

**Neil Tock and Linda Tock** *Appellants*

v.

**St. John's Metropolitan Area Board**  
*Respondent*

INDEXED AS: TOCK v. ST. JOHN'S METROPOLITAN AREA BOARD

File No.: 20267.

1989: January 31; 1989: December 7.

Present: Dickson C.J. and McIntyre\*, Lamer, Wilson, La Forest, L'Heureux-Dubé and Sopinka J.J.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR  
NEWFOUNDLAND

*Torts — Nuisance — Public body — Defence of statutory authority — Basement flooded when sewer blocked — Installation and operation of sewer sanctioned by statute — Whether or not municipality liable for damages in nuisance — The Municipalities Act, S.N. 1979, c. 33, s. 154(1), (2), (3).*

Appellants' house was serviced by the water and sewer system operated by the respondent board. On a day of exceptionally heavy rainfall, appellants discovered that a large amount of water had entered their basement, immediately notified the Board and vainly attempted to pump the water out themselves. Two employees of the Board inspected the storm sewer, determined that it was blocked and a crew located and removed the blockage. The water drained from the basement shortly afterwards but substantial damage had been incurred.

The trial judge found that appellants' right of enjoyment of their property had been seriously interfered with and allowed their claim in nuisance. He also found that the collection and drainage of water from rain or other sources constituted a non-natural user of land within the meaning of the rule in *Rylands v. Fletcher*. The Newfoundland Court of Appeal reversed this judgment. The issue of negligence was not in issue at the Court of Appeal or in this Court. At issue here was whether the rule in *Rylands v. Fletcher* was applicable. Also at issue was whether a nuisance existed and if the defence of

**Neil Tock et Linda Tock** *Appelants*

c.

**St. John's Metropolitan Area Board** *Intimée*

RÉPERTORIÉ: TOCK c. ST. JOHN'S METROPOLITAN AREA BOARD

N° du greffe: 20267.

1989: 31 janvier; 1989: 7 décembre.

Présents: Le juge en chef Dickson et les juges McIntyre\*, Lamer, Wilson, La Forest, L'Heureux-Dubé et Sopinka.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE TERRE-NEUVE

*Responsabilité délictuelle — Nuisance — Organisme public — Moyen de défense fondé sur l'autorisation du législateur — Sous-sol inondé en raison de l'obstruction d'un égout — Installation et exploitation du réseau d'égouts sanctionnées par une loi — La municipalité est-elle responsable des dommages selon les règles de la nuisance? — The Municipalities Act, S.N. 1979, chap. 33, art. 154(1), (2), (3).*

Le domicile des appelants est relié au réseau d'aqueduc et d'égouts exploité par la municipalité intimée. Au cours d'une journée de pluies exceptionnellement abondantes, les appelants ont découvert qu'une grande quantité d'eau s'était infiltrée dans leur sous-sol. Ils ont immédiatement avisé la Commission de ce fait et ont vainement tenté d'évacuer l'eau eux-mêmes au moyen d'une pompe. Deux employés de la Commission ont inspecté l'égout pluvial et ont constaté qu'il était bloqué. Une équipe a repéré l'endroit de l'obstruction et a débloqué l'égout. Peu de temps après, l'eau s'est écoulée du sous-sol qui avait alors subi des dommages importants.

Le juge de première instance a conclu qu'il y avait eu atteinte grave au droit des appelants de jouir de leur bien-fonds et il a accueilli leur demande fondée sur les règles de la nuisance. Il a également conclu que la canalisation et le drainage de l'eau provenant de la pluie ou d'autres sources constituaient un usage non naturel du bien-fonds au sens de la règle formulée dans l'arrêt *Rylands v. Fletcher*. La Cour d'appel de Terre-Neuve a infirmé cette décision. La question de la négligence n'a été soulevée ni en Cour d'appel ni devant notre Cour. La question en l'espèce est de savoir si la règle de l'arrêt

\* McIntyre J. took no part in the judgment.

\* Le juge McIntyre n'a pas pris part au jugement.

statutory authority applied in the circumstances to absolve the municipality of liability arising in nuisance.

*Held:* The appeal should be allowed.

*Per* Lamer, Wilson and L'Heureux-Dubé JJ.: The rule in *Rylands v. Fletcher* had no application here.

The flooding of the appellants' basement would clearly have been an actionable nuisance if the parties had been two private individuals. Different considerations applied, however, because respondent was a municipality. The crucial question was whether or not the respondent was able to rely on the defence of statutory authority. *The Municipalities Act*, which authorized the respondent to construct, operate and maintain the sewage system, conferred a power but did not impose a duty. This distinction is relevant to the question of respondent's liability in nuisance.

The following principles, which were established in the early cases, should be reaffirmed. Firstly, if the legislation imposes a duty and the nuisance is the inevitable consequence of discharging that duty, then the nuisance is itself authorized and there is no recovery in the absence of negligence. Secondly, if the legislation merely confers an authority but is specific as to the manner or location of doing the thing authorized and the nuisance is the inevitable consequence of doing the thing authorized in that way or in that location, the nuisance is itself authorized and there is no recovery absent negligence. On the other hand, if the legislation confers an authority on a public body and also gives it a discretion, not only whether or not to do the thing authorized but also how to do it and in what location, then if that public body decides to do the thing authorized, it must do it in a manner and at a location which will avoid the creation of a nuisance. If the public body implements the thing authorized in a way or at a location which gives rise to a nuisance, it will be liable therefor, whether there is negligence or not. The more recent cases, to the extent that they are inconsistent with these principles, should not be followed.

The inevitable consequences doctrine will only protect the public body if the statute ordered the thing to be done or authorized it to be done in a particular manner

*Rylands v. Fletcher* est applicable. Le pourvoi porte également sur la question de savoir s'il y avait nuisance et si le moyen de défense fondé sur l'autorisation du législateur s'applique dans les circonstances pour dégager la municipalité de toute responsabilité fondée sur la nuisance.

*Arrêt:* Le pourvoi est accueilli.

*Les juges* Lamer, Wilson et L'Heureux-Dubé: La règle de l'arrêt *Rylands v. Fletcher* ne s'applique pas en l'espèce.

L'inondation du sous-sol des appelants aurait clairement constitué une nuisance donnant ouverture à une action s'il s'était agi de deux particuliers. Cependant, des considérations différentes s'appliquent parce que l'intimée est une municipalité. La question essentielle est de savoir si l'intimée peut invoquer le moyen de défense fondé sur l'autorisation du législateur. *The Municipalities Act* qui permettait à l'intimée de construire, d'exploiter et d'entretenir le réseau d'égouts conférerait un pouvoir, mais n'imposait pas une obligation. Cette distinction est pertinente au regard de la question de la responsabilité de l'intimée selon les règles de la nuisance.

Il convient de réaffirmer les principes suivants qui ont été établis dans les premiers arrêts. Premièrement, si la loi impose une obligation dont l'exécution a pour conséquence inévitable de causer une nuisance, la nuisance est alors elle-même autorisée et aucune action ne peut être intentée en l'absence de négligence. Deuxièmement, si la loi ne fait que donner une autorisation, mais précise que la chose autorisée doit être faite d'une certaine manière ou à un endroit donné et que la nuisance est la conséquence inévitable de la chose autorisée qui est faite de la manière prévue ou à l'endroit donné, la nuisance est elle aussi autorisée et aucune action ne peut être intentée en l'absence de négligence. Par contre, si la loi donne une autorisation à l'organisme public et lui accorde également un pouvoir discrétionnaire non seulement pour décider de faire ou non la chose autorisée, mais également pour décider comment la faire et à quel endroit, et que l'organisme décide ensuite de faire la chose autorisée, il doit la faire d'une manière et à un endroit qui ne causeront pas de nuisance. Si l'organisme public fait la chose d'une manière ou dans un endroit qui cause une nuisance, il sera alors responsable, qu'il y ait négligence ou non. Dans la mesure où les décisions plus récentes sont incompatibles avec ces principes, elles ne devraient pas être suivies.

La théorie des conséquences inévitables ne protégera l'organisme public que si la loi en question ordonnait ou permettait qu'une chose soit faite d'une manière ou à un

or location. It should not be extended to cases where the public body was perfectly free to exercise its statutory authority without violating private rights. It is only in cases where the public body has no choice as to the way in which or the place where it engages in the nuisance-causing activity that the inevitable consequences doctrine protects it. For only in such cases can it be said that the legislature has authorized any nuisance which is the inevitable consequence of the public body's carrying out its mandate.

The legislation in this case was purely permissive. It authorized a sewage system to be constructed but did not specify how or where it was to be done. The respondent was accordingly obliged to construct and operate the system in strict conformity with private rights. It did not do so. The defence of statutory authority is not available to it and the appellants are entitled to recover.

*Per Dickson C.J. and La Forest J.:* The rule in *Rylands v. Fletcher* cannot be invoked where the user is not inappropriate to the place where it is maintained.

The flooding here would constitute a compensable nuisance if this case had been between private individuals. It was not reasonable to deny compensation to the appellant because the damage was suffered at the hands of a body exercising statutory authority. The law of nuisance as it relates to the defence of statutory authority should be reformulated in functional terms.

A claim for nuisance arising out of the action of a public body that has been sanctioned by statute should be dealt with rather like claims in nuisance between two private individuals. Given all the circumstances, is it reasonable to refuse to compensate the aggrieved party for the damage he has suffered? If the legislature wishes to shift the risk from a public authority to the individual, it can do so in express terms. The legislature should not be presumed to authorize a serious nuisance and no weight should be accorded a showing by the public body that damage was inevitable. The determination that damage was inevitable does not provide a rationale for concluding that it is reasonable to demand of the person whom misfortune has singled out that he or she pay for the damage concerned. The costs of damage that is an inevitable consequence of the provision of services that benefit the public at large should be borne equally by all those who profit from the service.

endroit particuliers. Son application ne devrait pas être étendue aux cas où l'organisme public était tout à fait libre d'exercer l'autorisation que lui conférait la loi sans violer les droits de particuliers. C'est seulement dans les cas où l'organisme public n'a pas le choix d'exercer son activité à l'origine d'une nuisance de la façon dont il le fait et à l'endroit où il le fait que la théorie des conséquences inévitables le protège. Car c'est seulement dans ces cas qu'on peut affirmer que le législateur a autorisé la nuisance qui est la conséquence inévitable de l'exercice du mandat de l'organisme public.

En l'espèce, la loi était de nature purement facultative. La loi autorisait la construction d'un réseau d'égoûts sans préciser comment et où il devait être construit. L'intimée avait donc l'obligation de construire et d'exploiter le système en se conformant strictement aux droits des particuliers. Elle ne l'a pas fait. Elle ne peut invoquer le moyen de défense fondé sur l'autorisation du législateur et les appelants ont droit à une réparation.

*Le juge en chef Dickson et le juge La Forest:* La règle de l'arrêt *Rylands v. Fletcher* ne peut être invoquée dans le cas d'un usage non approprié d'un endroit.

En l'espèce, l'inondation constituerait une nuisance pouvant donner lieu à une indemnisation s'il s'agissait d'un différend opposant deux particuliers. Il n'était pas raisonnable de refuser d'indemniser les appelants parce que le préjudice qu'ils ont subi a été causé par un organisme qui exerçait un pouvoir conféré par la loi. Les règles applicables à la nuisance, relativement au moyen de défense fondé sur l'autorisation du législateur, devraient être reformulées en termes fonctionnels.

Une demande fondée sur la nuisance causée par un acte d'un organisme public autorisé par la loi devrait être plutôt traitée comme s'il s'agissait d'une action fondée sur la nuisance et opposant deux particuliers. Compte tenu de toutes les circonstances, est-il raisonnable de refuser d'indemniser la partie lésée pour le préjudice qu'elle a subi? Si le législateur veut transférer au particulier le risque assumé par des autorités publiques, il peut le faire expressément. On ne doit pas présumer que le législateur autorise une nuisance grave et il ne faut pas accorder de l'importance à la démonstration par l'organisme public que le préjudice était inévitable. Le fait d'établir que le préjudice était inévitable ne permet pas de conclure qu'il est raisonnable d'exiger de la personne malchanceuse qu'elle paie pour le préjudice en question. Les coûts du préjudice qui découle inévitablement des services offerts à l'avantage du public devraient être assumés de la même façon par tous ceux qui en profitent.

The defence of statutory authority is not deprived of all vigour. A public body will not be subject to a claim in nuisance because a work is constructed in a particular place if the legislature has authorized it to be built there. Nor can landowners complain about ordinary disturbances or loss of amenity that necessarily results from the construction or operation of a statutorily authorized work, provided it is built and operated with all reasonable care and skill.

A useful distinction exists between isolated and infrequent occurrences which inflict heavy material damage on a single victim and those ordinary disturbances which have a broad and general impact on the public at large. Damage attributable to a calamitous event should be viewed as a part of the overall cost of providing a beneficial service to the community and should be placed on the body that undertakes it. That body can defray the cost among its subscribers or increase the frequency of inspections to forestall the occurrence of such calamities.

*Per Sopinka J.:* The state of the law with respect to the defence of statutory authority should not be departed from except for good reason and on the basis of substantial unanimity. The rationale of this defence is that if the legislature expressly or implicitly says that a work can be carried out which can only be done by causing a nuisance, then the legislation has authorized an infringement of private rights. If no compensation provision is included in the statute, all redress is barred. A work is authorized by statute, whether the statute is mandatory or permissive, if the work is carried out in accordance with the statute.

The burden of proof with respect to the defence of statutory authority is on the party advancing the defence. It is not an easy one and factual difficulties will be resolved against the defendant. The defendant must negate that there are alternate methods of carrying out the work and the fact that one is considerably less expensive will not avail. If only one method is practically feasible, it must be established that it was practically impossible to avoid the nuisance. It is insufficient for the defendant to negate negligence. The standard is a higher one. It was not met in this case.

Le moyen de défense fondé sur l'autorisation du législateur n'est pas dépouillé de toute force. Un organisme public ne pourra faire l'objet d'une action fondée sur la nuisance en raison de la construction d'un ouvrage à un endroit donné, si le législateur a permis qu'il soit construit à cet endroit. Les propriétaires de biens-fonds voisins ne peuvent pas non plus se plaindre des troubles ou de la perte de jouissance ordinaires qu'ils subissent nécessairement en raison de la construction ou de l'exploitation d'un ouvrage autorisé par le législateur, pourvu qu'il soit construit et exploité en exerçant toute la diligence et toutes les compétences raisonnables.

Une distinction utile existe entre des événements isolés et rares qui causent de lourds dommages matériels à une seule victime et les troubles ordinaires qui ont des répercussions générales sur le grand public. Le préjudice imputable à un événement désastreux devrait être perçu comme une partie du coût global d'un service qui est offert à l'avantage de la collectivité et devrait être défrayé par l'organisme qui l'assume. Cet organisme est en mesure de défrayer le coût en le répartissant entre ses usagers ou d'augmenter la fréquence des inspections pour empêcher que de tels événements désastreux se produisent.

*Le juge Sopinka:* Il ne faudrait s'écarter de l'état du droit en ce qui concerne le moyen de défense fondé sur l'autorisation du législateur que s'il existe de bonnes raisons de le faire et à la condition qu'il y ait unanimité dans l'ensemble. Le raisonnement sur lequel repose ce moyen de défense est que, si le législateur a dit expressément ou implicitement qu'un ouvrage peut être exécuté et qu'il ne peut l'être sans causer de nuisance, la loi autorise donc une violation des droits des particuliers. Si la loi ne contient aucune disposition d'indemnisation, toute réparation est refusée. Un ouvrage est autorisé par la loi, peu importe que celle-ci soit de nature impérative ou facultative, si l'ouvrage est exécuté en conformité avec cette loi.

Le fardeau de preuve relatif au moyen de défense fondé sur l'autorisation du législateur incombe à la partie qui l'invoque. Ce n'est pas un fardeau dont il est facile de s'acquitter et les difficultés qu'il suscite dans les faits seront résolues au détriment du défendeur. Le défendeur doit établir qu'il n'existe aucun autre moyen d'exécuter l'ouvrage et le fait qu'un moyen soit considérablement moins onéreux ne sera pas retenu. S'il n'existe qu'un seul moyen réalisable sur le plan pratique, il faut établir qu'il était pratiquement impossible d'éviter la nuisance. Il ne suffit pas que le défendeur établisse l'absence de négligence. La norme est plus sévère. On n'y a pas satisfait en l'espèce.

## Cases Cited

By Wilson J.

**Distinguished:** *Rylands v. Fletcher* (1868), L.R. 3 H.L. 330; *The King v. Pease* (1832), 4 B. & Ad. 30, 110 E.R. 66; **considered:** *Vaughan v. Taff Valley Railway Co.* (1860), 29 L.J. Ex. 247; *Hammersmith and City Railway Co. v. Brand* (1869), 38 L.J.Q.B. 265; *Geddis v. Proprietors of the Bann Reservoir* (1878), 3 App. Cas. 430; *Metropolitan Asylum District v. Hill* (1881), 6 App. Cas. 193; *London, Brighton, and South Coast Railway Co. v. Truman* (1885), 11 App. Cas. 45; *City of Manchester v. Farnworth*, [1930] A.C. 171; *Stephens v. Village of Richmond Hill*, [1956] O.R. 88; *City of Portage La Prairie v. B.C. Pea Growers Ltd.* (1963), 45 W.W.R. 513, aff'd (1964), 50 W.W.R. 415, aff'd [1966] S.C.R. 150; *Royal Anne Hotel Co. v. Ashcroft* (1976), 1 C.C.L.T. 299, aff'd [1979] 2 W.W.R. 462; *Wiebe v. Rural Municipality of De Salaberry* (1979), 11 C.C.L.T. 82; **referred to:** *Guelph Worsted Spinning Co. v. City of Guelph* (1914), 18 D.L.R. 73; *District of North Vancouver v. McKenzie Barge & Marine Ways Ltd.*, [1965] S.C.R. 377; *City of Campbellton v. Gray's Velvet Ice Cream Ltd.* (1981), 127 D.L.R. (3d) 436; *Temple v. City of Melville* (1979), 105 D.L.R. (3d) 305; *Fairview Suede and Leather Specialists Ltd. v. City of Dartmouth* (1980), 40 N.S.R. (2d) 313; *Buyse v. Shelburne* (1984), 28 C.C.L.T. 1; *Schenck v. The Queen in Right of Ontario* (1981), 34 O.R. (2d) 595 (H.C.), aff'd (1984), 49 O.R. (2d) 556 (C.A.), aff'd *sub nom. Schenck v. Ontario (Minister of Transportation and Communications)*, [1987] 2 S.C.R. 289.

By La Forest J.

**Distinguished:** *Rylands v. Fletcher* (1868), L.R. 3 H.L. 330; **referred to:** *Rickards v. Lothian*, [1913] A.C. 263; *Pride of Derby and Derbyshire Angling Association Ltd. v. British Celanese Ltd.*, [1953] Ch. 149; *Walter v. Selje* (1851), 4 De G. & Sm. 315, 64 E.R. 849; *Bamford v. Turnley* (1862), 3 B. & S. 66, 122 E.R. 27; *St. Helen's Smelting Co. v. Tipping* (1865), 11 H.L.C. 642; *Royal Anne Hotel Co. v. Ashcroft*, [1979] 2 W.W.R. 462; *City of Portage La Prairie v. B.C. Pea Growers Ltd.*, [1966] S.C.R. 150; *Russell Transport Ltd. v. Ontario Malleable Iron Co.*, [1952] 4 D.L.R. 719; *Vaughan v. Taff Valley Railway Co.* (1860), 29 L.J. Ex. 247; *Geddis v. Proprietors of the Bann Reservoir* (1878), 3 App. Cas. 430; *City of Manchester v. Farnworth*, [1930] A.C. 171; *Schenck v. The Queen in Right of Ontario* (1981), 34 O.R. (2d) 595 (H.C.), aff'd (1984), 49 O.R. (2d) 556 (C.A.), aff'd *sub nom. Schenck v. Ontario (Minister of Transportation and Communications)*, [1987] 2 S.C.R. 289; *Bishop v. Town*

## Jurisprudence

Citée par le juge Wilson

**Distinction d'avec les arrêts:** *Rylands v. Fletcher* (1868), L.R. 3 H.L. 330; *The King v. Pease* (1832), 4 B. & Ad. 30, 110 E.R. 66; **arrêts examinés:** *Vaughan v. Taff Valley Railway Co.* (1860), 29 L.J. Ex. 247; *Hammersmith and City Railway Co. v. Brand* (1869), 38 L.J.Q.B. 265; *Geddis v. Proprietors of the Bann Reservoir* (1878), 3 App. Cas. 430; *Metropolitan Asylum District v. Hill* (1881), 6 App. Cas. 193; *London, Brighton, and South Coast Railway Co. v. Truman* (1885), 11 App. Cas. 45; *City of Manchester v. Farnworth*, [1930] A.C. 171; *Stephens v. Village of Richmond Hill*, [1956] O.R. 88; *City of Portage La Prairie v. B.C. Pea Growers Ltd.* (1963), 45 W.W.R. 513, conf. par (1964), 50 W.W.R. 415, conf. par [1966] R.C.S. 150; *Royal Anne Hotel Co. v. Ashcroft* (1976), 1 C.C.L.T. 299, conf. par [1979] 2 W.W.R. 462; *Wiebe v. Rural Municipality of De Salaberry* (1979), 11 C.C.L.T. 82; **arrêts mentionnés:** *Guelph Worsted Spinning Co. v. City of Guelph* (1914), 18 D.L.R. 73; *District of North Vancouver v. McKenzie Barge & Marine Ways Ltd.*, [1965] R.C.S. 377; *City of Campbellton v. Gray's Velvet Ice Cream Ltd.* (1981), 127 D.L.R. (3d) 436; *Temple v. City of Melville* (1979), 105 D.L.R. (3d) 305; *Fairview Suede and Leather Specialists Ltd. v. City of Dartmouth* (1980), 40 N.S.R. (2d) 313; *Buyse v. Shelburne* (1984), 28 C.C.L.T. 1; *Schenck v. The Queen in Right of Ontario* (1981), 34 O.R. (2d) 595 (H.C.), conf. par (1984), 49 O.R. (2d) 556 (C.A.), conf. *sub nom. Schenck c. Ontario (Ministre des transports et des communications)*, [1987] 2 R.C.S. 289.

