

Alexander Epstein and Eve Elizabeth Gilmour (*Plaintiffs*) *Appellants*;

and

Jack Reymes (*Defendant*) *Respondent*.

1972: May 8; 1972: June 29.

Present: Judson, Ritchie, Hall, Spence and Laskin JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

Nuisance—Game farm operation in quiet peaceful locality—Recurring and continuing noise materially interfering with appellants' comfort—Injunction justified.

Real property — Riparian rights — Prescription — Artificial watercourse in use over lengthy period of time—Respondent in position of lower riparian owner entitled to benefit of flow of water—Intentional interference without justification—Injunction appropriate remedy.

The plaintiff E together with one G instituted proceedings against the defendant for injunctive relief and for damages by reason of interference with and disturbance of the plaintiffs' possession and enjoyment of their respective lands which adjoined the land of the defendant. The latter operated a game farm on his land and invited paying customers to engage in the hunting of pheasants and in trap shooting. He counterclaimed against E to enjoin interference with the flow of a subsurface stream to his land.

The trial judge allowed the claims of the respective parties for permanent injunctions but refused to award damages. An appeal by the defendant and cross-appeal by the plaintiffs resulted in a variation of the composite order enjoining the defendant from carrying on commercial hunting and trap shooting. In its place the Court of Appeal directed that upon the undertaking of the defendant to erect a barbed wire fence on that portion of his property east of that of E and north of that of G, in each case to be no closer than 300 yards from the plaintiffs' lands, the injunction as to commercial hunting was not to apply to the area lying east and north of the fence. The injunction against trap shooting was not disturbed, and, similarly, the injunction against E was sustained.

Alexander Epstein et Eve Elizabeth Gilmour (*Demandeurs*) *Appelants*;

et

Jack Reymes (*Défendeur*) *Intimé*.

1972: le 8 mai; 1972: le 29 juin.

Présents: Les Juges Judson, Ritchie, Hall, Spence et Laskin.

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

Nuisance—Exploitation d'un parc à gibier dans une localité paisible—Bruit répété et continu troublant d'une manière appréciable le confort des appelants—Injonction justifiée.

Immeuble—Droits du propriétaire riverain—Prescription—Cours d'eau artificiel utilisé depuis une longue période de temps—Position de l'intimé celle d'un propriétaire riverain inférieur ayant droit à l'avantage de recevoir les eaux—Trouble intentionnel et sans motif—Injonction est le recours approprié.

Le demandeur E, de concert avec G, a intenté des procédures en vue d'obtenir une ordonnance d'injonction et des dommages-intérêts contre le défendeur, qui aurait gêné et troublé la possession et la jouissance des demandeurs sur leurs terrains respectifs, contigus au terrain du défendeur. Ce dernier exploitait un parc à gibier sur son terrain et accueillait des clients, moyennant un droit d'entrée, pour la chasse au faisan et pour le tir au pigeon d'argile. Dans une demande reconventionnelle, le défendeur conclut à ce qu'il soit enjoint à E de ne pas gêner l'écoulement du cours d'eau souterrain débouchant sur son terrain.

Le juge de première instance a accueilli les demandes d'injonction permanente des deux parties mais il a refusé d'adjudger des dommages-intérêts. Un appel interjeté par le défendeur et un appel incident interjeté par les demandeurs ont eu pour effet de faire modifier l'ordonnance mixte interdisant au défendeur de pratiquer la chasse commerciale et le tir au pigeon d'argile. A la place, la Cour d'appel a ordonné que, à condition que le défendeur s'engage à ériger une clôture de fil de fer barbelé sur la partie de son terrain située à l'est de celui de E et au nord de celui de G, à une distance d'au moins 300 verges des terrains respectifs des demandeurs, l'injonction visant la chasse commerciale ne s'appliquerait pas au territoire s'étendant à l'est et au nord de la clôture. L'injonction visant le tir au pigeon d'argile n'a pas été modifiée et, de même, l'injonction prononcée contre E a été maintenue.

On E's appeal to this Court two issues were raised. The first arose out of his submission that the order restraining commercial hunting should extend to the whole of the defendant's property, which was the view of the trial judge. The second issue related to the injunction against interference by E with the flow of the subsurface stream to the defendant's land. The trial judge found that "since at least 1923 the water had flowed in a clearly defined subterranean passage to the defendant's land", and he concluded that the defendant had established an easement in respect of this watercourse under s. 31 of *The Limitations Act*, R.S.O. 1960, c. 214.

Held: The appeal should be allowed in part.

The appeal in respect of the commercial hunting should be allowed, the order of the Court of Appeal set aside and the order of the trial judge restored. The order of the Court of Appeal would not remove the invasion of recurring noise from the activities of the hunters and would not keep out the birds or the dogs that were part of the game farm operation when, in flight or in chase, they approached E's land.

As to the second point, there was a basis in prescription to support the respondent's case by recognizing, as being implicit in the trial judge's finding, that this artificial watercourse was originally made under such circumstances and had been so used as to give all the rights that the riparian proprietors would have had if it had been a natural stream. The Court therefore held that the respondent was in the position of a lower riparian owner entitled to have the benefit of the flow of the water to his land. Intentional interference with this benefit without justification, which was the present case, is an actionable tort and redress by injunction is an appropriate remedy.

