y apportent.

3 (1) Un occupant des lieux a l'obligation de prendre le soin qui s'avère raisonnable dans toutes les circonstances en cause pour veiller à ce que les personnes qui entrent dans les lieux et les biens qu'elles y apportent soient raisonnablement en sûreté lorsqu'ils s'y trouvent.

4 (1) L'obligation de prendre soin prévue au paragraphe 3 (1) ne s'applique pas à l'égard des risques volontairement assumés par la personne qui entre dans les lieux. Toutefois, dans ce cas, l'occupant a envers elle l'obligation de ne créer aucun danger avec l'intention arrêtée de lui faire du tort ou d'endommager ses biens. Il a également l'obligation de ne pas agir de façon insouciant en faisant abstraction de la présence de la personne ou de ses biens.

9 . . .

(3) Les dispositions de la *Loi sur le partage de la responsabilité* s'appliquent pour ce qui est des causes d'action auxquelles la présente loi s'applique.

Les jugements des juridictions inférieures

Cour suprême de l'Ontario (le juge Austin) (1987), 61 O.R. (2d) 624

Le juge Austin a commencé par examiner l'obligation de prendre soin qu'impose aux occupants le par. 3(1) de la Loi. Il a cité et approuvé, à la p. 628, l'arrêt *Preston v. Canadian Legion, Kingsway Branch No. 175* (1981), 123 D.L.R. (3d) 645 (C.A. Alb.). Il s'agit, là aussi, d'une affaire dans laquelle le demandeur a glissé et fait une chute sur un terrain recouvert de glace, et le juge Moir (au nom de la cour) a dit relativement à une disposition analogue de la loi albertaine correspondante (à la p. 648):

[TRADUCTION] À mon humble avis, la Loi a un double effet. Premièrement, elle fait disparaître la différence

invitees and licensees and puts both invitees and licensees into the common defined class of visitor. . . . Secondly, and more importantly, the statute now imposes an affirmative duty upon occupiers to take reasonable care for the safety of people who are permitted on the premises. This change is most marked because it does away with the old common law position that an occupier was only liable for unusual dangers of which he was aware or ought to have been aware. Under the old law the occupier could escape liability by giving notice. Now, the occupier has to make the premises reasonably safe. That does not absolve the visitor of his duty to take reasonable care but does place an affirmative duty on each and every occupier to make the premises reasonably safe. [Emphasis added.]

Austin J. was of the view that, even though the provision of the Alberta Act is not identical to s. 3(1) of the Ontario Act, the standard of care formulated under the two provisions is sufficiently similar to make *Preston* applicable.

Austin J. also considered the 1972 *Report on Occupiers' Liability* of the Ontario Law Reform Commission which led to the Act. That Report states, at pp. 14-15:

To persons formerly coming within the definition of invitees, licensees, and trespassers, the duty is to take "such care as in all the circumstances of the case is reasonable, to see that the person and his property will be reasonably safe . . .".

The expected judicial approach envisaged by the Commission would be the same approach that the courts have been using in matters of ordinary negligence. The test of foreseeability is still applicable.

Applying the "reasonableness" standard, in light of all the facts before him, Austin J. said at p. 631:

In looking at all the circumstances in the present case, I consider first that weather conditions were ideal to produce very icy and slippery surfaces upon the

entre les *invitees* [invités] et les *licensees* [personnes autorisées] en les faisant entrer tous les deux dans la catégorie générale des visiteurs [. . .] Deuxièmement, et ce qui est plus important, la Loi impose désormais aux occupants l'obligation de prendre le soin qui s'avère raisonnable pour assurer la sécurité des personnes qui sont autorisées à entrer sur des lieux. Ce changement est plus marqué parce qu'il fait disparaître l'ancien principe de common law qui prévoyait qu'un occupant n'était responsable que des dangers inhabituels dont il connaissait ou aurait dû connaître l'existence. Suivant les anciennes règles de droit applicables, l'occupant pouvait se dérober à son obligation en donnant un avis. Désormais, l'occupant doit faire en sorte que les lieux soient raisonnablement sûrs. Cela ne décharge pas le visiteur de son obligation de faire preuve d'une diligence raisonnable, mais impose à chaque occupant l'obligation positive de prendre les mesures nécessaires pour rendre les lieux raisonnablement sûrs. [Je souligne.]

De l'avis du juge Austin, même si la disposition de la loi albertaine n'est pas identique au par. 3(1) de la Loi de l'Ontario, les obligations de prendre soin prévues par les deux dispositions se ressemblent suffisamment pour que s'applique l'arrêt *Preston*.

Le juge Austin a considéré également le *Report on Occupiers' Liability* (1972) de la Commission de réforme du droit de l'Ontario, qui a mené à l'adoption de la Loi. On peut lire dans ce rapport, aux pp. 14 et 15:

[TRADUCTION] À l'égard des personnes qui relevaient autrefois des catégories des invités, des personnes autorisées et des intrus, il existe une obligation de prendre «le soin qui s'avère raisonnable dans toutes les circonstances en cause pour veiller à ce que la personne et ses biens soient raisonnablement en sûreté . . .»

La Commission s'attend que les tribunaux procèdent comme ils l'ont fait en matière de négligence ordinaire. Le critère de la prévisibilité continue d'être applicable.

Appliquant à la lumière de l'ensemble des faits le critère du «caractère raisonnable», le juge Austin a dit, à la p. 631:

[TRADUCTION] En examinant toutes les circonstances de la présente instance, je constate d'abord qu'il existait des conditions atmosphériques idéales pour que l'aire de

[Malcolms'] gravel-surfaced parking area. The ice storm, not a common occurrence in this particular area, had occurred four days prior to the accident, followed by above and below freezing temperatures. In other words, the condition of the [Malcolms'] parking area on February 7th was not unexpected. The [Malcolms] did nothing to render their parking area less dangerous. The question is, by doing nothing under these conditions, do the [Malcolms] meet the standard of care required of them under the Act? In my opinion they do not. [Emphasis added.]

In support of this conclusion, he quoted a further passage from *Preston*:

Surely it is necessary for the occupier to inspect and to protect visitors if the conditions become dangerous by blocking access to dangerous areas in the lot, by sanding or salting (as was done on the sidewalk), or by any other reasonable and inexpensive means. To do nothing at all regardless of changing conditions is surely not reasonable care to see that visitors are reasonably safe. [Emphasis added.]

Austin J. said that it would not have been necessary for the Malcolms to have cleared or sanded or salted the whole parking area, but "it would have been reasonable to set aside a portion of their lot next to the entrance for treatment." He noted that the premises in issue were rural, but said that s. 3(1) imposes a duty on every occupier. "Doing nothing at all under the circumstances was not reasonable care" in Austin J.'s view, and he accordingly found the Malcolms in breach of s. 3(1).

Austin J. noted that the effect of s. 4(1) of the Act is to restrict the usual duty of care owed under s. 3(1). As to the application of s. 4(1) to the facts at bar, Austin J. said at p. 633:

The issue here then is what is meant by "risks willingly assumed"? Does it mean proceeding in the face of

stationnement revêtu de gravier chez les [Malcolm] soit couverte de glace et très glissante. La pluie verglaçante, peu commune d'ailleurs dans la région en question, était tombée quatre jours avant l'accident et, par la suite, les températures ont été tantôt au-dessus, tantôt au-dessous, du point de congélation. En d'autres termes, l'état où se trouvait l'aire de stationnement des [Malcolm] le 7 février n'était pas inattendu. Les [Malcolm] n'ont rien fait pour rendre moins dangereuse l'aire de stationnement. La question est donc de savoir si, compte tenu de leur inaction dans ces circonstances, les [Malcolm] se sont acquittés de l'obligation de prendre soin que leur impose la Loi. Je ne le crois pas. [Je souligne.]

À l'appui de cette conclusion, il cite un autre passage tiré de l'arrêt *Preston*:

[TRADUCTION] Il faut assurément que l'occupant fasse une inspection et, si les conditions deviennent dangereuses, qu'il protège les visiteurs en interdisant l'accès des parties dangereuses du terrain, en épandant du sable ou du sel (comme on l'avait fait sur le trottoir), ou en prenant toute autre mesure raisonnable et peu coûteuse. Ce n'est certainement pas en ne faisant rien du tout dans des conditions changeantes que l'on prend raisonnablement soin pour veiller à ce que les visiteurs soient raisonnablement en sûreté. [Je souligne.]

