

T-2346-87

T-2346-87

Valerie Joan Markesteyn (*Respondent*) (*Plaintiff*)**Valerie Joan Markesteyn** (*intimée*) (*demanderesse*)

v.

c.

Her Majesty the Queen (*Applicant*) (*Defendant*)**Sa Majesté la Reine** (*requérante*) (*défenderesse*)

and

et

Dr. Peter Hermanus Markesteyn, Executor of the said Valerie Joan Markesteyn, deceased, on behalf of the Estate of Valerie Joan Markesteyn (*Respondents*) (*Plaintiffs*)**D^r Peter Hermanus Markesteyn, exécuteur de ladite Valerie Joan Markesteyn, décédée, au nom de la succession de Valerie Joan Markesteyn** (*intimés*) (*demandeurs*)

v.

c.

Her Majesty the Queen (*Applicant*) (*Defendant*)**Sa Majesté la Reine** (*requérante*) (*défenderesse*)**INDEXED AS: MARKESTEYN v. CANADA (T.D.)****RÉPERTORIÉ: MARKESTEYN c. CANADA (1^{re} INST.)**

Trial Division, Hargrave P.—Winnipeg, April 14, 1999; Vancouver, August 11, 2000.

Section de première instance, protonotaire Hargrave—Winnipeg, 14 avril 1999; Vancouver, 11 août 2000.

Crown — Torts — Action for damages and declarations as result of bank erosion behind dam due to Crown-controlled fluctuation in water level — Allegations of nuisance, negligence and interference with riparian rights of land owner — Damages not recoverable for prospective loss — Negligence plea not struck as defendant had sufficient information to plead to statement of claim — Case in nuisance not futile — Pleading of infringement of riparian right of enjoyment of river in natural state appears proper — Declaratory relief not excluded though other relief available.

Couronne — Responsabilité délictuelle — Action visant à obtenir des dommages-intérêts et un jugement déclaratoire à la suite de l'érosion de la berge en amont d'un barrage en raison de la fluctuation du niveau de l'eau contrôlée par la Couronne — Allégations de nuisance, de négligence et d'atteinte aux droits de riverain d'un propriétaire foncier — Une perte à venir ne donne pas ouverture à l'octroi de dommages-intérêts — Le moyen fondé sur la négligence n'a pas été radié parce que la défenderesse possédait suffisamment d'information pour répondre à la déclaration — La cause d'action fondée sur la nuisance n'était pas futile — Le moyen d'atteinte au droit de riverain à la jouissance de la rivière à l'état naturel semblait convenable — Un jugement déclaratoire n'était pas exclu malgré les autres réparations possibles.

Damages — Limiting Principles — Certainty — Prospective injury — Action for damages and declarations as result of bank erosion behind dam due to Crown-controlled fluctuation in water level — Allegations of nuisance, negligence and interference with riparian rights of land owner — Continuing wrong — Damages not recoverable for prospective loss as many factors could cause destruction of plaintiff's foreshore to cease at some future time.

Dommages-intérêts — Facteurs limitatifs — Certitude — Préjudice à venir — Action visant à obtenir des dommages-intérêts et un jugement déclaratoire à la suite de l'érosion de la berge en amont d'un barrage en raison de la fluctuation du niveau de l'eau contrôlée par la Couronne — Allégations de nuisance, de négligence et d'atteinte aux droits de riverain d'un propriétaire foncier — Acte fautif continu — La perte à venir ne donnait pas ouverture à l'octroi de dommages-intérêts car de nombreux facteurs pouvaient interrompre la destruction de la grève de la demanderesse à l'avenir.

The plaintiff owned and occupied land in Winnipeg on the Red River. The operation of the St. Andrews dam, constructed downstream by the federal government between 1903 and 1910 resulted in the gradual erosion of the river

La demanderesse était propriétaire et occupante d'un bien-fonds situé à Winnipeg, sur le bord de la rivière Rouge. L'exploitation du barrage St. Andrews, construit en aval par le gouvernement fédéral entre 1903 et 1910 a causé l'éro-

bank and forced the plaintiff, in 1986, to abandon her home and to construct a new one farther away from the river. The plaintiff in this action, initially representative in nature, claimed damages for past injury. She also claimed in nuisance, seeking declarations that there was a continuing nuisance, as to breach of duty and as to interference with riparian rights, and prospective damages.

The defendant brought the present motions to strike, raising the issues of whether the plaintiff could claim either in nuisance or negligence without identifying the servants of the Crown who were said to be responsible. The defendant argued that there was, at law, no interference with riparian rights, and that there can be no cause of action founded on events that may happen in the future.

At the commencement of the Crown's two-day motion, the date for which had been fixed 5 months previously, plaintiffs sought an adjournment to review the case law and to take instructions from a new group of potential plaintiffs. Considering the cost of an adjournment to taxpayers and the fact that the addition of further plaintiffs must at some point come to an end, this application was denied.

