

Schreiber Brothers Limited (*Plaintiff*)
Appellant;

and

Currie Products Limited (*Defendant*) and
Gulf Oil Canada Limited (*Third Party*)
Respondents.

1980: March 10; 1980: March 27.

Present: Laskin C.J. and Martland, Ritchie, Dickson
and Beetz JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
ONTARIO

*Contracts — Implied condition of merchantability —
Burden of proof — Right of appellate court to interfere
with findings of fact by trial judge — The Sale of
Goods Act, R.S.O. 1960, c. 358, s. 15(2).*

The appellant, an experienced roofing contractor, undertook to replace a large sized roof at a Ford Motor Co. plant in Windsor. For this purpose it purchased a certain type of asphalt from the respondent, Currie Products Limited, a supplier of that product which was manufactured by the third party, Gulf Canada Limited, the other respondent. The action arose out of a claim for damages for breach of the implied condition of merchantability under s. 15(2) of *The Sale of Goods Act*. It was conceded that if Currie was found liable it would have an enforceable claim against Gulf. The trial judge, after a lengthy review of the evidence, gave judgment for the appellant for \$68,291.88. The Ontario Court of Appeal set aside the trial judgment and dismissed the action.

Held: The appeal should be allowed.

Both the trial judge and the Court of Appeal were satisfied that there were no causes other than a defect in the asphalt to account for the failure of the roof, and both were satisfied that the roof failed in ordinary use. The difference of the Court of Appeal with the trial judge was on a narrow issue of the credibility of certain evidence which in turn resulted in ascribing to the appellant a burden of proof which, in the trial judge's view of the law, had been met.

It would be open to an appellate court, where credibility of a witness was not in issue, to review findings of fact by a trial judge if they were based on a failure to consider relevant evidence or on a misapprehension of the evidence. An appeal, however, is not a complete rehearing.

Schreiber Brothers Limited (*Demanderesse*)
Appelante;

et

Currie Products Limited (*Défenderesse*) et
Gulf Oil Canada Limitée (*Mise en cause*)
Intimées.

1980: 10 mars; 1980: 27 mars.

Présents: Le juge en chef Laskin et les juges Martland,
Ritchie, Dickson et Beetz.

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

Contrats — Condition implicite de qualité marchande — Fardeau de la preuve — Droit d'une cour d'appel d'intervenir dans les conclusions de fait du juge de première instance — The Sale of Goods Act, R.S.O. 1960, chap. 358, art. 15(2).

L'appelante, un couvreur expérimenté, s'est engagée à remplacer un toit de grande dimension d'une usine de Ford Motor Co. à Windsor. Pour ce faire, elle a acheté un certain type d'asphalte à l'intimée, Currie Products Limited, qui fournissait ce produit fabriqué par la mise en cause, Gulf Canada Limitée, l'autre intimée. L'action découle d'une demande en dommages-intérêts pour violation de la condition implicite de qualité marchande prévue au par. 15(2) de *The Sale of Goods Act*. S'il est admis que Currie est déclarée responsable, elle pourra recouvrer des dommages-intérêts de Gulf. Après un examen exhaustif de la preuve, le juge de première instance a accordé à l'appelante la somme de \$68,291.88. La Cour d'appel de l'Ontario a infirmé le jugement de première instance et rejeté l'action.

Arrêt: Le pourvoi est accueilli.

Tant le juge de première instance que la Cour d'appel ont été convaincus que la détérioration du toit était due à un vice, et les deux sont convaincus que le toit s'est détérioré à l'usage normal. Le point de désaccord entre la Cour d'appel et le juge de première instance porte sur une question étroite, savoir la crédibilité d'une preuve donnée, ce qui a eu pour conséquence d'imposer à l'appelante un fardeau de preuve, dont, selon l'interprétation du droit faite par le juge de première instance, elle s'était acquittée.

Lorsque la crédibilité d'un témoin n'est pas en cause, une cour d'appel peut réviser les conclusions de fait d'un juge de première instance si ce dernier a omis d'étudier un élément de preuve pertinent ou a mal compris la preuve. Un appel, toutefois, n'est pas une nouvelle audition complète.

There is no doubt that the appellant, suing for damages for breach of the implied condition of merchantable quality, has the burden of proof of excluding its faulty workmanship as a probable cause of the blistering of the asphalt, and of excluding other probable causes after the asphalt was delivered. Whether or not there was a defect in the asphalt when it left the Gulf plant, there was still the fact of a defect in a product emanating from the respondents, and the state of the evidence was such as to make it specially appropriate for the trial judge to make inferences from what was put before him.

Annable v. Coventry (1912), 46 S.C.R. 573; *Cities Service Oil Co. v. Rubel* (1930), 66 O.L.R. 475; *Métivier v. Cadorette*, [1977] 1 S.C.R. 371; *Powell v. Streatham Manor Nursing Home*, [1935] A.C. 243; *Prudential Insurance Co. Ltd. v. Forseth*, [1960] S.C.R. 210; *Hood v. Hood*, [1972] S.R.C. 244; *Canadian William A. Rogers Ltd. v. Lucerne Metal & Plastic Products Ltd.*, [1949] O.R. 135, referred to.

APPEAL from a judgment of the Court of Appeal for Ontario, reversing a judgment of the Supreme Court of Ontario. Appeal allowed.

Warren H. O. Mueller, for the appellant.