Le juge Austin a dit qu'il n'aurait pas été nécessaire que les Malcolm déneigent l'aire de stationnement au complet ou qu'ils y épandent du sable ou du sel, mais, d'après lui, [TRADUCTION] «il aurait été raisonnable de prendre de telles mesures dans la partie de leur stationnement qui se trouvait adjacente à l'entrée». Il a constaté qu'il s'agissait d'une propriété rurale, mais a précisé que le par. 3(1) impose une obligation à tous les occupants. Selon le juge Austin, [TRADUCTION] «ce n'était pas prendre un soin raisonnable que de ne rien faire du tout dans les circonstances». Il a conclu en conséquence que les Malcolm avaient enfreint le par. 3(1).

Le juge Austin a souligné que le par. 4(1) de la Loi a pour effet de limiter la portée de l'obligation normale de prendre soin prévue au par. 3(1). En ce qui concerne l'application du par. 4(1) aux faits de la présente instance, il a dit, à la p. 633:

[TRADUCTION] La question en l'espèce est donc de savoir ce que signifie l'expression «risques volontaire-

knowledge of the risks involved or is s. 4(1) intended to be a codification of the doctrine *volenti non fit injuria*?

If the former, Austin J. was of the view that Waldick must fail, because the evidence showed that he was fully aware of the ice and the attendant risks of slipping. If the latter were the correct interpretation, then s. 4(1) would not bar the claim as there had been no agreement waiving legal rights. He noted that the *volenti* doctrine requires such an agreement: see *Dube v. Labar*, [1986] 1 S.C.R. 649.

Austin J. first cited cases in which it was decided that s. 4(1) creates a new principle, on the basis of which simple knowledge of the risk bars recovery. On the other hand, he noted at p. 634 that in its 1972 Report, the Ontario Law Reform Commission had concluded that the corresponding provision in the draft statute

... attempts to preserve the rule of common law concerning the application of the legal maxim '*volenti non fit injuria*', even though its scope has been significantly narrowed by Canadian decisions.

Austin J. then cited cases in which it was decided that s. 4(1) (or the analogous provisions in other jurisdictions) codifies *volenti*.

Austin J. also remarked that, whether the legislature had intended to codify *volenti* or rather to make knowledge of the risk sufficient, it could have used clearer language. He said at p. 636:

As it is, the choice appears to be between imposing a very serious responsibility upon occupiers on the one hand, particularly rural, northern and residential occupiers, and on the other, giving s. 4(1) an interpretation which would render s. 3(1) largely ineffective.

He decided on the first option, and accordingly concluded that Waldick's mere knowledge of the condi-

ment assumés». Cela veut-il dire agir en connaissance des risques, ou le par. 4(1) est-il censé être plutôt la codification de la maxime *volenti non fit injuria*?

^a Dans le premier cas, selon le juge Austin, Waldick devait être débouté parce qu'il ressortait de la preuve qu'il était parfaitement conscient de l'existence de la glace et du danger de glisser qu'elle présentait. Si c'était la seconde interprétation qui était la bonne, alors le par. 4(1) ne viendrait pas faire obstacle à la demande puisqu'il n'y avait eu aucun accord portant renonciation aux droits reconnus par la loi. Le juge Austin a fait remarquer que le principe de l'acceptation du risque exige une telle renonciation: voir l'arrêt *Dube c. Labar*, [1986] 1 R.C.S. 649.

^d Le juge Austin a cité d'abord des causes dans lesquelles il a été jugé que le par. 4(1) pose un nouveau principe, suivant lequel la simple connaissance du risque exclut le dédommagement. Il a souligné par ailleurs, à la p. 634, que dans son rapport de 1972, la Commission de réforme du droit de l'Ontario avait conclu que la disposition correspondante de la proposition de loi

^e [TRADUCTION] ... tente de maintenir la règle de common law concernant l'application de la maxime juridique '*volenti non fit injuria*', même si la jurisprudence canadienne en a sensiblement restreint la portée.

^f Le juge Austin a ensuite cité des affaires dans lesquelles il a été décidé que le par. 4(1) (ou la disposition analogue en vigueur dans d'autres ressorts) représente la codification du principe de l'acceptation du risque.

^h De plus, le juge Austin a indiqué que, peu importe que l'intention du législateur ait été de codifier le principe de l'acceptation du risque ou bien de faire que la seule connaissance du risque soit suffisante, il aurait pu employer à cet effet des termes moins équivoques. Il a dit, à la p. 636:

ⁱ [TRADUCTION] En fait, il semble qu'on doive choisir soit de faire supporter aux occupants, particulièrement en milieu rural et dans le Nord et aux occupants de locaux d'habitation, une très lourde responsabilité, soit de donner au par. 4(1) une interprétation qui rendrait dans une grande mesure inopérant le par. 3(1).

^j C'est le premier parti qu'a pris le juge Austin et il a conclu en conséquence que la simple connaissance

tions he was facing did not constitute "risks willingly assumed" within the meaning of s. 4(1).

As noted above, s. 9(3) of the Act provides that the *Negligence Act*, R.S.O. 1980, c. 315, applies to actions under the Act. This allows for apportionment of liability in cases of contributory negligence. After carefully reviewing the circumstances that led up to the accident, Austin J. found that Waldick had not been contributorily negligent.

In the result, the Malcolms were found liable, but by consent damages were not assessed.

Ontario Court of Appeal (Blair, Tarnopolsky and McKinlay J.J.A.) (1989), 70 O.R. (2d) 717

In writing for the Court of Appeal, Blair J.A. noted that this was the first occasion that the Court had considered the Act and quoted extensively from the introduction to the 1972 Ontario Law Reform Commission Report, *supra*. These extracts emphasize that one of the principal purposes of the legislation was to replace the somewhat obtuse common law of occupiers' liability by a generalized duty of care based on the "neighbour" principle set down in *Donoghue v. Stevenson*, [1932] A.C. 562. Blair J.A., at p. 722, also quoted Professor Fleming from *The Law of Torts*, (7th ed. 1987), at p. 450, as to the success of the reform brought to this area of the law by occupiers' liability legislation:

Its central feature was to abandon the timorous distinction between categories of entrants and subsume the law of occupiers to the unifying principle of a "common duty of care". The dearth of reported decisions over 25 years of operation bespeaks success in at least one of its objectives.

It was from this background of bearing in mind "the defects in the common law and the rationale for the

par Waldick des conditions auxquelles il faisait face ne constituait pas un cas de «risques volontairement assumés» au sens du par. 4(1).

Ainsi que je l'ai déjà fait remarquer, le par. 9(3) de la Loi dispose que la *Loi sur le partage de la responsabilité*, L.R.O. 1980, ch. 315, s'applique aux actions intentées en vertu de la Loi, ce qui permet la répartition de la responsabilité lorsqu'il y a négligence contributive. Ayant minutieusement examiné les circonstances antérieures à l'accident, le juge Austin a conclu à l'absence de négligence contributive de la part de Waldick.

Par conséquent, les Malcolms ont été jugés responsables, mais, sur le consentement des parties, le montant des dommages-intérêts n'a pas été fixé.

Cour d'appel de l'Ontario (les juges Blair, Tarnopolsky et McKinlay) (1989), 70 O.R. (2d) 717

Le juge Blair, qui a rédigé les motifs de la Cour d'appel, a signalé que c'était la première fois que la cour se penchait sur la Loi et il a longuement cité l'introduction du rapport susmentionné publié par la Commission de réforme du droit de l'Ontario en 1972. On souligne dans ces extraits que l'un des principaux objets de la loi était de remplacer les règles quelque peu obscures de la common law en matière de responsabilité des occupants par une obligation générale de prendre soin fondée sur le principe du [TRADUCTION] «prochain» posé dans l'arrêt *Donoghue v. Stevenson*, [1932] A.C. 562. Le juge Blair a cité en outre, à la p. 722, ce que dit le professeur Fleming dans *The Law of Torts* (7^e éd. 1987), à la p. 450, relativement au succès de la réforme opérée dans ce domaine du droit par la législation concernant la responsabilité des occupants:

[TRADUCTION] Sa caractéristique essentielle était l'abandon de la timide distinction entre différentes catégories de personnes qui entrent sur des lieux, de manière que les règles de droit applicables aux occupants soient compris au sein du principe unificateur d'une «obligation commune de prendre soin». Le peu de décisions publiées depuis 25 ans que la législation est en vigueur témoigne de son succès, du moins en ce qui concerne l'un de ses objectifs.

Gardant ainsi à l'esprit [TRADUCTION] «les défauts de la common law et la raison d'être de la Loi», le juge

Act" that Blair J.A. considered the application of the statutory provisions to the facts of the instant appeal.