Damages for prospective injury. On this issue, reference was made to a statement in *McGregor on Damages*, to the effect that where a single act constitutes a continuing wrong, damages at common law can be awarded only in respect of loss accruing before the commencement of the action: *Battishill v. Reed* (1856), 18 C.B. 696; 139 E.R. 1544. Here, the allegation is of a continuing wrong — ongoing erosion of the plaintiff's land — and further causes of action lie in the future. This was not a case where the damage has been done for all time and compensation can be awarded for all time: various factors could cause a stoppage of the destruction of plaintiff's foreshore. On the basis of old English and more recent Canadian case law, future damages cannot be awarded in anticipation of what may happen due to negligent operation of the dam and this aspect of plaintiff's action was futile.

Cause of action in negligence. In *Just v. British Columbia*, [1989] 2 S.C.R. 1228, the Supreme Court held that government policy decisions were exempt from tort claims but their negligent implementation could give rise to actions in tort. Defendant's submission was that the statement of claim failed to make it clear whether the alleged breach of duty was in respect of a policy decision or policy implementation. That argument was rejected: while the Court might be called upon to differentiate between policy and operation, this was not a ground for striking out under Rule 221.

sion graduelle de la berge de la rivière et a forcé la demanderesse à abandonner sa maison et à en construire une nouvelle plus éloignée de la rivière, en 1986. La demanderesse dans l'action, intentée initialement sous forme de recours collectif, a réclamé des dommages-intérêts pour un préjudice passé. Elle a aussi invoqué la nuisance pour demander un jugement déclaratoire portant qu'il existait une nuisance continue concernant un manquement à une obligation et une atteinte à des droits de riverain, et réclamer des dommages-intérêts pour un préjudice à venir.

La défenderesse a présenté les requêtes en radiation en soulevant la question de savoir si la demanderesse pouvait faire valoir une demande fondée sur la négligence ou la nuisance, sans identifier les préposés de la Couronne qu'elle prétendait responsables. La défenderesse a plaidé qu'aucune atteinte, en droit, n'avait été portée à des droits de riverain et que les événements susceptibles de se produire à l'avenir ne peuvent fonder aucune cause d'action.

Au début des deux jours d'audition de la requête, dont la date avait été fixée 5 mois auparavant, les demanderes ont demandé un ajournement pour étudier la jurisprudence et pour obtenir des instructions d'un nouveau groupe d'éventuels demandeurs. Compte tenu du coût qu'un ajournement entraînerait pour les contribuables et du fait qu'il faut un jour mettre un terme à l'ajout de nouveaux demandeurs, la demande d'ajournement a été rejetée.

Les dommages-intérêts pour préjudice à venir. Sur ce point, la Cour s'est reportée à une affirmation faite dans *McGregor on Damages*, selon laquelle, lorsqu'un acte unique constitue un acte fautif continu, la common law ne permet l'octroi de dommages-intérêts que pour le préjudice survenu avant l'introduction de l'action: *Battishill v. Reed* (1856), 18 C.B. 696; 139 E.R. 1544. En l'espèce, la demanderesse alléguait un acte fautif continu — l'érosion continue du bien-fonds de la demanderesse — et les nouvelles causes d'action demeuraient futures. Il ne s'agissait pas d'une affaire dans laquelle un préjudice a été causé une fois pour toutes et une indemnisation accordée une fois pour toutes: différents facteurs pouvaient interrompre la destruction de la grève de la demanderesse. Selon la jurisprudence anglaise ancienne et les décisions canadiennes plus récentes, il n'est pas possible d'accorder des dommages-intérêts futurs en prévision de ce qui pourrait se produire à la suite de la négligence dans l'exploitation du barrage et l'action de la demanderesse sur ce point était futile.

La cause d'action fondée sur la négligence. Dans l'arrêt *Just c. Colombie-Britannique*, [1989] 2 R.C.S. 1228, la Cour suprême a statué que les décisions de politique gouvernementale étaient à l'abri d'un recours en responsabilité délictuelle, mais que leur mise en œuvre entachée de négligence pouvait donner lieu à un recours en matière délictuelle. La défenderesse a fait valoir que la déclaration ne précisait pas clairement si le manquement allégué à une obligation touchait une décision de politique ou la mise en œuvre d'une telle décision. Cet argument a été rejeté: bien

Defendant had sufficient information to plead to the statement of claim. If, after discovery, defendant can still show a lack of factual knowledge, there might be a case for particulars for trial.

Cause of action in nuisance. On this point, the Crown argued that it was not liable when, as here, no particular Crown servant is identified as having caused the nuisance. While at one time good law, that concept was done away with by the Supreme Court of Canada in *The Queen v. Levy Brothers Company, Limited and the Western Assurance Company*, [1961] S.C.R. 189. The Crown also argued that it could not be held liable for nuisance. The case of *Schenck et al. v. The Queen in right of Ontario* (1982), 40 O.R. (2d) 410 (H.C.), which had to do with interference with orchard land by salting the adjoining highway, was considered. In *Mart Steel Corporation v. The Queen*, [1974] 1 F.C. 45 (T.D.), it was held that the Crown could be held liable for nuisance arising from the operation of a grain elevator. Therefore, plaintiff's case in nuisance might be difficult but it was not futile.