D. K. Laidlaw, Q.C., and *Elizabeth Stewart*, for the respondents.

The judgment of the Court was delivered by

THE CHIEF JUSTICE—This appeal, which is here by leave of this Court, arises out of a claim for damages for breach of the implied condition of merchantability under s. 15(2) of *The Sale of Goods Act*, R.S.O. 1960, c. 358, the relevant statute at the material time. The plaintiff is an experienced roofing contractor who undertook to replace a large sized roof at a Ford Motor Co. plant in Windsor. For this purpose it purchased a certain type of asphalt from the defendant, Currie Products Limited, a supplier of that product which was manufactured by the third party, Gulf Canada Limited. In this Court, Currie and Gulf were represented by the same counsel, it being conceded that if Currie was found liable it would have an enforceable claim over Gulf.

The trial judge, Henry J. of the Ontario Supreme Court, after a lengthy review of the

Il ne fait aucun doute qu'il revenait à l'appelante, qui poursuit en dommages-intérêts pour violation de la condition implicite de qualité marchande, d'exclure l'exécution fautive des travaux comme cause probable des boursouffures de l'asphalte et d'exclure d'autres causes probables après la livraison de l'asphalte. Qu'il y ait eu ou non un vice dans l'asphalte au moment où ce produit a quitté l'usine de Gulf, il reste le fait qu'il y avait un vice dans un produit provenant des intimées et l'état de la preuve était tel que le juge de première instance était particulièrement justifié de faire des déductions de ce qui lui était soumis.

Jurisprudence: *Annable c. Coventry* (1912), 46 R.C.S. 573; *Cities Service Oil Co. v. Rubel* (1930), 66 O.L.R. 475; *Métivier c. Cadorette*, [1977] 1 R.C.S. 371; *Powell v. Streatham Manor Nursing Home*, [1935] A.C. 243; *Prudential Insurance Co. Ltd. c. Forseth*, [1960] R.C.S. 210; *Hood c. Hood*, [1972] R.C.S. 244; *Canadian William A. Rogers Ltd. v. Lucerne Metal & Plastic Products Ltd.*, [1949] O.R. 135.

POURVOI à l'encontre d'un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario, qui avait infirmé un jugement de la Cour suprême de l'Ontario. Pourvoi accueilli.

Warren H. O. Mueller, pour l'appelante.

D. K. Laidlaw, c.r., et *Elizabeth Stewart*, pour les intimées.

Version française du jugement de la Cour rendu par...

LE JUGE EN CHEF—Le présent pourvoi, interjeté sur autorisation de cette Cour, découle d'une demande en dommages-intérêts pour violation de la condition implicite de qualité marchande prévue au par. 15(2) de *The Sale of Goods Act*, R.S.O. 1960, chap. 358, la loi pertinente à l'époque en cause. La demanderesse, un couvreur expérimenté, s'est engagée à remplacer un toit de grande dimension d'une usine de Ford Motor Co. à Windsor. Pour ce faire, elle a acheté un certain type d'asphalte à la défenderesse, Currie Products Limited, qui fournissait ce produit fabriqué par la mise en cause, Gulf Canada Limitée. Currie et Gulf sont représentées par le même avocat devant cette Cour, puisqu'il est admis que si Currie est déclarée responsable, elle pourra recouvrer des dommages-intérêts de Gulf.

En première instance, le juge Henry de la Cour suprême de l'Ontario, après un examen exhaustif

evidence, gave judgment for the plaintiff for \$68,291.88 and costs. He said this, in the concluding pages of his reasons:

In my opinion therefore, I am left with the probability that the fault lay with the product. I do not overlook the evidence that no such defect was experienced with Gulf's Type 3 BUR before or since. That is a formidable record and I take it into account. However, on a common sense and practical view of all the evidence I am constrained to find on the balance of probabilities that the failure of the roof was caused by a latent defect in the Type 3 asphalt and that that defect could not be detected by prior inspection. It is not necessary to identify precisely in chemical terms what that defect was and I do not attempt to do so. It is sufficient that, however it is identified, it caused the asphalt to behave in such a way that it was useless for the purpose of constructing the built-up roof in question.

There is no issue as to the quantum of damages if the plaintiff is entitled to succeed.

The Ontario Court of Appeal, speaking through Weatherston J.A., set aside the trial judgment and dismissed the action, saying this:

The finding that the asphalt contained a latent defect was an inference based on the exclusion of other known probable causes of the blistering, and the acceptance of a scientific theory which postulated the existence of a defect in the asphalt. The scientific theory simply does not stand up to analysis. Assuming that it was not necessary to identify the gas, the plaintiff still had to show that some gas could probably be generated at roof temperatures because of a defect in the asphalt. That has not been shown, and an inference cannot fairly be drawn that the failure of the roof was caused by the existence of such a defect. The plaintiff's case fails for want of proof.