Citée par le juge La Forest

**Distinction d'avec l'arrêt:** *Rylands v. Fletcher* (1868), L.R. 3 H.L. 330; **arrêts mentionnés:** *Rickards v. Lothian*, [1913] A.C. 263; *Pride of Derby and Derbyshire Angling Association Ltd. v. British Celanese Ltd.*, [1953] Ch. 149; *Walter v. Selje* (1851), 4 De G. & Sm. 315, 64 E.R. 849; *Bamford v. Turnley* (1862), 3 B. & S. 66, 122 E.R. 27; *St. Helen's Smelting Co. v. Tipping* (1865), 11 H.L.C. 642; *Royal Anne Hotel Co. v. Ashcroft*, [1979] 2 W.W.R. 462; *City of Portage La Prairie v. B.C. Pea Growers Ltd.*, [1966] R.C.S. 150; *Russell Transport Ltd. v. Ontario Malleable Iron Co.*, [1952] 4 D.L.R. 719; *Vaughan v. Taff Valley Railway Co.* (1860), 29 L.J. Ex. 247; *Geddis v. Proprietors of the Bann Reservoir* (1878), 3 App. Cas. 430; *City of Manchester v. Farnworth*, [1930] A.C. 171; *Schenck v. The Queen in Right of Ontario* (1981), 34 O.R. (2d) 595 (H.C.), conf. par (1984), 49 O.R. (2d) 556 (C.A.), conf. *sub nom. Schenck c. Ontario (Ministre des transports et des communications)*, [1987] 2 R.C.S. 289; *Bishop v. Town*

of Gander (1986), 60 Nfld. and P.E.I.R. 310; *Vergamini v. Regional Municipality of Hamilton-Wentworth* (1986), 54 O.R. (2d) 494; *Arif v. City of Fredericton* (1986), 77 N.B.R. (2d) 34.

By Sopinka J.

**Referred to:** *City of Manchester v. Farnworth*, [1930] A.C. 171; *City of Portage La Prairie v. B.C. Pea Growers Ltd.*, [1966] S.C.R. 150; *Schenck v. Ontario (Minister of Transportation and Communications)*, [1987] 2 S.C.R. 289; *Royal Anne Hotel Co. v. Ashcroft*, [1979] 2 W.W.R. 462; *Temple v. City of Melville* (1979), 105 D.L.R. (3d) 305; *City of Campbellton v. Gray's Velvet Ice Cream Ltd.* (1981), 127 D.L.R. (3d) 436; *Allen v. Gulf Oil Refining Ltd.*, [1981] 1 All E.R. 353; *Tate & Lyle Industries Ltd. v. Greater London Council*, [1983] 1 All E.R. 1159.

#### Statutes and Regulations Cited

*Municipalities Act*, S.N. 1979, c. 33, s. 154 (1), (2), (3).

#### Authors Cited

Fleming, John G. *The Law of Torts*, 5th ed. Sydney: Law Book Co., 1977.  
 Fleming, John G. *The Law of Torts*, 6th ed. Sydney: Law Book Co., 1983.  
 Linden, Allen M. *Canadian Tort Law*, 4th ed. Toronto: Butterworths, 1988.  
 Linden, Allen M. "Strict Liability, Nuisance and Legislative Authorization" (1966), 4 *Osgoode Hall L.J.* 196.  
 McLaren, John P. S. "Nuisance in Canada", in A. M. Linden, ed., *Studies in Canadian Tort Law*. Toronto: Butterworths, 1968.  
 Prosser, W. L. "The Principle of *Rylands v. Fletcher*," in *Selected Topics on the Law of Torts*. Buffalo: Hein & Co., 1982.  
*Salmond on the Law of Torts*, 17th ed. by R. F. V. Heuston. London: Sweet & Maxwell, 1977.  
 Street, Harry. *The Law of Torts*, 6th ed. London: Butterworths, 1976.  
 Williams, David W. "Non-natural Use of Land" (1973), 32 *Cambridge L.J.* 310.

APPEAL from a judgment of the Newfoundland Court of Appeal (1986), 62 Nfld. & P.E.I.R. 133, 190 A.P.R. 133, allowing an appeal from a judgment of Adams C.J. Dist. Ct. (1983), 45 Nfld. & P.E.I.R. 197, 132 A.P.R. 197. Appeal allowed.

Kevin Stamp, for the appellants.

*Town of Gander* (1986), 60 Nfld. and P.E.I.R. 310; *Vergamini v. Regional Municipality of Hamilton-Wentworth* (1986), 54 O.R. (2d) 494; *Arif v. City of Fredericton* (1986), 77 N.B.R. (2d) 34.

<sup>a</sup> Citée par le juge Sopinka

**Arrêts mentionnés:** *City of Manchester v. Farnworth*, [1930] A.C. 171; *City of Portage La Prairie v. B.C. Pea Growers Ltd.*, [1966] R.C.S. 150; *Schenck c. Ontario (Ministre des transports et des communications)*, [1987] 2 R.C.S. 289; *Royal Anne Hotel Co. v. Ashcroft*, [1979] 2 W.W.R. 462; *Temple v. City of Melville* (1979), 105 D.L.R. (3d) 305; *City of Campbellton v. Gray's Velvet Ice Cream Ltd.* (1981), 127 D.L.R. (3d) 436; *Allen v. Gulf Oil Refining Ltd.*, [1981] 1 All E.R. 353; *Tate & Lyle Industries Ltd. v. Greater London Council*, [1983] 1 All E.R. 1159.

#### Lois et règlements cités

<sup>d</sup> *Municipalities Act*, S.N. 1979, chap. 33, art. 154(1), (2), (3).

#### Doctrine citée

Fleming, John G. *The Law of Torts*, 5th ed. Sydney: Law Book Co., 1977.  
<sup>e</sup> Fleming, John G. *The Law of Torts*, 6th ed. Sydney: Law Book Co., 1983.  
 Linden, Allen M. *La responsabilité civile délictuelle*, 4<sup>e</sup> éd. Cowansville: Les Éditions Yvon Blais Inc., 1988.  
<sup>f</sup> Linden, Allen M. «Strict Liability, Nuisance and Legislative Authorization» (1966), 4 *Osgoode Hall L.J.* 196.  
 McLaren, John P. S. «Nuisance in Canada», in A. M. Linden, ed., *Studies in Canadian Tort Law*. Toronto: Butterworths, 1968.  
<sup>g</sup> Prosser, W. L. «The Principle of *Rylands v. Fletcher*,» in *Selected Topics on the Law of Torts*. Buffalo: Hein & Co., 1982.  
*Salmond on the Law of Torts*, 17th ed. by R. F. V. Heuston. London: Sweet & Maxwell, 1977.  
<sup>h</sup> Street, Harry. *The Law of Torts*, 6th ed. London: Butterworths, 1976.  
 Williams, David W. «Non-natural Use of Land» (1973), 32 *Cambridge L.J.* 310.

<sup>i</sup> POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de Terre-Neuve (1986), 62 Nfld. & P.E.I.R. 133, 190 A.P.R. 133, qui a accueilli l'appel d'une décision du juge en chef Adams de la Cour de district (1983), 45 Nfld. & P.E.I.R. 197, 132 A.P.R. 197.  
<sup>j</sup> Pourvoi accueilli.

Kevin Stamp, pour les appelants.

*Thomas J. O'Reilly, Q.C., and Paul M. McDonald*, for the respondent.

The reasons of Dickson C.J. and La Forest J. were delivered by

LA FOREST J.—This appeal raises the important question whether a municipal authority which operates and maintains a sewer may, in the absence of negligence on its part, incur liability to a person whose property is damaged as a result of flooding caused by a random blockage of the sewer.

#### Facts

The appellants, Neil and Linda Tock, have a house in East Meadows in the St. John's Metropolitan Area. The respondent, the St. John's Metropolitan Area Board, operates the water and sewer system in the area.

In the early afternoon of October 10, 1981, a day of exceptionally heavy rainfall, the Tocks discovered that a large amount of water had entered their basement. They immediately notified the Board and attempted, in vain, to pump the water out themselves. Two employees of the Board came to inspect the storm sewer in the vicinity and determined that the sewer was blocked. A crew was summoned and by early evening it had located and removed the blockage. Within ten to fifteen minutes of the removal, the water drained from the basement which had, by this time, incurred substantial damage.

The Tocks brought an action against the Board in the District Court of Newfoundland. They claimed that the obstruction was caused by the negligence of the Board in the construction or maintenance of the storm sewer, relying on the doctrine of *res ipsa loquitur*. They also invoked the rule in *Rylands v. Fletcher* (1868), L.R. 3 H.L. 330, and in the alternative, alleged that the Board was liable on a claim for nuisance.

*Thomas J. O'Reilly, c.r., et Paul M. McDonald*, pour l'intimée.

Version française des motifs du juge en chef  
a Dickson et du juge La Forest rendus par

LE JUGE LA FOREST—Ce pourvoi porte sur la question importante de savoir si une municipalité qui exploite et entretient un réseau d'égouts peut, en l'absence de négligence de sa part, être tenue responsable envers une personne dont le bien-fonds est endommagé par suite d'une inondation causée par une obstruction imprévue du réseau d'égouts.

#### Les faits

Les appelants, Neil et Linda Tock, possèdent une maison à East Meadows dans l'agglomération urbaine de St. John's. L'intimé, la St. John's Metropolitan Area Board (la «Commission»), exploite un réseau d'aqueduc et d'égouts dans le secteur.

Au début de l'après-midi du 10 octobre 1981, une journée de pluies exceptionnellement abondantes, les Tock ont découvert qu'une grande quantité d'eau s'était infiltrée dans leur sous-sol. Ils ont immédiatement avisé la Commission de ce fait et ont vainement tenté d'évacuer l'eau eux-mêmes au moyen d'une pompe. Deux employés de la Commission sont venus inspecter l'égout pluvial situé dans le voisinage et ont constaté qu'il était bloqué. Une équipe envoyée sur les lieux a, en début de soirée, repéré l'endroit de l'obstruction et débloqué l'égout. Au cours des dix à quinze minutes qui suivirent le déblocage, l'eau s'est écoulée du sous-sol qui, à ce moment, avait subi des dommages importants.

Les Tock ont intenté une action contre la Commission devant la Cour de district de Terre-Neuve. Invoquant la théorie du *res ipsa loquitur*, ils ont prétendu que l'obstruction résultait de la négligence de la Commission dans la construction ou l'entretien de l'égout pluvial. Ils ont également invoqué la règle de l'arrêt *Rylands v. Fletcher* (1868), L.R. 3 H.L. 330, et subsidiairement, ils ont allégué que la Commission était responsable selon les règles de la nuisance.

The Courts Below

The trial judge, Adams C.J. Dist. Ct., held that the flooding was caused by the blockage and not by the exceptionally heavy rainfall. He went on to dismiss the claim in negligence, holding that the Board had not been negligent in the construction, maintenance or operation of the storm sewer. He did, however, hold that the escape of the water into the Tock's residence constituted a serious interference with their right of enjoyment of their property and, in consequence, allowed the claim in nuisance. In his opinion, the collection and drainage of water from rain or other sources constituted a non-natural user of land within the meaning of the rule in *Rylands v. Fletcher*. In the result, the trial judge awarded the Tocks a total of \$13,456.11 in damages.

The Newfoundland Court of Appeal reversed this judgment. Gushue J.A., writing for a unanimous court, held that the rule in *Rylands v. Fletcher* had no application. In his view, the provisioning of an indispensable service such as a water and sewer system could not be held to constitute a non-natural user of land within the meaning of the rule.

On the question of nuisance, Gushue J.A. expressed the view that a claim in nuisance would not lie against a municipal corporation for damage resulting from a service provided under statutory authority if that body could establish that the occurrence complained of was inevitable in the sense that it could not have been avoided by the exercise of all reasonable and available expertise and care in the design, construction and operation of the service. On the facts, he concluded that the Board had satisfied the onus of demonstrating that it had done everything that could reasonably be expected to avoid the occurrence.

The question of negligence was not in issue in the Court of Appeal. Nor was it raised on the appeal to this Court. I turn then to an examination of the other grounds.

Les décisions des tribunaux d'instance inférieure

Le juge en chef Adams de la Cour de district a conclu en première instance que l'inondation résultait de l'obstruction et non des pluies exceptionnellement abondantes. Il a rejeté la demande fondée sur la négligence pour le motif que la Commission n'avait pas fait preuve de négligence dans la construction, l'entretien ou l'exploitation de l'égout pluvial. Il a cependant conclu que l'écoulement de l'eau dans la résidence des Tock portait sérieusement atteinte à leur droit de jouir de leur bien-fonds et, par conséquent, il a accueilli la demande fondée sur les règles de la nuisance. À son avis, la canalisation et le drainage de l'eau provenant de la pluie ou d'autres sources constituaient un usage non naturel du bien-fonds au sens de la règle formulée dans l'arrêt *Rylands v. Fletcher*. En définitive, le juge de première instance a accordé aux Tock la somme de 13 456,11 \$ en dommages-intérêts.

La Cour d'appel de Terre-Neuve a infirmé cette décision. Le juge Gushue, s'exprimant au nom de la cour à l'unanimité, a conclu que la règle de l'arrêt *Rylands v. Fletcher* ne s'appliquait pas. À son avis, la fourniture d'un service indispensable comme un réseau d'aqueduc et d'égouts ne pouvait constituer un usage non naturel d'un bien-fonds au sens de la règle.

Sur la question de la nuisance, le juge Gushue a exprimé l'avis qu'une action fondée sur la nuisance ne pourrait être intentée contre une municipalité pour les dommages résultant d'un service autorisé par le législateur si cet organisme pouvait établir que l'événement dont on se plaint était inévitable en ce sens qu'on n'aurait pas pu l'éviter en exerçant toute la diligence et toutes les compétences raisonnables et possibles dans la conception, la construction et l'exploitation du service. Dans les faits, il a conclu que la Commission s'était acquittée du fardeau d'établir qu'elle avait fait tout ce qui était raisonnable pour prévenir cet événement.

La question de la négligence n'a été soulevée ni en Cour d'appel, ni devant notre Cour. Je vais donc examiner les autres moyens.



### The Rule in *Rylands v. Fletcher*

As noted above, the Court of Appeal held that the trial judge erred in holding that the construction of a sewer system would trigger the application of the rule in *Rylands v. Fletcher* on the ground that the sewer constituted a non-natural user of land. I share the conclusion of the Court of Appeal.

The definitive statement of the meaning to be ascribed to Lord Cairn's qualification in *Rylands v. Fletcher*, at pp. 338-39, that strict liability would only attach in respect of "non-natural user" of land is generally agreed to be that of Moulton L.J. in *Rickards v. Lothian*, [1913] A.C. 263, at p. 280. Moulton L.J. thus expressed himself:

It is not every use to which land is put that brings into play that principle. It must be some special use bringing with it increased danger to others, and must not merely be the ordinary use of the land or such a use as is proper for the general benefit of the community.

The courts, as noted by Fleming, *The Law of Torts*, 6th ed., at p. 308, have, on the basis of this qualification, interpreted the notion of non-natural user as a flexible concept that is capable of adjustment to the changing patterns of social existence.

In the evolution of the patterns of social existence since the formulation of the rule in *Rylands v. Fletcher*, one of the most salient developments has been the ever-increasing degree of involvement by all levels of government in land planning. The point is nicely put by Williams in his article "Non-natural Use of Land" (1973), 32 *Cambridge L.J.* 310, at p. 319, when he argues that the existence of planning authorities which ensure that virtually all development of land occurs pursuant to planning decisions "puts the question of land use into a completely different context to that in which Messrs. Rylands and Horrocks built their little reservoir".

### La règle de l'arrêt *Rylands v. Fletcher*

Comme je l'ai déjà souligné, la Cour d'appel a conclu que le juge de première instance avait commis une erreur en décidant que la construction d'un réseau d'égouts déclenchait l'application de la règle de l'arrêt *Rylands v. Fletcher* parce que le réseau d'égouts constituait un usage non naturel d'un bien-fonds. Je partage la conclusion de la Cour d'appel.

On s'entend généralement pour reconnaître que le sens qu'il faut définitivement donner à la réserve exprimée par lord Cairn dans l'arrêt *Rylands v. Fletcher*, aux pp. 338 et 339, selon laquelle la responsabilité stricte ne s'applique que lorsqu'il y a «usage non naturel» d'un bien-fonds, est celui que le lord juge Moulton lui a attribué dans l'arrêt *Rickards v. Lothian*, [1913] A.C. 263, à la p. 280. Le lord juge Moulton s'est exprimé ainsi:

[TRADUCTION] Ce ne sont pas tous les usages auxquels un bien-fonds peut servir qui font entrer ce principe en jeu. Il doit s'agir d'un usage particulier qui comporte un danger accru pour autrui, et non de l'usage ordinaire du bien-fonds ou d'un usage susceptible de produire un avantage général pour la collectivité.

Comme l'a souligné Fleming, dans son ouvrage intitulé *The Law of Torts*, 6<sup>e</sup> éd., à la p. 308, les tribunaux ont, en fonction de cette réserve, interprété la notion d'usage non naturel de façon souple pour qu'elle puisse s'adapter aux modes changeants de la vie en société.

La participation toujours plus importante de tous les paliers de gouvernement à l'aménagement du territoire constitue l'une des caractéristiques les plus remarquables de l'évolution des modes de vie en société depuis la formulation de la règle de l'arrêt *Rylands v. Fletcher*. Williams, dans son article intitulé «Non-natural Use of Land» (1973), 32 *Cambridge L.J.* 310, à la p. 319, exprime cela avec justesse lorsqu'il soutient que l'existence d'organismes d'aménagement qui veillent à ce que presque tout l'aménagement du territoire se fasse conformément aux décisions prises en la matière [TRADUCTION] «situe la question de l'usage des biens-fonds dans un contexte tout à fait différent de celui dans lequel MM. Rylands et Horrocks ont construit leur petit réservoir».

Public sewerage and drainage systems are an indispensable part of the infrastructures necessary to support urban life, and it is clear in my mind that the storm sewer in question here was constructed pursuant to planning decisions of the very sort alluded to in Williams' comments. As such, it would be difficult to conceive of a user of land falling more squarely within those that may be said to be ordinary and proper for the general benefit of the community; see the *obiter* remarks of Lord Denning to the same effect in *Pride of Derby and Derbyshire Angling Association Ltd. v. British Celanese Ltd.*, [1953] Ch. 149, at p. 189.

In summary, if, as argued by Prosser at p. 147 of his essay "The Principle of *Rylands v. Fletcher*," in *Selected Topics on the Law of Torts*, the touchstone for the application of the rule in *Rylands v. Fletcher* is to be damage occurring from a user inappropriate to the place where it is maintained (Prosser cites the example of the pig in the parlour), I would hold that the rule cannot be invoked where a municipality or regional authority, acting under the warrant of statute and pursuant to a planning decision taken in good faith, constructs and operates a sewer and storm drain system in a given locality.

To characterize a given use of land as appropriate to that locality does not, however, provide an answer to the question whether damage occasioned by that activity constitutes a nuisance. It is to that question that I now turn.

### Nuisance

Generically, as *Salmond on the Law of Torts*, 17th ed. by R. F. V. Heuston, at p. 50, notes, "nuisances are caused by an act or omission, whereby a person is unlawfully annoyed, prejudiced or disturbed in the enjoyment of land". The same passage makes it clear that a nuisance may take a variety of forms, ranging from actual physical damage to land to interference with the health,

Les systèmes publics d'écoulement des eaux usées et des eaux de ruissellement constituent une partie indispensable des infrastructures nécessaires à la vie urbaine et je suis certain que l'égout pluvial en question a été construit conformément à des décisions d'aménagement du même type que celles dont Williams parle. Comme tel, il serait difficile d'imaginer un usage d'un bien-fonds qui s'inscrive plus clairement à l'intérieur de ceux qu'on pourrait qualifier d'ordinaires et de susceptibles de produire un avantage général pour la collectivité; voir l'opinion incidente exprimée dans le même sens par lord Denning dans l'arrêt *Pride of Derby and Derbyshire Angling Association Ltd. v. British Celanese Ltd.*, [1953] Ch. 149, à la p. 189.

En résumé, si, comme le prétend Prosser, à la p. 147 de son essai intitulé «The Principle of *Rylands v. Fletcher*,» dans *Selected Topics on the Law of Torts*, la pierre angulaire de l'application de la règle de l'arrêt *Rylands v. Fletcher* doit être le préjudice qui résulte d'un usage non approprié d'un endroit (Prosser cite l'exemple d'un porc dans un salon), je suis d'avis d'affirmer que la règle ne peut être invoquée lorsqu'une municipalité ou un organisme régional, agissant en conformité avec une loi et en application d'une décision d'aménagement prise de bonne foi, construit et exploite un système d'écoulement des eaux usées et des eaux de ruissellement dans une localité donnée.

Qualifier un usage donné d'un bien-fonds de convenable pour cette localité n'apporte cependant pas de réponse à la question de savoir si le préjudice causé par cette activité constitue une nuisance. C'est à cette question que je vais maintenant passer.

### La nuisance

Comme on le souligne dans l'ouvrage *Salmond on the Law of Torts*, 17<sup>e</sup> éd. par R. F. V. Heuston, à la p. 50, généralement, [TRADUCTION] «les nuisances sont causées par un acte ou une omission qui a pour effet d'importuner illégalement une personne, de lui faire subir un préjudice ou de la déranger dans la jouissance de son bien-fonds». Le même passage explique clairement qu'une nuisance peut revêtir différentes formes, des dommages matériels au bien-fonds au préjudice à la santé,

comfort or convenience of the owner or occupier of land.

The assessment whether a given interference should be characterized as a nuisance turns on the question, simple to state but difficult to resolve, whether in the circumstances it is reasonable to deny compensation to the aggrieved party. The courts have traditionally approached this problem of reconciling conflicting uses of land with an eye to a standard based, in large part, on the formulations of Knight Bruce V.-C. in *Walter v. Selfe* (1851), 4 De G. & Sm. 315, 64 E.R. 849, and Bramwell B. in *Bamford v. Turnley* (1862), 3 B. & S. 66, 122 E.R. 27, at pp. 83-84 and at pp. 32-33 respectively. There it was observed that the very existence of organised society depended on a generous application of the principle of "give and take, live and let live". It was therefore appropriate to interpret as actionable nuisances only those inconveniences that materially interfere with ordinary comfort as defined according to the standards held by those of plain and sober tastes. In effect, the law would only intervene to shield persons from interferences to their enjoyment of property that were unreasonable in the light of all the circumstances.

The courts are thus called upon to select among the claims for interference with property and exclude those based on the prompting of excessive "delicacy and fastidiousness", to employ the terms of Knight Bruce V.-C. The courts attempt to circumscribe the ambit of nuisance by looking to the nature of the locality in question and asking whether the ordinary and reasonable resident of that locality would view the disturbance as a substantial interference with the enjoyment of land. Among the criteria employed by the courts in delimiting the ambit of the tort of nuisance are considerations based on the severity of the harm, the character of the neighbourhood, the utility of the defendant's conduct, and the question whether the plaintiff displayed abnormal sensitivity.

au confort ou aux commodités du propriétaire ou de l'occupant du bien-fonds.