Riparian rights as a cause of action. In this respect, reference was made to the work *Water Law in Canada: The Atlantic Provinces*. Plaintiff's pleading of infringement of the riparian right of enjoyment of the river in its natural state appeared proper.

Declaratory relief. Crown counsel cited the case of *Canada (Auditor General) v. Canada (Minister of Energy, Mines and Resources)*, [1989] 2 S.C.R. 49 as authority for the proposition that declaratory relief ought not to be granted if other relief, here damages, is available. That case stands for a more limited proposition: alternative (statutory) remedies must be exhausted before coming to court. It was held in *Kourtessis v. M.N.R.*, [1993] 2 S.C.R. 53, that a court has a discretion to deny declaratory relief where other remedies are available, not that a plea for declaratory relief, coupled with a claim for other relief, is bound to fail.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

Crown Liability Act, R.S.C. 1970, c. C-38, ss. 3(1)(b), 24.

Crown Liability and Proceedings Act, R.S.C., 1985, c. C-50 (as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 21), ss. 3, 12 (as am. *idem*, s. 23).

que la Cour puisse être appelée à faire la différence entre la politique et la mise en œuvre, cela ne constituait pas un motif justifiant la radiation selon la règle 221. La défenderesse possédait suffisamment d'information pour répondre à la déclaration. Si, après l'enquête préalable, la défenderesse pouvait encore démontrer qu'elle n'était pas suffisamment au courant des faits, une demande de précisions en vue de l'instruction pouvait être justifiée.

La cause d'action fondée sur la nuisance. Sur ce point, la Couronne a soutenu que sa responsabilité n'était pas engagée lorsque, comme en l'espèce, aucun préposé de la Couronne n'est identifié comme ayant créé la nuisance. Ce concept s'appliquait effectivement à une certaine époque, mais la Cour suprême du Canada l'a écarté dans l'arrêt *The Queen v. Levy Brothers Company, Limited and the Western Assurance Company*, [1961] R.C.S. 189. La Couronne a aussi fait valoir qu'elle ne pouvait être tenue responsable d'une nuisance. La Cour a examiné l'affaire *Schenck et al. v. The Queen in right of Ontario* (1982), 40 O.R. (2d) 410 (H.C.), qui portait sur une atteinte à un verger causée par l'utilisation de sel sur une autoroute voisine. Dans la décision *Mart Steel Corporation c. La Reine*, [1974] 1 C.F. 45 (1^{re} inst.), il a été statué que la Couronne pouvait être tenue responsable d'une nuisance découlant de l'exploitation d'un élévateur à grain. Par conséquent, même si leur bien-fondé pouvait être difficile à établir, les prétentions de la demanderesse fondées sur la nuisance n'étaient pas futiles.

La cause d'action fondée sur les droits de riverain. Sur ce point, la demanderesse a invoqué l'ouvrage intitulé *Water Law in Canada: The Atlantic Provinces*. Son moyen fondé sur l'atteinte au droit de riverain à la jouissance de la rivière à l'état naturel était convenable.

Le jugement déclaratoire. L'avocat de la Couronne a cité l'affaire *Canada (Vérificateur général) c. Canada (Ministre de l'Énergie, des Mines et des Ressources)*, [1989] 2 R.C.S. 49 à l'appui de sa prétention que la Cour ne devrait pas accorder de jugement déclaratoire si la demanderesse peut obtenir une autre réparation, en l'occurrence des dommages-intérêts. Cette décision a un effet plus limité: il faut épuiser les autres recours (prévus par une loi) avant de s'adresser au tribunal. L'arrêt *Kourtessis c. M.R.N.*, [1993] 2 R.C.S. 53, établit que la Cour a le pouvoir discrétionnaire de refuser de prononcer un jugement déclaratoire lorsque d'autres recours sont possibles, et non qu'une demande de jugement déclaratoire, jointe à une autre demande de réparation, doit nécessairement être rejetée.

LOIS ET RÈGLEMENTS

Loi sur la responsabilité de la Couronne, S.R.C. 1970, ch. C-38, art. 3(1)(b), 24.

Loi sur la responsabilité civile de l'État et le contentieux administratif, L.R.C. (1985), ch. C-50 (mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 21), art. 3, 12 (mod., *idem*, art. 23).

Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, R. 419(1)(a), (d),(f).
Federal Court Rules, 1998, SOR/98-106, r. 221.
Proceedings Against the Crown Act (The), R.S.O. 1970, c. 365, s. 5.

Règles de la Cour fédérale, C.R.C., ch. 663, règle 419(1)(a),(d),(f).
Règles de la Cour fédérale (1998), DORS/98-106, règle 221.
Proceedings Against the Crown Act (The), R.S.O. 1970, ch. 365, art. 5.