The trial judge found that there was a latent defect in the asphalt, but with respect, he never directed his mind to the crucial issue whether that defect existed in the asphalt when it left the Gulf Oil plant. The burden of proof was on the plaintiff and plaintiff failed to meet it. On this ground also, I would allow the appeal.

de la preuve, a accordé à la demanderesse la somme de \$68,291.88 plus les dépens. Dans les dernières pages de ses motifs, il dit:

[TRADUCTION] Par conséquent, à mon sens, il me reste la probabilité du défaut du produit. Je n'oublie pas la preuve selon laquelle jamais avant, ni depuis, le produit BUR type 3 de Gulf n'a révélé un défaut semblable. C'est tout à fait remarquable et j'en tiens compte. Toutefois, une analyse logique et pratique de l'ensemble de la preuve me force à conclure, d'après la prépondérance des probabilités, qu'un vice caché dans l'asphalte de type 3 est à l'origine de la détérioration du toit et qu'une inspection préalable n'aurait pu le déceler. Il n'est pas nécessaire de décrire en termes chimiques le vice dont il est question et je n'entends pas le faire. Il suffit de dire que, qu'elle qu'en soit la description, ce vice a rendu l'asphalte impropre à la construction du toit multicouche.

Le quantum des dommages-intérêts ne sera pas contesté s'il est fait droit à la réclamation de la demanderesse.

La Cour d'appel de l'Ontario, par la voix du juge Weatherston, a infirmé le jugement de première instance et rejeté l'action pour le motif suivant:

[TRADUCTION] La conclusion selon laquelle l'asphalte comportait un vice caché découle d'une déduction fondée sur l'exclusion d'autres causes connues qui ont pu être à l'origine des boursouflures et sur l'adoption d'une théorie scientifique qui pose comme postulat l'existence d'un vice dans l'asphalte. La théorie scientifique ne résiste simplement pas à l'analyse. Même si l'on présume qu'il n'était pas nécessaire d'identifier le gaz, il reste que la demanderesse était tenue de prouver qu'un vice dans l'asphalte pouvait probablement causer la formation de vapeurs gazeuses à la température du toit. Cela n'a pas été prouvé et l'on ne peut à bon droit en déduire que la détérioration du toit résulte d'un vice semblable. La demanderesse échoue vu l'insuffisance de preuve.

Le juge de première instance a conclu à un vice caché dans l'asphalte. Mais, avec égards, il ne s'est jamais attaché à la question principale, savoir si ce vice existait lorsque ce produit a quitté l'usine de Gulf Oil. La demanderesse sur qui reposait le fardeau de la preuve, n'a pas réussi à s'en acquitter. Pour ce motif également je suis d'avis d'accueillir l'appel.

There are various findings of fact, most of them concurrent findings, which lay behind the different conclusions of the two Courts and I shall come to them shortly. The roofing process and the nature of the damage which occurred are described as follows in the reasons of the Court of Appeal (after referring to the plaintiff's contract to lay a built-up roof, being a sloping and not a flat roof):

... That is a roof by which a waterproof membrane is formed by applying alternate layers of asphalt and asbestos felt on to the roof surface. The asphalt is brushed on at a temperature of about 425°F; that is well below its distillation point, but the asphalt is viscous enough that it can be easily brushed on. The felt may contain 5% by weight, or even more, of water; the temperature of the asphalt is high enough to drive this off; that causes a certain amount of bubbling for a few seconds. The felt is perforated to allow the escape of the steam, since the layer of felt must be applied before the asphalt has had time to cool and harden.

The work was commenced in April, 1967 and continued over a period of 15 months. The roof failed because large blisters formed in the membrane, caused by the expansion of some gas or water vapour. Some blistering was noticed as early as September, 1967 but was not regarded as serious until about two years after the work had commenced, when it was realized that the problem was general and serious.

The blistering was not such as has ever been encountered before by any of the witnesses, lay or expert. A small amount of blistering is usually encountered, resulting from entrapped water vapour, but this type of blistering has usual characteristics which make it readily identifiable. The blistering which occurred on this roof was quite different.

The trial judge found that the blistering that occurred could not be attributed to faulty workmanship on the part of the plaintiff and this finding was not questioned by the Court of Appeal. The finding that there was no faulty workmanship carried with it a finding, explicitly made by the trial judge, that the plaintiff did not allow air and water vapour to get in between the plies to produce the blistering. There was also a concurrent finding that the asphalt reached the plaintiff without any intermediate intermeddling and in the

Les conclusions différentes des deux cours reposent sur plusieurs conclusions de fait, la plupart d'entre elles concordantes. Je les étudierai ci-après. Après avoir fait état du contrat conclu par la demanderesse pour la pose d'une couverture multicouche sur un toit en pente et non en terrasse, la Cour d'appel décrit dans ses motifs le procédé de pose du toit et la nature des dommages subis comme suit:

[TRADUCTION] ... Il s'agit d'un toit où la membrane d'étanchéité est formée par l'application en alternance de couches d'asphalte et de feutre d'amiante. L'asphalte est répandu à une température d'environ 425°F; cette température est bien inférieure au point de distillation, mais l'asphalte est alors suffisamment visqueux pour être facilement étendu. Le feutre peut contenir 5 p. cent d'eau, ou même plus, par volume; la température de l'asphalte est suffisamment élevée pour provoquer l'évaporation de l'eau, ce qui cause une certaine effervescence pendant quelques secondes. Le feutre est perforé afin de permettre à la vapeur de s'échapper puisque la couche de feutre doit être appliquée avant que l'asphalte ait eu le temps de refroidir et de durcir.

Les travaux ont débuté en avril 1967 et se sont poursuivis pendant 15 mois. La détérioration du toit provient de la formation de grandes cloques dans la membrane par suite de la dilatation de gaz ou de vapeur d'eau. Des boursouflures sont apparues dès septembre 1967; mais la situation n'a pas été considérée comme grave jusqu'à ce qu'on se rende compte, deux ans après la date du début des travaux, que ce problème était généralisé et grave.