Pour déterminer si une atteinte donnée devrait être qualifiée de nuisance, la question, qu'il est facile de formuler mais à laquelle il est difficile de répondre, est de savoir si, dans les circonstances, il est raisonnable de refuser toute indemnité à la partie lésée. Traditionnellement, les tribunaux ont abordé ce problème de réconciliation des usages incompatibles d'un bien-fonds en tenant compte d'une norme fondée en grande partie sur les formulations du vice-chancelier Knight Bruce dans l'arrêt *Walter v. Selfe* (1851), 4 De G. & Sm. 315, 64 E.R. 849, et du baron Bramwell dans l'arrêt *Bamford v. Turnley* (1862), 3 B. & S. 66, 122 E.R. 27, aux pp. 83 et 84 et aux pp. 32 et 33 respectivement. Dans ce dernier arrêt, on a fait remarquer que l'existence même d'une société organisée dépendait d'une application libérale du principe des [TRADUCTION] «concessions mutuelles et de la tolérance». Il était donc approprié de dire que les nuisances qui pouvaient donner lieu à une action étaient formées des seuls inconvénients qui préjudiciaient sensiblement au confort ordinaire selon les normes de ceux qui ont un goût simple et réservé. En effet, le droit n'interviendrait que pour protéger les personnes des atteintes à leur droit de jouir du bien-fonds qui seraient déraisonnables compte tenu de toutes les circonstances.

Les tribunaux sont donc appelés à faire un choix parmi les demandes fondées sur l'atteinte à la propriété et à exclure celles qui découlent [TRADUCTION] «d'un caprice ou d'une exigence» excessifs, pour reprendre les termes du vice-chancelier Knight Bruce. Les tribunaux ont tenté de définir la portée de la nuisance en examinant la nature de la localité en question et en se demandant si le résident ordinaire et raisonnable de cette localité considérerait l'inconvénient comme une atteinte importante à la jouissance du bien-fonds. Parmi les critères utilisés pour déterminer l'étendue du délit de nuisance, les tribunaux ont tenu compte de la gravité du préjudice, des particularités du voisinage, de l'utilité du comportement du défendeur et de l'existence chez le demandeur d'une sensibilité anormale.

It is important to bear in mind, however, that these criteria find their greatest application in cases where the interference complained of does not consist of material damage to property but rather interference with tranquility and amenity, i.e., what Westbury L.C. in *St. Helen's Smelting Co. v. Tipping* (1865), 11 H.L.C. 642, at p. 650, classified as "nuisance . . . productive of sensible personal discomfort . . . anything that discomposes or injuriously affects the senses or the nerves". Where "material damage" is concerned, it is clear that the criteria adverted to above are to be applied with great circumspection; see *Russell Transport Ltd. v. Ontario Malleable Iron Co.*, [1952] 4 D.L.R. 719, at pp. 729-30 per McRuer C.J.H.C. In the presence of actual physical damage to property, the courts have been quick to conclude that the interference does indeed constitute a substantial and unreasonable interference with the enjoyment of property. As put by Westbury L.C. in *St. Helen's Smelting Co. v. Tipping*, *supra*, at pp. 650-51:

. . . the submission which is required from persons living in society to that amount of discomfort which may be necessary for the legitimate and free exercise of the trade of their neighbours, would not apply to circumstances the immediate result of which is sensible injury to the value of the property.

On the basis of the foregoing considerations, I conclude that the escape of water at issue here would clearly constitute a compensable nuisance were this a case opposing two private individuals. The same view was taken by McIntyre J.A., later of this Court, in the very similar case of *Royal Anne Hotel Co. v. Ashcroft*, [1979] 2 W.W.R. 462 (B.C.C.A.) The question thus becomes that of determining whether it is reasonable to deny compensation to the appellants because of the fact that they suffered the damage at the hands of a body exercising statutory authority. This requires a consideration of the defence of statutory authority.

Il est cependant important de garder à l'esprit que l'application de ces critères est des plus utiles dans les cas où l'atteinte dont on se plaint consiste non pas en un préjudice matériel à la propriété, mais plutôt en un trouble de la tranquillité et de la jouissance, c'est-à-dire ce que le lord chancelier Westbury a qualifié, dans l'arrêt *St. Helen's Smelting Co. v. Tipping* (1865), 11 H.L.C. 642, à la p. 650, de [TRADUCTION] «nuisance [...] à l'origine d'un malaise personnel appréciable [...] tout ce qui trouble ou a un effet négatif sur les sens ou les nerfs». Lorsqu'il est question d'un «préjudice matériel», il est clair que les critères mentionnés précédemment doivent être appliqués avec beaucoup de circonspection; voir l'arrêt *Russell Transport Ltd. v. Ontario Malleable Iron Co.*, [1952] 4 D.L.R. 719, aux pp. 729 et 730, le juge en chef McRuer de la Haute Cour. En présence d'un véritable préjudice matériel à la propriété, les tribunaux n'ont pas hésité à conclure qu'il s'agit vraiment d'une atteinte importante et déraisonnable à la jouissance de la propriété. Comme l'affirme le lord chancelier Westbury dans l'arrêt *St. Helen's Smelting Co. v. Tipping*, précité, aux pp. 650 et 651:

[TRADUCTION] . . . l'on ne peut exiger que des personnes supportent une situation dont le résultat immédiat est un préjudice appréciable à la valeur de la propriété de la même façon que les personnes vivant en société doivent supporter le dérangement qui peut être nécessaire pour l'exercice légitime et libre du commerce de leurs voisins.

g

Compte tenu des considérations précédentes, je conclus que l'eau qui s'est échappée en l'espèce constitue clairement une nuisance qui pourrait donner lieu à une indemnisation s'il s'agissait d'un différend opposant deux particuliers. Le juge McIntyre, plus tard juge de notre Cour, a exprimé le même point de vue dans l'arrêt très semblable *Royal Anne Hotel Co. v. Ashcroft*, [1979] 2 W.W.R. 462 (C.A.C.-B.) La question est donc de savoir s'il est raisonnable de refuser d'accorder une indemnité aux appelants pour le motif que le préjudice qu'ils ont subi a été causé par un organisme qui exerçait un pouvoir conféré par la loi. Cela nous oblige à examiner le moyen de défense fondé sur l'autorisation du législateur.

Statutory Authority

Briefly put, the test applied by the courts when faced with the decision whether a nuisance may be defended on the ground that it was created pursuant to the exercise of statutory authority takes the form of inquiring whether the statute expressly or impliedly authorizes the damage complained of, and whether the public or other body concerned has established that the damage was inevitable. This was the test applied by this Court in *City of Portage La Prairie v. B.C. Pea Growers Ltd.*, [1966] S.C.R. 150.

The approach to this defence, though considerably refined, is a legacy of the Victorian age. The gist of the doctrine as it then emerged was to the effect that in the absence of negligence no action would lie for damage occasioned by a body acting within the confines of its statutory authority. Negligence, it may be noted, was understood in a special sense as the failure on the part of the body to observe all precautions consistent with the carrying out of the activity in question; see *Vaughan v. Taff Valley Railway Co.* (1860), 29 L.J. Ex. 247, *passim*. The *locus classicus* is that of Blackburn L.J. in *Geddis v. Proprietors of the Bann Reservoir* (1878), 3 App. Cas. 430 (H.L.), at pp. 455-56:

For I take it, without citing cases, that it is now thoroughly well established that no action will lie for doing that which the legislature has authorized, if it be done without negligence, although it does occasion damage to anyone; but an action does lie for doing that which the legislature has authorized, if it be done negligently. And I think that if by a reasonable exercise of the powers, either given by statute to the promoters, or which they have at common law, the damage could be prevented it is, within this rule, "negligence" not to make such reasonable exercise of their powers. I do not think that it will be found that any of the cases (I do not cite them) are in conflict with that view of the law.

In his essay "Strict Liability, Nuisance and Legislative Authorization" (1966), 4 *Osgoode Hall L.J.* 196, at pp. 202 *et seq.*, Professor, now Justice, Linden makes the point that the formulation of the doctrine of immunity reposed on a

L'autorisation du législateur

En bref, le critère que les tribunaux appliquent lorsqu'ils ont à décider si, en défense à une action fondée sur la nuisance, il est possible de prétendre que celle-ci résulte de l'exercice d'un pouvoir conféré par la loi, prend la forme d'un examen pour déterminer si la loi autorise expressément ou implicitement le préjudice reproché et si le public ou un autre organisme intéressé a établi que le préjudice était inévitable. C'est ce critère que notre Cour a appliqué dans l'arrêt *City of Portage La Prairie v. B.C. Pea Growers Ltd.*, [1966] R.C.S. 150.

La façon d'aborder ce moyen de défense nous vient de l'époque victorienne, bien que considérablement affinée depuis. La théorie apparue à l'époque prévoyait essentiellement qu'en l'absence de négligence aucune action ne pouvait être intentée pour le préjudice causé par un organisme qui agissait conformément aux pouvoirs que lui conférait la loi. Il convient de noter que la négligence revêtait un sens particulier, celui de l'omission de la part de l'organisme de prendre toutes les précautions conformes à l'exercice de l'activité en question; voir l'arrêt *Vaughan v. Taff Valley Railway Co.* (1860), 29 L.J. Ex. 247, *passim*. L'extrait classique est celui du lord juge Blackburn dans l'arrêt *Geddis v. Proprietors of the Bann Reservoir* (1878), 3 App. Cas. 430 (H.L.), aux pp. 455 et 456:

[TRADUCTION] Car je tiens pour acquis, sans mentionner la jurisprudence, qu'il est maintenant très bien établi qu'aucune action ne peut être intentée à l'égard d'une activité que le législateur a permise si celle-ci est exercée sans négligence, bien qu'elle cause un préjudice à quelqu'un; mais une action peut être intentée si l'activité permise par le législateur est exercée de façon négligente. Et j'estime que si par un exercice raisonnable des pouvoirs que la loi confère aux promoteurs ou que ceux-ci possèdent en *common law* le préjudice pouvait être évité, ils agiraient, selon cette règle, avec «négligence» s'ils n'exerçaient pas raisonnablement leurs pouvoirs. Je ne crois pas qu'il y ait conflit entre la jurisprudence (je ne la cite pas) et cette conception du droit.

Dans son article intitulé «Strict Liability, Nuisance and Legislative Authorization» (1966), 4 *Osgoode Hall L.J.* 196, aux pp. 202 *et suiv.*, le professeur Linden, maintenant juge, affirme que la formulation de la théorie de l'immunité repose sur

supposed divination of legislative intent, for the statutes which authorized undertakings were normally silent as to the effect of the legislation on tort liability. As he notes, the emergence in the 19th century of a doctrine conferring substantial immunities on public authorities corresponded to then pressing policy reasons. He states at p. 199:

Perhaps the most important policy reason for the creation of the immunity was the desire to promote industrial expansion and to refrain from saddling infant industries with legal responsibility for their non-negligent conduct. Legislative authority was generally used in cases involving semi-public activities such as railways, roadbuilding, canals and hospitals. These types of enterprise were even more vital to the economy than were other industries and thus deserving of additional protection from civil liability.

It is clear, however, that the concern that the imposition of tort liability would nullify the ability of public and semi-public bodies to carry out what was authorized by the legislature has waned in this century, giving way, in considerable measure, to the notion that it is unreasonable to immunize these bodies from tort liability. As Linden, *op. cit.*, at p. 202 puts it, the broad immunity previously given public bodies is now in the process of "contraction and decay". The rationale for this shift may be said to lie in the perception that, when an individual suffers damage attributable to such a body, it is only just that the cost of this damage should be absorbed by it and thus become a charge on all those who benefit from the service, rather than being laid at the feet of the hapless individual who has been injured or incurred damage; see McLaren, "Nuisance in Canada", in A. M. Linden, ed., *Studies in Canadian Tort Law*, at p. 372.

This shift away from the notion that public authorities as such should enjoy an immunity from liability in tort was effected by means of a number of techniques developed by the courts for eliciting the supposed intent of the legislature; see McLaren, *op. cit.*, at pp. 372-73; Linden, *op. cit.*, at pp. 201 *et seq.* Thus, liability has turned on the question whether the statute should be characterized as

une prétendue divination de l'intention du législateur, car les lois qui autorisaient des entreprises étaient habituellement silencieuses quant à l'effet de la législation sur la responsabilité délictuelle.

<sup>a</sup> Comme il le souligne, l'apparition au XIX<sup>e</sup> siècle d'une théorie conférant des immunités importantes aux autorités publiques répondait aux raisons de principe urgentes à l'époque. Il affirme à la p. 199:

<sup>b</sup> [TRADUCTION] Il est possible que la raison de principe la plus importante à l'origine de la création de l'immunité ait été le désir de promouvoir le développement industriel et le refus d'imposer aux industries naissantes une responsabilité légale pour leur conduite non négligente. L'autorisation du législateur était généralement invoquée lorsqu'il s'agissait d'activités semi-publiques comme dans les cas des chemins de fer, de construction de routes, de canaux et d'hôpitaux. Ces genres d'entreprises étaient même beaucoup plus essentielles à l'économie que d'autres secteurs et méritaient donc une protection supplémentaire contre une responsabilité civile.

Il est cependant clair que la crainte que l'imposition d'une responsabilité civile rende les organismes publics et semi-publics incapables d'exercer les activités autorisées par le législateur a diminué au cours de ce siècle pour céder le pas, dans une très large mesure, à la notion selon laquelle il est déraisonnable d'exonérer ces organismes de toute responsabilité civile. Comme l'affirme Linden, *op. cit.*, à la p. 202, l'immunité générale dont jouissaient les organismes publics auparavant est en voie de disparition. On peut dire que la raison de ce changement est la perception que, lorsqu'un individu subit un préjudice attribuable à ce genre d'organisme, il n'est que juste que le coût de ce préjudice soit assumé par celui-ci et soit donc réparti entre tous ceux qui bénéficient du service, plutôt que par l'individu malchanceux qui a été lésé ou qui a subi le préjudice; voir McLaren, «Nuisance in Canada», dans A. M. Linden, éd., *Studies in Canadian Tort Law*, à la p. 372.

Cet abandon de l'idée que les autorités publiques devraient comme telles bénéficier d'une immunité contre la responsabilité civile s'est réalisé grâce à un certain nombre de techniques que les tribunaux ont mises au point pour découvrir l'intention présumée du législateur; voir McLaren, *op. cit.*, aux pp. 372 et 373; Linden, *op. cit.*, aux pp. 201 et suiv. Ainsi, la responsabilité dépendait

mandatory or permissive, the basis for the distinction being the premise that, where the legislature has merely accorded a power as opposed to having mandated the doing of a particular thing in a given locality, it is to be supposed that the power is meant to be exercised in strict conformity with individual rights.

Again, rather than applying a presumption that the authorizing statute impliedly sanctioned the invasion of individual rights, the courts have sought to determine whether the nuisance would inevitably arise from the construction or operation of the authorized work. Damage is said to be "inevitable" when the body responsible for it establishes to the satisfaction of the court that it was demonstrably impossible to avoid the damage inasmuch as it had carried out its operations with a degree of skill and care commensurate with current scientific and technical knowledge, but with due allowance for practical considerations bearing on time and expense. On proof of inevitability, a plaintiff is denied redress. Viscount Dunedin put it this way in *City of Manchester v. Farnworth*, [1930] A.C. 171 (H.L.), at p. 183:

When Parliament has authorized a certain thing to be made or done in a certain place, there can be no action for nuisance caused by the making or doing of that thing if the nuisance is the inevitable result of the making or doing so authorized. The onus of proving that the result is inevitable is on those who wish to escape liability for nuisance, but the criterion of inevitability is not what is theoretically possible but what is possible according to the state of scientific knowledge at the time, having also in view a certain common sense appreciation, which cannot be rigidly defined, of practical feasibility in view of situation and of expense.

Though the words of Viscount Dunedin have now taken on the aura of dogma, the question of what is meant by inevitability invites scrutiny.

In the case before us, the Court of Appeal took the view that a statutory body would establish the inevitability of damage on a showing that it had not been negligent in its operation of the system in

de la question de savoir si la loi devait être qualifiée d'impérative ou de facultative, la distinction reposant sur le principe que lorsque le législateur a simplement conféré un pouvoir et non prescrit l'exercice d'une certaine activité dans un lieu donné, il faut supposer que le pouvoir doit être exercé en stricte conformité avec les droits des particuliers.

Une fois encore, au lieu d'appliquer la présomption que la loi habilitante a implicitement sanctionné la violation des droits des particuliers, les tribunaux ont cherché à déterminer si la nuisance découlerait inévitablement de la construction ou de l'exploitation de l'ouvrage permis. On dit que le préjudice est «inévitable» lorsque l'organisme qui en est responsable convainc le tribunal qu'il était manifestement impossible de l'éviter en ce sens que l'organisme a agi en exerçant des compétences et une diligence proportionnelles aux connaissances scientifiques et techniques contemporaines, mais en tenant dûment compte de considérations pratiques relatives aux délais et aux coûts. S'il y a une preuve que le préjudice était inévitable, on refuse réparation au demandeur. Dans l'arrêt *City of Manchester v. Farnworth*, [1930] A.C. 171 (H.L.), le vicomte Dunedin affirme, à la p. 183:

[TRADUCTION] Lorsque le Parlement a permis qu'une chose donnée soit faite à un endroit donné, il ne peut y avoir d'action fondée sur la nuisance causée par la chose qui est faite si la nuisance est le résultat inévitable de la chose autorisée. Le fardeau d'établir que le résultat est inévitable incombe à ceux qui désirent se dégager de leur responsabilité à l'égard de la nuisance, mais le critère du caractère inévitable de la nuisance n'est pas ce qui est théoriquement possible mais ce qui est possible suivant l'état des connaissances scientifiques à l'époque, compte tenu également d'une saine appréciation, qu'on ne peut pas définir de façon précise, de la possibilité pratique de réalisation étant donné la situation et le coût.

Bien que les propos du vicomte Dunedin aient maintenant valeur de dogme, la question de savoir ce qu'on entend par caractère inévitable exige examen.

En l'espèce, la Cour d'appel a adopté le point de vue selon lequel un organisme créé par la loi établirait le caractère inévitable du préjudice en démontrant qu'il n'a pas été négligent dans l'ex-

question. This emerges from the following passages from its decision, at pp. 136 and 139:

As a general rule, municipal authorities have not been held liable in nuisance by the courts if the municipality has been authorized by the Legislature to construct and maintain an undertaking or work, the nature of which may involve interference with the rights of individuals, where negligence has not been demonstrated.

I think it unnecessary to go to either extreme to establish inevitability because in my view what is really meant by inevitability is "unavoidability". Thus, a municipal corporation, acting under statutory authority, may successfully defend an action in nuisance if it can establish that the occurrence complained of was inevitable in the sense that it could not have been avoided by the exercise of all reasonable and available expertise and care in the design, construction and operation of the works from which the nuisance emanated. This obviously comes very close to stating that the onus on the municipality is to disprove negligence . . .

It is established that there was no negligence by the municipality and I am unable to conclude that the municipality created any nuisance. As stated, the mere fact of the interference with the respondent's land does not in my view create a nuisance because, while unfortunate, there was no "unreasonableness" which can be ascribed to the appellant municipality.

The problem with this approach is that it directs the focus of the inquiry solely on the conduct of the defendant. Yet the fundamental issue before the court in a claim for nuisance is not whether the defendant has acted prudently. Rather, the issue for determination is whether, on a consideration of all the circumstances, it is reasonable or unreasonable to award compensation for the damage suffered. McIntyre J.A., as he then was, put the point well in *Royal Anne Hotel Co. v. Ashcroft, supra*, when after noting (at pp. 465-66) that the most carefully designed industrial plant operated with the greatest care could cause a nuisance, he added, at p. 467:

In my opinion the rationale for the law of nuisance in modern times, whatever its historical origins may have

exploitation du système en question. Cela ressort des extraits suivants de son arrêt, aux pp. 136 et 139:

[TRADUCTION] En règle générale, les tribunaux n'ont pas, en l'absence d'une preuve de négligence, déclaré des autorités municipales coupables de nuisance lorsque le législateur avait autorisé la municipalité à construire et à entretenir une entreprise ou un ouvrage de nature à porter atteinte aux droits des particuliers.

Je ne crois pas qu'il soit nécessaire de faire appel aux extrêmes pour établir le caractère inévitable parce qu'à mon avis ce qu'on entend vraiment par caractère inévitable c'est ce qui est «inéluçtable». Par conséquent, une corporation municipale qui agit en vertu de l'autorité de la loi peut avoir gain de cause en défense à une action fondée sur la nuisance si elle établit que l'événement dont on se plaint était inévitable en ce sens qu'on n'aurait pas pu l'éviter en exerçant toute la diligence et toutes les compétences raisonnables et possibles dans la conception, la construction et l'exploitation des ouvrages à l'origine de la nuisance. Manifestement, cela revient presque à dire qu'il incombe à la municipalité d'établir qu'il n'y a pas eu négligence . . .

La preuve démontre que la municipalité n'a pas été négligente et je suis incapable de conclure que la municipalité est à l'origine d'une nuisance. Comme je l'ai dit, le simple fait qu'il y ait atteinte au bien-fonds de l'intimé ne crée pas, à mon avis, une nuisance parce que, bien que la situation soit regrettable, on ne peut reprocher à la municipalité appelante d'avoir agi de façon «déraisonnable».

Le problème que soulève cette interprétation, c'est qu'elle fait porter l'examen sur la seule conduite du défendeur. Or, la question fondamentale dont est saisie la cour dans une action fondée sur la nuisance n'est pas de savoir si le défendeur a agi avec prudence. Il s'agit plutôt de déterminer si, compte tenu de toutes les circonstances, il est raisonnable ou déraisonnable d'accorder une indemnité pour le préjudice subi. Le juge McIntyre, plus tard juge de notre Cour, a clairement exposé ce point dans l'arrêt *Royal Anne Hotel Co. v. Ashcroft*, précité, lorsqu'il a ajouté, après avoir souligné (aux pp. 465 et 466) que l'usine la mieux conçue et exploitée de façon la plus prudente pouvait être à l'origine d'une nuisance, à la p. 467:

[TRADUCTION] À mon avis, la raison d'être de la règle de la nuisance à notre époque moderne, peu



been, is the provision of a means of reconciling certain conflicting interests in connection with the use of land, even where the conflict does not result from negligent conduct. It protects against the unreasonable invasion of interests in land.

The meaning of what constitutes an "unreasonable" invasion accordingly cannot turn on the sole question whether the defendant has taken reasonable care in the circumstances.

I would therefore respectfully reject the view of the Court of Appeal that the test whether a given occurrence is "inevitable" turns on whether the accident was bound to occur despite the exercise of "reasonable and available expertise and care in the design, construction and operation of the works from which the nuisance emanated". The test for inevitability does not, in my view, centre on whether a particular infrastructure with all its deficiencies is bound to produce occurrences of the nature complained of. What Viscount Dunedin's statement in the *City of Manchester* case invites the courts to do, as I see it, is to take a broad view of the matter and to ask whether, having regard both to the technical knowledge available to the public body concerned, and the limitations of cost, it was demonstrably impossible for it to provide the service without causing a nuisance. This is obviously a question of quite a different order from asking whether it was demonstrably impossible for that body, with the equipment it had in place or with the level of service it chose to provide, to avoid causing the damage through the exercise of due care.