Blair J.A. also approved the passage (reproduced above) from the judgment of Moir J.A. in *Preston* relating to the twofold effect of the Act. In response to the contention by counsel for the Malcolms that the standard of care should be lower in light of the rural character of the Malcolm's premises, and specifically in light of the alleged local custom of not sanding or salting driveways, Blair J.A. replied at p. 724:

I cannot, with respect, agree. Section 3(1) of the Act requires a court to determine the scope of an occupier's duty "in all the circumstances of the case". It would be contrary to the scheme of the Act to fragment the duty of occupiers by the imposition of arbitrary judge-made rules applicable to different kinds of premises, such as those suggested by counsel for the appellants for residential or commercial premises located in rural or urban settings. To do so would be to regress to the categorization of occupiers' liability which characterized the common law. It would also defeat the statutory purpose of establishing a common duty of care. Austin J. properly rejected this attempted categorization in this case in the same way that the Alberta Court of Appeal in *Preston*, *supra*, rejected the argument that, because the defendant was a club, a lower standard of care than that applicable to commercial premises would apply. [Emphasis added.]

Blair J.A. pointed out, at p. 724, that the "trial judge was properly concerned lest an unrealistically high duty might be cast upon rural and northern residents in this province, where snowfall generally is heavier, and usage lighter, than in urban areas". Blair J.A. agreed with the trial judge's holding that the duty was not to make the whole farmground safe or to salt all the parking area but that the duty was limited to salting or sanding that part of the parking area "next to the entrance." He found no fault with Austin J.'s assessment of what constituted "reasonable care" in the circumstances, and also agreed with the trial judge in his conclusion that, by doing nothing, the

Blair a porté son attention sur l'application des dispositions législatives aux faits de l'espèce.

Le juge Blair a approuvé, lui aussi, le passage (reproduit plus haut), tiré des motifs du juge Moir dans l'affaire *Preston*, traitant du double effet de la Loi. Devant l'argument de l'avocat des Malcolm, selon lequel l'obligation de prendre soin devrait être moins lourde compte tenu du caractère rural des lieux occupés par les Malcolm et compte tenu particulièrement de ce que, prétendait-on, l'usage local voulait que ni sable ni sel ne soit épandu sur les allées, le juge Blair a répondu, à la p. 724:

[TRADUCTION] Avec égards, je ne suis pas d'accord. Le paragraphe 3(1) de la Loi oblige le tribunal à déterminer l'étendue de l'obligation de l'occupant «dans toutes les circonstances en cause». Il serait contraire à l'objet de la Loi de fragmenter l'obligation des occupants en les assujettissant à des règles arbitraires établies par les juges et applicables à différentes sortes de lieux, comme celles proposées par l'avocat des appelants pour les locaux d'habitation ou les locaux commerciaux situés en milieu rural ou urbain. Ce serait là une régression, un retour à la catégorisation de la responsabilité des occupants qui était propre à la common law. De plus, cela contrecarrerait l'objet, visé par la loi, d'établir une obligation commune de prendre soin. C'est donc à bon droit que le juge Austin a rejeté cette tentative de catégorisation en l'espèce, tout comme la Cour d'appel de l'Alberta, dans l'affaire *Preston*, précitée, avait écarté l'argument selon lequel la défenderesse, en sa qualité de club, était soumise à une norme de diligence moins sévère que celle applicable aux lieux commerciaux. [Je souligne.]

Le juge Blair a fait remarquer, à la p. 724, que [TRADUCTION] «le juge de première instance craignait à juste titre qu'une obligation lourde au point d'être irréaliste ne soit imposée aux habitants des régions rurales et septentrionales de la province, où il tombe généralement davantage de neige et où les lieux sont moins utilisés que dans les régions urbaines». Le juge Blair a souscrit à la conclusion du juge de première instance qu'il ne s'agissait nullement d'une obligation de voir à la sécurité dans toute la cour de la ferme ni d'épandre du sel partout sur l'aire de stationnement, mais d'une obligation qui se limitait à épandre du sel ou du sable sur la partie qui était [TRADUCTION] «adjacente à l'entrée». Il n'a rien trouvé à redire à l'opinion du juge Austin quant à ce qui cons-

appellants breached the standard prescribed by s. 3(1).

With respect to s. 4(1) of the Act, Blair J.A. noted the two conflicting trends in the case law concerning the proper interpretation of the words "risks willingly assumed". Since the time of trial, the Malcolms had found further support in a comment of Hutcheon J.A. in *Samis v. City of Vancouver* (British Columbia Court of Appeal, February 23, 1989, unreported). Counsel for the Malcolms urged the Court to consider an extract from that case to the effect that mere knowledge of the risk by the victim would be a bar to recovery. Blair J.A. replied that, on the facts of *Samis*, the statement was clearly *obiter*: He quoted again, at p. 727, from Moir J.A. in *Preston, supra*, at p. 649:

If the Act is interpreted to mean that any person coming on the premises and finding dangerous, icy conditions is deemed to accept the risk, the Act is effectively repealed. In my opinion, the duty to make the premises reasonably safe is placed upon the occupier. Merely because a visitor, upon arrival at the premises, sees that there is a risk in using the premises cannot in my opinion relieve the occupier of the duty placed upon him by the statute.

Blair J.A. also observed that the corresponding section in the English *Occupiers' Liability Act, 1957* (U.K.), 1957, 5 & 6 Eliz. 2, c. 31, has been interpreted as preserving the *volenti* doctrine. He clearly preferred the view that s. 4(1) codifies the doctrine, and provided two additional reasons.

First, as a matter of statutory interpretation Blair J.A. stated that the Act must be read as a whole. Reading ss. 3(1) and 4(1) together, he said that if mere knowledge brings s. 4(1) into play, then "the broad principle of liability in s. 3(1) would be virtu-

titue un [TRADUCTION] «soin raisonnable» dans les circonstances et il a en outre retenu la conclusion du juge de première instance qu'en raison de leur inaction les appelants ont manqué à l'obligation prescrite au par. 3(1).

En ce qui concerne le par. 4(1) de la Loi, le juge Blair a noté les deux tendances opposées qui se dégagent de la jurisprudence relative à l'interprétation qu'il convient de donner à l'expression «risques volontairement assumés». Depuis le procès, les Malcolm avaient trouvé dans une observation du juge Hutcheon dans l'affaire *Samis v. City of Vancouver* (Cour d'appel de la Colombie-Britannique, 23 février 1989, inédite) un nouvel appui pour leur point de vue. L'avocat des Malcolm a insisté pour que la cour considère un extrait, tiré de cet arrêt, portant que la seule connaissance du risque par la victime viendrait empêcher celle-ci de se faire dédommager. Le juge Blair a répondu que, vu les faits de l'affaire *Samis*, il s'agissait manifestement là d'une opinion incidente. Il a cité encore une fois, à la p. 727, des propos tenus par le juge Moir dans l'affaire *Preston*, précitée, à la p. 649:

[TRADUCTION] Si la Loi est interprétée comme signifiant que toute personne entrant sur les lieux et y constatant des conditions dangereuses résultant de la présence de glace est réputée accepter le risque, cela revient en réalité à abroger la Loi. À mon avis, c'est à l'occupant qu'incombe l'obligation d'assurer une sécurité raisonnable sur les lieux. Le simple fait qu'un visiteur, à son arrivée sur les lieux, s'aperçoit qu'il ne peut s'en servir sans courir de risque ne décharge pas l'occupant, selon moi, de l'obligation que lui impose la loi.

Le juge Blair a fait observer en outre que l'article correspondant de l'*Occupiers' Liability Act, 1957* (R.-U.), 1957, 5 & 6 Eliz. 2, ch. 31, d'Angleterre a été interprété de manière à maintenir le principe de l'acceptation du risque. De toute évidence, le juge Blair a préféré le point de vue suivant lequel le par. 4(1) est la codification de ce principe et il a exposé deux autres motifs pour cette opinion.

En premier lieu, le juge Blair a affirmé qu'aux fins d'interprétation la Loi est à prendre dans son ensemble. Rapprochant les par. 3(1) et 4(1), il a dit que si la simple connaissance suffisait pour que s'applique le par. 4(1), alors [TRADUCTION] «le principe général de

ally nullified". Second, Blair J.A. noted that the law has evolved away from "all or nothing defences", as can be seen in the way that contributory negligence has been statutorily modified to allow for apportionment of liability. Similarly, *volenti* has been narrowed, as shown by the decisions in *Dube v. Labar, supra*, and *Crocker v. Sundance Northwest Resorts Ltd.*, [1988] 1 S.C.R. 1186. In the latter case, Wilson J. said, at p. 1202, that the rule applies only when the plaintiff has assumed both the physical and the legal risks. Blair J.A. said that in the light of its reform-oriented goals, the Act must be taken to reflect current trends in the law of tort. As such, a narrow interpretation of the "all or nothing" defence provided by s. 4(1) would be appropriate.