Ce type de boursouflures est inconnu des témoins, experts et autres. Il est normal de voir se former un petit nombre de boursouflures, ce qui est dû au blocage de la vapeur d'eau, mais ce type de boursouflures possède des caractéristiques connues qui les rendent facilement identifiables. Or les boursouflures en cause sont tout à fait différentes.

Le juge de première instance a conclu que les boursouflures ne pouvaient être attribuées à l'exécution fautive des travaux par la demanderesse et cette conclusion n'a pas été mise en doute par la Cour d'appel. La conclusion qu'il n'y a pas eu de faute d'exécution emporte une constatation, explicitement faite par le juge de première instance, que la demanderesse a empêché l'air et la vapeur d'eau de pénétrer entre les couches, évitant ainsi la formation de boursouflures. Une conclusion concordante porte que l'asphalte a été livré à la

same condition in which it left the manufacturer, which had followed controlled and customary procedures in producing the asphalt. The trial judge was satisfied on the evidence that there were no causes other than a defect in the asphalt to account for the failure of the roof, thus eliminating any suggestion or contention that there was anything wrong with the felts or with the baseboard or with the inspection. The Court of Appeal accepted this assessment by the trial judge.

Both the trial judge and the Court of Appeal were satisfied that the roof failed in ordinary use. However, while the trial judge concluded that since other probable causes had been eliminated there was probably a latent defect in the asphalt, the Court of Appeal concluded that it was incumbent on the plaintiff to prove, even if not required to identify the defect, that the defect existed in the asphalt when it left the Gulf plant. The cause of the failure, said the Court of Appeal, was an enigma and there was a burden of proof on the plaintiff which it failed to meet. Alternatively, the Court of Appeal held that even if there was a defect in the asphalt it was not shown that the defect had not infected the asphalt after it left the Gulf plant. This basis of decision runs, of course, counter to the finding of the trial judge excluding other probable causes after the asphalt left the manufacturer.

It was not, of course, fatal to the plaintiff's case that the deterioration of the roof through the blistering formation was unlike anything seen by the expert witnesses. Their evidence indicated that the particular blistering was not that which would be produced by trapped air or water, and this was relied on by the trial judge in coming to his conclusion. He also accepted the evidence of a Dr. Horsch who said that he had heated a sample of the roof to 180°F. (summer roof temperature) and that it gave off a gas which was like formic acid. The witness did not keep a sample and was unable to produce the result again at the trial. Gulf challenged the evidence of Dr. Horsch, alleging

demanderesse sans avoir été manipulé par un intermédiaire et dans l'état où il était lorsqu'il a quitté l'usine du fabricant qui, de son côté, avait respecté les procédures de contrôle habituelles de production de l'asphalte. La preuve a convaincu le juge de première instance que la détérioration du toit était due à un vice de l'asphalte et non à une autre cause, éliminant ainsi toute suggestion ou prétention que les feutres, la base de planche ou l'inspection aient été défectueux. La Cour d'appel a fait sienne cette conclusion du juge de première instance.

Tant le juge de première instance que la Cour d'appel ont été convaincus que le toit s'est détérioré à l'usage normal. Cependant, tandis que le juge de première instance a conclu à l'existence probable d'un vice caché dans l'asphalte, vu l'élimination d'autres causes probables de détérioration, la Cour d'appel a conclu que, tout en n'étant pas tenue d'identifier le vice, la demanderesse devait prouver que le défaut de l'asphalte existait lorsque ce produit a quitté l'usine de Gulf. La cause de la détérioration, selon la Cour d'appel, reste un mystère et la demanderesse n'a pas réussi à s'acquitter du fardeau de la preuve qui lui incombait. La Cour d'appel a conclu, subsidiairement, que même s'il y avait un vice dans l'asphalte, il n'a pas été prouvé que ce vice n'est pas apparu après que ce produit eut quitté l'usine de Gulf. Ce fondement de la décision va bien entendu à l'encontre de la conclusion du juge de première instance qui a écarté d'autres causes probables nées après que l'asphalte eut quitté le fabricant.

Il n'est bien sûr pas réhabilitaire pour la cause de la demanderesse que la détérioration du toit due à la formation de boursouflures soit un phénomène inconnu des témoins experts. Selon leurs témoignages, les boursouflures en question ne sont pas de celles que produirait la présence d'eau ou d'air piégés. Le juge de première instance s'est fondé sur ce point pour parvenir à sa conclusion. Il a également accepté le témoignage de M. Horsch qui a affirmé avoir fait chauffer un échantillon du toit à 180°F (soit la température d'un toit en été) et qu'il s'était échappé un gaz semblable à de l'acide formique. Le témoin, qui n'avait pas conservé d'échantillon, n'a pu reproduire le résultat à l'au-

that what he obtained was water vapour and that it could not have been any substance that gasified at 180°F. because the reaction would be about 8,000 times faster at 425°F. to 450°F., which was the temperature at which the asphalt was applied. In such a case, any gas would have bubbled off during application of the asphalt and the extensive bubbling and foaming would have been noticed during the 15-month period over which the work proceeded, but no note was made under the heading "foaming" on the inspection sheets. The trial judge, in accepting the evidence of Dr. Horsch, said that he was fortified in doing so by his finding that no air or water had been trapped in the roofing operations. Although not knowing what the gas was or how it got into the asphalt, the trial judge held that the plaintiff did not have to establish this when other causes had been eliminated.