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

Battishill v. Reed (1856), 18 C.B. 696; 139 E.R. 1544 (C.A.); *Montreal Street Ry. Co. v. Boudreau* (1905), 36 S.C.R. 329; 4 C.R.C. 373; *Darley Main Colliery Company v. Mitchell* (1886), 11 A.C. 127 (H.L.); *West Leigh Colliery Company v. Tunnicliffe & Hampson, Ltd.*, [1908] A.C. 27 (H.L.); *Bjarnarson (H.R.) v. Manitoba* (1990), 68 Man. R. (2d) 161 (Q.B.); *Just v. British Columbia*, [1989] 2 S.C.R. 1228; (1989), 64 D.L.R. (4th) 689; [1990] 1 W.W.R. 385; 41 B.C.L.R. (2d) 350; 41 Admin. L.R. 161; 1 C.C.L.T. (2d) 1; 18 M.V.R. (2d) 1; 103 N.R. 1; *Queen, The v. Levy Brothers Company Limited and the Western Assurance Company*, [1961] S.C.R. 189; (1961), 26 D.L.R. (2d) 760; *Duncan, Alastair R.C. et al. v. The Queen*, [1966] Ex. C.R. 1080; *Connery et ux. v. Government of Manitoba*, [1971] 4 W.W.R. 156 (Man. C.A.); *Mart Steel Corporation v. The Queen*, [1974] 1 F.C. 45 (T.D.); *Harelkin v. University of Regina*, [1979] 2 S.C.R. 561; (1979), 96 D.L.R. (3d) 14; [1979] 3 W.W.R. 676; 26 N.R. 364.

DISTINGUISHED:

Holmes v. Wilson (1839), 10 Ad. & E. 503; 113 E.R. 190; *Clegg v. Dearden* (1848), 12 Q.B. 576; *Toronto General Trusts Corp. v. Roman*, [1963] 1 O.R. 312; (1962), 37 D.L.R. (2d) 16 (C.A.); *Canada (Auditor General) v. Canada (Minister of Energy, Mines and Resources)*, [1989] 2 S.C.R. 49; (1989), 61 D.L.R. (4th) 604; 97 N.R. 241; *Kourtessis v. M.N.R.*, [1993] 2 S.C.R. 53; (1993), 102 D.L.R. (4th) 456; [1993] 4 W.W.R. 225; 78 B.C.L.R. (2d) 257; 81 C.C.C. (3d) 286; 20 C.R. (4th) 104; 14 C.R.R. (2d) 193; [1993] 1 C.T.C. 301; 93 DTC 5137; 153 N.R. 1; 45 W.A.C. 81.

CONSIDERED:

Schenck et al. v. The Queen in right of Ontario (1982), 40 O.R. (2d) 410; 142 D.L.R. (3d) 261; 23 C.C.L.T. 147; 12 C.E.L.R. 43; 31 C.P.C. 89 (H.C.); *Schenck et al. v. The Queen in right of Ontario* (1981), 34 O.R. (2d) 595; 131 D.L.R. (3d) 310; 20 C.C.L.T. 128; 11 C.E.L.R. 1 (H.C.).

REFERRED TO:

Lamb v. Walker (1878), 3 Q.B.D. 389 (C.A.); *Brand v. Hammersmith and City Railway Company* (1867) L.R.

JURISPRUDENCE

DÉCISIONS APPLIQUÉES:

Battishill v. Reed (1856), 18 C.B. 696; 139 E.R. 1544 (C.A.); *Montreal Street Ry. Co. v. Boudreau* (1905), 36 R.C.S. 329; 4 C.R.C. 373; *Darley Main Colliery Company v. Mitchell* (1886), 11 A.C. 127 (H.L.); *West Leigh Colliery Company v. Tunnicliffe & Hampson, Ltd.*, [1908] A.C. 27 (H.L.); *Bjarnarson (H.R.) v. Manitoba* (1990), 68 Man. R. (2d) 161 (B.R.); *Just c. Colombie-Britannique*, [1989] 2 R.C.S. 1228; (1989), 64 D.L.R. (4th) 689; [1990] 1 W.W.R. 385; 41 B.C.L.R. (2d) 350; 41 Admin. L.R. 161; 1 C.C.L.T. (2d) 1; 18 M.V.R. (2d) 1; 103 N.R. 1; *Queen, The v. Levy Brothers Company Limited and the Western Assurance Company*, [1961] R.C.S. 189; (1961), 26 D.L.R. (2d) 760; *Duncan, Alastair R.C. et al. v. The Queen*, [1966] R.C.É. 1080; *Connery et ux. v. Government of Manitoba*, [1971] 4 W.W.R. 156 (C.A. Man.); *Mart Steel Corporation c. La Reine*, [1974] 1 C.F. 45 (1^{re} inst.); *Harelkin c. Université de Regina*, [1979] 2 R.C.S. 561; (1979), 96 D.L.R. (3d) 14; [1979] 3 W.W.R. 676; 26 N.R. 364.