The invitation proffered by Lord Dunedin has been accepted by a number of Canadian courts; see especially *Royal Anne Hotel Co. v. Ashcroft*, *supra*; *Schenck v. The Queen in Right of Ontario* (1981), 34 O.R. (2d) 595 (H.C.), *aff'd* (1984), 49 O.R. (2d) 556 (C.A.), *aff'd sub nom. Schenck v. Ontario (Minister of Transportation and Communications)*, [1987] 2 S.C.R. 289; *Bishop v. Town of Gander* (1986), 60 Nfld. and P.E.I.R. 310 (Nfld. S.C.) These courts, while according due

importe ses origines historiques, est de prévoir un moyen de concilier certains intérêts opposés en rapport avec l'usage de biens-fonds, même lorsque le conflit ne résulte pas d'une conduite négligente. Elle protège contre l'atteinte déraisonnable aux droits sur les biens-fonds.

Par conséquent, le sens de ce qui constitue une atteinte «déraisonnable» ne peut dépendre de la seule question de savoir si le défendeur a fait preuve de diligence raisonnable dans les circonstances.

En toute déférence, je rejetterais donc l'opinion de la Cour d'appel que le critère applicable pour déterminer si un événement donné est «inévitabile» consiste à déterminer si l'accident devait nécessairement se produire même en exerçant «toute la diligence et toutes les compétences raisonnables et possibles dans la conception, la construction et l'exploitation des ouvrages à l'origine de la nuisance». À mon avis, le critère applicable pour déterminer le caractère inévitable n'est pas axé sur la question de savoir si une infrastructure particulière avec tous ses défauts doit nécessairement produire les événements dont on se plaint. Si je comprends bien, le vicomte Dunedin, dans l'affaire *City of Manchester*, invite les tribunaux à aborder la question dans un sens large et à se demander si, compte tenu à la fois des connaissances techniques dont disposait l'organisme public en question et des restrictions de coûts, il était manifestement impossible pour cet organisme de fournir un service sans causer de nuisance. Il s'agit évidemment d'une question tout à fait différente de celle de savoir s'il était manifestement impossible pour cet organisme, compte tenu du matériel dont il disposait ou de la qualité du service qu'il avait choisi d'offrir, d'éviter de causer le préjudice en faisant preuve de diligence raisonnable.

Un certain nombre de tribunaux canadiens se sont rendus à l'invitation de lord Dunedin; voir particulièrement les arrêts *Royal Anne Hotel Co. v. Ashcroft*, précité; *Schenck v. The Queen in Right of Ontario* (1981), 34 O.R. (2d) 595 (H.C.), *conf. par* (1984), 49 O.R. (2d) 556 (C.A.), *conf. sub nom. Schenck c. Ontario (Ministre des transports et des communications)*, [1987] 2 R.C.S. 289; *Bishop v. Town of Gander* (1986), 60 Nfld. and P.E.I.R. 310 (C.S.T.-N.) Tout en respectant

respect to the traditional garb in which the defence of statutory authority was clothed, were not dissuaded from reformulating the law to meet modern conditions and values. Some courts, however, including, with deference, the Court of Appeal in this case, appear to have been misled by the traditional verbiage and failed to follow this development; see, for example, *Vergamini v. Regional Municipality of Hamilton-Wentworth* (1986), 54 O.R. (2d) 494 (Ont. Dist. Ct.)

The truth is that there is an air of unreality and contrivedness to the defence of statutory authority in this context, however one may seek to rationalize it. Where the statute in question does not expressly exempt a body for damages in nuisance, or, in the alternative, does not provide for a compensation scheme of its own or contain other clear legislative indications, I doubt that divination of an unexpressed intent of the legislature can shed much light on the question whether the person who has suffered damage should be denied compensation. At this remove from the 19th century, therefore, it would seem appropriate to reformulate the law in more functional terms. To give one instance, I would reject the notion that the distinction as to whether a statute is permissive or mandatory is, without more, determinative. Thus, if one looks at the statute authorizing the storm drain in question here, it is clear that the statute is framed in permissive terms. By application of the traditional test, this would ground the presumption that the sewer was meant to be built in strict conformity with private rights, whereas, had the statute been mandatory, the operative presumption would have been that the statutory powers were merely to be exercised without negligence, as that term was defined earlier. But I cannot see how liability for nuisance can credibly be said to depend on whether the legislature has conferred a general power to build sewers that, on all accounts, it must be taken to know will be built as and where the demand arises, or whether it goes to the trouble of passing a special enactment to authorize each sewer in turn. Whatever statutory route is taken will result in the construction of sewerage and drainage facilities in the same locations, and the nature of the authorization cannot, in all reason, have any

la manière traditionnelle dont le moyen de défense de l'autorisation du législateur était présenté, ces tribunaux n'ont pu s'empêcher de reformuler le droit pour respecter les conditions et valeurs contemporaines. Cependant, certains tribunaux, dont, en toute déférence, la Cour d'appel en l'espèce, paraissent avoir été induits en erreur par le verbiage traditionnel et n'ont pas suivi ce courant; voir, par exemple, l'arrêt *Vergamini v. Regional Municipality of Hamilton-Wentworth* (1986), 54 O.R. (2d) 494 (C. dist. Ont.)

En vérité, le moyen de défense fondé sur l'autorisation du législateur semble, dans ce contexte, quelque peu irréaliste et artificiel, peu importe la façon dont on tente de le rationaliser. Si la loi en cause n'exonère pas expressément un organisme du préjudice qui découle de la nuisance, ou subsidiairement, si elle ne comporte pas en soi un régime d'indemnisation ni d'autres indications législatives claires, je doute que la divination d'une intention non exprimée du législateur puisse faciliter considérablement la tâche de savoir s'il faut refuser d'indemniser la personne qui a subi un préjudice. Par conséquent, à notre époque, il semblerait approprié de reformuler le droit en termes plus fonctionnels. Pour n'en donner qu'un exemple, je serais d'avis de rejeter la notion que la distinction entre une loi facultative ou impérative est, sans plus, déterminante. Par conséquent, si on examine la loi qui autorise en l'espèce l'installation de l'égout pluvial, il est clair que la formulation de cette loi permet l'exercice d'une faculté. Si on appliquait le critère traditionnel, la présomption que l'égout devait être construit en stricte conformité avec les droits des particuliers serait fondée, alors que, si la loi avait été impérative, la présomption applicable aurait été que les pouvoirs législatifs n'avaient qu'à être exercés sans négligence au sens où ce terme a été défini précédemment. Mais je ne comprends pas comment on peut plausiblement affirmer que la responsabilité pour nuisance dépend de la question de savoir si le législateur a conféré un pouvoir général de construire des égouts qui, de toute façon, il faut le reconnaître, sont construits là et quand il y a une demande pour ce service, ou de celle de savoir s'il faut se donner la peine d'adopter chaque fois une loi spéciale pour autoriser la construction d'un égout. Peu importe

bearing on the question whether compensation is owed, or is not owed, for damage suffered as a consequence of the operation of the sewer.

Turning to the question of inevitability, it seems to me that, in strict logic, most nuisances stemming from activities authorized by statute are in fact inevitable. Certainly, if one is to judge from the frequency with which storm drain and sewer cases occur in the reports, it would seem a safe conclusion that blockage of such systems is inevitable if one accepts this to mean that it is demonstrably impossible to operate these systems without such occurrences. But what escapes me is why any particular importance should be accorded this fact when weighing a nuisance claim against a statutory authority. The fact that the operation of a given system will inevitably visit random damage on certain unfortunate individuals among the pool of users of the system does not tell us why those individuals should be responsible for paying for that damage.

This rationale was recently adverted to by Robins J. in *Schenck v. The Queen in Right of Ontario, supra*, where fruit farmers successfully sued the Ontario Government in nuisance for damage resulting to their orchards adjacent to provincial highways from the application of salt to the highways to permit winter travel. In reasons successively approved by the Ontario Court of Appeal and this Court, Robins J. perceptively observed that arguments about inevitability are essentially arguments about money. This was recently followed in *Bishop v. Town of Gander, supra*, which involved a ruptured water main. There, Barry J. had this to say, at p. 332:

In the case of **Schenck v. The Queen** (*supra*), the basis of the argument against the assumption of liability by

le moyen législatif choisi, il y aura construction de systèmes d'écoulement des eaux usées et des eaux de ruissellement aux mêmes endroits et la nature de l'autorisation ne peut, en toute logique, influencer sur la question de savoir si une indemnité est due ou non pour le préjudice subi par suite de l'exploitation de l'égout.

Quant à la question du caractère inévitable, il me semble qu'en toute logique la plupart des nuisances qui découlent des activités autorisées par la loi sont en fait inévitables. Il est sûr que si on se fie à la fréquence avec laquelle on trouve dans les rapports judiciaires des décisions relatives aux systèmes d'écoulement des eaux de ruissellement et des eaux usées, on pourrait, semble-t-il, conclure à coup sûr que l'obstruction de ces systèmes est inévitable si l'on entend par cela qu'il est manifestement impossible de les exploiter sans que de tels événements se produisent. Ce qui m'échappe cependant, c'est pourquoi il faudrait accorder une importance particulière à ce fait lorsqu'on soupèse une demande fondée sur la nuisance en fonction de l'autorisation du législateur. Le fait que l'exploitation d'un système donné cause inévitablement et au hasard un préjudice à certains individus malchanceux parmi tous les usagers du système ne nous explique pas pourquoi ces individus devraient avoir à payer pour ces dommages.

Le juge Robins a récemment fait état de ce raisonnement dans l'arrêt *Schenck v. The Queen in Right of Ontario*, précité, où des arboriculteurs fruitiers ont eu gain de cause dans l'action fondée sur la nuisance qu'ils avaient intentée contre le gouvernement ontarien pour les dommages causés à leurs vergers par le sel épandu sur les routes avoisinantes pour permettre la circulation en hiver. Dans des motifs que la Cour d'appel de l'Ontario et notre Cour ont approuvés successivement, le juge Robins a fait remarquer avec perspicacité que les arguments relatifs au caractère inévitable portent essentiellement sur une question d'argent. Ce raisonnement a été suivi dans la récente décision *Bishop v. Town of Gander*, précitée, qui portait sur la rupture d'une conduite principale d'eau. Voici ce que le juge Barry a dit, à la p. 332:

[TRADUCTION] Dans l'arrêt **Schenck v. The Queen** (précité), le fondement de l'argument pour refuser de

the municipality, as in this instance, was essentially one of money, i.e. the high cost of paying the resulting damages or of avoidance of the risk of damage. If courts were to accept that contention, municipalities would be able to economise on such expensive capital works as water systems without responsibility to its citizens for the losses sustained by them in consequence of nuisances so caused.

Constraints of time and money will always militate against the building of absolutely failsafe systems (on the assumption that such systems are possible) and the maintaining of the best conceivable inspection system. Accordingly, a public authority charged with operating any service will inevitably have to strike a balance between the need to give due consideration to factors bearing on efficiency and thrift, and the need to protect persons and property from damage that the system in question is likely to cause. In a word, it will be necessary to make compromises, and I have no reason to doubt that these compromises will take into account the possibility of a certain amount of inevitable damage. This, it seems to me, is bound to occur where the costs of preventing predictable damage far outweigh the actual costs of that damage. To take one example, a public authority, depending on the nature of the threat posed to life and limb, might incur considerable difficulty in justifying to its ratepayers a decision to disburse annually an extra million dollars for a program of inspection that stood merely to forestall damage of one hundred thousand dollars. But the decision not to inspect in such circumstances does not change the fact that the resultant damage should properly be viewed as a cost of running the system. Similarly, in *Schenck v. The Queen in Right of Ontario*, there were no doubt alternative ways to make highways passable in winter, but they probably came at substantially greater cost. If one can judge from the almost universal use of salt in this country, there was no realistic alternative. To my mind, the flaw in the inevitability test, as traditionally expressed, is that it does not take due account of

reconnaître la responsabilité de la municipalité, comme en l'espèce, portait essentiellement sur une question d'argent, c'est-à-dire sur le coût élevé des dommages causés ou sur le coût élevé pour prévenir le risque qu'un dommage se produise. Si les tribunaux acceptaient cette prétention, les municipalités pourraient faire des économies sur des projets aussi coûteux et importants que des systèmes de canalisation d'eau, sans assumer de responsabilité envers ses citoyens pour les pertes que ceux-ci subissent par suite des nuisances ainsi causées.

Des contraintes de temps et d'argent vont toujours jouer contre la construction de systèmes absolument sûrs (dans la mesure où il est possible d'en construire) et le maintien du meilleur système d'inspection possible. Par conséquent, les autorités publiques chargées d'exploiter un service devront inévitablement établir l'équilibre entre les facteurs qui influent sur le rendement et l'économie, et la nécessité de protéger les personnes et les biens contre tout préjudice que le système en question est susceptible de leur causer. En un mot, il sera nécessaire de faire des compromis et je suis certain qu'on tiendra compte, dans ces compromis, de la possibilité d'un certain préjudice inévitable. Il me semble que cela se produira nécessairement si les coûts de prévention du préjudice prévisible dépassent largement les coûts réels de ce préjudice. Pour ne citer qu'un exemple, des autorités publiques peuvent, selon la nature de la menace qui est faite à la vie des gens, éprouver d'énormes difficultés à justifier auprès de leurs contribuables la décision de consacrer annuellement un million de dollars supplémentaires à un programme d'inspection dont le but n'est que de prévenir un dommage de cent mille dollars. Mais la décision de ne pas procéder à l'inspection dans ces circonstances ne change pas le fait que le préjudice qui résulte devrait être considéré à bon droit comme un coût d'exploitation du système. De même, dans l'arrêt *Schenck v. The Queen in Right of Ontario*, il ne faisait pas de doute qu'il y avait d'autres façons de rendre les routes praticables en hiver mais le coût était vraisemblablement beaucoup plus élevé. Compte tenu de l'usage presque universel du sel dans ce pays, il n'y avait aucune autre solution réaliste. À mon avis, la lacune que comporte le critère du caractère inévitable, tel qu'il était formulé traditionnellement, réside dans le fait qu'il ne tient pas suffisamment compte du fait que le préjudice «inévitabile»

the fact that "inevitable" damage is often nothing but a hidden cost of running a given system.

In short, I question the applicability to the facts of the instant case of the defence of statutory authority as it is conventionally formulated. Where, as here, the authorizing statute does not specifically provide that a right of action in nuisance is taken away (see *Arif v. City of Fredericton* (1986), 77 N.B.R. (2d) 34 (Q.B.), for an example of a statute that does take away such a right), I see no point in donning the cloak of a soothsayer to plumb the intent of the legislature. After all, if the legislature wishes to shift the risk from a public authority to the individual, it can do so in express terms. I see no reason why it should be presumed to be authorizing a serious nuisance. Nor do I accept that any weight should be accorded a showing by the public body that damage was inevitable. The determination that damage was inevitable, in the sense in which that term was defined earlier, does not provide a rationale for concluding that it is reasonable to demand of the person whom misfortune has singled out that he or she pay for the damage concerned. The costs of damage that is an inevitable consequence of the provision of services that benefit the public at large should be borne equally by all those who profit from the service.

Rather than approaching the matter in this way, I think the best way to resolve the problem is to proceed rather as one does when facing a claim in nuisance between two private individuals, and ask whether, given all the circumstances, it is reasonable to refuse to compensate the aggrieved party for the damage he has suffered. When the problem is stated in this fashion, I fail to see any reason that would compel this result on the facts of this case.

This does not denude the defence of statutory authority of all vigour. If, as Lord Dunedin explained, the legislature has authorized the construction of a work at a particular place, the owner of neighbouring land cannot complain if that work is built there. Similarly, if the legislature authorizes the construction of a work, such as a sewerage system, the adjacent landowners cannot complain

n'est souvent rien de plus qu'un coût caché de l'exploitation d'un système donné.

Bref, je doute que le moyen de défense de l'autorisation du législateur tel qu'il est formulé habituellement s'applique aux faits en l'espèce. Lorsque, comme en l'espèce, la loi habitante ne prévoit pas expressément la suppression d'un droit d'action fondé sur la nuisance (voir l'arrêt *Arif v. City of Fredericton* (1986), 77 N.B.R. (2d) 34 (B.R.), pour un exemple d'une loi qui supprime un tel droit), je ne vois pas l'utilité de jouer les devins pour sonder l'intention du législateur. Après tout, si le législateur veut transférer au particulier le risque assumé par des autorités publiques, il peut le faire expressément. Je ne vois pas pourquoi on devrait présumer qu'il autorise une nuisance grave. Je ne puis accepter non plus qu'il faille accorder de l'importance à la démonstration par l'organisme public que le préjudice était inévitable. Le fait d'établir que le préjudice était inévitable, au sens où ce terme a été défini précédemment, ne permet pas de conclure qu'il est raisonnable d'exiger de la personne malchanceuse qu'elle paie pour le préjudice en question. Les coûts du préjudice qui découle inévitablement des services offerts à l'avantage du public en général devraient être assumés de la même façon par tous ceux qui en profitent.

Au lieu d'aborder la question de cette façon, j'estime que le meilleur moyen de résoudre le problème est de procéder plutôt comme s'il s'agissait d'une action fondée sur la nuisance et opposant deux particuliers, et de se demander, compte tenu de toutes les circonstances, s'il est raisonnable de refuser d'indemniser la partie lésée pour le préjudice qu'elle a subi. Lorsque le problème est formulé de cette façon, je ne vois pas pourquoi on devrait arriver à ce résultat compte tenu des faits de l'espèce.

Cela ne dépouille pas de toute force le moyen de défense fondé sur l'autorisation du législateur. Si, comme l'a expliqué lord Dunedin, le législateur a autorisé la construction d'un ouvrage à un endroit donné, le propriétaire d'un bien-fonds voisin ne peut porter plainte si l'ouvrage est construit à cet endroit. De même, si le législateur autorise la construction d'un ouvrage comme un réseau

of ordinary disturbances or loss of amenity that necessarily results to them from its construction or operation if it is built and operated with all reasonable care and skill. To permit action by a landowner in such circumstances (assuming this can be regarded as a nuisance) would in effect be to deny the statutory mandate. Again, if a municipality is given statutory authority to construct a garbage dump, landowners in the vicinity where it is built will not suffer an actionable wrong from unavoidable smells emitted from the dump or increased traffic from trucks. But if toxic waste escapes into their basements or wells, this would pose a completely different issue.

The damage in the present case is attributable to a single calamitous event which, in turn, finds its origin in the operation by the respondent of a service of undoubted public utility. This circumstance in itself provides no rationale for denying compensation. As McIntyre J.A. put it in *Royal Anne Hotel Co. v. Ashcroft*, *supra*, at p. 468, this would have the effect of visiting a disproportionate share of the cost of the beneficial service on the hapless individual who suffered the damage. As I earlier observed, damage attributable to a calamitous event such as the flooding that occurred here should rather be viewed as what it in fact is, a part of the overall cost of providing a beneficial service to the community. As such it is appropriate, in my view, that the obligation of meeting such costs be placed on the body that undertakes it. That body, unlike its hapless victim, is in a position to defray the cost by spreading it among all subscribers to the system. In the alternative, if the authority is to bear the costs of accidents of this nature, it may realize that it is more cost-effective to forestall their occurrence by increasing the frequency of inspections.

d'égouts, les propriétaires de biens-fonds voisins ne peuvent se plaindre des troubles ou de la perte de jouissance ordinaires qu'ils subissent nécessairement en raison de sa construction ou de son exploitation, s'il est construit et exploité en exerçant toute la diligence et toutes les compétences raisonnables. Permettre au propriétaire d'un bien-fonds d'intenter une action dans ces circonstances (à supposer que cela puisse être perçu comme une nuisance) reviendrait en fait à nier l'existence du mandat conféré par la loi. Encore une fois, si une municipalité se voit conférer le pouvoir légal d'aménager un dépotoir, les propriétaires fonciers qui résident à proximité de ce dépotoir ne subiront pas un préjudice ouvrant droit à des poursuites en raison des odeurs inévitables que dégage ce dépotoir ou de la circulation accrue de camions. Mais la situation sera tout à fait différente si des déchets toxiques s'infiltrèrent dans leurs sous-sols ou leurs puits.

En l'espèce, le préjudice est imputable à un seul événement désastreux qui, de son côté, trouve son origine dans l'exploitation par l'intimée d'un service qui est manifestement un service public. Ce fait ne permet pas en soi de refuser l'indemnisation. Comme le juge McIntyre de la Cour d'appel l'a dit dans l'arrêt *Royal Anne Hotel Co. v. Ashcroft*, précité, à la p. 468, cela aurait pour effet de faire assumer par la victime innocente qui a subi le préjudice une part disproportionnée du coût d'un service avantageux pour la collectivité. Comme je l'ai déjà souligné, le préjudice imputable à un événement désastreux, comme l'inondation en l'espèce, devrait plutôt être perçu comme ce qu'il constitue en réalité, c'est-à-dire comme une partie du coût global d'un service qui est offert à l'avantage de la collectivité. Comme tel, j'estime qu'il est approprié que l'obligation de défrayer ces coûts soit imposée à l'organisme qui l'assume. Cet organisme, contrairement à la victime innocente, est en mesure de défrayer le coût en le répartissant entre tous les usagers du système. Subsidiairement, si l'organisme doit défrayer les coûts des accidents de cette nature, il constatera peut être qu'il est plus économique de prévenir ces accidents en augmentant la fréquence des inspections.

I do not share the qualms of the Court of Appeal that to hold the respondent liable in this instance, in the absence of a showing that it was negligent, will make of it an "absolute insurer in respect of all its works". To evoke this spectre of indeterminate liability is, with respect, to lose sight of the fact that a plaintiff does not, as a matter of course, win an action in nuisance on a mere showing that he has suffered damage as a result of interference with the use or enjoyment of his land; see the *Royal Anne* case, *supra*, at p. 467; see also *Street on Torts*, at p. 225. There is always the question whether the injury is one for which it is reasonable or unreasonable to award compensation, and this holds true whether the defendant is a private individual or a statutory body. I see no reason to doubt that in many cases the courts, when called upon to strike a balance between the interests of the private citizen and a statutory body, will conclude that it is appropriate that the interests of the private citizen yield to those of the public at large.