The Malcolms submitted that the evidence at trial showed that Waldick had been contributorily negligent. In particular, it was urged that the evidence showing that Waldick was not wearing a coat at the time of the accident proved that he was hurrying and being less than prudent. Blair J.A. reviewed the thorough comments of the trial judge on this point, and noted that a number of decisions of this Court establishes that, in the absence of palpable or overriding error, an appellate court should not interfere with a trial judge's finding of negligence. Blair J.A. was of the view that no such palpable or overriding error was present in this case.

Consequently, the appeal was dismissed.

Points in Issue

1. Whether the Court of Appeal of Ontario erred in holding that the Malcolms breached the duty of care imposed by s. 3(1) of the *Occupiers' Liability Act*;
2. Whether, in the event that the Court of Appeal of Ontario was correct that the Malcolms did not meet the duty of care, Waldick willingly assumed

responsabilité posé au par. 3(1) s'en trouverait presque invalidé». En second lieu, le juge Blair a noté que le droit a évolué de façon que soient écartés les moyens de défense du [TRADUCTION] «tout ou rien»: témoin l'adoption de dispositions législatives modifiant le concept de la négligence contributive afin de permettre le partage de la responsabilité. De même, la portée du principe de l'acceptation du risque a été restreinte, comme l'indiquent les arrêts *Dube c. Labar*, précité, et *Crocker c. Sundance Northwest Resorts Ltd.*, [1988] 1 R.C.S. 1186. Dans ce dernier arrêt, le juge Wilson dit, à la p. 1202, que ce principe ne s'applique que lorsque le demandeur a assumé à la fois les risques physiques et les risques juridiques. Vu ses objets réformateurs, a dit le juge Blair, la Loi doit être considérée comme reflétant les tendances actuelles du droit de la responsabilité délictuelle. Il conviendrait dans ces circonstances de donner au moyen de défense du «tout ou rien» prévu au par. 4(1) une interprétation restrictive.

Les Malcolm ont fait valoir que, d'après la preuve produite en première instance, il y avait eu négligence contributive de la part de Waldick. Ils ont soutenu en particulier que les éléments de preuve démontrant que Waldick ne portait pas de manteau au moment de l'accident prouvaient qu'il se hâtait et manquait ainsi à la prudence. Le juge Blair a passé en revue les observations minutieuses du juge de première instance sur ce point et a signalé plusieurs arrêts de notre Cour établissant qu'en l'absence d'une erreur manifeste ou dominante, un tribunal d'appel ne doit pas toucher à la conclusion du juge de première instance qu'il y a eu négligence. De l'avis du juge Blair, il n'existait en l'espèce aucune erreur manifeste ou dominante.

Cela étant, l'appel a été rejeté.

Les questions en litige

1. Est-ce à tort que la Cour d'appel de l'Ontario a conclu que les Malcolm ont manqué à l'obligation de prendre soin que leur impose le par. 3(1) de la *Loi sur la responsabilité des occupants*?
2. À supposer que la Cour d'appel de l'Ontario ait été fondée à conclure que les Malcolm avaient manqué à l'obligation de prendre soin, Waldick a-

the risks of walking over the icy parking area, thus relieving them from liability, pursuant to s. 4(1) of the Act;

3. Whether the trial judge made a “palpable and overriding error” when he found that Waldick was not contributorily negligent.

Analysis

1. *Did the Court of Appeal of Ontario err in holding that the Malcolms breached the duty of care imposed by s. 3(1) of the Occupiers' Liability Act?*

The courts below concluded that, in light of all the circumstances, the Malcolms breached the duty of care owed under s. 3(1) of the Act by doing nothing to render the parking area entrance to their house less slippery. While the Act in no way obliged them to salt or sand “every square inch of their parking area”, Austin J. was of the view that doing nothing fell short of the reasonable care requirement. Blair J.A. agreed, noting the duty was limited only to salting or sanding that part of the parking area next to the entrance and adding that it was undeniable that the Malcolms knew this part would be used by visitors like Waldick.

Both Austin J. and Blair J.A. also stressed that sand and salt are not expensive and are readily available.

Counsel for the Malcolms submitted that the lower courts had reduced the statutory words “in all the circumstances of the case” to a consideration of only two factors: foreseeability of an accident, and the costs of its avoidance. In counsel’s view, this was an oversimplified “calculus of negligence” which constituted a reviewable error of law. More specifically, the Malcolms argued that the courts below should also have taken into account “the practices of persons in the same or similar situations as the person whose conduct is being judged”, or in other words, local

t-il volontairement assumé les risques courus en traversant à pied l’aire de stationnement recouverte de glace, dégageant ainsi les Malcolm de toute responsabilité aux termes du par. 4(1) de la Loi?

3. Le juge de première instance a-t-il commis une erreur «manifeste et dominante» en concluant à l’absence de négligence contributive de la part de Waldick?

Analyse

1. *Est-ce à tort que la Cour d’appel de l’Ontario a conclu que les Malcolm ont manqué à l’obligation de prendre soin que leur impose le par. 3(1) de la Loi sur la responsabilité des occupants?*

Les tribunaux d’instance inférieure ont conclu que, compte tenu de toutes les circonstances, les Malcolm avaient manqué à l’obligation de prendre soin prévue au par. 3(1) de la Loi en ne faisant rien pour rendre moins glissante l’aire de stationnement à l’entrée de leur maison. Bien que la Loi ne les oblige aucunement à épandre du sel ou du sable sur [TRADUCTION] «chaque pouce carré de l’aire de stationnement», le juge Austin a estimé que l’inaction constituait un manquement à l’obligation de prendre un soin raisonnable. Le juge Blair a partagé cet avis, faisant remarquer que l’obligation se limitait à mettre du sel ou du sable sur la partie de l’aire de stationnement se trouvant adjacente à l’entrée. Les Malcolm savaient incontestablement, a-t-il ajouté, que cette partie serait utilisée par des visiteurs comme Waldick.

Les juges Austin et Blair ont tous les deux souligné en outre que le sable et le sel ne coûtent pas cher et sont faciles à obtenir.

L’avocat des Malcolm a soutenu qu’aux fins de l’application de l’expression «dans toutes les circonstances en cause» employée dans la Loi, les tribunaux d’instance inférieure n’avaient retenu que deux éléments: la prévisibilité d’un accident et le coût des mesures préventives. Selon l’avocat, c’était là une simplification excessive de la [TRADUCTION] «détermination de la négligence», ce qui constituait une erreur de droit donnant lieu à révision. Plus précisément, les Malcolm ont fait valoir que les juridictions inférieures auraient dû prendre en considération éga-

custom. This, it was argued, would inject an element of community standards into the negligence calculus, and would promote behaviour which better accords with the reasonable expectations of community members.

Professor Linden's (as he then was) article, "Custom In Negligence Law" (1968), 11 *Can. Bar J.* 151, was cited in support of these propositions. At page 153, in the course of a discussion of the policy reasons for and against the relevance of custom Linden says that:

... customary practices can provide a fairly precise standard of care to facilitate the courts' task of deciding what is reasonable in the circumstances. Like penal statutes, customs can crystallize the ordinarily vague standard of reasonable care.

In the instant appeal, the relevant local custom which the courts below allegedly neglected to consider was "not sanding or salting driveways".

I am unable to agree with the Malcolms' submissions for several reasons. First of all, I do not agree with the premise of their argument, viz., that the lower courts failed to consider local custom. In my view, both Austin J. and Blair J.A. gave ample consideration to all the factors which could enter into an assessment of what constitutes reasonable care, including the alleged custom in the rural community involved. A close reading of the judgments below reveals that the learned judges considered, among other things: the weather, the time of year, the size of the parking area, the cost of preventive measures, the quality of the footwear worn by Waldick, the length of the pathway, and the fact that these were rural and residential premises.

The mere fact that the alleged custom was not decisive of the negligence issue does not in any way support the conclusion that it was not considered.

lement [TRADUCTION] «les usages de personnes dans des situations identiques ou similaires à celle de la personne dont la conduite est jugée»; en d'autres termes: l'usage local. Cela, prétendait-on, introduirait dans la détermination de la négligence les normes de la collectivité et favoriserait donc un comportement qui correspondrait mieux aux attentes raisonnables de ses membres.

L'article du professeur Linden (tel était alors son titre) intitulé «Custom In Negligence Law» (1968), 11 *Can. Bar J.* 151, a été cité à l'appui de ces propositions. À la page 153, dans le cadre d'une étude des raisons de principe militant pour, et contre, la pertinence de l'usage, Linden affirme que:

[TRADUCTION] ... les pratiques coutumières permettent de déterminer de façon assez précise la norme de conduite requise, facilitant ainsi la tâche des tribunaux chargés de décider si un comportement est raisonnable dans des circonstances données. Tout comme les lois pénales, l'usage peut aider à préciser le critère plutôt vague de la prudence raisonnable.