Sutcliffe v. Booth (1863), 32 L.J.Q.B. 136; *Rameshur Pershad Narain Singh v. Koonj Behari Pattuk* (1887), 4 App. Cas. 121, applied; *Chamber Colliery Co. v. Hopwood* (1886), 38 Ch.D. 549, referred to.

APPEAL from a judgment of the Court of Appeal for Ontario varying the judgment of Houlden J. at trial. Appeal allowed in part.

Dans son appel à cette Cour, E soulève deux questions. La première naît de son allégation que l'ordonnance limitant la chasse commerciale devrait s'étendre sur toute la propriété du défendeur, comme le pensait le juge de première instance. La seconde question concerne l'injonction décernée contre E et l'enjoignant de ne pas gêner l'écoulement du cours d'eau souterrain débouchant sur le terrain du défendeur. Le juge de première instance a statué que «l'eau avait coulé jusqu'au terrain du défendeur par un passage souterrain nettement déterminé depuis au moins 1923», et il a conclu que le défendeur avait établi l'existence d'une servitude relativement à ce cours d'eau en vertu de l'art. 31 du *Limitations Act*, R.S.O. 1960, c. 214.

Arrêt: L'appel doit être accueilli en partie.

L'appel en ce qui concerne la chasse commerciale doit être accueilli, l'ordonnance de la Cour d'appel infirmée et l'ordonnance du juge de première instance rétablie. L'ordonnance de la Cour d'appel n'élimine pas la violation par le bruit répété provenant de l'activité des chasseurs et n'empêche pas l'entrée des oiseaux ou des chiens rattachés à l'exploitation du parc à gibier quand, ces derniers donnant la chasse aux premiers, ils approchent du fonds de E.

Quant à la seconde question, il est possible de se fonder sur la prescription pour appuyer la demande de l'intimé en reconnaissant, comme implicitement contenu dans les conclusions du juge de première instance, que les circonstances dans lesquelles ce cours d'eau artificiel a été formé à l'origine, et la façon dont il a été utilisé, confèrent aux propriétaires riverains tous les droits que ces derniers auraient eus s'il avait constitué un cours d'eau naturel. On doit donc conclure que la position de l'intimé est celle d'un propriétaire riverain inférieur qui a droit à l'avantage de recevoir les eaux sur son terrain. Troubler intentionnellement et sans motif la jouissance de cet avantage, et c'est le cas en l'espèce, constitue un délit civil, et l'injonction est un recours approprié.

Arrêts suivis: *Sutcliffe v. Booth* (1863), 32 L.J.Q.B. 136 et *Rameshur Pershad Narain Singh v. Koonj Behari Pattuk* (1887), 4 App. Cas. 121. Arrêt mentionné: *Chamber Colliery Co. v. Hopwood* (1886), 32 Ch. D. 549.

APPEL d'un jugement de la Cour d'appel de l'Ontario modifiant un jugement du Juge Houlden. Appel accueilli en partie.

I. G. Scott, for the plaintiff, appellant, Alexander Epstein.

R. N. Starr, Q.C., for the defendant, respondent.

The judgment of the Court was delivered by

LASKIN J.—This appeal, by the plaintiff Alexander Epstein alone, arises out of proceedings which he and one Eve Elizabeth Gilmour instituted against the defendant for injunctive relief and for damages by reason of interference with and disturbance of the plaintiffs' possession and enjoyment of their respective lands which adjoined the land of the defendant. The latter operated a game farm on his land and invited paying customers to engage in the hunting of pheasants and in trap shooting. He counterclaimed against Epstein to enjoin interference with the flow of a subsurface stream to his land.

Houlden J., in reasons which exhibited a careful assessment of the evidence, allowed the claims of the respective parties for permanent injunctions but refused to award damages. An appeal by the defendant and cross-appeal by the plaintiffs resulted in a variation of the composite order enjoining the defendant from carrying on commercial hunting and trap shooting. In its place the Ontario Court of Appeal directed that upon the undertaking of the defendant to erect a barbed wire fence on that portion of his property east of that of Epstein and north of that of Gilmour, in each case to be no closer than 300 yards from the plaintiffs' lands, the injunction as to commercial hunting was not to apply to the area lying east and north of the fence. The injunction against trap shooting was not disturbed, and, similarly, the injunction against Epstein was sustained.

Two issues only are raised in Epstein's appeal to this Court. The first arises out of his submission that the order restraining commercial hunting (or, to use the terms of the injunction order,

I. G. Scott, pour le demandeur, appelant, Alexander Epstein

R. N. Starr, c.r., pour le défendeur, intimé.

Le jugement de la Cour a été rendu par

LE JUGE LASKIN—Le présent appel, interjeté par le demandeur Alexander Epstein seul, est né de procédures qu'il avait intentées de concert avec une certaine Eve Elizabeth Gilmour en vue d'obtenir une ordonnance d'injonction et des dommages-intérêts contre le défendeur, qui aurait gêné et troublé la possession et la jouissance des demandeurs sur leurs terrains respectifs, contigus au terrain du défendeur. Ce dernier exploitait un parc à gibier sur son terrain et accueillait des clients, moyennant un droit d'entrée, pour la chasse au faisan et pour le tir au pigeon d'argile. Dans une demande reconventionnelle, le défendeur conclut à ce qu'il soit enjoint au demandeur Epstein de ne pas gêner l'écoulement du cours d'eau souterrain débouchant sur son terrain.