Without purporting to formulate a hard and fast rule, it seems to me that a useful distinction exists between isolated and infrequent occurrences which inflict heavy material damage on a single victim, such as we are concerned with in this case, and those ordinary disturbances diffuse in their effect and having a broad and general impact on the comfort, convenience and material well-being of the public at large. We all have to put up with a certain degree of inconvenience, and indeed some material harm as a price of living in organized society. We accept, for example, that we can look to no one for redress because salt on the roads causes our cars to rust out in five years, but as *Schenck v. The Queen in Right of Ontario*, *supra*, has shown, it is unreasonable that an individual's land be subjected to random and severe damage from that activity without compensation. The test for recovery in nuisance, after all, is whether the effect of the activity on a landowner's enjoyment of property is unreasonable or not. I, therefore, see no ground for viewing a finding of liability on the part of the Board as in any way a floodgates decision that stands, in the long term, to compro-

Je ne partage pas les inquiétudes de la Cour d'appel que le fait de tenir l'intimée responsable en l'espèce, en l'absence d'une preuve qu'elle a été négligente, fera d'elle un [TRADUCTION] «véritable assureur à l'égard de tous ses ouvrages». En toute déférence, évoquer ce spectre de la responsabilité absolue, c'est perdre de vue le fait que le demandeur n'a pas automatiquement gain de cause dans une action fondée sur la nuisance après avoir fait la preuve qu'il a subi un préjudice par suite d'une atteinte à l'usage ou à la jouissance de son bien-fonds; voir l'arrêt *Royal Anne*, précité, à la p. 467; voir également *Street on Torts*, à la p. 225. La question de savoir si le préjudice subi en est un qui peut raisonnablement donner lieu à une indemnité demeure toujours, et cela est vrai peu importe que le défendeur soit un particulier ou un organisme créé par une loi. Je suis certain que dans plusieurs instances, les tribunaux appelés à établir l'équilibre entre les intérêts d'un citoyen et ceux d'un organisme créé par la loi vont conclure qu'il est approprié que les intérêts du citoyen cèdent le pas devant ceux du public en général.

Sans vouloir formuler une règle absolue, j'estime qu'il est possible d'établir une distinction utile entre des événements isolés et rares qui causent un grave préjudice matériel à une seule victime, comme c'est le cas en l'espèce, et les troubles ordinaires aux effets diffus qui influent de manière générale sur le confort, la commodité et le bien-être matériel du public en général. Nous devons tous tolérer une certaine mesure de désagrément et même de préjudice matériel comme prix de la vie en société organisée. Par exemple, nous acceptons de ne pouvoir nous adresser à personne pour obtenir réparation pour le sel épandu sur nos routes qui fait en sorte que nos véhicules rouillent en cinq ans, mais comme on l'a vu dans l'arrêt *Schenck v. The Queen in Right of Ontario*, précité, il est déraisonnable que le bien-fonds d'un particulier ait à subir des dommages graves causés au hasard par cette activité sans que ce dernier puisse être indemnisé. Le critère applicable à l'indemnisation pour nuisance consiste, après tout, à déterminer si l'effet d'une activité sur la jouissance d'un bien-fonds par son propriétaire est déraisonnable ou non. Par conséquent, je ne vois pas pourquoi le fait

mise the ability of statutory authorities duly to carry out their legislative mandates.

#### Disposition

I would allow the appeal, set aside the judgment of the Court of Appeal and restore the judgment of the trial judge. The appellants are entitled to their costs throughout.

The judgment of Lamer, Wilson and L'Heureux-Dubé JJ. was delivered by

WILSON J.—I have had the benefit of reading the reasons for judgment of my colleague, Justice La Forest, and, while I agree with his proposed disposition of the appeal, I have reservations about his approach to the law of nuisance as it applies to public bodies acting under statutory authority. The facts are set out in detail by my colleague and I need not repeat them here.

I agree with my colleague's conclusion that the rule in *Rylands v. Fletcher* (1868), L.R. 3 H.L. 330, has no application to this case but that the appellants are entitled to recover from the respondent in nuisance. I agree with him also that the Court of Appeal erred in concluding that if the respondent could show that it had not been negligent, then it could not be liable in nuisance.

I do not, however, share La Forest J.'s view that this Court should, or indeed can, on this appeal virtually abolish the defence of statutory authority for policy reasons and treat municipalities exercising statutory authority in the same way as private individuals. Such a major departure from the current state of the law would, it seems to me, require the intervention of the legislature.

Moreover, I do not favour replacing the existing law in this area with a general test of whether it is reasonable or unreasonable in the circumstances of the case to award compensation. This test may,

de conclure à la responsabilité de la Commission pourrait, d'une façon quelconque, déclencher une avalanche de poursuites qui, à long terme, compromettraient la capacité des organismes créés par la loi d'exécuter correctement leur mandat législatif.

#### Dispositif

Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi, d'annuler l'arrêt de la Cour d'appel et de rétablir la décision du juge de première instance. Les appelants ont droit à leurs dépens dans toutes les cours.

Version française du jugement des juges Lamer, Wilson et L'Heureux-Dubé rendu par

LE JUGE WILSON—J'ai eu l'avantage de lire les motifs de mon collègue le juge La Forest et bien que je partage la conclusion qu'il propose, j'ai des réserves quant à son interprétation de l'application des règles de la nuisance aux organismes publics qui agissent en vertu de l'autorisation du législateur. Comme mon collègue donne un exposé détaillé des faits, il ne m'est pas nécessaire de les répéter ici.

Je partage la conclusion de mon collègue que la règle de l'arrêt *Rylands v. Fletcher* (1868), L.R. 3 H.L. 330, ne s'applique pas en l'espèce mais que les appelants ont le droit d'obtenir de l'intimée une réparation fondée sur la nuisance. Je partage également son avis que la Cour d'appel a commis une erreur en concluant que si l'intimée pouvait établir l'absence de négligence de sa part, on ne pouvait alors la tenir responsable selon les règles de la nuisance.

Cependant, je ne partage pas l'opinion du juge La Forest que cette Cour devrait, ou peut effectivement, dans le cadre de ce pourvoi, pratiquement abolir le moyen de défense fondé sur l'autorisation du législateur pour des raisons de principe et traiter les municipalités qui exercent un pouvoir conféré par le législateur de la même manière que des particuliers. Il me semble qu'un écart si important de l'état actuel du droit nécessiterait l'intervention du législateur.

En outre, je ne suis pas en faveur de remplacer les règles qui existent actuellement en la matière par un critère général consistant à déterminer s'il est raisonnable ou déraisonnable dans les circons-



because of the high degree of judicial subjectivity involved in its application, make life easier for the judges but, in my respectful view, it will do nothing to assist public bodies to make a realistic assessment of their exposure in carrying out their statutory mandate. Nor will it provide much guidance to litigants in deciding whether or not to sue. It is altogether too uncertain. Nor can I, with respect, accept the proposition that a single individual suffering damage from an isolated nuisance should be dealt with differently from a group of people suffering damage from an ongoing nuisance. This seems to me to be quite incompatible with the concept of principled decision-making. Accordingly, while I agree with my colleague in the result he has reached in this case, I prefer to write my own concurring reasons.

I agree that the flooding of the appellants' basement constituted an unreasonable interference with the appellants' use and enjoyment of the property and that, had the parties been two private individuals, it clearly would have been an actionable nuisance. However, since the respondent is a municipality, the law dictates that different considerations apply. The crucial question is whether or not the respondent is able to rely on the defence of statutory authority in the circumstances of this case.

Since the availability of the defence of statutory authority depends on the language of the statute I set out the relevant provisions of *The Municipalities Act*, S.N. 1979, c. 33, on which the respondent must rely:

154. (1) The council may, subject to the provisions of The Department of Consumer Affairs and Environment Act, 1973 and regulations made thereunder, construct, acquire, establish, own and operate

- (a) a public water supply system for the distribution of water within or, with the approval of the Minister, outside of the town,
- (b) a public sewerage system, either independently or in conjunction with a public water supply

tances de l'affaire d'accorder une indemnité. Ce critère peut, en raison de la très grande subjectivité judiciaire que son application comporte, faciliter la vie des juges mais, à mon avis, il n'aidera aucunement les organismes publics à évaluer de façon réaliste ce à quoi ils s'exposent dans l'exercice du mandat que leur confie la loi. Il ne sera pas non plus d'un grand secours dans la décision des parties d'intenter ou non des poursuites. Il est dans l'ensemble trop vague. En toute déférence, je ne puis non plus accepter la proposition qu'un seul individu qui subit un préjudice en raison d'une nuisance isolée devrait être traité différemment d'un groupe de personnes qui subissent un préjudice en raison d'une nuisance permanente. Cela me semble tout à fait incompatible avec la notion de décisions fondées sur des principes. Par conséquent, bien que je souscrive à la conclusion de mon collègue dans ce pourvoi, je préfère rédiger mes propres motifs concordants.

Je suis d'accord que l'inondation du sous-sol des appelants constituait une atteinte déraisonnable à leur droit d'usage et de jouissance de leur bien-fonds et que, s'il s'était agi de deux particuliers, il est clair que la nuisance aurait donné ouverture à une action. Cependant, puisque l'intimée est une municipalité, la loi exige l'application de considérations différentes. La question essentielle est de savoir si l'intimée peut invoquer le moyen de défense fondé sur l'autorisation du législateur dans les circonstances de la présente affaire.

Puisque la possibilité d'invoquer le moyen de défense fondé sur l'autorisation du législateur dépend du texte de la loi en question, je reproduis les dispositions pertinentes de *The Municipalities Act*, S.N. 1979, chap. 33, sur lesquelles l'intimée doit se fonder:

[TRADUCTION] 154. (1) Sous réserve des dispositions de The Department of Consumer Affairs and Environment Act, 1973, et de son règlement d'application, le conseil peut construire, acheter, établir, posséder en tant que propriétaire et exploiter

- a) un réseau d'aqueduc public pour la distribution de l'eau dans les limites de la municipalité ou, avec la permission du Ministre, à l'extérieur de celle-ci,
- b) un réseau d'égouts public, conjointement ou non avec un réseau d'aqueduc, pour le captage et

system, for the collection and disposal of sewerage within or, with the approval of the Minister, outside of the town, and

(c) a storm drainage system within or, with the approval of the Minister, outside of the town.

(2) For the purposes of subsection (1) the council may

(a) acquire any waters required for the purpose of providing a sufficient supply of water for the town, and

(b) acquire by purchase or expropriation any lands adjacent to such waters to prevent pollution of those waters.

(3) For the purpose of exercising its powers under subsection (1) the council may lay out, excavate, dig, make, build, maintain, repair, and improve all such drains, sewers, and water supply pipes as the council deems necessary.

There is no doubt that these provisions authorize the respondent to construct and continue to operate and maintain the sewage system in question. They are, however, permissive as opposed to mandatory. They confer a power; they do not impose a duty. Is this distinction relevant to the question of the respondent's liability in nuisance? To answer this it is necessary to review some of the leading authorities on the subject.

Many of the early cases in which the defence of statutory authority was held to be available to public bodies dealt with the establishment of railways. In *The King v. Pease* (1832), 4 B. & Ad. 30, 110 E.R. 66; *Vaughan v. Taff Valley Railway Co.* (1860), 29 L.J. Ex. 247, and *Hammersmith and City Railway Co. v. Brand* (1869), 38 L.J.Q.B. 265, locomotive railways had been constructed and in each case their operation had caused damage to the plaintiffs. The courts held that if the legislature has sanctioned the establishment of locomotive railways there will be no liability on the part of the defendant provided every precaution has been taken in their operation. In *Vaughan v. Taff Valley Railway Co.*, Cockburn C.J. stated the applicable principle, at p. 247:

l'évacuation des eaux usées dans les limites de la municipalité ou, avec la permission du Ministre, à l'extérieur de celle-ci, et

(c) un réseau d'égouts pluvial dans les limites de la municipalité ou, avec la permission du Ministre, à l'extérieur de celle-ci.

(2) Pour les fins du paragraphe (1), le conseil peut

a) acquérir l'eau nécessaire à l'approvisionnement suffisant de la municipalité, et

b) acquérir par achat ou expropriation les biens-fonds adjacents à ces eaux pour en prévenir la pollution.

(3) Pour l'exercice de ses pouvoirs prévus au paragraphe (1), le conseil peut mettre en place, excaver, creuser, concevoir, construire, entretenir, réparer et améliorer les canalisations, les égouts et les conduites d'alimentation en eau qu'il estime nécessaires.

Nul doute que ces dispositions permettent à l'intimée de construire et de continuer à exploiter et à entretenir le réseau d'égouts en question. Ces dispositions sont cependant de nature facultative plutôt qu'impérative. Elles confèrent un pouvoir; elles n'imposent pas une obligation. Cette distinction est-elle pertinente en ce qui concerne la question de la responsabilité de l'intimée selon les règles de la nuisance? Pour répondre à cette question, il est nécessaire d'examiner certains arrêts de principe en la matière.

Plusieurs des premiers arrêts où on a décidé que le moyen de défense fondé l'autorisation du législateur pouvait être invoqué par les organismes publics portaient sur l'établissement de chemins de fer. Dans les arrêts *The King v. Pease* (1832), 4 B. & Ad. 30, 110 E.R. 66, *Vaughan v. Taff Valley Railway Co.* (1860), 29 L.J. Ex. 247, et *Hammersmith and City Railway Co. v. Brand* (1869), 38 L.J.Q.B. 265, des chemins de fer avait été construits et, dans chaque cas, leur exploitation avait causé un préjudice aux demandeurs. Les tribunaux ont conclu que si le législateur avait sanctionné l'établissement de chemins de fer, on ne pouvait retenir la responsabilité du défendeur s'il avait pris toutes les précautions nécessaires dans leur exploitation. Dans l'arrêt *Vaughan v. Taff Valley Railway Co.*, le juge en chef Cockburn a formulé le principe applicable, à la p. 247:

... when the legislature has sanctioned the use of a particular means for a given purpose, it appears to me that that sanction carries with it this consequence, that the use of the means itself for that purpose (provided every precaution which the nature of the case suggests has been observed) is not an act for which an action lies, independent of negligence. [Emphasis added.]

In *Hammersmith and City Railway Co. v. Brand*, Lord Chelmsford approved this principle and pointed out that the intention of the legislature governed the question as to whether or not there would be liability. He pointed out that an intention to authorize a nuisance would seldom be expressed in legislation; it might, however, be implied from the language of the statute if the damage could be shown to have been the inevitable consequence of the proper doing of what was authorized. He said at p. 276:

With great respect to the learned Baron, we do not expect to find words in an act of parliament expressly authorizing an individual or a company to commit a nuisance or to do damage to a neighbour. The 86th section gives power to the company to use and employ locomotive engines, and if such locomotives cannot possibly be used without occasioning vibration and consequent injury to neighbouring houses, upon the principle of law, that *cuicumque aliquis quid concedit concedere videtur et id sine quo res ipsa esse non potuit* [he who grants something to anyone is deemed to grant also that without which his grant is worthless], it must be taken that power is given to cause that vibration, without liability to an action. The right given to use the locomotive would otherwise be nugatory, as each time a train passed upon the line and shook the houses in the neighbourhood actions might be brought by their owners, which would soon put a stop to the use of the railway.

The early cases in which the defence of statutory authority was held to be available were not, however, confined to the operation of railways. In *Geddis v. Proprietors of the Bann Reservoir* (1878), 3 App. Cas. 430, the question arose whether the defendants, who were authorized and empowered to construct a reservoir and redirect the water flow for a particular purpose, were liable for damage to the plaintiff's property caused by flooding. The defendants alleged that all that had been done was done under the authority of an Act

[TRADUCTION] ... lorsque le législateur a sanctionné l'emploi d'un moyen particulier à une fin donnée, il me semble que cette sanction a pour conséquence en soi que l'emploi du moyen lui-même à cette fin (pourvu que toutes les précautions que la nature de l'affaire exige aient été prises) ne constitue pas un acte qui donne ouverture à une action sans égard à la négligence. [Je souligne.]

Dans l'arrêt *Hammersmith and City Railway Co. v. Brand*, lord Chelmsford a approuvé ce principe et a souligné que l'intention du législateur régissait la question de savoir s'il y avait responsabilité. Il a souligné qu'une intention d'autoriser une nuisance serait rarement exprimée dans la loi; l'intention pourrait cependant se dégager implicitement du texte de la loi si l'on pouvait démontrer que le préjudice est la conséquence inévitable de l'exécution appropriée de l'acte autorisé. Il a dit, à la p. 276:

[TRADUCTION] En toute déférence pour M. Baron, nous ne nous attendons pas à trouver dans une loi du Parlement des termes permettant expressément à un individu ou à une compagnie de causer une nuisance ou un préjudice à un voisin. L'article 86 confère à la compagnie le pouvoir d'utiliser des locomotives et si ces locomotives ne peuvent être utilisées sans causer de vibrations et, partant, des dommages aux maisons voisines, selon le principe de droit *cuicumque aliquis quid concedit concedere videtur et id sine quo res ipsa esse non potuit* [celui qui accorde quelque chose à quelqu'un est réputé lui accorder également ce qui est nécessaire à son utilisation], il faut tenir pour acquis que le pouvoir de causer ces vibrations est accordé sans responsabilité en droit. Sinon, le droit d'utiliser la locomotive serait nul et sans effet puisque chaque fois qu'un train passerait sur la voie et ferait vibrer les maisons du voisinage, les propriétaires pourraient intenter des actions qui mettraient rapidement fin à l'usage du chemin de fer.

Les premiers arrêts où les tribunaux ont conclu que le moyen de défense fondé sur l'autorisation du législateur pouvait être invoqué ne portaient cependant pas seulement sur l'exploitation des chemins de fer. Dans l'arrêt *Geddis v. Proprietors of the Bann Reservoir* (1878), 3 App. Cas. 430, la question était de savoir si les défendeurs, qui avaient la permission et le pouvoir de construire un réservoir et de détourner le cours d'eau à une fin particulière, étaient responsables du dommage causé par l'inondation du bien-fonds du deman-

of Parliament and that the unhappy consequences therefore had to be borne by the plaintiff. The plaintiff argued that the legislature did not intend the statutory purpose to be attained without regard for the rights and interests of surrounding landowners but that, on the contrary, the defendants were bound to carry out their mandate with due regard to these rights. The court found for the plaintiff and, while the actual basis of liability was a finding that the defendants had been negligent in the exercise of their powers, the statutory authority defence was discussed. Lord Selborne reaffirmed the applicable principle of law. He said at p. 452:

Farther, it appears to me to be clear that if, by this Act of Parliament, power is given to the Defendants to convey by this particular channel to the River *Bann*, a supply of water which would not otherwise in the same manner naturally pass down that channel, and to do all things proper and necessary for the conveyance and regulation of such supply of water, that power does not enable or authorize them to flood the lands of the neighbouring proprietors, unless it would be impossible to avoid or prevent such flooding by any reasonable and proper use of their statutory powers. For this proposition I do not think it necessary to cite authority; but I may say that it appears to me to be consistent with all the authorities which have been referred to, and to rest upon very evident grounds of reason, justice, and law. [Emphasis added.]

In *Metropolitan Asylum District v. Hill* (1881), 6 App. Cas. 193, the authority granted by the relevant statute, the *Metropolitan Poor Act*, 1867, 30 Vict., c. 6, differed from the authority granted in the above cases. It authorized the formation of districts and district asylums for the care and cure of sick and infirm poor and created corporations for that purpose. The Act gave authority to the Poor Law Board to issue directions to such corporations enabling them to purchase lands and erect buildings for the purposes of the Act. The defendants built a hospital for patients suffering from smallpox and other contagious diseases near the

deur. Les défendeurs ont soutenu que tous les actes avaient été accomplis en vertu d'une loi du Parlement et que le demandeur devait donc en subir les conséquences malheureuses. Le demandeur a soutenu que le législateur n'avait pas voulu que l'objectif législatif soit atteint sans tenir compte des droits et des intérêts des propriétaires voisins mais que, bien au contraire, les défendeurs devaient exécuter leur mandat en tenant dûment compte de ces droits. Le tribunal a conclu en faveur du demandeur et, tout en affirmant que la négligence des défendeurs dans l'exercice de leurs pouvoirs constituait le véritable fondement de leur responsabilité, il a examiné le moyen de défense fondé sur l'autorisation du législateur. Lord Selborne a réaffirmé le principe de droit applicable. Il a dit, à la p. 452:

[TRADUCTION] De plus, il me semble clair que si cette loi du Parlement confère aux défendeurs le pouvoir de détourner par ce canal particulier, en direction de la rivière *Bann*, une réserve d'eau qui n'emprunterait pas naturellement ce canal, et d'accomplir tous les actes appropriés et nécessaires pour détourner et contrôler cette réserve d'eau, ce pouvoir ne leur permet pas d'inonder les biens-fonds des propriétaires voisins, à moins qu'il ne soit impossible d'éviter ou de prévenir cette inondation par un exercice raisonnable et approprié des pouvoirs que leur accorde la Loi. Je ne crois pas qu'il soit nécessaire de citer des précédents à l'appui de cette affirmation; mais je me permets de dire qu'elle m'apparaît conforme avec tous ceux qui ont été mentionnés et reposer sur des principes qui relèvent très clairement de la raison, de la justice et du droit. [Je souligne.]

Dans l'arrêt *Metropolitan Asylum District v. Hill* (1881), 6 App. Cas. 193, le pouvoir conféré par la loi applicable, la *Metropolitan Poor Act*, 1867, 30 Vict., chap. 6, était différent de celui conféré dans les affaires citées précédemment. La Loi prévoyait la création de districts et d'asiles de districts pour le traitement des déshérités malades et infirmes et prévoyait la constitution de sociétés à cette fin. La Loi conférait au Poor Law Board le pouvoir d'émettre des directives permettant à ces sociétés d'acheter des biens-fonds et de construire des édifices pour les fins d'application de la Loi. Les défendeurs ont construit un hôpital près des biens-fonds des demandeurs pour traiter les patients souffrant de variole et d'autres maladies

plaintiffs' properties. The plaintiffs brought an action in nuisance.

The defendants defended on the basis of their statutory authority and relied on *The King v. Pease* and *Hammersmith and City Railway Co. v. Brand*. The plaintiffs did not question the principle in *Hammersmith and City Railway Co. v. Brand* and agreed that what the legislature has ordered to be done, if done as the legislature has ordered it, cannot be made the subject of an action. They alleged, however, that the governing Act did not order a hospital for patients with contagious diseases to be built next door to them.

The Court agreed with the plaintiffs. Each of the Lords held *Hammersmith and City Railway Co. v. Brand* to be good law but concluded that it was not applicable on the facts of this case. Lord Watson stated at pp. 211-12:

The judgment of this House in *The Hammersmith Railway Company v. Brand* (Law Rep. 4 H.L. 171) determines that where Parliament has given express powers to construct certain buildings or works according to plans and specifications, upon a particular site, and for a specific purpose, the use of these works or buildings, in the manner contemplated and sanctioned by the Act, cannot, except in so far as negligent, be restrained by injunction, although such use may constitute a nuisance at common law; and that no compensation is due in respect of injury to private rights, unless the Act provides for such compensation being made. Accordingly the Respondents did not dispute that if the Appellants or Local Government Board had been, by the *Metropolitan Poor Act, 1867*, expressly empowered to build the identical hospital which they have erected at *Hampstead*, upon the very site which it now occupies, and that with a view to its being used for the treatment of patients suffering from small-pox, the Respondents would not be entitled to the judgment which they have obtained. [Emphasis added.]