DISTINCTION FAITE D'AVEC:

Holmes v. Wilson (1839), 10 Ad. & E. 503; 113 E.R. 190; *Clegg v. Dearden* (1848), 12 Q.B. 576; *Toronto General Trusts Corp. v. Roman*, [1963] 1 O.R. 312; (1962), 37 D.L.R. (2d) 16 (C.A.); *Canada (Vérificateur général) c. Canada (Ministre de l'Énergie, des Mines et des Ressources)*, [1989] 2 R.C.S. 49; (1989), 61 D.L.R. (4th) 604; 97 N.R. 241; *Kourtessis c. M.N.R.*, [1993] 2 R.C.S. 53; (1993), 102 D.L.R. (4th) 456; [1993] 4 W.W.R. 225; 78 B.C.L.R. (2d) 257; 81 C.C.C. (3d) 286; 20 C.R. (4th) 104; 14 C.R.R. (2d) 193; [1993] 1 C.T.C. 301; 93 DTC 5137; 153 N.R. 1; 45 W.A.C. 81.

DÉCISIONS EXAMINÉES:

Schenck et al. v. The Queen in right of Ontario (1982), 40 O.R. (2d) 410; 142 D.L.R. (3d) 261; 23 C.C.L.T. 147; 12 C.E.L.R. 43; 31 C.P.C. 89 (H.C.); *Schenck et al. v. The Queen in right of Ontario* (1981), 34 O.R. (2d) 595; 131 D.L.R. (3d) 310; 20 C.C.L.T. 128; 11 C.E.L.R. 1 (H.C.).

DÉCISIONS MENTIONNÉES:

Lamb v. Walker (1878), 3 Q.B.D. 389 (C.A.); *Brand v. Hammersmith and City Railway Company* (1867) L.R.

2 Q.B. 223; *Schenck v. Ontario (Minister of Transportation and Communications)*; *Rokeby v. Ontario*, [1987] 2 S.C.R. 289; (1987), 50 D.L.R. (4th) 384; 79 N.R. 317; 23 O.A.C. 82; *Case of the Thorns* (1466), Y.B. 6 Ed IV, 7a. pl. 18; *Montreal Light, Heat & Power Co. v. Attorney-General of Quebec* (1909), 41 S.C.R. 116; *Stollmeyer v. Trinidad Lake Petroleum Company*, [1918] A.C. 485.

AUTHORS CITED

Hogg, Peter W. *Liability of the Crown*, 2nd ed. Toronto: Carswell, 1989.
 La Forest, Gerard. *Water Law in Canada: The Atlantic Provinces*. Ottawa: Information Canada, 1973.
 Linden, Allen M. *Canadian Tort Law*, 6th ed. Toronto: Butterworths, 1997.
 Linden, Allen M. *La responsabilité civile délictuelle*. Montréal: Éditions Yvon Blais, 1988.
 McGregor, Harvey. *McGregor on Damages*, 16th ed. London: Sweet & Maxwell, 1997.

MOTIONS to strike out the statement of claim in an action against the Crown for damages and declarations for alleged nuisance, negligence and interference with the riparian rights of the plaintiff with respect to the erosion of its waterfront land behind a dam due to Crown-controlled fluctuation in the water level. Motions allowed in part.

APPEARANCES:

Kenneth S. Maclean for respondent (plaintiff).
Colin S. Morrison and *Marley S. Dash* for applicant (defendant).

SOLICITORS OF RECORD:

Thompson Dorfman Sweatman, Winnipeg, for respondent (plaintiff).
Deputy Attorney General of Canada for applicant (defendant).

The following are the reasons for order rendered in English by

[1] HARGRAVE P: The defendant's [applicant's] motions, argued during the course of a day in December 1998 and completed in April 1999, initially arose

2 Q.B. 223; *Schenck c. Ontario (Ministre des Transports et des Communications)*; *Rokeby c. Ontario*, [1987] 2 R.C.S. 289; (1987), 50 D.L.R. (4th) 384; 79 N.R. 317; 23 O.A.C. 82; *Case of the Thorns* (1466), Y.B. 6 Ed IV, 7a. pl. 18; *Montreal Light, Heat & Power Co. v. Attorney-General of Quebec* (1909), 41 R.C.S. 116; *Stollmeyer v. Trinidad Lake Petroleum Company*, [1918] A.C. 485.

DOCTRINE

Hogg, Peter W. *Liability of the Crown*, 2nd ed. Toronto: Carswell, 1989.
 La Forest, Gerard. *Water Law in Canada: The Atlantic Provinces*. Ottawa: Information Canada, 1973.
 Linden, Allen M. *Canadian Tort Law*, 6th ed. Toronto: Butterworths, 1997.
 Linden, Allen M. *La responsabilité civile délictuelle*. Montréal: Éditions Yvon Blais, 1988.
 McGregor, Harvey. *McGregor on Damages*, 16th ed. London: Sweet & Maxwell, 1997.