It was in this respect that the Court of Appeal differed from the trial judge, finding the evidence of Dr. Horsch incredible and requiring proof that a defect existed in the asphalt when it left the manufacturer's plant. In view of the various concurrent findings which I have mentioned, the difference of the Court of Appeal with the trial judge was on a narrow issue of the credibility of certain evidence which in turn resulted in ascribing to the plaintiff a burden of proof which, in the trial judge's view of the law, had been met.

Counsel for Currie and Gulf asserted that this Court should not interfere with the Court of Appeal's assessment of Dr. Horsch's evidence nor with its determination that the plaintiff had a burden of proof to show, on a balance of probabilities, that the asphalt was defective when it left the Gulf plant. A number of cases were cited in support of the Court of Appeal's right to review the trial judge's findings of fact, among them *Annable*

dience. Gulf a contesté le témoignage de M. Horsch: elle a allégué que la substance obtenue n'était que de la vapeur d'eau et qu'il ne pouvait s'agir d'une substance qui se gazéifiait à 180°F car la réaction serait environ 8,000 fois plus rapide à une température de 425°F à 450°F, soit la température de l'asphalte au moment où il a été étendu. Dans une situation semblable, n'importe quel gaz aurait formé des bulles au cours de l'application de l'asphalte et on aurait constaté, durant les travaux, soit durant une période de quinze mois, une formation considérable de bulles et de mousse; mais rien n'a été inscrit sous la rubrique «formation de mousse» sur les feuilles d'inspection. Le juge de première instance a dit trouver appui à son acceptation du témoignage de M. Horsch dans sa conclusion qu'au cours des opérations de pose de la toiture, ni air ni eau n'avaient été piégés. Bien qu'il ne connaisse pas la nature du gaz ni la manière dont il s'est infiltré dans l'asphalte, le juge de première instance a conclu que la demanderesse n'avait pas à le démontrer puisque les autres causes avaient été écartées.

C'est sur ce point que la Cour d'appel et le juge de première instance diffèrent. En effet, la Cour d'appel a conclu que le témoignage de M. Horsch n'était pas vraisemblable et a exigé la preuve de l'existence d'un vice dans l'asphalte au moment où il a quitté l'usine du fabricant. Vu les nombreuses conclusions concordantes dont j'ai fait mention, le point de désaccord entre la Cour d'appel et le juge de première instance porte sur une question étroite, savoir la crédibilité d'une preuve donnée, ce qui a eu pour conséquence d'imposer à la demanderesse un fardeau de preuve, dont, selon l'interprétation du droit faite par le juge de première instance, elle s'était acquittée.

L'avocat de Currie et de Gulf a fait valoir que cette Cour ne devrait pas modifier l'évaluation que la Cour d'appel a faite du témoignage de M. Horsch ni la décision de cette dernière portant qu'il incombait à la demanderesse de prouver, selon la prépondérance des probabilités, que l'asphalte était défectueux lorsqu'il a quitté l'usine. Furent citées plusieurs décisions à l'appui du droit de la Cour d'appel de réviser les conclusions de fait

v. *Coventry*¹ and *Cities Service Oil Co. v. Rubel*². In the latter case, the Ontario Court of Appeal adopted statements in the Privy Council and in the House of Lords that an appellate court is entitled to consider whether, on the evidence, it would have come to the same conclusion as the trial judge or, to put it another way, it can make up its own mind on the evidence, not disregarding the judgment at trial and giving special weight to it where the credibility of witnesses is in issue, but with liberty to draw its own inferences from proved or admitted facts. It appears that this averment in the *Cities Service* case related to cases where there was no conflict in the testimony but, in any event, I regard it as going too far in the light of more modern authorities. Anglin J., as he then was, said in *Annable v. Coventry*, at p. 587, that he agreed with the proposition that it was the duty of an appellate court, even where the appeal turns on a question of fact, to rehear the case and not shrink from overruling the trial judge if, on full consideration the court concludes that the trial judgment was wrong. "Rehear", taken literally, is too strong and would, in my opinion, be wrong. Anglin J. could not have meant this literally.

It would, of course, be open to an appellate court, where credibility of a witness was not in issue, to review findings of fact by a trial judge if they were based on a failure to consider relevant evidence or on a misapprehension of the evidence. An appeal, however, is not a complete rehearing. A majority of this Court held in *Métivier v. Cadorette*³, at p. 382, that it was wrong for an appellate court to set aside a trial judgment where the only point at issue was the interpretation of the evidence as a whole. *Powell v. Streatham Manor Nursing Home*⁴ was relied on in the *Métivier* case (as it was in *Prudential Insurance Co. Ltd. v.*

du juge de première instance, notamment *Annable c. Coventry*¹ et *Cities Service Oil Co. v. Rubel*². Dans ce dernier arrêt, la Cour d'appel de l'Ontario a fait siennes les déclarations du Conseil privé et de la Chambre des lords qu'une cour d'appel a le droit d'étudier la question de savoir si, vu la preuve, elle serait parvenue à la même conclusion que le juge de première instance ou, en d'autres termes, elle peut elle-même se prononcer sur la preuve, sans mettre de côté le jugement de première instance et en lui donnant un poids spécial lorsque la question de la crédibilité des témoins est en jeu, tout en conservant la liberté de tirer ses propres conclusions sur les faits prouvés ou admis. Il appert que cette déclaration dans *Cities Service* se rapportait à des affaires où il n'y avait pas de témoignages contradictoires, mais quoi qu'il en soit, je considère qu'il va trop loin compte tenu de la jurisprudence plus récente. Le juge Anglin, alors juge puîné, a dit dans *Annable c. Coventry*, à la p. 587, qu'il souscrivait à la proposition qu'une cour d'appel est tenue, même lorsque l'appel porte sur une question de fait, d'entendre à nouveau l'affaire et de ne pas craindre de renverser la décision du juge de première instance si, après un examen complet de la preuve, elle conclut que la décision du juge de première instance est erronée. L'expression «entendre à nouveau» prise dans son sens littéral est trop forte et serait, à mon avis, incorrecte. Le juge Anglin n'a pas pu l'employer dans son sens littéral.