Lord Watson went on to distinguish between the grant of a general power, i.e., to provide hospitals for a community as in this case and the grant of a specific power to build a hospital at a specified location. The defence of statutory authority will only be available in the latter case and not in the former because the public body in the former

contagieuses. Les demandeurs ont intenté une action fondée sur la nuisance.

Les défendeurs ont fait valoir l'autorisation du législateur et ont invoqué les arrêts *The King v. Pease* et *Hammersmith and City Railway Co. v. Brand*. Les demandeurs n'ont pas contesté le principe de l'arrêt *Hammersmith and City Railway Co. v. Brand* et ont convenu que si ce que le législateur avait ordonné de faire avait été fait comme il l'avait ordonné, il n'existait pas de droit d'action. Ils ont cependant soutenu que la loi applicable n'ordonnait pas qu'un hôpital destiné au traitement des patients atteints de maladies contagieuses soit construit à côté de chez eux.

La cour a statué en faveur des demandeurs. Chacun des lords a conclu que l'arrêt *Hammersmith and City Railway Co. v. Brand* était bien fondé en droit, mais qu'il ne s'appliquait pas aux faits de cette affaire. Lord Watson a affirmé, aux pp. 211 et 212:

[TRADUCTION] L'arrêt de cette Chambre, *The Hammersmith Railway Company v. Brand* (Law Rep. 4 H.L. 171), établit que lorsque le Parlement a conféré le pouvoir exprès de construire certains édifices ou ouvrages selon des plans et devis sur un site particulier et à une fin précise, l'usage de ces ouvrages ou édifices de la manière prévue et sanctionnée par la Loi ne peut, sauf s'il y a négligence, être restreint par injonction quoique cet usage puisse constituer une nuisance en *common law*, et qu'aucune indemnité ne sera versée pour atteinte aux droits de particuliers à moins que la Loi ne prévoie le versement de cette indemnité. Aussi, les intimés n'ont pas contesté que si la *Metropolitan Poor Act, 1867*, avait expressément conféré aux appelants ou au Local Government Board le pouvoir de construire le même hôpital qu'ils ont construit à *Hampstead*, sur le site même où il se trouve actuellement en vue de l'utiliser pour le traitement de patients souffrant de variole, les intimés n'auraient pas droit au jugement qu'ils ont obtenu. [Je souligne.]

Lord Watson a ensuite établi une distinction entre l'attribution d'un pouvoir général, c'est-à-dire celui d'offrir des services hospitaliers à une collectivité comme en l'espèce, et l'attribution du pouvoir spécifique de construire un hôpital dans un endroit précis. Ce n'est que dans ce dernier cas que le moyen de défense fondé sur l'autorisation du

situation has a discretion as to how and where to build and must exercise that discretion with due regard for private rights. He explained it this way at pp. 212-13:

And I am disposed to hold that if the Legislature, without specifying either plan or site, were to prescribe by statute that a public body shall, within certain defined limits, provide hospital accommodation for a class or classes of persons labouring under infectious disease, no injunction could issue against the use of an hospital established in pursuance of the Act, provided that it were either apparent or proved to the satisfaction of the Court that the directions of the Act could not be complied with at all, without creating a nuisance. In that case, the necessary result of that which they have directed to be done must presumably have been in the view of the Legislature at the time when the Act was passed.

On the other hand, I do not think that the Legislature can be held to have sanctioned that which is a nuisance at common law, except in the case where it has authorized a certain use of a specific building in a specified position, which cannot be so used without occasioning nuisance, or in the case where the particular plan or locality not being prescribed, it has imperatively directed that a building shall be provided within a certain area and so used, it being an obvious or established fact that nuisance must be the result. In the latter case the onus of proving that the creation of a nuisance will be the inevitable result of carrying out the directions of the Legislature, lies upon the persons seeking to justify the nuisance. Their justification depends upon their making good these two propositions—in the first place, that such are the imperative orders of the Legislature; and in the second place, that they cannot possibly obey those orders without infringing private rights. If the order of the Legislature can be implemented without nuisance, they cannot, in my opinion, plead the protection of the statute; and, on the other hand, it is insufficient for their protection that what is contemplated by the statute cannot be done without nuisance, unless they are also able to shew that the Legislature has directed it to be done. Where the terms of the statute are not imperative, but permissive, when it is left to the discretion of the persons empowered to determine whether the general powers committed to them shall be put into execution or not, I think the fair inference is that the Legislature intended that discretion to be exercised in strict conformity with private rights, and did not intend to confer

législateur pourra être invoqué puisque dans le premier cas l'organisme public a le pouvoir discrétionnaire de décider comment et où construire et doit exercer ce pouvoir en tenant dûment compte des droits des particuliers. Voici l'explication qu'il donne, aux pp. 212 et 213:

[TRADUCTION] Et je suis prêt à conclure que si le législateur, sans donner de précisions quant au plan ou au site, ordonnait dans une loi à un organisme public d'offrir, à l'intérieur d'un territoire défini, des services hospitaliers à une seule ou plusieurs catégories de personnes souffrant de maladies contagieuses, on ne pourrait décerner d'injonction pour empêcher l'exploitation d'un hôpital construit en conformité avec la Loi, pourvu qu'il soit apparent ou établi à la satisfaction du tribunal qu'il était impossible de respecter les directives de la Loi sans créer de nuisance. Dans ce cas, le législateur avait vraisemblablement prévu, au moment de l'adoption de la Loi, le résultat inévitable de ce qu'il avait ordonné de faire.

Par ailleurs, je ne crois pas que l'on puisse conclure que le législateur a sanctionné ce qui constitue une nuisance en *common law*, sauf lorsqu'il a autorisé une certaine utilisation d'un édifice particulier dans un endroit donné, et qu'il ne peut être ainsi utilisé sans qu'une nuisance soit causée ou lorsqu'en l'absence de précisions quant au plan ou à l'endroit prévus, il a ordonné de façon impérative qu'un édifice soit destiné à un usage précis dans un certain secteur, et qu'il est évident ou reconnu qu'une nuisance en résultera. Dans le dernier cas, il appartient aux personnes qui tentent de justifier la nuisance d'établir que celle-ci résultera inévitablement de la mise à exécution des directives du législateur. Leur justification dépend de la démonstration des deux propositions suivantes: premièrement, que tels sont les ordres impératifs du législateur et, deuxièmement, qu'elles sont incapables d'obtempérer à ces ordres sans porter atteinte aux droits des particuliers. S'il est possible de mettre à exécution l'ordre du législateur sans causer de nuisance, elles ne peuvent, à mon avis, se retrancher derrière la Loi; et, d'autre part, il ne suffit pas qu'elles prétendent que ce que la Loi prévoit ne peut être fait sans causer de nuisance, à moins qu'elles ne puissent également établir que le législateur a ordonné de le faire. Lorsque les termes de la Loi ne sont pas impératifs, mais confèrent une faculté, lorsque les bénéficiaires jouissent du pouvoir discrétionnaire de décider si les pouvoirs généraux qui leur sont conférés seront exercés, je pense qu'il est juste de déduire que le législateur a voulu que ce pouvoir soit exercé en stricte conformité avec les droits des particuliers et n'a pas

license to commit nuisance in any place which might be selected for the purpose. [Emphasis added.]

voulu leur donner la permission de causer une nuisance à l'endroit qui pourrait être choisi à cette fin. [Je souligne.]

This case clearly illustrates that the language of the statute and what it does in fact order, authorize, or permit is of the utmost importance. It is clear that an "authority" conferred in very specific terms, i.e., specifying the manner and location of any municipal activity is to be treated as the equivalent of mandatory whereas an "authority" conferred in general terms and leaving a broad discretion as to the how and the where to the public body is to be treated as permissive.

a Cette affaire illustre clairement que le texte d'une loi et ce qu'elle ordonne, autorise ou permet vraiment est d'une très grande importance. Il est clair qu'un «autorisation» donnée en termes très spécifiques, c'est-à-dire qui précisent la manière et b l'endroit de l'exercice d'une activité municipale, doit être considéré comme équivalant à une obligation alors qu'un «autorisation» donnée en termes généraux et accordant un large pouvoir discrétionnaire à l'organisme public quant à la manière et c l'endroit de la mettre à exécution doit être traitée comme une faculté.

Lord Watson's distinction between mandatory and permissive legislation was applied in Canada in *Guelph Worsted Spinning Co. v. City of Guelph* (1914), 18 D.L.R. 73. Middleton J. of the Ontario Supreme Court affirmed that legislative authority which is merely permissive does not permit the abrogation of common law rights. Common law rights will only be abrogated if that which has been ordered to be done or "authorized" to be done in very specific terms cannot be done without their abrogation.

d La distinction établie par lord Watson entre une loi de nature impérative et une loi de nature facultative a été appliquée au Canada dans l'arrêt *Guelph Worsted Spinning Co. v. City of Guelph* (1914), 18 D.L.R. 73. Le juge Middleton de la Cour suprême de l'Ontario a affirmé que l'autorisation du législateur qui exprime simplement une e faculté ne permet pas de supprimer les droits de *common law*. Les droits de *common law* ne seront supprimés que si ce qu'on ordonne ou «autorise» de faire dans des termes très spécifiques ne peut être f fait sans leur suppression.

The importance of the statutory provisions was also emphasized by the English courts in *London, Brighton, and South Coast Railway Co. v. Truman* (1885), 11 App. Cas. 45. In that case the defendant railway company had erected cattle pens and a dockyard for the purpose of loading and unloading livestock. The plaintiffs claimed in nuisance and argued that the case was governed by *Metropolitan Asylum District v. Hill* because the statutory authority was merely permissive. The railway argued that it was expressly authorized to acquire lands alongside the railway for loading and unloading cattle and that the judges in the court below misunderstood Lord Watson's judgment in *Metropolitan Asylum District v. Hill*. They contended that the relevant legislation in *Metropolitan Asylum District v. Hill* authorized a smallpox hospital to be provided only if it could be set up without creating a nuisance. The defendant had a discretion as to where to locate the hospital and

g Les tribunaux anglais ont également souligné l'importance des dispositions législatives dans l'arrêt *London, Brighton, and South Coast Railway Co. v. Truman* (1885), 11 App. Cas. 45. Dans cette affaire, la compagnie de chemin de fer défenderesse avait construit des enclos à bestiaux et un quai pour le chargement et le déchargement des bestiaux. Les demandeurs ont intenté une action h fondée sur la nuisance et soutenu que l'affaire était régie par l'arrêt *Metropolitan Asylum District v. Hill* puisque l'autorisation du législateur ne conférerait qu'une simple faculté. La compagnie de chemin de fer a soutenu qu'elle était expressément i autorisée à acquérir des terrains le long du chemin de fer pour charger et décharger les bestiaux et que les juges du tribunal d'instance inférieure n'avaient pas bien saisi les motifs de lord Watson dans l'arrêt *Metropolitan Asylum District v. Hill*. Elle a soutenu que la loi applicable dans l'arrêt *Metropolitan Asylum District v. Hill* n'autorisait

could have located it where no nuisance would have been created. In the present case, however, the cattle traffic on the railway necessarily involved a nuisance to occupiers of houses in the vicinity of the railway.

The Court agreed with the submissions of the defendant. Each of the Law Lords construed the statute as giving specific authority to the railway to carry cattle in their trains and to load and unload them on the land adjacent to the railway acquired for the purpose without liability for any nuisance necessary and incidental to the authorized use.

Lord Halsbury distinguished *Metropolitan Asylum District v. Hill* as follows at p. 53:

Broadly stated, the distinction taken amounted to this, that a small-pox hospital might be built and maintained if it could be done without creating a nuisance, whereas the Railway Acts were assumed to establish the proposition that the railway might be made and used whether a nuisance were created or not.

The principles established in these cases were followed in *City of Manchester v. Farnworth*, [1930] A.C. 171, the case usually cited for Viscount Dunedin's articulation of the "inevitable consequences" doctrine. In that case the *Manchester Corporation Act*, 1914, 4 & 5 Geo. 5, c. 146, conferred various powers on the corporation with reference to the supply of electricity. The Act required the corporation to construct a generating station on 12½ acres of land situate in a rural district a considerable distance from the city. The Act also gave the corporation power to supply certain areas with electricity and to make connections by electrical mains between existing stations of the corporation and this station. The station was erected in the place specified by the legislation and the fumes from it caused a nuisance to the plaintiff who had a farm in the area.

l'établissement d'un hôpital destiné au traitement de la variole que si cet hôpital pouvait être établi sans causer de nuisance. Le défendeur avait le pouvoir discrétionnaire de déterminer le site de l'hôpital et aurait pu le situer à un endroit où aucune nuisance n'aurait été causée. En l'espèce cependant, le transport des bestiaux par chemin de fer causait inévitablement une nuisance aux occupants des maisons situées dans le voisinage du chemin de fer.

Le tribunal a retenu les arguments de la défenderesse. Chacun des juges a interprété la Loi en disant qu'elle conférerait à la compagnie de chemin de fer le pouvoir spécifique de transporter des bestiaux dans ses trains et de les charger et décharger sur les terrains adjacents achetés à cette fin sans encourir de responsabilité pour la nuisance inévitable et accessoire à l'usage autorisé.

Lord Halsbury a distingué l'arrêt *Metropolitan Asylum District v. Hill* de la façon suivante, à la p. 53:

[TRADUCTION] D'une manière générale, la distinction établie revient à dire qu'un hôpital destiné au traitement de la variole pouvait être construit et exploité s'il ne causait aucune nuisance alors que les lois sur les chemins de fer étaient censées établir le principe qu'un chemin de fer pouvait être construit et utilisé, peu importe qu'une nuisance soit causée ou non.

Les principes établis dans ces arrêts ont été suivis dans l'arrêt *City of Manchester v. Farnworth*, [1930] A.C. 71, qui est habituellement cité pour la formulation de la théorie des «conséquences inévitables» par le vicomte Dunedin. Dans cette affaire, la *Manchester Corporation Act*, 1914, 4 & 5 Geo. 5, chap. 146, conférerait divers pouvoirs à la compagnie en ce qui concerne la fourniture d'électricité. La Loi exigeait que la compagnie construise une centrale électrique sur douze acres et demi de terrain situés dans un district rural à une distance considérable de la municipalité. La Loi conférerait également à la compagnie le pouvoir d'approvisionner certaines régions en électricité et d'établir des raccordements par des conduites électriques entre ses autres centrales et celle-ci. La centrale était construite à l'endroit prévu par la Loi et ses émanations causaient une nuisance au demandeur qui possédait une ferme dans la région.



The Court found the defendant corporation liable for the damage, the main ground of liability being negligence. The officers of the corporation never directed their minds at the time of construction of the generating station to the prevention of nuisances which it was quite obvious might occur but proceeded on the basis that, so long as their plant was efficiently and successfully run, the neighbours must endure their consequent injuries. Because this was their approach the corporation had not used reasonable care and skill to prevent the nuisance to the plaintiff and was accordingly unable to show that the generating station could not be operated without creating it.

When dealing with the statutory authority defence Viscount Dunedin noted that the defendant claimed that the generating station was a thing specifically authorized by an Act of Parliament, that the emission of deleterious fumes was a necessary consequence of the operation of the authorized station, and that, accordingly, they were not liable for any nuisance created thereby. The defendant placed its reliance on the early railway cases. The plaintiff responded that the onus of proving that the creation of the nuisance was an inevitable consequence of the construction and operation of the generating station was on the corporation and it had not discharged it.

Viscount Dunedin stated at p. 183 that the effect of the railway cases could be stated in a very few sentences:

When Parliament has authorized a certain thing to be made or done in a certain place, there can be no action for nuisance caused by the making or doing of that thing if the nuisance is the inevitable result of the making or doing so authorized. The onus of proving that the result is inevitable is on those who wish to escape liability for nuisance, but the criterion of inevitability is not what is theoretically possible but what is possible according to the state of scientific knowledge at the time, having also in view a certain common sense appreciation, which cannot be rigidly defined, of practical feasibility in view of situation and of expense. [Emphasis added.]

Le tribunal a retenu la responsabilité de la compagnie pour les dommages causés en se fondant principalement sur la négligence. Les dirigeants de la compagnie n'ont jamais pensé au moment de la construction de la centrale électrique à prévenir les nuisances qui risquaient évidemment de se produire, mais ils ont agi en tenant pour acquis que dans la mesure où l'exploitation de la centrale était efficace et rentable, les voisins devaient endurer les préjudices qui en découlaient. Compte tenu de son attitude, la compagnie n'avait pas fait preuve de diligence et de compétences raisonnables pour éviter de causer une nuisance au demandeur et elle a donc été incapable d'établir que la centrale électrique ne pouvait être exploitée sans causer de nuisance.

En traitant du moyen de défense fondé sur l'autorisation du législateur, le vicomte Dunedin a souligné que la défenderesse avait fait valoir que la centrale électrique était expressément autorisée par une loi du Parlement, que les émanations nocives étaient une conséquence inévitable de l'exploitation de la centrale autorisée et que, par conséquent, elle n'était pas responsable des nuisances causées. La défenderesse s'était fondée sur les premiers arrêts en matière de chemins de fer. Le demandeur a rétorqué que le fardeau d'établir que la nuisance était une conséquence inévitable de la construction et de l'exploitation de la centrale électrique incombait à la compagnie et qu'elle ne s'en était pas acquittée.

Le vicomte Dunedin a affirmé que l'effet des arrêts sur les chemins de fer pouvait se résumer en quelques mots seulement, à la p. 183:

[TRADUCTION] Lorsque le Parlement a permis qu'une chose donnée soit faite à un endroit donné, il ne peut y avoir d'action fondée sur la nuisance causée par la chose qui est faite si la nuisance est le résultat inévitable de la chose autorisée. Le fardeau d'établir que le résultat est inévitable incombe à ceux qui désirent se dégager de leur responsabilité à l'égard de la nuisance, mais le critère du caractère inévitable de la nuisance n'est pas ce qui est théoriquement possible mais ce qui est possible suivant l'état des connaissances scientifiques à l'époque, compte tenu également d'une saine appréciation, qu'on ne peut pas définir de façon précise, de la possibilité pratique de réalisation étant donné la situation et le coût. [Je souligne.]

Viscount Dunedin found on the facts that the defendant's callous indifference to the rights of others in planning the construction of the station resulted in its inability to discharge its onus.

The principles to be derived from the foregoing authorities would seem to be as follows:

(a) if the legislation imposes a duty and the nuisance is the inevitable consequence of discharging that duty, then the nuisance is itself authorized and there is no recovery in the absence of negligence;

(b) if the legislation, although it merely confers an authority, is specific as to the manner or location of doing the thing authorized and the nuisance is the inevitable consequence of doing the thing authorized in that way or in that location, then likewise the nuisance is itself authorized and there is no recovery absent negligence.

However:

(c) if the legislation confers an authority and also gives the public body a discretion, not only whether to do the thing authorized or not, but how to do it and in what location, then if it does decide to do the thing authorized, it must do it in a manner and at a location which will avoid the creation of a nuisance. If it does it in a way or at a location which gives rise to a nuisance, it will be liable therefor, whether there is negligence or not.

In other words, in the situations described in (a) and (b) above the inevitability doctrine is a good defence to the public body absent negligence. In situation (c) it is no defence at all and it is unnecessary for the plaintiff to prove negligence in order to recover.

In my view, these principles make a great deal of sense. The inevitability doctrine represents a happy judicial compromise between letting no one

Le vicomte Dunedin a conclu à partir des faits que l'indifférence totale dont la défenderesse a fait preuve à l'égard des droits d'autrui en planifiant la construction de la centrale l'a rendue incapable de s'acquitter de son fardeau.

Il semblerait que les principes qui doivent être dégagés de la jurisprudence susmentionnée soient les suivants:

a) si la loi impose une obligation dont l'exécution a pour conséquence inévitable de causer une nuisance, la nuisance est alors elle-même autorisée et aucune action ne peut être intentée en l'absence de négligence;

b) si la loi, bien qu'elle ne donne qu'une autorisation, précise que la chose autorisée doit être faite d'une certaine manière ou à un endroit donné et que la nuisance est la conséquence inévitable de la chose autorisée qui est faite de la manière prévue ou à l'endroit donné, de même la nuisance est elle aussi autorisée et aucune action ne peut être intentée en l'absence de négligence.

Cependant:

c) si la loi donne une autorisation et accorde également à l'organisme public un pouvoir discrétionnaire non seulement pour décider de faire ou non la chose autorisée, mais pour décider comment la faire et à quel endroit et que l'organisme décide ensuite de faire la chose autorisée, il doit la faire d'une manière et à un endroit qui ne causeront pas de nuisance. Si l'organisme fait la chose d'une manière ou dans un endroit qui cause une nuisance, il sera alors responsable, qu'il y ait négligence ou non.

En d'autres termes, dans les situations décrites aux alinéas a) et b), la théorie du caractère inévitable constitue un bon moyen de défense pour l'organisme public en l'absence de négligence. Dans la situation décrite à l'alinéa c), ce n'est aucunement un moyen de défense et le demandeur n'a pas à établir la négligence pour obtenir réparation.

À mon avis, ces principes sont tout à fait logiques. La théorie du caractère inévitable constitue un heureux compromis judiciaire entre le fait de

who has suffered damage as a consequence of the statutorily authorized activities of public bodies recover and letting everyone so suffering damage recover. Recovery will be allowed unless it is shown that the interference with the plaintiff's rights was permitted by either:

(1) express language in the statute such as a provision specifying that no action for nuisance may be brought for any damage caused: see, for example, the decision of this Court in *District of North Vancouver v. McKenzie Barge & Marine Ways Ltd.*, [1965] S.C.R. 377; or

(2) by necessary implication from the language of the statute coupled with a factual finding that the damage was the inevitable consequence of what the statute ordered or authorized the public body to do.

Have these principles been consistently applied in the more recent cases?

The Ontario Court of Appeal considered the defence of statutory authority in *Stephens v. Village of Richmond Hill*, [1956] O.R. 88, in the context of an interference with the rights of riparian owners to have the waters of a stream on their property flow to them in their natural state and unpolluted. Damage had been caused due to the discharge of effluent from the municipality's sewage system. Laidlaw J.A., for the Court, found that the defendant could not rely on the defence as it had constructed the sewage project without prior approval as was required by the statute. However, Laidlaw J.A. went on to state that even if it were assumed that the defendant had lawful authority to construct the sewage project at the specified location shown on the plans submitted to the appropriate department, the defendant had failed to discharge its onus of showing that the nuisance complained of was the inevitable consequence of the construction and operation of the sewage system.