Dans des motifs qui révèlent une étude soignée de la preuve, le Juge Houlden a accueilli les demandes d'injonction permanente des deux parties mais il a refusé d'adjuger des dommages-intérêts. Un appel interjeté par le défendeur et un appel incident interjeté par les demandeurs ont eu pour effet de faire modifier l'ordonnance mixte interdisant au défendeur de pratiquer la chasse commerciale et le tir au pigeon d'argile. A la place, la Cour d'appel de l'Ontario a ordonné que, à condition que le défendeur s'engage à ériger une clôture de fil de fer barbelé sur la partie de son terrain située à l'est de celui d'Epstein et au nord de celui de dame Gilmour, à une distance d'au moins 300 verges des terrains respectifs des demandeurs, l'injonction visant la chasse commerciale ne s'appliquerait pas au territoire s'étendant à l'est et au nord de la clôture. L'injonction visant le tir au pigeon d'argile n'a pas été modifiée et, de même, l'injonction prononcée contre Epstein a été maintenue.

Dans son appel à cette Cour, Epstein ne soulève que deux questions. La première naît de son allégation que l'ordonnance limitant la chasse commerciale (ou, pour reprendre les termes de

restraining the "discharging of arms for the purposes of commercial hunting") should extend to the whole of the defendant's property, which was the view of the trial judge. The second issue relates to the injunction against interference by Epstein with the flow of the subsurface stream to the defendant's land. I propose to deal with these two points in reverse order.

The two properties of the appellant Epstein and of the respondent Reymes have as their north boundaries Ontario provincial highway 401. Reymes' property consists of 138 acres in the form of a "U" within which Epstein's property lies. Thus, the respondent's land abuts upon that of the appellant on its east, south and west boundaries; and, having regard to its shape, has part of its north boundary (at the bottom of the "U") abutting on the southerly part of the appellant's land. The Gilmour property lies to the south of that of the respondent, but that litigant, as already indicated, is not before this Court. A private road, owned by the respondent, runs northerly on his property from a township road running off Ontario provincial highway No. 2, which is an east-west road south of that property. Epstein enjoys a right of way over this private road to his land.

He bought it in 1965 as a summer, week-end and holiday residence for himself and his family. There is a swimming pool on it in front of the residence and towards its southerly boundary. Southeast of the pool is an artificial pond in which surface drainage and water from underground springs were accumulated, and the overflow was over a retaining wall so as to constitute a small waterfall. The pond had been constructed by a predecessor in title of the appellant as part of a garden development in the area which had previously been drained by means of wooden tiles which made cultivation possible. The overflow from the pond went into a ditch which ran southerly and then easterly to the southeast corner of the appellant's property, emptying into another pond at that point.

l'ordonnance d'injonction, limitant la [TRADUCTION] «décharge d'armes à feu aux fins de la chasse commerciale») devrait s'étendre sur toute la propriété du défendeur, comme le pensait le juge de première instance. La seconde question concerne l'injonction décernée contre Epstein et l'enjoignant de ne pas gêner l'écoulement du cours d'eau souterrain débouchant sur le terrain du défendeur. Je me propose de commenter ces deux points en commençant par le dernier.

Les propriétés respectives de l'appellant Epstein et de l'intimé Reymes sont bornées au nord par la route 401 de la province de l'Ontario. La propriété de Reymes a une superficie de 138 acres en forme de «U» à l'intérieur duquel est située la propriété d'Epstein. Donc, le terrain de l'intimé touche celui de l'appellant à sa limite est, sud et ouest; et, de par sa forme, une partie de sa limite nord (à la base du «U») touche la partie sud du terrain de l'appellant. La propriété Gilmour est située au sud de celle de l'intimé, mais dame Gilmour est une partie qui, comme je l'ai déjà indiqué, n'est pas en cause devant cette Cour. Un chemin privé, appartenant à l'intimé, traverse la propriété de celui-ci en direction nord à partir d'une route de canton qui donne sur la route n° 2 de la province de l'Ontario, une voie est-ouest située au sud de cette propriété. Epstein jouit d'un droit de passage sur ce chemin privé jusqu'à son terrain.

Il a acheté cette propriété en 1965 pour y passer l'été, les fins de semaine et les vacances avec sa famille. Il y a une piscine devant la maison du côté de la limite sud. Au sud-est de la piscine, il y a un étang artificiel où s'accumulent les eaux de surface et les eaux de sources souterraines et qui forme une petite chute en se dégorgeant par-dessus un mur de retenue. L'étang a été créé par un propriétaire antérieur dans le cadre d'un programme local d'aménagement jardinier dans lequel on avait tout d'abord procédé au drainage au moyen de conduite en bois, afin de rendre possible la culture. L'étang se dégorge dans un fossé qui coule vers le sud et ensuite vers l'est, jusqu'au coin sud-est de la propriété de l'appellant, y déversant ses eaux dans un autre étang.