En l'espèce, l'usage local pertinent qu'auraient omis de prendre en considération les juridictions inférieures consistait à [TRADUCTION] «n'épandre ni sable ni sel sur les allées».

Pour plusieurs raisons, je ne puis retenir les arguments des Malcolms. Tout d'abord, je n'accepte pas la prémisse dont procède leur argumentation, à savoir que les tribunaux d'instance inférieure n'ont pas tenu compte de l'usage local. À mon avis, le juge Austin et le juge Blair ont tous les deux pris amplement en considération tous les facteurs pouvant jouer dans la détermination de ce qui constitue un soin raisonnable, y compris l'usage supposément suivi dans la collectivité rurale en question. Il ressort d'un examen attentif des jugements des juridictions inférieures que les savants juges ont considéré notamment le temps qu'il faisait, la saison, la superficie de l'aire de stationnement, le coût de mesures préventives, la qualité des chaussures que portait Waldick, la longueur du sentier et le fait qu'il s'agissait de lieux d'habitation situés en milieu rural.

Le simple fait que l'usage allégué n'a pas été déterminant sur la question de la négligence n'étaye aucunement la conclusion qu'il n'a pas été pris en

After all, the statutory duty on occupiers is framed quite generally, as indeed it must be. That duty is to take reasonable care in the circumstances to make the premises safe. That duty does not change but the factors which are relevant to an assessment of what constitutes reasonable care will necessarily be very specific to each fact situation—thus the proviso “such care as in all circumstances of the case is reasonable”. One such circumstance is whether the nature of the premises is rural or urban. Another is local custom, which Blair J.A. explicitly mentions and I view his reasons as considering and rejecting the alleged custom.

Secondly, there are proof problems that complicate the Malcolms’ argument in this regard. Acknowledging that custom can inform the courts’ assessment of what is reasonable in any given set of circumstances; it is nevertheless beyond dispute that, in any case where an alleged custom is raised, the “party who relies on either his own compliance with custom or the other person’s departure from general practice bears the onus of proof that the custom is in effect.” (Linden, *supra*, at p. 167). Only in the rarest and most patently obvious of cases will the courts take judicial notice of a custom, and even this, as Linden warns, is a “dangerous practice”.

It would be preferable for courts to demand evidence of the general practice or not to rely on custom at all. Counsel who wish to rely on custom would be most unwise to attempt to do so without adducing expert evidence of general practice. [At p. 167.]

In the case at bar, there is nothing apart from the completely unsupported testimony of the appellant Mrs. Malcolm that tends to prove something that could qualify as custom. She was asked:

Q: To your knowledge . . . do any of your neighbours in the immediate area salt their driveways?

A: No.

considération. Après tout, l’obligation légale imposée aux occupants est formulée dans des termes assez généraux, comme il se doit d’ailleurs. Il s’agit d’une obligation de prendre le soin qui est raisonnable dans les circonstances pour assurer la sécurité sur les lieux en question. Cette obligation ne change pas, mais les facteurs pertinents aux fins de déterminer en quoi consiste un soin raisonnable seront nécessairement bien particuliers aux faits de chaque espèce, d’où la précision: «le soin qui s’avère raisonnable dans toutes les circonstances en cause». L’une de ces circonstances est la nature rurale ou urbaine des lieux. Une autre est l’usage local que le juge Blair mentionne explicitement et, selon moi, ses motifs portent que l’usage invoqué a été pris en considération et ne devait pas être admis.

Deuxièmement, l’argument avancé par les Malcolm sur ce point présente certaines difficultés en ce qui concerne la preuve. À supposer que les tribunaux puissent retenir l’usage aux fins de décider de ce qui est raisonnable dans des circonstances données, il est néanmoins incontestable que, dans toute cause où l’on s’appuie sur un usage, [TRADUCTION] «la partie qui prétend avoir respecté l’usage ou qui soutient que son adversaire y a dérogé a le fardeau de prouver qu’il s’agit effectivement d’un usage répandu.» (Linden, *loc. cit.*, à la p. 167). Ce n’est que dans des cas les plus rares et les plus évidents que les tribunaux prendront connaissance d’office d’un usage et, encore là, cette [TRADUCTION] «pratique comporte des dangers» contre lesquels Linden met en garde:

[TRADUCTION] Il serait préférable que les tribunaux exigent une preuve de la pratique générale, ou qu’ils ne tiennent aucun compte de l’usage. Les avocats qui veulent invoquer un usage seraient fort imprudents s’ils ne faisaient pas témoigner des experts au sujet de la pratique généralement reconnue. [À la p. 167.]

En l’espèce, mis à part le témoignage, tout à fait sans corroboration, de l’appelante M^{me} Malcolm, il n’y a rien qui tende à apporter une preuve de quelque chose pouvant être qualifié d’usage. On a posé à M^{me} Malcolm les questions suivantes:

[TRADUCTION] Q: À votre connaissance [...] y en a-t-il dans votre voisinage immédiat qui épandent du sel sur leurs allées?

R: Non.

Q: Does your brother?

A: No.

It was clearly open to the courts below to conclude that the evidence was, without more, insufficient to discharge the onus of proof that rests on the Malcolms. That is how I read the judgments below.

Thirdly, even if there had been adequate evidence in the record of a general local custom of not salting or sanding driveways, I am not of the view that such a custom would necessarily be decisive against a determination of negligence in the case at bar. Shortly after the extract cited by the Malcolms, Linden (*supra*, at p. 154) also points out that:

... tort courts have not abdicated their responsibility to evaluate customs, for negligent conduct cannot be countenanced, even when a large group is continually guilty of it.

In short, no amount of general community compliance will render negligent conduct "reasonable ... in all the circumstances". (See in another context, the recent decision of this Court in *Roberge v. Bolduc*, [1991] 1 S.C.R. 374, in which L'Heureux-Dubé J., writing for the Court, held that professional practice, which is not shown to be demonstrably reasonable, could not be an answer to a claim of professional negligence. See also: *James v. River East School Division No. 9* (1975), 64 D.L.R. (3d) 338 (Man. C.A.)) If, as the lower courts found, it is unreasonable to do absolutely nothing to one's driveway in the face of clearly treacherous conditions, it matters little that one's neighbours also act unreasonably. Presumably it is exactly this type of generalized negligence that the Act is meant to discourage.

As Linden points out, certain types of community practices will not be given weight by the courts. Commenting on *Drewry v. Towns* (1951), 2 W.W.R. (N.S.) 217, where Kelly J. found the habit of farmers who left their trucks on the snowbound roadside unlighted and unattended to be negligent, Linden says at p. 162:

Q: Votre frère le fait-il?

R: Non.

De toute évidence, il était loisible aux juridictions inférieures de conclure que ce témoignage ne suffisait pas à lui seul pour décharger les Malcolm du fardeau de la preuve qui leur incombait. C'est ainsi que j'interprète les jugements des juridictions inférieures.

Troisièmement, même s'il avait existé au dossier une preuve suffisante d'un usage local général consistant à n'épandre ni sel ni sable sur les allées, je ne crois pas que cet usage eût nécessairement milité décisivement contre une conclusion de négligence en l'espèce. Peu après le passage cité par les Malcolm, Linden (*loc. cit.*, à la p. 154) signale également que:

[TRADUCTION] ... les tribunaux siégeant en matière de responsabilité délictuelle n'ont pas renoncé à se prononcer sur le bien-fondé des usages, car on ne saurait encourager un comportement entaché de négligence, même s'il est le fait d'un grand nombre de personnes.

Bref, si généralisée soit-elle au sein de la collectivité, une conduite négligente ne sera pas pour autant «raisonnable dans toutes les circonstances». (Voir dans un autre contexte l'arrêt récent de notre Cour *Roberge c. Bolduc*, [1991] 1 R.C.S. 374, dans lequel le juge L'Heureux-Dubé, qui a rédigé les motifs de la Cour, dit qu'une pratique professionnelle dont le caractère raisonnable n'a pas été démontré ne peut être opposée à une action pour négligence professionnelle. Voir également: *James v. River East School Division No. 9* (1975), 64 D.L.R. (3d) 338 (C.A. Man.)) Si, ainsi que l'ont décidé les tribunaux d'instance inférieure, on agit déraisonnablement en ne faisant rien du tout devant l'état manifestement dangereux de son allée, il importe peu alors que la conduite de ses voisins soit également déraisonnable. On peut supposer d'ailleurs que c'est précisément ce genre de négligence généralisée que la Loi vise à décourager.