In my view, the principles derived from the early cases were, although *obiter*, properly applied by Laidlaw J.A. in this case.

refuser réparation à toute personne qui a subi un préjudice résultant des activités des organismes publics autorisées par le législateur et le fait de permettre à tous ceux qui ont subi un préjudice d'obtenir réparation. La réparation sera autorisée à moins que l'on n'établisse que l'atteinte aux droits du demandeur était permise:

(1) par le langage explicite de la loi, telle une disposition précisant qu'aucune action fondée sur la nuisance ne peut être intentée pour le préjudice causé: voir, par exemple, l'arrêt de notre Cour *District of North Vancouver v. McKenzie Barge & Marine Ways Ltd.*, [1965] R.C.S. 377; ou

(2) par déduction nécessaire du langage de la loi conjugué à une conclusion de fait que le préjudice était la conséquence inévitable de ce que la loi ordonnait ou permettait à l'organisme public de faire.

Ces principes ont-ils été appliqués uniformément dans la jurisprudence plus récente?

La Cour d'appel de l'Ontario a examiné le moyen de défense fondé sur l'autorisation du législateur dans l'arrêt *Stephens v. Village of Richmond Hill*, [1956] O.R. 88, dans le contexte d'une atteinte aux droits des propriétaires riverains à ce que les eaux d'un cours d'eau traversant leur biens coulent naturellement et sans pollution. Les dommages résultaient du déversement des eaux usées du réseau d'égouts de la municipalité. Le juge Laidlaw a conclu, au nom de la Cour, que la défenderesse ne pouvait invoquer ce moyen de défense puisqu'elle avait construit le réseau d'égouts sans obtenir préalablement l'approbation requise par la Loi. Toutefois, le juge Laidlaw a ensuite affirmé que, même si on présumait qu'elle avait l'autorisation du législateur pour construire le réseau d'égouts à l'endroit indiqué sur les plans présentés au ministère compétent, la défenderesse ne s'était pas acquittée de son obligation d'établir que la nuisance dont on se plaignait était la conséquence inévitable de la construction et de l'exploitation du réseau d'égouts.

À mon avis, le juge Laidlaw a correctement appliqué dans cette affaire, bien que par voie d'opinion incidente, les principes dégagés des premiers arrêts.

This Court considered whether a municipal corporation could be found liable in nuisance and the appropriate test to apply in *City of Portage La Prairie v. B.C. Pea Growers Ltd.*, [1966] S.C.R. 150. Later courts have held this case to be the leading authority on the defence of statutory authority in Canada: see, for example, *City of Campbellton v. Gray's Velvet Ice Cream Ltd.* (1981), 127 D.L.R. (3d) 436. The case involved damage to the plaintiff's premises (on which it operated a seed-cleaning mill and farm) through the escape of effluent from a sewage lagoon constructed and operated by the City of Portage la Prairie. The City alleged, *inter alia*, that it was not liable for the creation of a nuisance as it was acting under statutory authority and relied upon provisions in the *Charter for the City of Portage la Prairie*, S.M. 1907, c. 33, that empowered it to construct a system of waterworks and sewerage. The relevant provisions of that Act authorized the defendant to do the work it did but did not specify the manner in which sewage disposal was to be carried out and was silent as to the location in which the sewage system was to be constructed.

At trial, in addition to claiming that seepage from the lagoon had caused damage to its property, the plaintiff also claimed that the noxious odours emanating from the lagoon constituted a nuisance. Nitikman J. ((1963), 45 W.W.R. 513) made several findings of fact regarding the defendant's liability in nuisance. He found that seepage from the defendant's sewage lagoon had caused the damage to the plaintiff's property and that this constituted a nuisance. He also found that the authority under which the defendant proceeded to create the sewage system was merely permissive and that there was no requirement that it be done by means of a sewage lagoon. Nitikman J. then stated the applicable law at p. 525:

It is trite law that where statutory authority is conferred in permissive terms, there is no authority to

Notre Cour a examiné la question de savoir si une municipalité pouvait être tenue responsable selon les règles de la nuisance et le critère qu'il fallait appliquer dans l'arrêt *City of Portage La Prairie v. B.C. Pea Growers Ltd.*, [1966] R.C.S. 150. Les tribunaux ont affirmé plus tard qu'il s'agissait là de l'arrêt de principe au Canada sur le moyen de défense fondé sur l'autorisation du législateur: voir, par exemple, *City of Campbellton v. Gray's Velvet Ice Cream Ltd.* (1981), 127 D.L.R. (3d) 436. L'affaire portait sur les dommages causés à la propriété du demandeur (qui exploitait un moulin de nettoyage des semences et une ferme) par la fuite des eaux usées d'un champ d'épuration construit et exploité par la municipalité de Portage la Prairie. La municipalité a notamment fait valoir qu'elle n'était pas responsable de la création d'une nuisance parce qu'elle agissait en vertu d'une autorisation du législateur et elle a invoqué les dispositions de la *Charter for the City of Portage la Prairie*, S.M. 1907, chap. 33, qui lui conféraient le pouvoir de construire un réseau d'aqueduc et d'égouts. Les dispositions pertinentes de la Loi permettaient à la défenderesse de construire l'ouvrage en question mais ne précisaient pas la manière dont il fallait traiter les eaux usées ni l'endroit où le réseau d'égouts devait être construit.

En première instance, en plus de soutenir que la fuite du champ d'épuration avait causé des dommages à sa propriété, le demandeur a également soutenu que les odeurs nocives émanant du champ constituaient une nuisance. Le juge Nitikman ((1963), 45 W.W.R. 513) a tiré plusieurs conclusions de fait concernant la responsabilité de la défenderesse selon les règles de la nuisance. Il a conclu que la fuite des eaux usées du champ d'épuration de la défenderesse était à l'origine des dommages à la propriété du demandeur et que cela constituait une nuisance. Il a également conclu que l'autorisation en vertu de laquelle la défenderesse avait procédé à la construction du réseau d'égouts conférait une simple faculté et que rien n'exigeait que cela soit fait au moyen d'un champ d'épuration des eaux usées. Le juge Nitikman a ensuite formulé la règle de droit applicable, à la p. 525:

[TRANSDUCTION] Il est bien établi en droit que lorsque l'autorisation accordée par le législateur est exprimée

ignore the common-law rights of others. If a municipality has a discretion as to the exercise of a particular power and it decides to do so, that power must be so exercised that no nuisance or injury is created unless the damage is an inevitable result of the carrying out of such work.

He went on to find that the defendant had failed to establish that the seepage was the inevitable result of the construction or operation of the lagoon and concluded that the defence of inevitability failed on this ground. However, he concluded that the odours and smells were necessarily incidental to and an inevitable result of the lagoon's operation and therefore held that the plaintiff could not succeed on that phase of its claim.

The City appealed and the decision of the trial judge was upheld by the Court of Appeal ((1964), 50 W.W.R. 415). In addition to sustaining the findings of the trial judge, Freedman J.A. noted that even if the statute was mandatory and not merely permissive it would only protect the City from consequences which were the necessary or inevitable result of the construction of the lagoon and in the instant case the seepage was neither necessary nor inevitable.

On appeal to this Court Martland J., for the Court, first found that the seepage from the sewage lagoon constituted a nuisance and then proceeded to an analysis of the *Municipal Act*, R.S.M. 1954, c. 173, under which the City operated the lagoon. He stated at p. 154:

The combined effect of these sections, in relation to the circumstances of this case, is that the appellant was granted the power to build and maintain a sewerage system, with a duty imposed upon its council to devise the necessary plans for the object of providing a water supply and to carry them out, including the provision of sewers. There was no direction to adopt any particular method of sewage disposal. The appellant was given the power to construct a sewage lagoon but it was not subject to a specific mandate to do so irrespective of whether a nuisance was thereby created or not. There is nothing in the City Charter expressly providing that it was to be exempted from its common law liability for

sous forme de faculté, rien ne permet d'ignorer les droits de *common law* d'autrui. Si une municipalité a le pouvoir discrétionnaire d'exercer un pouvoir particulier et décide d'agir, ce pouvoir doit être exercé de façon à ne pas causer de nuisance ou de préjudice à moins que le dommage ne soit le résultat inévitable de l'exécution de cet ouvrage.

Il a ensuite conclu que la défenderesse n'avait pas établi que la fuite résultait inévitablement de la construction ou de l'exploitation du champ d'épuration et rejeté le moyen de défense du caractère inévitable pour ce motif. Il a cependant conclu que les odeurs étaient forcément accessoires à l'exploitation du champ et en constituaient un résultat inévitable, et il a donc jugé que le demandeur ne pouvait avoir gain de cause quant à cet aspect de sa demande.

La municipalité a interjeté appel et la Cour d'appel a confirmé la décision du juge de première instance ((1964), 50 W.W.R. 415). En plus de confirmer les conclusions du juge de première instance, le juge Freedman de la Cour d'appel a souligné que même si la Loi avait été de nature impérative plutôt que de nature simplement facultative, elle ne pourrait exonérer la municipalité que des conséquences nécessaires ou inévitables de la construction du champ et, en l'espèce, la fuite n'était ni nécessaire ni inévitable.

En appel devant notre Cour, le juge Martland, s'exprimant au nom de la Cour, a d'abord conclu que la fuite des eaux usées du champ d'épuration constituait une nuisance et a ensuite analysé la *Municipal Act*, R.S.M. 1954, chap. 173, en vertu de laquelle la municipalité exploitait le champ. Il a affirmé, à la p. 154:

[TRADUCTION] L'effet conjugué de ces articles au regard des circonstances de cette affaire est que l'appelante avait le pouvoir de construire et d'entretenir un réseau d'égouts et que son conseil avait l'obligation de concevoir les plans nécessaires pour approvisionner la municipalité en eau et de les mettre à exécution, ce qui comprenait la construction d'un réseau d'égouts. Aucune directive n'imposait l'adoption d'un mode particulier de traitement des eaux usées. L'appelante avait le pouvoir de construire un champ d'épuration des eaux usées mais n'avait pas l'obligation précise de le faire sans égard à la question de savoir si elle causait alors une nuisance. Rien dans sa charte ne prévoit expressément que la

maintaining a nuisance if, in fact, a nuisance did result. Nor is this a case in which the appellant can contend successfully that the creation of a nuisance was an inevitable consequence of the exercise of its statutory powers and that, in consequence, the statute would provide a defence to a claim in respect of it. The learned trial judge has made a specific finding to the contrary. [Emphasis added.]

He continued at p. 156:

My conclusion, in respect of the first point raised by the appellant, is that the appellant, having created a nuisance which caused damage to the respondent, is liable therefor, because that which is complained of as a nuisance was not expressly or impliedly authorized by the statute in accordance with which the lagoon was constructed, and was not the inevitable consequence of that which the statute authorized and contemplated. [Emphasis added.]

Martland J. held that it was not necessary to establish negligence on the part of the City or its employees in order to fix it with liability for the creation of a nuisance.

From these passages it is clear that Martland J. found that the legislative provisions in this case merely conferred an authority upon the defendant to do the work it did and did not specify any particular method of sewage disposal. The defendant, therefore, was liable for the damage caused by the nuisance it had created. Martland J.'s decision in this respect is entirely consistent with the earlier authorities. However, the learned justice went on to refer to the trial judge's factual finding that the damage was not inevitable. Whether the damage was inevitable or not was, of course, of no account once it was found that the City had a discretion as to the method of providing the sewage system. This would only have been relevant to the defence of statutory authority had it been found that the City was obliged to provide the sewage system in the way it did. To this extent then it might be said that this case marks a point of departure from the principles enunciated earlier. The inevitable consequences doctrine would only have been relevant had the legislation specifically authorized the City

municipalité doit être exonérée de sa responsabilité en *common law* pour avoir causé une nuisance à supposer qu'une nuisance a été effectivement causée. Il ne s'agit pas non plus d'une affaire où l'appelante peut prétendre avec succès que la nuisance était une conséquence inévitable de l'exercice des pouvoirs que lui accordait la Loi et que, par conséquent, la Loi fournirait un moyen de défense opposable à une demande à cet égard. Le juge de première instance a précisément conclu le contraire. [Je souligne.]

Il a continué, à la p. 156:

[TRADUCTION] Ma conclusion à l'égard du premier point soulevé par l'appelante est que celle-ci est responsable de la nuisance qui a causé un préjudice à l'intimé parce que la nuisance dont on se plaint n'était pas expressément ou implicitement autorisée par la loi en vertu de laquelle le champ d'épuration a été construit et n'était pas la conséquence inévitable de ce que la Loi avait autorisé et prévu. [Je souligne.]

Le juge Martland a conclu qu'il n'était pas nécessaire d'établir que la municipalité ou ses employés avaient été négligents pour la déclarer responsable d'avoir causé une nuisance.

Il ressort clairement de ces passages que le juge Martland a conclu que les dispositions législatives dans cette affaire donnaient simplement à la défenderesse l'autorisation d'effectuer le travail qu'elle a fait, sans prescrire un mode particulier de traitement des eaux usées. Par conséquent, la défenderesse était responsable des dommages causés par la nuisance qu'elle avait créée. À cet égard, la décision du juge Martland est tout à fait conforme aux arrêts antérieurs. Cependant, le juge a ensuite mentionné la conclusion de fait du juge de première instance selon laquelle les dommages n'étaient pas inévitables. Du moment qu'on avait constaté que la municipalité avait le pouvoir discrétionnaire de décider de la façon de fournir le réseau d'égouts, la question de savoir si le préjudice était inévitable n'était évidemment plus pertinente. Cette question n'aurait été pertinente à l'égard du moyen de défense fondé sur l'autorité du législateur que si on avait conclu que la municipalité avait l'obligation de fournir le réseau d'égouts de la façon dont elle l'a fait. Dans cette mesure, on pourrait donc prétendre que cet arrêt s'écarte des principes énoncés antérieurement. La

to provide a sewage system by means of a lagoon but it was found by the Court not to have done so.

It is the application of the inevitable consequences doctrine to purely permissive legislation, i.e., the kind of legislation involved in *Metropolitan Asylum District v. Hill* and *City of Portage La Prairie v. B.C. Pea Growers Ltd.* which my colleague fears may close the door to many valid claims for recovery.

The British Columbia Court of Appeal applied the inevitable consequences doctrine to purely permissive legislation in *Royal Anne Hotel Co. v. Ashcroft*, [1979] 2 W.W.R. 462. The plaintiffs were landowners and occupiers in the village of Ashcroft. Their premises were substantially damaged as the result of a backing-up of a municipal sewer caused by a "random blockage" in the main sewer not far from their property. As a result of the blockage raw sewage escaped from the sewer and entered the plaintiffs' premises. The defendant defended on the basis that what it did was done under statutory authority. However, the provisions of the *Municipal Act*, R.S.B.C. 1960, c. 255, which they relied upon did not impose a duty on the municipality nor did they confer specific authority on it to construct and operate the sewage system in a particular manner or in a particular location.

The plaintiffs framed their claim in both negligence and nuisance. Macdonald J. ((1976), 1 C.C.L.T. 299) found that there was no negligence in the design, installation or maintenance of the sewer but held that the municipality was liable in nuisance. When considering the defence of statutory authority he stated at p. 309 that the question to be answered was "has the defendant satisfied me that the back-up of sewage into the premises of the plaintiffs was the inevitable consequence of the construction or operation of the sewage system?" The trial judge found that the escape of sewage caused by the random blockage was not an inevitable consequence of the construction and mainte-

théorie des conséquences inévitables n'aurait été pertinente que si la Loi avait spécifiquement autorisé la municipalité à fournir un réseau d'égouts doté d'un champ d'épuration, mais la Cour a conclu que tel n'était pas le cas.

Mon collègue craint que l'application de la théorie des conséquences inévitables à une loi de nature purement facultative, c'est-à-dire une loi du genre visé dans les arrêts *Metropolitan Asylum District v. Hill* et *City of Portage La Prairie v. B.C. Pea Growers Ltd.*, ne ferme la porte à plusieurs demandes de redressement valables.

La Cour d'appel de la Colombie-Britannique a appliqué la théorie des conséquences inévitables à une loi purement facultative dans l'arrêt *Royal Anne Hotel Co. v. Ashcroft*, [1979] 2 W.W.R. 462. La demanderesse était propriétaire et occupante d'un bien-fonds dans le village d'Ashcroft. Ses locaux ont été considérablement endommagés par suite du refoulement d'un égout municipal causé par une «obstruction imprévue» dans la conduite principale de l'égout près de leur bien-fonds. Par suite de l'obstruction, les eaux usées se sont échappées de l'égout et se sont infiltrées dans les locaux de la demanderesse. La défenderesse a fait valoir qu'elle avait agi en vertu d'une autorisation du législateur. Cependant, les dispositions de la *Municipal Act*, R.S.B.C. 1960, chap. 255, sur lesquelles elle s'appuyait n'imposaient pas une obligation à la municipalité ni ne lui donnaient l'autorisation spécifique de construire et d'exploiter le réseau d'égouts d'une façon particulière ou à un endroit particulier.

La demanderesse a fondé son action à la fois sur la négligence et la nuisance. Le juge Macdonald ((1976), 1 C.C.L.T. 299) a conclu qu'il n'y avait pas en négligence dans la conception, l'installation ou l'entretien du réseau d'égouts, mais que la municipalité était responsable selon les règles de la nuisance. En examinant le moyen de défense fondé sur l'autorisation du législateur, il a affirmé, à la p. 309, que la question à laquelle il fallait répondre était la suivante: [TRADUCTION] «la défenderesse m'a-t-elle convaincu que le refoulement des égouts dans les locaux de la demanderesse était la conséquence inévitable de la construction ou de l'exploitation du réseau d'égouts?» Le juge de première

nance of the sewer. He concluded that the defendant had not met the onus set out by Viscount Dunedin in *City of Manchester v. Farnworth* and an actionable nuisance had therefore been proved.

On appeal, McIntyre J.A., for the British Columbia Court of Appeal, upheld the decision of the trial judge. He found that the damage caused to the plaintiffs' property constituted a nuisance and therefore, in the absence of a defence of statutory authority would be actionable. The Court was of the view that the defendant was in no better position than a private citizen because it was merely empowered, and not required, to install and operate a sewer for the benefit of the community. McIntyre J.A. found that the test laid down in *City of Manchester v. Farnworth* was the correct test and that it had been correctly applied by the lower court.

It is my view that the test set out in *City of Manchester v. Farnworth* was not the appropriate test to be applied on the facts of this case which called rather for a straight application of Lord Watson's analysis of the defence of statutory authority in *Metropolitan Asylum District v. Hill*.

The inevitable consequences test was applied to the same effect in *Wiebe v. Rural Municipality of De Salaberry* (1979), 11 C.C.L.T. 82, by Kroft J. of the Manitoba Court of Queen's Bench. The damage in that case was caused by the operation of a waste-disposal ground across the road from the plaintiff's property. The court concluded that the legislation was purely permissive. It contained no specific direction as to the location to be chosen or method to be used in constructing and operating such a disposal facility. The plaintiff should accordingly have succeeded in his claim. The municipality should have selected a location and means with due regard to private rights. Although

instance a conclu que l'infiltration des eaux usées en raison de l'obstruction imprévue n'était pas une conséquence inévitable de la construction et de l'entretien du réseau d'égouts. Il a conclu que la défenderesse ne s'était pas acquittée du fardeau établi par le vicomte Dunedin dans l'arrêt *City of Manchester v. Farnworth* et, par conséquent, qu'on avait fait la preuve d'une nuisance donnant ouverture à une action.

En appel, le juge McIntyre de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique a confirmé la décision du juge de première instance. Il a conclu que les dommages causés à la propriété de la demanderesse constituaient une nuisance qui, en l'absence d'un moyen de défense fondé sur l'autorisation du législateur, donnerait ouverture à une action. La cour était d'avis que la défenderesse n'était pas dans une meilleure position qu'un particulier parce qu'elle avait simplement le pouvoir et non l'obligation de construire et d'exploiter un réseau d'égouts pour le bénéfice de la collectivité. Le juge McIntyre a conclu que le critère formulé dans l'arrêt *City of Manchester v. Farnworth* était le bon critère et qu'il avait été correctement appliqué par le tribunal d'instance inférieure.

Je suis d'avis que le critère formulé dans l'arrêt *City of Manchester v. Farnworth* n'était pas le critère qu'il fallait appliquer d'après les faits de cette affaire, laquelle exigeait plutôt l'application pure et simple de l'analyse qu'a fait lord Watson du moyen de défense fondé sur l'autorisation du législateur dans l'arrêt *Metropolitan Asylum District v. Hill*.

Le critère des conséquences inévitables a été appliqué dans le même sens dans l'arrêt *Wiebe v. Rural Municipality of De Salaberry* (1979), 11 C.C.L.T. 82, rendu par le juge Kroft de la Cour du Banc de la Reine du Manitoba. Dans cette affaire, les dommages découlaient de l'exploitation d'un site d'enfouissement de déchets situé de l'autre côté de la rue, face au bien-fonds du demandeur. La cour a conclu que la loi en question était purement facultative. Elle ne contenait aucune directive spécifique quant à l'endroit qui devait être choisi ou la méthode qui devait être utilisée pour aménager et exploiter un tel site d'enfouissement. Le demandeur aurait donc dû avoir gain de



Kroft J. did find the municipality liable for the damage it caused to the plaintiff's property, he did so on the basis that the municipality had not shown that the nuisance was an inevitable result of exercising its permissive authority. He stated at p. 95 that the applicable principle is:

If the enactment is permissive, rather than mandatory, in that there is a choice as to location and method of operation, or if the directed undertaking is capable of being carried out within [*sic* should read "without"] the creation of a nuisance, then private rights must be considered. Such permissive authority will only justify a nuisance if the defendant can discharge the onus of establishing that the nuisance is the inevitable result of exercising the authority.

For further cases in which the courts seem to have applied the inevitable consequences doctrine in inappropriate circumstances see also: *Temple v. City of Melville* (1979), 105 D.L.R. (3d) 305; *Fairview Suede and Leather Specialists Ltd. v. City of Dartmouth* (1980), 40 N.S.R. (2d) 313; *City of Campbellton v. Gray's Velvet Ice Cream Ltd.*, *supra*; *Buysse v. Shelburne* (1984), 28 C.C.L.T. 1, and *Schenck v. The Queen in Right of Ontario* (1981), 34 O.R. (2d) 595 (H.C.), *aff'd* (1984), 49 O.R. (2d) 556 (C.A.), *aff'd sub nom. Schenck v. Ontario (Minister of Transportation and Communications)*, [1987] 2 S.C.R. 289.