Part of the ditch, from its beginning at the first-mentioned pond to a distance of about 175 feet (according to a witness whose testimony was accepted by the trial judge), was open, and the remaining part was covered over so that the water ran underground to the second pond on the appellant's land. At a point about 60 feet along the open portion there was a diversion of the flowing water by reason of a wooden box or tile so that part of the stream constituted by the ditch ran south under some cedar roots and into the respondent's property emptying into a pond on his land. Epstein blocked this flow of water to the respondent's land, not in the course of reasonable use of the stream but as an incident of a course of disputation between these neighbours arising from the commercial hunting and trap shooting that was permitted by the respondent on his property.

The trial judge found that "since at least 1923 the water had flowed in a clearly defined subterranean passage to the defendant's land", and he concluded that the defendant had established an easement in respect of this watercourse under s.31 of *The Limitations Act*, R.S.O. 1960, c.214. In dealing with this matter he emphasized more than once that the water followed a well-defined underground course, and on emerging on the respondent's land it continued in a well-defined channel to a pond on that land.

The main submissions of the appellant in asserting his right to interfere with the flow of the stream were that there was no defined channel in which the water ran, that it originated as an artificial waterway and had no permanent character to permit the acquisition of prescriptive rights, and that the respondent could only succeed in his claim to an injunction by showing an express or implied grant from an earlier common owner of the two properties. There are concurrent findings of fact that the water flowed in a clearly defined channel from the Epstein property to that of the respondent. The Court of Appeal, unlike the trial

Une partie du fossé, à partir de sa source dans l'étang mentionné en premier lieu, et jusqu'à une distance d'environ 175 pieds (d'après un témoin dont la version a été retenue par le juge de première instance), coule en surface et le reste est couvert, de sorte que l'eau se rend sous terre jusqu'au second étang du terrain de l'appelant. A un point situé à environ 60 pieds le long de la partie qui est à ciel ouvert, un tuyau ou conduit rectangulaire d'écoulement en bois fait dériver le cours de l'eau, de sorte qu'une partie du cours d'eau formé par le fossé s'écoule vers le sud sous des racines de cèdres et jusque sur la propriété de l'intimé pour enfin se jeter dans un étang sur son terrain. Epstein a obstrué ce cours d'eau se déversant sur le terrain de l'intimé, non par suite d'un usage raisonnable du cours d'eau mais par suite d'une dispute entre ces voisins à propos de la chasse commerciale et du tir au pigeon d'argile que l'intimé autorisait sur sa propriété.

Le juge de première instance a statué que [TRADUCTION] «l'eau avait coulé jusqu'au terrain du défendeur par un passage souterrain nettement déterminé depuis au moins 1923,» et il a conclu que le défendeur avait établi l'existence d'une servitude relativement à ce cours d'eau en vertu de l'article 31 du *Limitations Act*, R.S.O. 1960, c. 214. En décidant cette question, il a souligné plus d'une fois que l'eau suit un cours souterrain bien déterminé et qu'en débouchant sur le terrain de l'intimé, elle continue à couler dans un canal bien déterminé jusqu'à un étang situé sur ce terrain.

Pour faire valoir son droit de gêner l'écoulement du cours d'eau, les principales allégations de l'appelant sont qu'il n'y a aucun canal déterminé où doit s'écouler l'eau, qu'à l'origine ce cours d'eau avait été créé artificiellement et n'avait aucun caractère de permanence donnant droit à la prescription acquisitive, et que la requête en injonction de l'intimé ne peut être accueillie que s'il est démontré qu'il y a déjà eu établissement exprès ou implicite de la part d'un propriétaire commun des deux fonds. Il y a des conclusions concordantes sur les faits que l'eau s'écoule dans un canal nettement déterminé de la propriété

dominant one by way of a cross-easement to the judge, spoke of it as "an original stream"; and, on the facts, I take this to mean that the water was not artificially supplied. It had been, however, artificially collected; and there was an artificial diversion of it to the respondent's land by means of the wooden box or tile. The question that must be answered, therefore, is whether there was any duty upon the appellant to refrain from interfering with this diversion for the benefit of the respondent.

Epstein could not, of course, object to the use of the diverted water by the respondent once it had left Epstein's land. Nor are we concerned here with Epstein's right to continue to send the water on to the respondent's land; the latter takes no such objection. What is involved is the creation of a situation which, having continued over a period of time exceeding forty years (long enough, as the trial judge has found, to establish a prescriptive right), has become indistinguishable from a natural condition.

The trial judge's finding meant that he was satisfied that the diversion of the overflowing water in a defined channel to the respondent's land was not merely temporary and that the diversion was not one that served a particular purpose of the upper riparian owner so as to make the respondent's claim precarious. There was, however, no express advertence to the issue of precariousness, which is enveloped in the requirement for a prescriptive easement under s.31 of *The Limitations Act* (now R.S.O. 1970, c.246) and is specifically found in the words "claiming right thereto" in that section.

The basis upon which the respondent can claim a continuation of the flow of the water is not at all clear when the record shows that the discharge of the water into his land began as a benefit to the Epstein land and as a burden upon the land now held by the respondent. Of course, the respondent could use the water so discharged; but in seeking to turn his servient tenement into a

d'Epstein à celle de l'intimé. La Cour d'appel, à la différence du juge de première instance, l'a considéré comme [TRADUCTION] «un cours d'eau originaire»; et, me basant sur les faits, mon interprétation de cette expression est que l'approvisionnement en eau n'est pas artificiel. Par contre, l'eau est artificiellement recueillie; et un tuyau ou conduit rectangulaire d'écoulement la fait dériver artificiellement jusqu'au terrain de l'intimé. Il faut donc répondre à la question de savoir si l'appellant a le devoir, dans l'intérêt de l'intimé, de s'abstenir de modifier cette dérivation.