Comme le fait remarquer Linden, les tribunaux ne donneront aucun poids à certains types de pratiques suivies au sein d'une collectivité. Commentant la décision *Drewry v. Towns* (1951), 2 W.W.R. (N.S.) 217, où le juge Kelly a déclaré négligente l'habitude qu'avaient les agriculteurs de laisser leurs camions, non éclairés et sans surveillance, sur des bords de chemin enneigés, Linden dit, à la p. 162:

... the so-called parking "practice" of the farmers in the area was not the type of general practice that earns the acceptance of the courts, that is, the customary way that a business or profession is conducted. Such a custom is worthy of judicial protection as long as it is not shown to be negligent, but a mere "habit" of a few farmers does not deserve similar treatment. [Emphasis added.]

In my view, it is far from self-evident that the "practice" of not sanding or salting the driveways in the area should earn the acceptance of the courts.

To conclude on this point, the existence of customary practices which are unreasonable in themselves, or which are not otherwise acceptable to courts, in no way ousts the duty of care owed by occupiers under s. 3(1) of the Act. That duty is to take such care as is reasonable in the circumstances, and in my view, both Austin J. and Blair J.A. correctly stated and applied the law in this regard. They both considered "all the circumstances of the case". I would accordingly agree that the Malcolms breached the statutory duty of care imposed by s. 3(1) of the Act.

2. In the event that the Court of Appeal of Ontario was correct that the Malcolms did not meet the duty of care, did Waldick willingly assume the risks of walking over the icy parking area, thus relieving them from liability, pursuant to s. 4(1) of the Act?

At issue under this ground of appeal is the scope of the defence which s. 4(1) offers to occupiers. They will be absolved of liability in those cases where the losses suffered by visitors on their premises come as a result of "risks willingly assumed" by those visitors. As Austin J. and Blair J.A. noted, there are two quite distinct and conflicting trends in the jurisprudence as to the proper interpretation of this term. In essence, they reflect two standards of what assuming a risk means: the first involves merely knowing of the risk that one is running, whereas the second involves not only knowledge of the risk, but also a consent to the legal risk, or in other words, a waiver of legal rights that may arise from the harm or loss

[TRANSDUCTION] ... la prétendue «pratique» de stationnement des agriculteurs de cette région ne faisait pas partie du genre de pratique générale admise par les tribunaux, savoir un usage communément accepté par une industrie ou une profession. Un tel usage mérite la protection judiciaire pourvu qu'il ne présente aucun caractère de négligence, mais il n'en va pas de même d'une simple «habitude» de quelques agriculteurs. [Je souligne.]

À mon avis, il est loin d'être évident que la «pratique», suivie dans la région en question, consistant à n'épandre ni sable ni sel sur les allées devrait être admise par les tribunaux.

Pour terminer sur ce point, l'existence de pratiques habituelles déraisonnables en soi, ou par ailleurs inacceptables pour les tribunaux, n'écarte aucunement l'obligation de prendre soin qu'impose aux occupants le par. 3(1) de la Loi. Il s'agit d'une obligation de prendre le soin qui est raisonnable dans les circonstances et, selon moi, les juges Austin et Blair ont tous les deux énoncé et appliqué correctement le droit dans ce domaine. Tous les deux ont tenu compte de «toutes les circonstances en cause». Je partage en conséquence leur avis que les Malcolms ont manqué à l'obligation de prendre soin prévue au par. 3(1) de la Loi.

2. À supposer que la Cour d'appel de l'Ontario ait été fondée à conclure que les Malcolms avaient manqué à l'obligation de prendre soin, Waldick a-t-il volontairement assumé les risques courus en traversant à pied l'aire de stationnement recouverte de glace, dégageant ainsi les Malcolms de toute responsabilité aux termes du par. 4(1) de la Loi?

Ce moyen de pourvoi soulève la question de la portée de la défense qu'offre aux occupants le par. 4(1). La responsabilité de ces derniers n'est pas engagée dans les cas où les préjudices subis par des visiteurs sur les lieux qu'ils occupent résultent de «risques volontairement assumés» par ces visiteurs. Comme l'indiquent les juges Austin et Blair, la jurisprudence fait état de tendances bien distinctes et contradictoires en ce qui a trait à l'interprétation qu'il convient de donner à cette expression. Ces tendances reflètent essentiellement deux notions de ce que signifie assumer un risque: dans le premier cas, la seule connaissance du risque que l'on court suffit, tandis que dans le second, il faut, outre la connais-

that is being risked. The latter standard is captured by the maxim *volenti non fit injuria* (the *volenti* doctrine) whereas the former is sometimes referred to as "*sciens*", or in other words, mere "knowing" as opposed to actually "willing".

Counsel for the Malcolms argued that s. 4(1) should be interpreted as meaning something between mere knowledge and the strict *volenti* approach. He suggested that s. 4(1) would be met where it could be shown that the visitor had a knowledge and appreciation of the danger on the premises.

In my view, the reasons of Blair J.A. on this issue are also an admirably correct statement of the law. I have no doubt that s. 4(1) of the Act was intended to embody and preserve the *volenti* doctrine. This can be seen by looking at the statutory scheme that is imposed by the Act as a whole. It is clear the intention of the Act was to replace, refine and harmonize the common law duty of care owed by occupiers of premises to visitors on those premises. That much seems evident from the wording of s. 2 of the Act:

2. Subject to section 9, the provisions of this Act apply in place of the rules of the common law that determine the care that the occupier of premises at common law is required to show for the purpose of determining his liability in law in respect of dangers to persons entering on the premises or the property brought on the premises by those persons.

I am of the view that the Act was not intended to effect a wholesale displacement of the common law defences to liability, and it is significant that no mention is made of common law defences in s. 2. Reinforcement of this view is found when one asks why this area of law should entail a defence other than *volenti* which is applicable to negligence actions generally. There does not appear to be anything special

sance du risque, qu'il y ait acceptation du risque juridique ou, en d'autres termes, renonciation aux droits reconnus par la loi qui peuvent découler du préjudice ou de la perte que l'on risque. Cette dernière notion s'exprime dans la maxime *volenti non fit injuria* (le principe de l'acceptation du risque), alors que la première est parfois appelée «*sciens*», autrement dit, le simple fait de «savoir» par opposition à réellement «vouloir».

L'avocat des Malcolms a soutenu que le par. 4(1) devrait s'interpréter comme ayant un sens qui se situe entre la simple connaissance et l'application stricte du principe de l'acceptation du risque. D'après lui, il suffirait aux fins du par. 4(1) de démontrer que le visiteur était au courant et conscient du danger existant sur les lieux.

À mon avis, les motifs du juge Blair touchant cette question représentent en même temps une formulation admirablement exacte de la règle de droit applicable. Je ne doute pas que le par. 4(1) de la Loi était censé concrétiser et maintenir le principe de l'acceptation du risque. On s'en rend compte en examinant l'ensemble du régime législatif créé par la Loi. Celle-ci visait manifestement à remplacer, à mettre au point et à harmoniser l'obligation de prendre soin qu'avaient en common law les occupants de lieux envers les visiteurs qui entraient sur ces lieux. Voilà qui semble évident à la lecture de l'art. 2 de la Loi:

2 Sous réserve de l'article 9, les dispositions de la présente loi remplacent, aux fins de déterminer la responsabilité légale de l'occupant des lieux en common law, les règles de common law qui déterminent le soin qu'il doit prendre à l'égard des dangers qui menacent les personnes qui entrent dans les lieux ou les biens qu'elles y apportent.

J'estime que la Loi n'était pas destinée à écarter en bloc les moyens de défense de common law en matière de responsabilité, et il est révélateur que l'art. 2 ne fasse aucune mention de ces moyens de défense. Ce point de vue se trouve renforcé quand on se demande pourquoi il devrait y avoir dans ce domaine du droit une défense autre que celle de l'acceptation du risque qui peut être soulevée dans les actions pour négligence en général. Le domaine de la responsabilité des occupants ne semble avoir rien de

about occupiers' liability that warrants a departure from the widely accepted *volenti* doctrine.

Accordingly, I agree with Blair J.A. who found that the second branch of decided cases provides compelling grounds for viewing s. 4(1) as an embodiment of the *volenti* doctrine. Blair J.A., at p. 728, approved the words of DuPont J. in *Beatty v. Brad-Lea Meadows Ltd.* (1986), 39 A.C.W.S. (2d) 334 which, in my view, are particularly apposite to the case at bar. DuPont J. said, at p. 8, that if the courts interpret s. 4(1) as requiring only knowledge of the risk on the part of the victim:

It would seem to follow that if such contention is correct, occupiers would always escape liability whenever a risk of any sort is apparent or known to an injured party, even where the occupier has failed to take any reasonable steps to render the property reasonably safe for use. . . . Such an interpretation would nullify much of the intent of s. 3(1) of the Act that specifically creates a duty of care upon the occupier to take reasonable steps to maintain the property in a reasonably safe condition.