Il va de soi que lorsque la crédibilité d'un témoin n'est pas en cause, une cour d'appel peut réviser les conclusions de fait d'un juge de première instance si ce dernier a omis d'étudier un élément de preuve pertinent ou a mal compris la preuve. Un appel, toutefois, n'est pas une nouvelle audition complète. Cette Cour à la majorité a conclu dans *Métivier c. Cadorette*³, à la p. 382, qu'une cour d'appel ne peut à bon droit infirmer une décision de première instance lorsque la seule question en litige porte sur l'interprétation de l'ensemble de la preuve. Dans cette affaire-là, on s'est appuyé sur l'arrêt *Powell v. Streatham Manor Nursing Home*⁴

¹ (1912), 46 S.C.R. 573.

² (1930), 66 O.L.R. 475.

³ [1977] 1 S.C.R. 371.

⁴ [1935] A.C. 243.

¹ (1912), 46 R.C.S. 573.

² (1930), 66 O.L.R. 475.

³ [1977] 1 R.C.S. 371.

⁴ [1935] A.C. 243.

*Forseth*⁵) as emphasizing the advantages of a trial judge, who sees and hears the witnesses, in coming to a conclusion on the acceptability of evidence and on the findings to which the accepted evidence leads. However clear cut the principles may be, governing the right of an appellate court to interfere with the findings of fact by a trial judge, their application may involve a difference of opinion as to whether interference is warranted in a particular case: see *Hood v. Hood*⁶.

In the present case, I do not think that the Court of Appeal's rejection of Dr. Horsch's evidence gave it any warrant to interfere with the trial judge's conclusion on the issue on which the evidence was accepted. That evidence was not the only evidence upon which the trial judge acted but it was, to him, an affirmation of his finding that no other probable cause save a defect in the asphalt at the time that it left the Gulf plant could account for the blistering that occurred when the asphalt was applied. The Court of Appeal would have the plaintiff prove affirmatively that there was a defect, but the trial judge proceeded on the basis that such proof could be made by the elimination of all other probable causes, including the elimination of any probability that some contaminant had got into the asphalt after it left the Gulf plant. No fault could be ascribed to Currie, which merely stored the asphalt after it was received from Gulf and sent it on in the same containers to the plaintiff. However, this does not absolve Currie from liability under *The Sale of Goods Act* if it, in fact, supplied a product which was not of merchantable quality.

Counsel for the respondents submitted further that if it was not enough to hold the judgment in their favour to stand merely on the rejection of Dr. Horsch's evidence by the Court of Appeal, he had a stronger argument that there was no proof that the asphalt was not of merchantable quality. The

(comme on l'avait fait dans l'arrêt *Prudential Insurance Co. Ltd. c. Forseth*⁵) en tant qu'illustration des avantages dont bénéficie un juge de première instance, qui voit et entend les témoins, pour se prononcer sur la recevabilité des témoignages et sur les conclusions vers lesquelles tendent les témoignages acceptés. Aussi clairs que soient les principes qui régissent le droit qu'à une cour d'appel d'intervenir dans les conclusions de fait d'un juge de première instance, leur application peut donner lieu à des divergences d'opinion sur la question de savoir si cette intervention est justifiée dans un cas particulier: voir *Hood c. Hood*⁶.

En l'espèce, je n'estime pas que le rejet du témoignage de M. Horsch par la Cour d'appel la justifiait de modifier la conclusion du juge de première instance sur la question à l'égard de laquelle le témoignage a été accepté. Ce n'est pas là le seul élément de preuve sur lequel s'est fondé le juge de première instance, mais il lui a servi à confirmer sa conclusion qu'aucune autre cause probable, à l'exception d'un vice dans l'asphalte au moment où ce produit a quitté l'usine de Gulf, ne pouvait être à l'origine des boursouflures qui se sont formées lorsque l'asphalte a été étendu. La Cour d'appel aurait voulu que la demanderesse prouve expressément l'existence d'un vice, mais le juge de première instance a estimé qu'on pouvait faire cette preuve en éliminant toutes les autres causes probables, y compris la possibilité d'une contamination de l'asphalte après que ce produit eut quitté l'usine. Aucune faute ne peut être imputée à Currie qui a simplement entreposé l'asphalte après l'avoir reçu de Gulf et qui l'a livré à la demanderesse dans les mêmes contenants. Toutefois, si Currie a effectivement fourni un produit qui n'était pas de qualité marchande, elle ne peut s'exonérer de sa responsabilité en vertu de *The Sale of Goods Act*.