What the more recent cases reveal, it seems to me, is that the inevitable consequences doctrine is now being applied without regard to the type of statutory authority conferred on the public body. In other words, two distinct tests seem to have developed for relieving public bodies from liability for nuisance, the one to find in the authorizing legislation express or implied authority to create the nuisance, and the other to find that the damage was the inevitable consequence of what the legislation has authorized regardless of the form of the authorizing legislation.

cause. La municipalité aurait dû choisir un endroit et un mode d'aménagement en tenant dûment compte des droits des particuliers. Bien que le juge Kroft ait conclu à la responsabilité de la municipalité pour les dommages causés au bien-fonds du demandeur, il a fondé sa conclusion sur le fait que la municipalité n'avait pas établi que la nuisance était le résultat inévitable de l'exercice d'une faculté. Il a formulé le principe applicable, à la p. 95:

[TRADUCTION] Si la loi est de nature facultative plutôt qu'impérative, en ce sens qu'elle donne le choix quant à l'endroit et à la méthode d'exploitation, ou si l'entreprise prévue peut être exploitée sans causer de nuisance, il faut alors tenir compte des droits des particuliers. L'exercice d'une faculté ne justifiera une nuisance que si la défenderesse peut s'acquitter du fardeau d'établir que la nuisance est le résultat inévitable de l'exercice de cette faculté.

Pour d'autres cas où les tribunaux semblent avoir appliqué la théorie des conséquences inévitables dans des circonstances qui ne s'y prêtaient pas, voir également les décisions suivantes: *Temple v. City of Melville* (1979), 105 D.L.R. (3d) 305, *Fairview Suede and Leather Specialists Ltd. v. City of Dartmouth* (1980), 40 N.S.R. (2d) 313, *City of Campbellton v. Gray's Velvet Ice Cream Ltd.*, précitée, *Buysse v. Shelburne* (1984), 28 C.C.L.T. 1, et *Schenck v. The Queen in Right of Ontario* (1981), 34 O.R. (2d) 595 (H.C.), *conf. par* (1984), 49 O.R. (2d) 556 (C.A.), *conf. sub nom. Schenck c. Ontario (Ministre des transports et des communications)*, [1987] 2 R.C.S. 289.

Il me semble qu'il ressort des décisions plus récentes que la théorie des conséquences inévitables est maintenant appliquée sans tenir compte du type d'autorisation que le législateur donne à l'organisme public. En d'autres termes, il semble que deux critères distincts aient été conçus pour décharger les organismes publics de toute responsabilité selon les règles de la nuisance, le premier consistant à conclure que la loi habilitante donne l'autorisation expresse ou implicite de causer la nuisance, et le deuxième consistant à conclure que le préjudice subi était la conséquence inévitable de ce que la loi a autorisé peu importe la forme de la loi habilitante.

Perhaps this has occurred because the courts have tended to make the inevitable consequences doctrine the starting point of their analysis. Once they find that the damage was not inevitable, they appear to see no purpose in examining the precise language of the statute. Certainly some text-writers approach the issue in this way. For example, Linden in *Canadian Tort Law* (4th ed. 1988), at p. 514, begins his discussion of the defence of legislative authority by stating that "If a nuisance is the inevitable consequence of an activity which has been legislatively authorized, no action will lie". To the same effect, Fleming in *The Law of Torts* (5th ed. 1977), at p. 423, states that "Customarily cited as axiomatic is the principle that, if the nuisance is an inevitable consequence of the authorized undertaking, it is implicitly legalized and, in the absence of a compensation clause, all legal redress is barred". It seems to me that these statements are too broad. As we have seen from the early cases, the inevitable consequences doctrine will only protect the public body if the statute ordered the thing to be done or authorized it to be done in a particular manner or location. In all other cases, where the statutory authority is purely permissive the public body, if it decides to exercise its authority, must do so with due regard to private rights and the inevitability or otherwise of the damage is irrelevant except to the extent perhaps that it shows that the public body did not have due regard to private rights. It should have located its facility elsewhere.

In my view, to the extent that some of the more recent cases are inconsistent with the early principles, they should not be followed. I find no acceptable rationale for the extension of the inevitable consequences doctrine to cases where the public body was perfectly free to exercise its statutory authority without violating private rights. It is only in cases where the public body has no choice as to the way in which or the place where it engages in the nuisance-causing activity that the inevitable consequences doctrine protects it. For only in such

Cela s'est peut-être produit parce que les tribunaux ont eu tendance à faire de la théorie des conséquences inévitables le point de départ de leur analyse. Dès qu'ils concluent que le préjudice n'était pas inévitable, ils ne semblent pas juger utile d'examiner le texte précis de la loi. Certains auteurs abordent sûrement cette question de cette façon. Par exemple, Linden, dans son ouvrage intitulé *La responsabilité civile délictuelle* (4<sup>e</sup> éd. 1988), à la p. 626, commence son examen du moyen de défense fondé sur l'autorisation du législateur en affirmant que «Si une activité autorisée par le législateur a comme conséquence inévitable une nuisance, il n'y a pas de droit d'action». Voir dans le même sens, Fleming dans son ouvrage intitulé *The Law of Torts* (5<sup>e</sup> éd. 1977), à la p. 423, qui affirme que [TRADUCTION] «Le principe habituellement cité comme axiome porte que si la nuisance est une conséquence inévitable de l'entreprise autorisée, elle est implicitement légalisée et, en l'absence d'une clause d'indemnisation, tout recours en justice est interdit». J'estime que ces affirmations sont trop larges. Comme nous l'avons vu dans les premiers arrêts, la théorie des conséquences inévitables ne protégera l'organisme public que si la loi en question ordonnait ou permettrait qu'une chose soit faite d'une manière ou à un endroit particuliers. Dans tous les autres cas, lorsque l'autorisation du législateur est purement facultative, l'organisme public qui décide d'exercer cette faculté doit le faire en tenant dûment compte des droits des particuliers et le caractère inévitable ou autre du dommage n'est pas pertinent sauf peut-être dans la mesure où il indique que l'organisme public n'a pas tenu dûment compte des droits des particuliers. Il aurait dû installer son entreprise ailleurs.

À mon avis, dans la mesure où certaines des décisions plus récentes sont incompatibles avec les principes établis à l'origine, elles ne devraient pas être suivies. J'estime qu'aucun raisonnement acceptable ne justifie l'extension de l'application de la théorie des conséquences inévitables aux cas où l'organisme public était tout à fait libre d'exercer l'autorisation que lui conférait la loi sans violer les droits de particuliers. C'est seulement dans les cas où l'organisme public n'a pas le choix d'exercer son activité à l'origine d'une nuisance de la façon

cases can it be said that the legislature has authorized any nuisance which is the inevitable consequence of the public body's carrying out its mandate.

The early principles, it seems to me, are rooted in common sense and logic. There is no need to throw the baby out with the bath water. Let us rather return the law to where it once was. Placing the dominant emphasis on the inevitability doctrine, as some of the more recent cases have done, may result in an undue restriction on the right of private citizens to recover for damage caused by the public body's failure to give adequate consideration to private rights when deciding how and where to locate public facilities. *Hammersmith and City Railway Co. v. Brand, Metropolitan Asylum District v. Hill* and *City of Manchester v. Farnworth* set out the principles in crystal clear fashion and, in my respectful view, should be followed.

The legislation in this case was purely permissive within the meaning of these cases. It authorized a sewage system to be constructed but did not specify how or where it was to be done. The respondent was accordingly obliged to construct and operate the system in strict conformity with private rights. It did not do so. The defence of statutory authority is not available to it and the appellants are entitled to recover. The case calls for a straightforward application of *Metropolitan Asylum District v. Hill*.

For these reasons I would allow the appeal, set aside the judgment of the Court of Appeal, and restore the judgment of the trial judge. The appellants are entitled to their costs both here and in the courts below.

The following are the reasons delivered by

SOPINKA J.—I have had the privilege of reading the reasons for judgment of my colleagues Justice La Forest and Justice Wilson. Regrettably I am unable to agree with the reasons of either. I agree with Wilson J.'s comment that the approach proposed by La Forest J. would virtually abrogate the

dont il le fait et à l'endroit où il le fait que la théorie des conséquences inévitables le protège. Car c'est seulement dans ces cas qu'on peut affirmer que le législateur a autorisé la nuisance qui est la conséquence inévitable de l'exercice du mandat de l'organisme public.

Il me semble que les principes d'origine relèvent du sens commun et de la logique. Il n'est pas nécessaire de jeter l'enfant avec l'eau du bain. Retournons plutôt au droit tel qu'il était. En se concentrant principalement sur la théorie du caractère inévitable, comme certains tribunaux l'ont fait dans les décisions plus récentes, on risque de restreindre indûment le droit des particuliers de se faire indemniser pour le dommage causé par l'organisme public qui n'a pas suffisamment tenu compte des droits des particuliers en décidant comment et où seront offerts des services publics. Les arrêts *Hammersmith and City Railway Co. v. Brand, Metropolitan Asylum District v. Hill* et *City of Manchester v. Farnworth* ont établi les principes d'une façon parfaitement claire et j'estime qu'ils devraient être suivis.

En l'espèce, la Loi était de nature purement facultative au sens de ces arrêts. Elle autorisait la construction d'un réseau d'égouts sans préciser comment et où il devait être construit. L'intimée avait donc l'obligation de construire et d'exploiter le système en se conformant strictement aux droits des particuliers. Elle ne l'a pas fait. Elle ne peut invoquer le moyen de défense fondé sur l'autorisation du législateur et les appelants ont droit à une réparation. Cette affaire est clairement régie par l'arrêt *Metropolitan Asylum District v. Hill*.

Pour ces motifs, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi, d'annuler l'arrêt de la Cour d'appel et de rétablir la décision du juge de première instance. Les appelants ont droit à leurs dépens en notre Cour et devant les tribunaux d'instance inférieure.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE SOPINKA—J'ai eu l'avantage de lire les motifs de mes collègues les juges La Forest et Wilson. Malheureusement, je ne puis souscrire à leurs motifs. Je partage la remarque du juge Wilson que la solution proposée par le juge La Forest abolirait pratiquement le moyen de

defence of statutory authority and would do "nothing to assist public bodies to make a realistic assessment of their exposure in carrying out their statutory mandate".

On the other hand, I am concerned that her approach would have the same consequences for the defence of statutory authority. She would eliminate it in respect of legislation that is permissive. Modern legislation authorizing the provision of the type of works which frequently give rise to nuisances is almost invariably permissive. This would expose public authorities to the same liability for nuisance as private enterprise. While this might assist them in estimating their exposure, that exposure would open the floodgates to the same extent as the approach proposed by La Forest J.

Both of my colleagues propose changes in the law as it is being applied at present. Change should not be made for its own sake or to solve a particular case unless the change constitutes an improvement in the law as generally applied. In my opinion, the changes proposed are not an improvement on the present law of nuisance, imperfect though it may be. The defence of statutory authority which is applied in Canada is based on the statement of Viscount Dunedin in *City of Manchester v. Farnworth*, [1930] A.C. 171, at p. 183:

When Parliament has authorized a certain thing to be made or done in a certain place, there can be no action for nuisance caused by the making or doing of that thing if the nuisance is the inevitable result of the making or doing so authorized. The onus of proving that the result is inevitable is on those who wish to escape liability for nuisance, but the criterion of inevitability is not what is theoretically possible but what is possible according to the state of scientific knowledge at the time, having also in view a certain common sense appreciation, which cannot be rigidly defined, of practical feasibility in view of situation and of expense.

It has been adopted by our Court in *City of Portage La Prairie v. B.C. Pea Growers Ltd.*, [1966] S.C.R. 150, and *Schenck v. Ontario (Min-*

défense fondé sur l'autorisation du législateur et n'aidera[it] aucunement les organismes publics à évaluer de façon réaliste ce à quoi ils s'exposent dans l'exercice du mandat que leur confie la loi».

<sup>a</sup> D'autre part, j'estime que le point de vue du juge Wilson aurait les mêmes conséquences quant au moyen de défense fondé sur l'autorisation du législateur. Elle l'éliminerait en ce qui concerne la <sup>b</sup> législation qui confère une faculté. La législation moderne autorisant le type d'ouvrages qui entraînent fréquemment des nuisances est presque toujours de nature facultative. Cela exposerait les organismes publics à la même responsabilité en <sup>c</sup> matière de nuisance que les entreprises privées. Bien que cela puisse les aider à évaluer le risque auquel ils s'exposent, ce risque ouvrirait la porte à une avalanche de poursuites dans la même mesure <sup>d</sup> que la solution proposée par le juge La Forest.

Mes deux collègues proposent des modifications au droit appliqué actuellement. Des modifications ne devraient pas être apportées à seule fin de modifier ni pour régler un cas particulier à moins <sup>e</sup> que la modification ne constitue une amélioration du droit généralement appliqué. À mon avis, les modifications proposées n'apportent pas d'amélioration aux règles de droit actuelles applicables à la nuisance, aussi imparfaites soient-elles. Le moyen <sup>f</sup> de défense de l'autorisation du législateur qui est appliqué au Canada se fonde sur l'affirmation du vicomte Dunedin dans l'arrêt *City of Manchester v. Farnworth*, [1930] A.C. 171, à la p. 183:

<sup>g</sup> [TRADUCTION] Lorsque le Parlement a permis qu'une chose donnée soit faite à un endroit donné, il ne peut y avoir d'action fondée sur la nuisance causée par la chose qui est faite si la nuisance est le résultat inévitable de la chose autorisée. Le fardeau d'établir que le résultat est <sup>h</sup> inévitable incombe à ceux qui désirent se dégager de leur responsabilité à l'égard de la nuisance, mais le critère du caractère inévitable de la nuisance n'est pas ce qui est théoriquement possible mais ce qui est possible suivant l'état des connaissances scientifiques à l'époque, compte tenu également d'une saine appréciation, qu'on <sup>i</sup> ne peut pas définir de façon précise, de la possibilité pratique de réalisation étant donné la situation et le coût.

Cette affirmation a été adoptée par notre Cour dans les arrêts *City of Portage La Prairie v. B.C. Pea Growers Ltd.*, [1966] R.C.S. 150, et *Schenck*

ister of Transportation and Communications), [1987] 2 S.C.R. 289, and in a number of decisions of other courts including *Royal Anne Hotel Co. v. Ashcroft*, [1979] 2 W.W.R. 462 (B.C.C.A.), *Temple v. City of Melville* (1979), 105 D.L.R. (3d) 305 (Sask. C.A.), and *City of Campbellton v. Gray's Velvet Ice Cream Ltd.* (1981), 127 D.L.R. (3d) 436 (N.B.C.A.)

The rationale of the defence is that if the legislature expressly or implicitly says that a work can be carried out which can only be done by causing a nuisance, then the legislation has authorized an infringement of private rights. If no compensation provision is included in the statute, all redress is barred. See Fleming, *The Law of Torts* (6th ed. 1983), at p. 407, and *City of Campbellton v. Gray's Velvet Ice Cream Ltd.*, *supra*, at p. 439. There is no question that legislation may expressly authorize an interference with private rights by so providing in explicit language. Where the only reasonable inference from the legislation is that such interference is authorized, then the same result obtains by implication. Hence the language in the cases that the defence is made out if the nuisance is authorized expressly or by implication.

A work is authorized by statute whether the statute is mandatory or permissive, if the work is carried out in accordance with the statute. The distinction between mandatory and permissive, which Wilson J. makes to eliminate, in the latter case, the defence of statutory authority, has not been accepted in Canada or, apparently, in England. (See *Allen v. Gulf Oil Refining Ltd.*, [1981] 1 All E.R. 353 (H.L.), and *Tate & Lyle Industries Ltd. v. Greater London Council*, [1983] 1 All E.R. 1159 (H.L.))

The criticism of the present state of the law which is the springboard for the desire to change it is largely based on the fact that the term "inevitable consequences" is too vague and uncertain. That term is the expression of the factual conclusion that the necessary causal connection exists between the work authorized and the nuisance. If the necessary connection exists, then it follows that the legislature authorized that which is the inevi-

c. *Ontario (Ministre des transports et des communications)*, [1987] 2 R.C.S. 289, et dans de nombreuses décisions d'autres tribunaux, dont *Royal Anne Hotel Co. v. Ashcroft*, [1979] 2 W.W.R. 462 (C.A.C.-B.), *Temple v. City of Melville* (1979), 105 D.L.R. (3d) 305 (C.A. Sask.), et *City of Campbellton v. Gray's Velvet Ice Cream Ltd.* (1981), 127 D.L.R. (3d) 436 (C.A.N.-B.)

b Le raisonnement sur lequel repose le moyen de défense est que, si le législateur a dit expressément ou implicitement qu'un ouvrage peut être exécuté et qu'il ne peut l'être sans causer de nuisance, la loi autorise donc une violation des droits des particuliers. Si la loi ne contient aucune disposition d'indemnisation, toute réparation est refusée. Voir Fleming, *The Law of Torts* (6<sup>e</sup> éd. 1983), à la p. 407, et l'arrêt *City of Campbellton v. Gray's Velvet Ice Cream Ltd.*, précité, à la p. 439. Il ne fait pas de doute qu'une loi peut autoriser expressément une violation des droits des particuliers si elle le fait en des termes explicites. Si la seule conclusion raisonnable qu'on peut tirer de la loi est que cette violation est autorisée, le même résultat peut donc être obtenu implicitement. C'est pourquoi la jurisprudence accueille le moyen de défense si la nuisance est autorisée expressément ou implicitement.

f Un ouvrage est autorisé par une loi, peu importe que celle-ci soit de nature impérative ou facultative, si l'ouvrage est exécuté en conformité avec cette loi. La distinction entre une disposition impérative et une disposition facultative que fait le juge Wilson pour éliminer, dans le dernier cas, le moyen de défense fondé sur l'autorisation du législateur, n'a pas été acceptée au Canada ni, apparemment, en Angleterre. (Voir *Allen v. Gulf Oil Refining Ltd.*, [1981] 1 All E.R. 353 (H.L.), et *Tate & Lyle Industries Ltd. v. Greater London Council*, [1983] 1 All E.R. 1159 (H.L.))

Les critiques sur l'état actuel du droit, qui sont à l'origine des modifications souhaitées, sont fondées en grande partie sur le fait que l'expression «conséquences inévitables» est trop vague et incertaine. Cette expression reflète la conclusion de fait que le lien de causalité nécessaire existe entre l'ouvrage autorisé et la nuisance. Si ce lien nécessaire existe, il s'ensuit donc que le législateur a autorisé ce qui

table consequence of the work described in the statute.

The burden of proof with respect to the defence of statutory authority is on the party advancing the defence. It is not an easy one. The courts strain against a conclusion that private rights are intended to be sacrificed for the common good. The defendant must negative that there are alternate methods of carrying out the work. The mere fact that one is considerably less expensive will not avail. If only one method is practically feasible, it must be established that it was practically impossible to avoid the nuisance. It is insufficient for the defendant to negative negligence. The standard is a higher one. While the defence gives rise to some factual difficulties, in view of the allocation of the burden of proof they will be resolved against the defendant.

If we are to depart from this state of the law, so recently confirmed by two decisions of this Court, there should be very strong ground for so doing. Moreover, there should be substantial unanimity. It is apparent from the reasons in this appeal that there is little unanimity as to whether we should retrench, advance or stay the same.

The change proposed by *La Forest J.* subsumes the defence of statutory authority within the test as to when it is reasonable to compensate the plaintiff. Trial judges will still have to grapple with the elements of the defence of statutory authority but in the context of a test of reasonableness. This will simply add uncertainty to any uncertainty which is said to exist.

Nor do I agree that it is logical or practical to distinguish between public works that are required and those that are permitted. While it was fashionable to require such works in the railway building age, mandatory public works are a feature of a by-gone era.

constitue la conséquence inévitable de l'ouvrage prévu dans la loi en question.

Le fardeau de preuve relatif au moyen de défense fondé sur l'autorisation du législateur incombe à la partie qui l'invoque. Ce n'est pas un fardeau dont il est facile de s'acquitter. Les tribunaux répugnent à conclure qu'on a voulu que les droits des particuliers soient sacrifiés pour le bien commun. Le défendeur doit établir qu'il n'existe aucun autre moyen d'exécuter l'ouvrage. Le simple fait qu'un moyen soit considérablement moins onéreux ne sera pas retenu. S'il n'existe qu'un seul moyen réalisable sur le plan pratique, il faut établir qu'il était pratiquement impossible d'éviter la nuisance. Il ne suffit pas que le défendeur établisse l'absence de négligence. La norme est plus sévère. Bien que le moyen de défense suscite certaines difficultés dans les faits, celles-ci seront résolues au détriment du défendeur compte tenu de l'attribution du fardeau de la preuve.

Si nous devons nous écarter de cet état du droit, si récemment confirmé par deux arrêts de notre Cour, il faudrait avoir des motifs très sérieux de le faire. En outre, il devrait y avoir unanimité dans l'ensemble. Il ressort des motifs de ce pourvoi que nous sommes loin de l'unanimité sur la question de savoir si nous devons reculer, avancer ou rester au même point.

La modification proposée par le juge *La Forest* subsume le moyen de défense fondé sur l'autorisation du législateur sous le critère qui consiste à déterminer quand il est raisonnable d'indemniser le demandeur. Les juges de première instance auront encore à se débattre avec les éléments du moyen de défense fondé sur l'autorisation du législateur mais dans le contexte d'un critère du caractère raisonnable. Cela ne contribuera qu'à ajouter plus d'incertitude à celle qui, dit-on, existe déjà.

Je ne suis pas d'accord non plus qu'il est logique ou pratique de faire une distinction entre les ouvrages publics obligatoires et ceux qui sont autorisés. Bien qu'il ait été d'usage de prescrire ces ouvrages à l'époque de la construction des chemins de fer, les ouvrages publics obligatoires font partie d'une époque révolue.

The disagreement with the result reached in the Court of Appeal is not because the law is defective but because it was incorrectly applied. As La Forest J. points out, the Court of Appeal exonerated the respondent from liability in nuisance on the basis that there was an absence of negligence. In my opinion, the heavier onus which must be discharged was not met in this case. The trial judge so found. I therefore would dispose of the appeal as proposed by my colleagues.

*Appeal allowed with costs.*

*Solicitors for the appellants: Martin, Whalen, Hennebury & Stamp, St. John's.*

*Solicitors for the respondent: O'Reilly, Noseworthy, St. John's.*

Le désaccord quant à la conclusion de la Cour d'appel est dû non pas à un vice du droit mais à une mauvaise application du droit. Comme le souligne le juge La Forest, la Cour d'appel a exonéré l'intimée de toute responsabilité selon des règles de la nuisance pour le motif qu'il y avait absence de négligence. À mon avis, on ne s'est pas acquitté en l'espèce du fardeau plus lourd dont il fallait s'acquitter. C'est là la conclusion du juge de première instance. Je suis donc d'avis de statuer sur le pourvoi de la façon proposée par mes collègues.

*Pourvoi accueilli avec dépens.*

*Procureurs des appelants: Martin, Whalen, Hennebury & Stamp, St. John's.*

*Procureurs de l'intimée: O'Reilly, Noseworthy, St. John's.*