Epstein ne peut évidemment pas s'opposer à ce que l'intimé fasse usage de l'eau dérivée une fois qu'elle a quitté le terrain d'Epstein. En l'espèce, il n'importe pas non plus de s'occuper du droit d'Epstein de laisser s'écouler l'eau sur le terrain de l'intimé; ce dernier ne s'y oppose aucunement. Ce qui est en cause c'est la création d'une situation qui, ayant existé pendant plus de quarante ans (période assez longue, comme l'a statué le juge de première instance, pour établir un droit par prescription), ne peut plus se distinguer d'un état de fait naturel.

La conclusion du juge de première instance indique qu'il est convaincu que la dérivation du trop-plein dans un canal déterminé vers le terrain de l'intimé n'était pas simplement temporaire et qu'il ne s'agissait pas d'une dérivation servant au propriétaire riverain supérieur à une fin particulière, de façon à rendre précaire la demande de l'intimé. Cependant, on n'a pas expressément tenu compte de la question de la précarité, qui est englobée dans la condition requise pour un droit de servitude fondé sur la prescription en vertu de l'art. 31 du *Limitations Act* (maintenant R.S.O. 1970, c. 246), et qui est spécifiquement visée par les termes [TRADUCTION] «qui revendique un droit s'y rapportant» contenus dans cet article.

Ce sur quoi l'intimé doit s'appuyer pour pouvoir réclamer qu'il y ait un écoulement continu de l'eau n'est pas clair du tout lorsque le dossier démontre qu'à l'origine, l'écoulement de l'eau sur son terrain était un avantage pour le terrain d'Epstein et une charge pour celui dont l'intimé est maintenant propriétaire. Évidemment, l'intimé pouvait faire usage de l'eau ainsi écoulée; mais, en cherchant à changer son fonds servant en fonds

flow of the artificial watercourse, he is asserting a right which, as Bowen L.J. said in *Chamber Colliery Co. v. Hopwood*¹, at p. 558 is "a very difficult kind of right to establish". Submission to the flow of water sent down by Epstein and his predecessors for the prescriptive period squares more easily with a claim of right against the respondent and his predecessors than a cross-assertion by the latter to have that flow maintained.

I would have been content, in the circumstances of the present case, to place the respondent's position not on prescriptive easement but on the proposition stated in 28 Halsbury, 1st ed., 1914, at p. 424, as follows:

Every riparian owner on a natural watercourse flowing in a known and defined channel, whether on the surface of the land or below it, or in an artificial channel of a permanent character, has as incident to his property in the riparian land a proprietary right to have the water flow to him in its natural state in flow, quantity, and quality, neither increased nor diminished, whether he has yet made use of it or not.

This proposition was carried into the second edition of Halsbury (see vol. 33, 1939, p. 593) but was dropped in the current third edition: see vol. 40, 1962, p. 516. It does, however, reflect a view of the law taken in American cases. The weight of authority there is that riparian rights exist in the flow of artificial streams where the artificial condition has permanency and lower riparian owners have relied upon its continuance: see 93 Corpus Juris Secundum, # 129, pp. 841-842; 6A American Law of Property, 1954, p. 157.

There is, however, a basis in prescription to support the respondent's case by recognizing, as being implicit in the trial judge's finding, that (to adapt the words used in *Sutcliffe v. Booth*²) this artificial watercourse was originally made under such circumstances and has been so used as to

dominant par voie de contre-servitude d'écoulement du cours d'eau artificiel, il fait valoir un droit, comme l'a dit le Lord Juge Bowen dans *Chamber Colliery Co. v. Hopwood*¹, p. 558, est [TRADUCTION] «un genre de droit très difficile à établir». Une allégation qu'il y a eu écoulement des eaux en provenance du fonds d'Epstein et de ses prédécesseurs pendant la période de la prescription s'accorde davantage avec une action intentée contre l'intimé et ses prédécesseurs qu'avec une demande reconventionnelle instituée par ce dernier et ayant pour objet que l'écoulement soit maintenu.

Dans les circonstances de l'espèce, il m'aurait suffi de considérer la position de l'intimé non pas en regard d'une servitude acquise par prescription mais en regard de l'énoncé formulé dans 28 Halsbury, 1^{re} éd., 1914, p. 424 et qui se lit comme suit:

[TRADUCTION] Tout propriétaire riverain dont le fonds borne un cours d'eau naturel s'écoulant dans un canal connu et déterminé, soit à la surface soit sous terre, ou dans un canal artificiel de nature permanente, a droit, comme accessoire à son droit de propriété dans le fonds riverain, à recevoir les eaux qui y coulent dans leur état naturel quant à l'écoulement, au débit et à la qualité, sans augmentation ni diminution, qu'il en ait fait usage ou non.