REQUÊTES en radiation de la déclaration dans une action intentée contre la Couronne en vue d'obtenir des dommages-intérêts et un jugement déclaratoire, fondée sur des allégations de nuisance, de négligence et d'atteinte aux droits de riverain de la demanderesse relativement à l'érosion de son bien-fonds riverain, en aval d'un barrage, résultant de la fluctuation du niveau de l'eau contrôlée par la Couronne. Requêtes accueillies en partie.

ONT COMPARU:

Kenneth S. Maclean pour l'intimée (demanderesse).
Colin S. Morrison et *Marley S. Dash* pour requérante (défenderesse).

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER:

Thompson Dorfman Sweatman, Winnipeg, pour l'intimée (demanderesse).
Le sous-procureur général du Canada pour requérante (défenderesse).

Ce qui suit est la version française des motifs de l'ordonnance rendus par

[1] LE PROTONOTAIRE HARGRAVE: Les requêtes de la défenderesse [requérante], plaidées pendant une journée en décembre 1998 puis, pour terminer, en

out of a representative action by which riparian land owners and occupiers, on the Red and Assiniboine Rivers, between about Winnipeg and the St. Andrews dam on the Red River near the south end of Lake Winnipeg, say their riparian rights have been interfered with. The plaintiffs [respondents] in the initial class action claimed damages. They also claimed in nuisance, seeking declarations that there is a continuing nuisance, as to breach of duty and as to interference with riparian rights.

[2] The representative of the present plaintiff, during the interval of December 1998 to April 1999, correctly concluded first, that the action ought not to proceed as a representative action, and second, that the *Crown Liability and Proceedings Act* [R.S.C., 1985, c. C-50 (as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 21)] was a bar to portions of the action based on the construction of the St. Andrews dam early this century. The Estate of Valerie Joan Markesteyn, represented by the executor, as sole plaintiff, therefore prepared and I gave leave to file an amended statement of claim. I look upon this exercise not as the abandonment of a portion of the claim, but rather as success on the part of the defendant on a portion of its motion, a point to touch on later.

[3] The negligence, interference with riparian rights and nuisance is said to be the artificial raising and lowering of water levels, behind the St. Andrews dam. This fluctuation in water level is said to have resulted in both bank erosion and undercutting by wave action at high water levels. Sustained high water levels are also said to saturate the banks. The result is the collapse of banks by reason of lack of support to saturated and undercut banks at low water levels in the winter when the St. Andrews dam and lock system is drained to prevent ice damage. This negligence, nuisance and interference is said to be ongoing thus the plaintiff seeks not only damages for past injury, but also forward looking relief in the form of declarations and continuing or prospective damages.

avril 1999, découlent à l'origine d'un recours collectif dans lequel les propriétaires et occupants de biens-fonds riverains, situés sur le bord des rivières Rouge et Assiniboine, entre Winnipeg, environ, et le barrage St. Andrews sur la rivière Rouge, près de l'extrémité sud du lac Winnipeg, affirmaient qu'il a été porté atteinte à leurs droits de riverains. Les demandeurs [intimés] dans le recours collectif initial réclamaient des dommages-intérêts. Ils invoquaient aussi une nuisance et demandaient à la Cour de prononcer un jugement déclaratoire portant qu'il existe une nuisance continue concernant un manquement à une obligation et une atteinte à des droits de riverains.

[2] Le représentant de la demanderesse actuelle a conclu à juste titre, entre décembre 1998 et avril 1999, que, premièrement, l'action ne devait pas se dérouler sous la forme d'un recours collectif et que, deuxièmement, la *Loi sur la responsabilité civile de l'État et le contentieux administratif* [L.R.C. (1985), ch. C-50 (mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 21)] rendait irrecevables certains éléments de l'action fondés sur la construction du barrage St. Andrews au début du siècle. La succession de Valerie Joan Markesteyn, représentée par son exécuteur, en qualité d'unique demanderesse, a donc préparé une déclaration modifiée, dont j'ai autorisé le dépôt. Je considère non pas que la demanderesse s'est ainsi désistée d'une partie de la demande, mais que la défenderesse a eu gain de cause en ce qui concerne une partie de sa requête. Je reviendrai sur ce point.

[3] La négligence, l'atteinte à des droits de riverains et la nuisance alléguées consistent en l'élévation et l'abaissement artificiels du niveau de l'eau en amont du barrage St. Andrews. Cette fluctuation du niveau de l'eau aurait causé l'érosion et le sapement de la berge sous l'action des vagues, lorsque le niveau de l'eau est élevé. Un niveau d'eau élevé maintenu pendant de longues périodes aurait aussi saturé les berges, qui se sont donc effondrées en raison du manque de support des berges saturées et sapées, au moment où le niveau de l'eau a été abaissé en hiver, lors de l'évacuation de l'eau du réseau des écluses et du barrage St. Andrews pour éviter les dommages causés par la glace. La négligence, la nuisance et l'atteinte alléguées seraient continues, de sorte que la demanderesse réclame non

[4] The basis of the motions to strike out initially covered a broad spectrum. At this point I summarize the most important aspects that remain. No longer is there an issue as to the propriety of a class action in nuisance. There is a question of whether the plaintiff can claim in either nuisance or negligence without identifying the servants of the Crown who were or are said to be responsible. The defendant also says there is, at law, *no interference with riparian rights*. The defendant submits there can be no cause of action founded on events that may happen in the future. I now turn to a more detailed background for all of this, which begins in 1899.