L'avocat des intimées allègue de plus que si le rejet par la Cour d'appel du témoignage de M. Horsch ne suffisait pas pour rendre une décision en leur faveur, il pouvait faire valoir un argument plus fort, savoir qu'il n'a pas été prouvé que l'asphalte n'était pas de qualité marchande. La dété-

⁵ [1960] S.C.R. 210.

⁶ [1972] S.C.R. 244.

⁵ [1960] R.C.S. 210.

⁶ [1972] R.C.S. 244.

failure of the roof did not, he contended, establish the failure of the product; indeed, it was not shown that any defect in the asphalt caused the damage. This, however, engages the trial judge's finding excluding other probable causes and is, in effect, a reaffirmation of the Court of Appeal's assignment of a particular burden of proof to the plaintiff.

There is no doubt that the plaintiff purchaser, suing for damages for breach of the implied condition of merchantable quality, had the burden of proof, in the light of the pleadings, of excluding its faulty workmanship as a probable cause of the blistering of the asphalt. This it did, to the satisfaction of the trial judge and without challenge by the Court of Appeal. Again, in the light of the pleadings and of the evidence it was an obligation of the plaintiff to exclude other probable causes after the asphalt was delivered by Currie. The trial judge found that it had done so and, again, there was no remonstrance by the Court of Appeal. This leaves the question whether the existence of a defect in the asphalt, either when it left the Gulf plant or when it left Currie, the supplier, must be shown affirmatively or may be proved by inference from the evidence as a whole. Proof of a defect must be made, of course, whether the purchaser of the product is plaintiff, suing for damages, or is defendant, resisting an action for the price. The trial judge found, as I have already noted, that the asphalt reached the plaintiff in the same condition that it was in when it left the Gulf plant; in short, that the defect in the asphalt was not attributable to anything that Currie did or failed to do. The Court of Appeal accepted this finding as well.

The difficulty in this case arises from evidence that (1) the particular blistering was unlike anything ever seen before; (2) there had been no complaints either from Currie's other numerous customers or from other middlemen who, like Currie, were suppliers; and (3) there was no proof, apart from Dr. Horsch's evidence, of the nature of the defect and, had there been such proof, it might have been easier to attribute its onset to a particular time or event. There is, of course, the impor-

rioration du toit ne prouve pas, selon lui, le défaut du produit; de fait, on n'a pas établi que les dommages provenaient d'un vice dans l'asphalte. Ceci met toutefois en cause la conclusion du juge de première instance qui a exclu toutes les autres causes probables et constitue en fait une confirmation de l'imposition par la Cour d'appel d'un fardeau de preuve précis à la demanderesse.

Il ne fait aucun doute qu'il revenait à la demanderesse, l'acheteur, qui poursuit en dommages-intérêts pour violation de la condition implicite de qualité marchande, d'exclure, vu les plaidoiries, l'exécution fautive des travaux comme cause probable des boursoffures de l'asphalte. Elle s'en est acquittée à la satisfaction du juge de première instance et cela n'a pas été contesté par la Cour d'appel. Je répète qu'elle est tenue, vu les plaidoiries et la preuve, d'exclure l'existence d'autres causes probables une fois l'asphalte livré par Currie. Le juge de première instance a conclu qu'elle l'avait fait et la Cour d'appel n'a pas protesté. Il reste à résoudre la question de savoir si l'existence d'un vice dans l'asphalte au moment où ce produit a quitté soit l'usine de Gulf soit l'entrepôt de Currie, le fournisseur, doit être expressément établie ou peut être prouvée par déduction tirée de l'ensemble de la preuve. Que l'acheteur d'un produit soit demandeur dans une action en dommages-intérêts ou défendeur dans une action en recouvrement du prix, il faut prouver l'existence d'un vice. Le juge de première instance a conclu, comme je l'ai déjà souligné, que l'asphalte est parvenu à la demanderesse dans l'état où il était lorsqu'il a quitté l'usine de Gulf; bref, que le vice dans l'asphalte n'était imputable à aucun geste ou omission de Currie. La Cour d'appel a également accepté cette conclusion.

Le problème en l'espèce tire son origine de la preuve selon laquelle (1) les boursoffures en cause diffèrent de toutes celles qu'on voit normalement; (2) ni les nombreux autres clients de Currie ni les autres intermédiaires qui, comme Currie, étaient des fournisseurs ne se sont plaints; et (3) la nature du vice n'a pas été prouvée indépendamment du témoignage de M. Horsch, et, l'eût-elle été, il aurait peut-être été plus facile d'en lier le déclenchement à un moment ou à un événement

tant fact that Gulf and Currie controlled the production and delivery of the asphalt, and this undoubtedly was relevant to the trial judge's ultimate resolution of the case in favour of the appellant.

The Court of Appeal, in placing upon the plaintiff a burden of proof to show that, although the asphalt failed as a product, there was a defect in it when it left the Gulf plant, proceeded on the view that there must be a credible theory to account for the defect and that Dr. Horsch's theory was incredible. I do not think that, in the circumstances of this case, the absence of a credible theory that would indicate that the defect was in the manufacturing process or occurred before the asphalt left the Gulf plant is conclusive against the appellant. The rejection of the gas theory of Dr. Horsch, a theory accepted by the trial judge, does not necessarily mean that the plaintiff fails. True, the gas theory was an element in the trial judge's conclusion in favour of the appellant but, it seems to me, that if the inference drawn by the trial judge is impermissible, in the light of the evidence of regularity adduced by the respondents, a greater burden of proof than proof on a balance of probabilities is cast on the plaintiff.