Cet énoncé a paru dans la deuxième édition d'Halsbury (voir vol. 33, 1939, p. 593) mais non dans la troisième édition courante: voir vol. 40, 1962, p. 516. Cependant, il reflète le point de vue juridique adopté dans les précédents américains. Selon cette jurisprudence, des droits riverains s'attachent à l'écoulement des cours d'eau artificiels lorsque l'état artificiel a un caractère permanent et que les propriétaires riverains inférieurs ont compté sur la continuation de l'écoulement: voir 93 Corpus Juris Secundum, # 129, pp. 841-842; 6A American Law of Property, 1954, p. 157.

Il est cependant possible de se fonder sur la prescription pour appuyer la demande de l'intimé en reconnaissant, comme implicitement contenu dans les conclusions du juge de première instance, que (pour adopter les termes employés dans *Sutcliffe v. Booth*²) les circonstances dans lesquelles

¹ (1886), 32 Ch.D 549.

² (1863), 32 L.J.Q.B. 136.

¹ (1886), 32 Ch. D 549.

² (1863), 32 L.J.Q.B. 136.

give all the rights that the riparian proprietors would have had if it had been a natural stream: see also *Rameshur Pershad Narain Singh v. Koonj Behari Pattuk*³. I hold therefore that the respondent is in the position of a lower riparian owner entitled to have the benefit of the flow of the water to his land. Intentional interference with this benefit without justification, which is the present case, is an actionable tort and redress by injunction is an appropriate remedy.

I turn now to the issue of the territorial scope of the injunction against commercial hunting on the respondent's land. The respondent is a descendant of a family that originally owned the entire property now held by the parties. He began to operate a game farm in 1962, raising pheasants which, when grown, were released for hunting by paying customers. Dogs were used in this enterprise, and it is common ground that neither they nor the birds can be successfully contained at all times within the limits of the respondent's land; and not even by the barbed wire fence whose erection was a condition of the Court of Appeal's modification of the all-encompassing injunction granted by the trial judge. Counsel for the respondent informed the Court that a five strand fence of the kind specified is in fact in place at the distances prescribed by the Court of Appeal's order.

The operator of a game farm must have a provincial licence. The applicable regulation in this case was s. 3(1) of O/Reg. 199 under *The Game and Fisheries Act*, R.S.O. 1960, c. 158 (now *The Game and Fish Act*, R.S.O. 1970, c. 186), found in R.R.O. 1960, vol. 1, p. 1053 (now s. 3(1) of O/Reg. 368, in R.R.O. 1970, vol. 2, p. 682). It reads as follows:

A game bird hunting preserve shall be not less than 100 acres and not more than 600 acres in area.

ce cours d'eau artificiel a été formé à l'origine, et la façon dont il a été utilisé, confèrent aux propriétaires riverains tous les droits que ces derniers auraient eus s'il avait constitué un cours d'eau naturel: voir aussi *Rameshur Pershad Narain Singh v. Koonj Behari Pattuk*³. Je conclus donc que la position de l'intimé est celle d'un propriétaire riverain inférieur qui a droit à l'avantage de recevoir les eaux sur son terrain. Troubler intentionnellement et sans motif la jouissance de cet avantage, et c'est le cas en l'espèce, constitue un délit civil, et l'injonction est un recours approprié.

J'aborde maintenant la question de l'étendue territoriale de l'injonction visant la chasse commerciale sur le terrain de l'intimé. L'intimé est le descendant d'une famille qui, à l'origine, était propriétaire de toute la propriété appartenant maintenant aux parties. Il a commencé à exploiter son parc à gibier 1962; il élevait des faisans qui, à maturité, étaient relâchés pour être chassés par des clients payants. Des chiens sont utilisés dans cette chasse; et les parties reconnaissent que ni les chiens ni les oiseaux ne peuvent être gardés en tout temps à l'intérieur des limites du terrain de l'intimé, ce que l'on ne peut réussir même au moyen de la clôture de fil de barbelé dont l'érection était une condition de la modification apportée par la Cour d'appel à l'injonction couvrant toutes matières accordée par le juge de première instance. L'avocat de l'intimé a signalé à la Cour qu'une clôture à cinq fils du genre spécifié est effectivement en place aux distances prescrites dans l'ordonnance de la Cour d'appel.

L'exploitant d'un parc à gibier doit détenir une licence provinciale. Le règlement applicable en l'espèce est, en son art. 3(1), le O/Reg. 199 pris en vertu du *Game and Fisheries Act*, R.S.O. 1960, c. 158 (maintenant le *Game and Fish Act*, R.S.O. 1970, c. 186) et contenu dans R.R.O. 1960, vol. 1, p. 1053 (maintenant O/Reg. 368, en son art. 3(1), contenu dans R.R.O. 1970, vol. 2, p. 682). Il se lit comme suit:

[TRADUCTION] Une réserve pour la chasse au gibier à plumes doit occuper une superficie d'au moins 100 acres et d'au plus 600 acres.

³ (1878), 4 App. Cas. 121.

³ (1878), 4 App. Cas. 121.

The record shows that the respondent in applying for a licence described the land on which he proposed to carry on a pheasant hunting preserve as consisting of 200 acres. This was, strictly speaking, untrue, but was explained by him as incorporating land of a neighbour, one Tunney, with his permission. Tunney testified to verbal permission to the respondent to hunt on his land but there was no firm agreement in that respect. Although the respondent owned in excess of 100 acres, the effective area of the game farm operation was (as found by the trial judge) 50 to 55 acres. This area lay east of the Epstein land and north of the Gilmour property. The effect of the Court of Appeal's order was to reduce this area even further.