BACKGROUND

[5] Between 1899 and 1909 the federal government passed various appropriation acts for a public work at the St. Andrews rapids in the Red River. Between 1903 and 1910 the federal government constructed a dam at St. Andrews in order to make the St. Andrews rapids navigable by seasonally raising the water level and providing a system of locks.

[6] The result of the operation of the dam, which the plaintiff says has been improperly carried out, is the maintenance of an artificially high water level behind the dam during July through October and then a release of water during the first part of November in order to lower the water to a more natural level in order to protect the dam and lock system from winter ice damage.

[7] The plaintiff, now represented by the executor of her estate, at material times owned and occupied land in Winnipeg on the Red River. By reason of alleged abnormal erosion of her river bank the plaintiff was forced, in about 1986, to abandon her home and to construct a new home farther away from the river.

seulement des dommages-intérêts pour le préjudice déjà subi, mais aussi une réparation prospective sous la forme d'un jugement déclaratoire et de dommages-intérêts pour préjudice continu ou à venir.

[4] Le fondement des requêtes en radiation était très étendu à l'origine. Je résumerai maintenant les aspects les plus importants encore en jeu. L'opportunité d'un recours collectif fondé sur la nuisance n'est plus en cause. La question de savoir si la demanderesse peut faire valoir une demande fondée sur la négligence ou sur la nuisance, sans identifier les préposés de la Couronne responsables ou présumés responsables, est toujours en litige. La défenderesse affirme aussi qu'aucune atteinte, en droit, n'a été portée à des droits de riverains. Elle soutient que des événements susceptibles de se produire à l'avenir ne peuvent fonder aucune cause d'action. J'exposerai maintenant plus en détail le contexte de l'ensemble du litige, dont les origines remontent à 1899.

LE CONTEXTE

[5] Entre 1899 et 1909, le gouvernement fédéral a édicté diverses lois portant affectation de crédits aux fins d'un ouvrage public érigé aux rapides St. Andrews, sur la rivière Rouge. Entre 1903 et 1910, le gouvernement fédéral a construit un barrage à St. Andrews afin de rendre les rapides St. Andrews navigables en haussant le niveau de l'eau sur une base saisonnière et en installant un réseau d'écluses.

[6] L'exploitation du barrage, que la demanderesse prétend incorrecte, a pour effet de maintenir l'eau à un niveau artificiellement élevé en amont du barrage pendant les mois de juillet à octobre, après quoi de l'eau est évacuée au début du mois de novembre afin d'abaisser l'eau à un niveau plus naturel, ce qui protège le barrage et le réseau d'écluses des dommages causés par la glace en hiver.

[7] À toutes les époques pertinentes, la demanderesse, maintenant représentée par l'exécuteur de sa succession, était propriétaire et occupante d'un bien-fonds situé à Winnipeg, sur le bord de la rivière Rouge. En raison de la prétendue érosion anormale de la berge, la demanderesse a dû abandonner sa maison

The plaintiff blames the erosion on the artificial raising of water levels during the summer and fall months, allowing the bank to be eroded and undercut and the accelerated collapse of undercut and saturated river bank when the water is drained to a natural level before the formation of ice on the river.

[8] The plaintiff's action was initially styled as representative, with the plaintiff acting for herself and "on behalf of all other owners and occupiers of land on the banks of the Red and Assiniboine Rivers . . . affected by the construction and operation of the St. Andrews Dam". As I have already indicated the 1999 amended statement of claim eliminates the representative aspect.

[9] The defendant has obtained some particulars and taken *de bene esse* evidence on video tape. The defendant, in January 1995, set down two motions. The first was to strike out the statement of claim under what was then paragraph 419(1)(a) [of the *Federal Court Rules*, C.R.C., c. 663] on the grounds that the represented plaintiffs had no reasonable cause of action in nuisance, or for prospective damages, or indeed any cause of action of a representative nature. Paragraph 419(1)(a) is now paragraph 221(1)(a) [of the *Federal Court Rules*, 1998, SOR/98-106], the wording being identical. The second motion again sought an order that the plaintiff cease representing the other persons described in the statement of claim; that the action be struck out under paragraph 419(1)(d) or (f) as prejudicial, embarrassing or such as to delay a fair trial of the action, or as an abuse of the process of the Court; that the plaintiff provide further or better particulars if the action is not struck out; and for an extension of time within which to file a defence. Those two motions were adjourned *sine die*, but were put into the current form of a motions record and refiled 2 December 1998.

et en construire une nouvelle plus éloignée de la rivière, vers 1986. La demanderesse impute cette érosion à l'élévation artificielle du niveau de l'eau pendant l'été et l'automne, qui aurait causé l'érosion et le sapement ainsi que l'effondrement accéléré de la berge sapée et saturée lorsque l'eau est abaissée à son niveau naturel avant la formation des glaces sur la rivière.