Usually more than mere knowledge of the risk is required to invoke s. 4(1) of the Act in the sense suggested. The risks willingly assumed must be known to the plaintiff and from the plaintiff's conduct and circumstances revealed, the plaintiff must have assumed it in the sense of being prepared to accept the entire risk of injury that may result without recourse to any contribution or liability from or of any other party. [Emphasis added.]

The so-called intermediate position between *volenti* and mere knowledge advanced by the Malcolms herein points in the direction of reviving the somewhat draconian standards set down by the House of Lords in *London Graving Dock Co. v. Horton*, [1951] A.C. 737, which was roundly criticized, and rightly so, in my view, for effectively eliminating any volitional element to the *volenti* defence. Following that decision, mere knowledge of the peril by the

particulier qui justifie qu'on se détourne du principe généralement admis de l'acceptation du risque.

Cela étant, je me range à l'avis du juge Blair, qui a conclu que la seconde branche de la jurisprudence fournit des motifs sérieux de voir dans le par. 4(1) la concrétisation du principe de l'acceptation du risque. Le juge Blair a exprimé son approbation, à la p. 728, des propos tenus par le juge DuPont dans l'affaire *Beatty v. Brad-Lea Meadows Ltd.* (1986), 39 A.C.W.S. (2d) 334, lesquels, selon moi, sont particulièrement pertinents en l'espèce. Le juge DuPont affirme, à la p. 8, que, si les tribunaux interprétaient le par. 4(1) comme exigeant seulement que la victime soit au courant du risque:

[TRADUCTION] Il semblerait s'ensuivre, à supposer que cet argument soit bien fondé, que les occupants échapperaient toujours à la responsabilité chaque fois qu'un risque, quel qu'il soit, est évident pour la personne lésée ou que celle-ci en est au courant, même si l'occupant n'a pas pris de mesures raisonnables destinées à faire en sorte que le bien-fonds puisse être utilisé avec un degré raisonnable de sécurité [. . .] Une telle interprétation neutraliserait en grande partie l'intention manifestée au par. 3(1) de la Loi, qui impose expressément à l'occupant une obligation de prendre des mesures raisonnables pour maintenir sur le bien-fonds un état raisonnable de sécurité.

Normalement, il en faut davantage que la simple connaissance du risque pour que le par. 4(1) de la Loi puisse être invoqué de la manière proposée. Les risques volontairement assumés doivent être connus du demandeur et, d'après sa conduite et dans les circonstances établies, le demandeur doit les avoir assumés en ce sens qu'il était prêt à accepter totalement le risque de blessures éventuelles, sans chercher à se faire dédommager par une autre partie ou à engager la responsabilité de cette dernière. [Je souligne.]

Ce que proposent en l'espèce les Malcolms comme moyen terme entre la défense d'acceptation du risque et celle de la simple connaissance évoque la résurrection des normes quelque peu draconiennes établies par la Chambre des lords dans l'arrêt *London Graving Dock Co. v. Horton*, [1951] A.C. 737, lequel a été sévèrement critiqué, à juste titre selon moi, du fait qu'il supprimait en réalité tout élément de volonté que pouvait comporter la défense d'acceptation du

victim was a defence. As Professor Fleming notes in *The Law of Torts*, *supra*, at p. 431:

Horton's case encountered such devastating professional disapproval that it was promptly abrogated in England by statute. . . .

To my mind, it is significant that the English law to which Professor Fleming refers uses a similar phrase, namely, "risks willingly accepted" as s. 4(1) of the Act and adds parenthetically that the question whether a risk was so accepted is to be decided on the same principles as in other cases, in which one person owes a duty of care to another. The absence of the parenthetical explanation in s. 4(1) of the Act does not mean it should be interpreted differently: see *Occupiers' Liability Act, 1957* (U.K.), 1957, 5 & 6 Eliz. 2, c. 31, s. 2(5); *Occupiers' Liability Act, 1984* (U.K.), 1984, c. 3, s. 1(6). In that connection, the U.K. section has consistently been held to require more than a mere knowledge of the risk by the plaintiff: see, for example, *Bunker v. Charles Brand & Son, Ltd.*, [1969] 2 All E.R. 59, at p. 65, *per* O'Connor J. and *White v. Blackmore*, [1972] 3 All E.R. 158, at p. 164, *per* Denning M.R.

The goals of the Act are to promote, and indeed, require where circumstances warrant, positive action on the part of occupiers to make their premises reasonably safe. The occupier may, however, wish to put part of his property "off limits" rather than to make it safe, and in certain circumstances that might be considered reasonable. Where no such effort has been made, as in the case at bar, the exceptions to the statutory duty of care will be few and narrow. As Professor Di Castri states in his book *Occupiers' Liability*, at p. 229: "It may be assumed the words 'willingly accepted' will not be given a liberal interpretation. . . . It would seem that the defence will be difficult to sustain in view of the high standard of evidence [of voluntariness] required." In the course of these remarks, Professor Di Castri cites from the decision of Laskin J. (as he then was) in *Mitchell v.*

risque. À la suite de cet arrêt, la simple connaissance du péril par la victime constituait une défense. Ainsi que le fait remarquer le professeur Fleming dans *The Law of Torts*, précité, à la p. 431:

[TRADUCTION] L'arrêt *Horton* a suscité chez les juristes une désapprobation tellement accablante qu'il a été promptement annulé en Angleterre par l'adoption d'une loi . . .

Il est révélateur, à mon sens, que la loi anglaise mentionnée par le professeur Fleming utilise l'expression «risks willingly accepted» («risques volontairement acceptés») semblable à celle du par. 4(1) de la Loi et poursuit, entre parenthèses, que la question de savoir si un risque a été accepté doit être tranchée selon les mêmes principes que dans les autres cas où une personne a une obligation de diligence envers une autre personne. L'absence d'explication entre parenthèses au par. 4(1) de la Loi ne signifie pas qu'elle doive être interprétée différemment: voir *Occupiers' Liability Act, 1957* (R.-U.), 1957, 5 & 6 Eliz. 2, ch. 31, par. 2(5); *Occupiers' Liability Act, 1984* (R.-U.), 1984, ch. 3, par. 1(6). À cet égard, les tribunaux britanniques ont statué uniformément que ce paragraphe exige davantage que la simple connaissance du risque par le demandeur: voir par exemple, *Bunker v. Charles Brand & Son, Ltd.*, [1969] 2 All E.R. 59, à la p. 65, par le juge O'Connor, et *White v. Blackmore*, [1972] 3 All E.R. 158, à la p. 164, par le maître des rôles Denning.

La Loi vise à encourager les occupants — et leur en impose même l'obligation lorsque les circonstances le commandent — à prendre des mesures concrètes pour assurer un degré raisonnable de sécurité sur les lieux qu'ils occupent. L'occupant pourra toutefois préférer interdire l'accès d'une partie des lieux plutôt que de les rendre sûrs, et cela pourra être considéré comme raisonnable dans certaines circonstances. Lorsque aucune mesure de ce genre n'a été prise, ce qui est le cas en l'espèce, les exceptions à l'obligation de prendre soin prévue par la loi seront peu nombreuses et leur portée restreinte. Ainsi que l'affirme le professeur Di Castri dans son livre intitulé *Occupiers' Liability*, à la p. 229: [TRADUCTION] «On peut supposer que les mots «volontairement acceptés» ne recevront pas une interprétation libérale [. . .] Il semble que ce moyen de défense sera diffi-

Canadian National Railway Co., [1975] 1 S.C.R. 592, and includes an extract at p. 617 which, to my mind, is relevant to the question before us:

I regard it as wrong in principle to dissolve a duty of care that arises on the facts of a case merely because the person to whom the duty is owed knows that he may be exposing himself to some danger, and especially so when there is applicable apportionment legislation.

Of course, such apportionment legislation exists in Ontario, and, indeed, is at the core of the third ground of appeal in the instant case.

As Blair J.A. noted, several recent decisions of this Court have clarified the *volenti* doctrine and its place in the current state of the law of torts. In *Dube v. Labar*, *supra*, at p. 658, Estey J. reduced the scope of the *volenti* defence, holding that it will only arise:

... where the circumstances are such that it is clear that the plaintiff, knowing of the virtually certain risk of harm, in essence bargained away his right to sue for injuries incurred as a result of any negligence on the defendant's part. The acceptance of risk may be express or may arise by necessary implication from the conduct of the parties, but it will arise . . . only where there can truly be said to be an understanding on the part of both parties that the defendant assumed no responsibility to take due care for the safety of the plaintiff, and that the plaintiff did not expect him to.

Common sense dictates that only rarely will a plaintiff genuinely consent to accept the risk of the defendant's negligence.