Appellant Epstein did not contend that the respondent was improperly licensed nor, on the other hand, did the respondent contend that the licence would give any sanction to what would otherwise be an actionable nuisance. The hunting season on the respondent's game farm was of seven months' duration, from September 1 to March 31, and his busy days were Wednesday afternoon, Saturday and Sunday. The trial judge found that although the noise from shooting in the course of commercial hunting of pheasants was not as objectionable as the noise in trap shooting, none the less in view of the number of hunters, usually 7 to 10 per day (but on occasions more), who used the defendant's property, it was both objectionable and irritable; and, having regard to the danger which the use of guns involves, a permanent injunction should issue.

The Court of Appeal in its modifying order acted upon evidence that the range of a shot-gun, such as those used in the hunting, was 260 yards. I cannot, however, distinguish between the trap shooting as an enjoined annoyance and the commercial hunting, when regard is had to the character of the locality in which the lands of the parties lie and to the limited area in which the

Le dossier indique qu'en présentant sa demande en vue d'obtenir sa licence, l'intimé a déclaré que le terrain où serait située la réserve pour la chasse au faisan aurait une superficie de 200 acres. A vrai dire, cette déclaration était inexacte mais il a expliqué qu'elle comprenait le terrain d'un voisin, un certain Tunney, avec la permission de ce dernier. Tunney a témoigné qu'il avait permis verbalement à l'intimé de chasser sur son terrain mais qu'il n'y avait aucune entente définitive à ce sujet. Bien que la superficie du terrain de l'intimé dépassât 100 acres, en réalité, le territoire du parc à gibier (comme l'a conclu le juge de première instance) était de 50 à 55 acres. Ce territoire était situé à l'est du terrain d'Epstein et au nord de la propriété Gilmour. L'ordonnance de la Cour d'appel a eu pour effet de réduire davantage ce territoire.

L'appellant Epstein n'a pas prétendu que la licence de l'intimé était invalide, et, d'autre part, l'intimé n'a pas non plus prétendu que la licence autorisait de quelque façon ce qui serait autrement une nuisance propre à faire l'objet de poursuites. La période de chasse dans le parc à gibier de l'intimé durait sept mois, du 1^{er} septembre au 31 mars, et les jours d'affluence étaient le mercredi après-midi, le samedi et le dimanche. Le juge de première instance a conclu que, bien que le bruit provenant du tir au cours de la chasse commerciale aux faisans ne fût pas aussi répréhensible que celui provenant du tir au pigeon d'argile, néanmoins, vu le nombre de chasseurs, de 7 à 10 par jour en moyenne (et parfois plus), qui parcouraient la propriété du défendeur, il était à la fois répréhensible et irritant; et, compte tenu du danger inhérent à l'utilisation des armes à feu, il y avait lieu de délivrer une injonction permanente.

Dans son ordonnance modificative, la Cour d'appel a retenu le témoignage selon lequel la portée d'un fusil comme ceux utilisés pour cette chasse était de 260 verges. Cependant, je ne puis faire de distinction entre le tir au pigeon d'argile comme nuisance propre à faire l'objet d'une injonction et la chasse commerciale, si l'on tient compte de la nature de la localité où sont situés

respondent found it feasible to carry on his game farm.

The trial judge noted that prior to the commencement of the game farm operation by the respondent, the area in which the parties' lands were located was a quiet peaceful section of rural Ontario. It does not, therefore, advance the respondent's case that the appellant Epstein knew or ought to have known when he bought in 1965 that there was a game farm on adjoining land. It was in fact the only game farm in the area, and, in my opinion, had no place there on the facts respecting its operation.

The order of the Court of Appeal would have effect in eliminating the constant risk of physical invasion of Epstein's land by the shot from the 12 and 20-gauge guns that were commonly used by the hunters. The order would not, however, remove the invasion of recurring noise from the activities of the hunters; and, as already noted, it would not keep out the birds or the dogs that are part of the game farm operation when, in flight or in chase, they approach Epstein's land.

The main point raised in this Court on this aspect of the case was whether there was any such evidence of disturbing noise as to warrant an injunction against commercial hunting on the whole or any part of the respondent's land. The trial judge's affirmative conclusion on this point is supported by the evidence. The respondent was left in no doubt by the complaints made by Epstein that the noise associated with the hunting activities on the respondent's land was disturbing. I reproduce two pieces of evidence of the respondent, the first read in from his discovery and the second given at trial on cross-examination:

(1) 401 Q. Did you receive any complaints from Epstein concerning the noise of the shooting or the conduct of the hunters?

A. The noise.

les terrains des parties et du territoire limité sur lequel l'intimé a décidé d'exploiter son parc à gibier.

Le juge de première instance a fait remarquer qu'avant l'inauguration du parc à gibier de l'intimé, la région où sont situés les terrains des parties était un coin paisible de la campagne ontarienne. Cette remarque ne favorise donc pas la prétention de l'intimé que l'appellant Epstein savait ou aurait dû savoir, lorsqu'il s'est porté acquéreur en 1965, que sa propriété était bornée par un parc à gibier. C'était en fait le seul parc à gibier dans la région et, à mon avis, ce parc ne devait pas s'y trouver si l'on tient compte des circonstances entourant son exploitation.