This case can, of course, be looked at as exhibiting two possible causes of the defect, each of them unlikely in view of the evidence. We are still left, however, with the fact of a defect in respect of a product emanating from the respondents. The state of the evidence was such as to make it specially appropriate for the trial judge to make inferences from what was put before him. He certainly canvassed all relevant evidence and did not misapprehend it in any material way. The concurrent findings of fact are cogent indicators that he took a proper approach. I do not think that his conclusion ought to have been disturbed on appeal on the basis on which the Court of Appeal proceeded.

It appears to me also that the Court of Appeal treated the case before it as one sounding in

particulier. Il y a évidemment le fait important que Gulf et Currie ont contrôlé la production et la livraison de l'asphalte; ceci a manifestement influé sur la décision du juge de première instance qui a donné gain de cause à l'appelante.

En faisant reposer sur la demanderesse le fardeau de prouver que, même si l'asphalte était défectueux en tant que produit, il l'était déjà au moment où il a quitté l'usine de Gulf, la Cour d'appel s'est fondée sur la proposition qu'il devait exister une théorie vraisemblable pour expliquer le vice et que la théorie de M. Horsch ne l'était pas. Je n'estime pas, vu les circonstances de l'espèce, que l'absence d'une théorie vraisemblable qui indiquerait que le vice est imputable au processus de fabrication ou qu'il s'est produit avant que l'asphalte quitte l'usine de Gulf, soit péremptoire à l'encontre de l'appelante. Le rejet de la théorie de la formation de gaz avancée par M. Horsch, théorie à laquelle a souscrit le juge de première instance, ne signifie pas nécessairement qu'il faille débouter la demanderesse. Certes, cette théorie est un élément de la décision du juge de première instance en faveur de l'appelante, mais j'estime que, si la déduction faite par le juge de première instance est inadmissible, compte tenu de la preuve de conformité produite par les intimées, on impose à la demanderesse un fardeau de preuve beaucoup plus lourd que celui de la preuve suivant la prépondérance des probabilités.

On peut bien entendu en l'espèce voir deux causes possibles du vice, chacune d'elles improbables compte tenu de la preuve. Il n'en reste pas moins le fait qu'il y avait un vice dans un produit provenant des intimées. L'état de la preuve était tel que le juge de première instance était particulièrement justifié de faire des déductions de ce qui lui était soumis. Il a effectivement examiné à fond toute la preuve pertinente et l'a bien interprétée dans ses éléments essentiels. Les conclusions de fait concordantes indiquent de façon convaincante qu'il l'a abordée de façon appropriée. A mon avis, sa conclusion n'aurait pas dû être modifiée par la Cour d'appel pour les motifs avancés par cette dernière.

De plus, la Cour d'appel me semble avoir considéré la présente affaire comme s'il s'agissait d'une

negligence against Gulf rather than being a contract action against Currie. If it were not for the reference by Weatherston J.A. to *Canadian William A. Rogers Ltd. v. Lucerne Metal & Plastic Products Ltd.*⁷, it would be difficult to appreciate that this was an action under *The Sale of Goods Act*. As in the *Rogers* case, it was enough here that the plaintiff show that a defect existed when the goods were delivered by Currie, without being required to prove the cause of the defect. The Court of Appeal in the *Rogers* case accepted the trial judge's holding that the plaintiff had met that burden of proof. The Court of Appeal here should have come to a similar conclusion.

I would, accordingly, allow the appeal, set aside the judgment of the Ontario Court of Appeal and restore the judgment at trial. The appellant is entitled to the costs ordered at trial and to costs in the Court of Appeal and in this Court.

Appeal allowed with costs.

Solicitors for the appellant: Schreiber, Bordonaro & Yanover, Hamilton.

Solicitors for the respondent Currie Products: White, Swaye, Mackesy & Smye, Hamilton.

Solicitors for the respondent Gulf Oil: McGarry & McKeon, Toronto.

⁷ [1949] O.R. 135.

action en responsabilité contre Gulf plutôt que d'une action contractuelle contre Currie. Si ce n'était du renvoi du juge Weatherston à l'arrêt *Canadian William A. Rogers Ltd. v. Lucerne Metal & Plastic Products Ltd.*⁷, il serait difficile de voir qu'il s'agit d'une action intentée sous l'autorité de *The Sale of Goods Act*. Comme dans l'affaire *Rogers*, il suffisait ici que la demanderesse prouve qu'il existait un vice lorsque Currie a livré la marchandise, sans être obligée d'en prouver la cause. Dans l'affaire *Rogers*, la Cour d'appel a accepté la conclusion du juge de première instance que la demanderesse s'était acquittée du fardeau de la preuve. La Cour d'appel aurait dû, en l'espèce, arriver à une conclusion identique.

Par conséquent, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi, d'infirmer l'arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario et de rétablir le jugement de première instance. L'appelante a droit aux dépens comme l'a ordonné le juge de première instance et aux dépens en Cour d'appel et en cette Cour.

Pourvoi accueilli avec dépens.

Procureurs de l'appelante: Schreiber, Bordonaro & Yanover, Hamilton.

Procureurs de l'intimée Currie Products: White, Swaye, Mackesy & Smye, Hamilton.

Procureurs de l'intimée Gulf Oil: McGarry & McKeon, Toronto.

⁷ [1949] O.R. 135.