Wilson J. further emphasized the exceptional and somewhat anachronistic nature of *volenti* in light of the current trends in the law of torts. She said at

lement soutenable compte tenu de la sévérité de la norme à respecter en ce qui concerne la preuve [du caractère volontaire].» Dans le cadre de ces observations, le professeur Di Castri cite les motifs du juge Laskin (plus tard Juge en chef) dans l'affaire *Mitchell c. La compagnie des chemins de fer nationaux du Canada*, [1975] 1 R.C.S. 592, à la p. 617, en reproduisant notamment un extrait qui, à mon sens, est pertinent relativement à la question dont nous sommes saisis:

Je considère que c'est une erreur de principe que de dissoudre une obligation de diligence résultant des faits d'une affaire pour le seul motif que la personne envers qui on a un devoir sait qu'elle peut s'exposer à quelque danger, à plus forte raison lorsqu'il y a une loi applicable relative à la répartition de la faute.

Bien entendu, il existe en Ontario une loi en matière de répartition de la faute, laquelle est en fait au cœur du troisième moyen de pourvoi soulevé en l'espèce.

Comme l'a fait remarquer le juge Blair, plusieurs arrêts récents de notre Cour sont venus élucider le principe de l'acceptation du risque et préciser son rôle actuel dans le droit de la responsabilité délictuelle. Dans l'arrêt *Dube c. Labar*, précité, à la p. 658, le juge Estey a réduit la portée de la défense d'acceptation du risque, statuant qu'elle ne peut être invoquée que

... lorsque les circonstances sont telles qu'il est manifeste que le demandeur, connaissant le risque presque certain de préjudice, a essentiellement convenu de renoncer à son droit de poursuite pour les blessures subies par suite d'une négligence quelconque du défendeur. L'acceptation du risque peut être expresse ou peut ressortir de façon nettement implicite de la conduite des parties, mais elle n'est opposable [...] que lorsqu'on peut vraiment dire que les deux parties ont compris que le défendeur n'assumait aucune responsabilité de diligence pour la sécurité du demandeur et que le demandeur ne s'attendait pas à ce qu'il le fasse.

Le bon sens révèle que ce n'est que rarement qu'un demandeur consentira vraiment à accepter le risque découlant de la négligence du défendeur.

Le caractère exceptionnel et quelque peu anachronique que présente, dans le contexte des tendances actuelles en droit de la responsabilité délictuelle, le

p. 1202 of *Crocker v. Sundance Northwest Resorts Ltd.*, *supra*:

Since the *volenti* defence is a complete bar to recovery and therefore anomalous in an age of apportionment, the courts have tightly circumscribed its scope. It only applies in situations where the plaintiff has assumed both the physical and the legal risk involved in the activity. . . .

In my view, the legislature's intention in enacting s. 4(1) of the Act was to carve out a very narrow exception to the class of visitors to whom the occupier's statutory duty of care is owed. This exception shares the same logical basis as the premise that underlies *volenti*, i.e., "that no wrong is done to one who consents. By agreeing to assume the risk the plaintiff absolves the defendant of all responsibility for it": *per* Wilson J. in *Crocker*, *supra*, at p. 1201. Rare may be the case where a visitor who enters on premises will fully know of and accept the risks resulting from the occupier's non-compliance with the statute. To my mind, such an interpretation of s. 4(1) accords best with general principles of statutory interpretation, is more fully consonant with the legislative aims of the Act, and is consistent with tort theory generally.

Both Austin J. and Blair J.A. were of the view that Waldick did not consent to the legal risk or waive any legal rights that might arise from the negligence of the Malcolms. I agree with their disposition of this ground of appeal and conclude that Waldick is not barred from recovery by the operation of s. 4(1) of the Act.

3. *Did the trial judge make a "palpable and overriding error" when he found that Waldick was not contributorily negligent?*

Blair J.A. refused, rightly in my view, to revisit the findings of Austin J. as to the issue of contributory negligence. The Malcolms before this Court simply reargued a point that was explicitly rejected by Blair

moyen de défense d'acceptation du risque a été souligné une fois de plus par le juge Wilson, qui dit, à la p. 1202 de l'arrêt *Crocker c. Sundance Northwest Resorts Ltd.*, précité:

^a Étant donné que le moyen de défense d'acceptation du risque empêche tout dédommagement et est par conséquent anormal à l'ère du partage de la responsabilité, les tribunaux lui ont imposé des limites strictes. Il ne s'applique que dans les cas où le demandeur a assumé à la fois le risque physique et le risque juridique qui découlent de l'activité. . .

À mon avis, le législateur a visé par l'adoption du par. 4(1) de la Loi à créer une exclusion, de portée très limitée, de la catégorie des visiteurs envers lesquels l'occupant a une obligation légale de prendre soin. Le fondement logique de cette exclusion est identique à celui de la prémisses qui sous-tend l'acceptation du risque, c.-à-d. que «celui qui consent ne subit aucun préjudice. En acceptant d'assumer le risque, le demandeur dégage la défenderesse de toute responsabilité»: le juge Wilson dans l'arrêt *Crocker*, précité, à la p. 1201. Rares seront les cas où un visiteur qui entre sur des lieux connaîtra parfaitement et acceptera totalement les risques résultant de l'inobservation de la loi par l'occupant. À mon sens, c'est cette interprétation du par. 4(1) qui s'accorde le mieux avec les principes généraux d'interprétation des lois, qui est le plus en harmonie avec les objets de la Loi et qui concorde avec la théorie de la responsabilité délictuelle en général.

^g Les juges Austin et Blair ont tous les deux estimé que Waldick n'avait pas accepté le risque juridique ni renoncé à tout droit légal qui pouvait résulter de la négligence des Malcolms. Je souscris à la décision qu'ils ont rendue sur ce moyen et je conclus que le par. 4(1) de la Loi ne joue pas de manière à empêcher Waldick de se faire dédommager.

ⁱ 3. *Le juge de première instance a-t-il commis une erreur «manifeste et dominante» en concluant à l'absence de négligence contributive de la part de Waldick?*

^j Le juge Blair a refusé, à bon droit selon moi, de revenir sur les conclusions du juge Austin sur la question de la négligence contributive. Devant notre Cour, les Malcolms n'ont fait que reprendre un argu-

J.A. They contest the failure of the trial judge to draw an inference of carelessness from the proof that Waldick was not wearing a winter coat. In my view, there have been no new arguments presented before this Court that could in any way lead to the conclusion that Austin J. made a “palpable and overriding” error in his appreciation of the evidence or in his finding on the contributory negligence issue.

Conclusion

For the foregoing reasons, I would dismiss the appeal with costs.

Appeal dismissed with costs.

Solicitors for the appellants: Lerner & Associates, Toronto.

Solicitors for the respondents: Brimage, Tyrrell, Van Severen & Hemeniuk, Simcoe.

ment qu’avait explicitement rejeté le juge Blair de la Cour d’appel. Ils ont contesté en effet l’omission du juge de première instance de conclure à la négligence à partir de la preuve établissant que Waldick ne portait pas de manteau d’hiver. À mon avis, on n’a présenté à notre Cour aucun argument nouveau qui permette de conclure que le juge Austin a commis une erreur «manifeste et dominante» dans son appréciation de la preuve ou dans sa conclusion sur la question de la négligence contributive.

Conclusion

Pour les motifs exposés ci-dessus, je suis d’avis de rejeter le pourvoi avec dépens.

Pourvoi rejeté avec dépens.

Procureurs des appelants: Lerner & Associates, Toronto.

Procureurs des intimés: Brimage, Tyrrell, Van Severen & Hemeniuk, Simcoe.

S.C.C. No.: 34680

**THE SUPREME COURT OF CANADA
(ON APPEAL FROM THE COURT OF
APPEAL FOR THE PROVINCE OF
ONTARIO)**

B E T W E E N:

**THE REGIONAL MUNICIPALITY OF
HALTON, and THE TOWN OF MILTON**

Applicants
(Appellants/
Respondents by Cross-Appeal/Defendant)

- and -

PATRIZIA GIULIANI, TINA GIULIANI

Respondents
(Respondents/Plaintiffs)

REPLY OF THE APPLICANTS

LERNERS LLP

Barristers & Solicitors
130 Adelaide Street West, Suite 2400
Toronto, ON M5H 3P5

C. Kirk Boggs LSUC#: 23620V
Kirk F. Stevens LSUC#: 27515P
Tel: 416.867.3076
Fax: 416.867.9192

PATERSON, MacDOUGALL LLP

One Queen Street East, Suite 900
Toronto, ON M5C 2W5

J. Murray Davison, Q.C. LSUC#: 14416R
Charles A. Painter LSUC#: 43824W
Tel: 416.366.9607
Fax: 416.366.3743

Lawyers for the Applicants/Appellants