L'ordonnance de la Cour d'appel réussit à éliminer le risque constant de la violation physique du fonds d'Epstein par le tir des fusils de calibres 12 et 20 couramment utilisés par les chasseurs. Par contre, l'ordonnance n'élimine pas la violation par le bruit répété provenant de l'activité des chasseurs; et, comme je l'ai déjà signalé, elle n'empêche pas l'entrée des oiseaux ou des chiens rattachés à l'exploitation du parc à gibier quand, ces derniers donnant la chasse aux premiers, ils approchent du fonds d'Epstein.

La question principale soulevée devant cette Cour sur ce point de l'affaire est de savoir s'il y avait preuve suffisante de bruit incommodant pour justifier une ordonnance interdisant la chasse commerciale sur l'ensemble ou sur partie du terrain de l'intimé. La réponse affirmative du juge de première instance quant à cette question est appuyée par la preuve. Par suite des plaintes d'Epstein, l'intimé savait parfaitement que le bruit associé à la chasse sur le terrain de l'intimé était incommodant. Je reproduis deux extraits du témoignage de l'intimé, le premier puisé dans son interrogatoire préalable et le second donné au procès en contre-interrogatoire:

[TRADUCTION]

(1) 401 Q. Avez-vous reçu des plaintes de la part d'Epstein à propos du bruit des armes à feu ou des agissements des chasseurs?

R. Au sujet du bruit.

402 Q. What complaint did you receive?

A. He didn't like the noise.

403 Q. Well, when did he tell you this?

A. Well, he didn't tell me too much, he just had the Provincials down there all the time.

(2) Q. Now I think probably the evidence is clear that since you started this game farm and more particularly when you started the trap shooting range you have had a series of complaints from Mr. Epstein and Mrs. Gilmour?

A. Yes.

Q. And they have objected, not necessarily to you, but to Lands & Forests officials, municipal officials, and the police concerning the noise and carrying on of hunting?

A. Yes, sir.

Epstein himself gave evidence to this effect, and the trial judge could properly find as he did.

The justification for the blanket injunction granted by the trial judge lay in the recurring, continuing noise associated with the hunting activities permitted by the respondent on his land, situated in a locality to which such noise was foreign. The absence of physical injury or property damage does not affect the right to an injunction where there is conduct, not merely temporary, which materially interferes with the comfort and enjoyment of living in the locality.

I would, accordingly, allow the appeal in respect of the commercial hunting, set aside the order of the Court of Appeal and restore the order of the trial judge. The appellant should have one-half of his costs in this Court and the costs of the appeal by the respondent to the Court of Appeal. I would not disturb that Court's order as to the costs of the cross-appeal, nor the order

402 Q. Quelle était la nature des plaintes?

R. Il n'aimait pas le bruit.

403 Q. Quand vous l'a-t-il appris?

R. Ce n'est pas tellement moi qu'il avertissait mais la sûreté provinciale qu'il faisait venir à tout moment.

(2) Q. Bon, je crois que, probablement, la preuve démontre clairement que depuis que vous avez inauguré ce parc à gibier, et plus particulièrement le champ de tir au pigeon d'argile, vous avez reçu des plaintes répétées de la part de M. Epstein et de M^{me} Gilmour?

R. Oui.

Q. Et ils se sont plaints, pas nécessairement à vous mais aux fonctionnaires des Terres et Forêts, aux fonctionnaires municipaux et à la police, à propos du bruit et de la chasse?

R. Oui, monsieur.

Epstein a témoigné lui-même dans le même sens et le juge de première instance pouvait, à bon droit, tirer la conclusion qu'il a tirée.

Ce qui justifie l'injonction d'application générale accordée par le juge de première instance, c'est le bruit répété et continu associé à la chasse permise par l'intimé sur son terrain, lequel est situé dans une localité où ces bruits étaient étrangers. L'absence de blessure à la personne, ou de dommage à la propriété, n'empêche pas le recours à l'injonction quand des agissements qui ne sont pas simplement temporaires troublent d'une manière appréciable le confort et le bien-être des habitants d'une localité.

Je suis donc d'avis d'accueillir l'appel en ce qui concerne la chasse commerciale, d'infirmier l'ordonnance de la Cour d'appel et de rétablir l'ordonnance du juge de première instance. L'appellant a droit à la moitié de ses dépens en cette Cour et aux dépens de l'appel interjeté par l'intimé à la Cour d'appel. Je suis d'avis de ne pas modifier l'ordonnance de la Cour d'appel quant

of the trial judge refusing to allow any costs of the claim and counterclaim.

Appeal allowed in part.

Solicitors for plaintiffs, appellants: Cameron, Brewin & Scott, Toronto.

Solicitor for the defendant, respondent: R. N. Starr, Toronto.

aux dépens de l'appel incident, et je ne modifierais pas non plus l'ordonnance du juge de première instance refusant d'adjuger des dépens quant à la demande et à la demande reconventionnelle.

Appel accueilli en partie.

Procureurs des demandeurs, appelants: Cameron, Brewin & Scott, Toronto.

Procureur du défendeur, intimé: R. N. Starr, Toronto.