[8] L'action de la demanderesse a d'abord été introduite sous la forme d'un recours collectif, la demanderesse agissant en son propre nom et [TRADUCTION] «au nom de tous les autres propriétaires et occupants de biens-fonds situés sur les berges des rivières Rouge et Assiniboine [. . .] touchés par la construction et l'exploitation du barrage St. Andrews». Comme je l'ai déjà mentionné, la déclaration modifiée de 1999 a changé la forme de la procédure, qui ne constitue désormais plus un recours collectif.

[9] La défenderesse a obtenu certaines précisions et a accepté la preuve *de bene esse* sur bande vidéo. La défenderesse a déposé deux requêtes en janvier 1995. La première visait la radiation de la déclaration en vertu de l'alinéa 419(1)a des règles [Règles de la Cour fédérale, C.R.C., ch. 663] alors en vigueur, au motif que les demandeurs représentés n'avaient pas de cause d'action valable fondée sur la nuisance ou justifiant des dommages-intérêts prospectifs ni, en fait, aucune cause d'action donnant ouverture à un recours collectif. L'alinéa 419(1)a a été remplacé par l'alinéa 221(1)a [des Règles de la Cour fédérale (1998), DORS/98-106], dont le libellé est identique. La deuxième requête sollicitait aussi une ordonnance enjoignant à la demanderesse de cesser de représenter les autres personnes décrites dans la déclaration; radiant l'action en vertu des alinéas 419(1)d) ou f) des règles alors en vigueur parce qu'elle risquait de nuire à l'instruction équitable de l'action ou de la retarder ou parce qu'elle constituait autrement un abus de procédure; enjoignant à la demanderesse de fournir des précisions si l'action n'était pas radiée; et prorogeant le délai de dépôt de la défense. Ces deux requêtes ont été ajournées à une date indéterminée, mais elles ont été déposées à nouveau sous la forme du présent dossier de requête le 2 décembre 1998.

CONSIDERATION

Application by the plaintiffs for Adjournment

[10] At the commencement of this two-day motion, a date set five months earlier by direction of the Associate Chief Justice, the plaintiffs sought an adjournment, either *sine die* or for 90 days. The then plaintiffs wished the adjournment to consider the defendant's motions, in order to look at the volume of case law and to allow time to notify and take instructions from a new group of potential plaintiffs, the owners of plots in the Elmwood Cemetery, a margin of which is being eroded by the Red River. I allowed the plaintiffs to file an affidavit in support of the request for adjournment: the affidavit is only for that purpose. To some of the affidavit material I gave little weight. The motion for an adjournment was not opposed by counsel for the defendant, however I denied the motion.

[11] The defendant's motions, some four years old and with five months lead time on the hearing date, came as no surprise. The motions are supported by much case material, but the case material and the written argument are, largely, what one would expect. The few unfamiliar cases do not raise any novel points.

[12] An adjournment which prejudices neither party may often be appropriate. Certainly the courts are established to serve litigants. However, there is also the cost of an adjournment to taxpayers which must be considered. Moreover, the adding of further plaintiffs must, at some point in the decade-long existence of this action, come to an end. These are among the factors which I considered in denying the adjournment. However, in recognition of the serious nature of an application to strike out, which may deprive litigants of their day in court, I allowed counsel for the plaintiffs the opportunity to file a written argument following the hearing and opportunity for defence counsel to file a written reply. As it turned out,

L'ANALYSE

Requête en ajournement présentée par les demandeurs

[10] Au début des deux jours d'audition de la requête, à une date que le juge en chef adjoint avait fixée cinq mois auparavant dans une directive, les demandeurs ont cherché à obtenir un ajournement, soit à une date indéterminée, soit pour une période de 90 jours. Les demandeurs alors en cause souhaitaient obtenir cet ajournement pour examiner les requêtes de la défenderesse, étudier la jurisprudence, et avoir le temps d'aviser un nouveau groupe d'éventuels demandeurs composé des propriétaires de lots dans le cimetière Elmwood, dont un bord est grugé par la rivière Rouge, et de recevoir les instructions de ce nouveau groupe. J'ai autorisé les demandeurs à déposer un affidavit à l'appui de leur demande d'ajournement: cet affidavit ne vaut qu'à cette fin. J'ai accordé peu de poids à certains éléments contenus dans cet affidavit. Les avocats de la défenderesse n'ont pas contesté la requête en ajournement, mais je l'ai néanmoins rejetée.

[11] Les requêtes de la défenderesse, vieilles d'environ quatre ans et entendues après un préavis de cinq mois, n'ont pris personne au dépourvu. Une volumineuse jurisprudence est invoquée à l'appui des requêtes, mais cette jurisprudence et l'argumentation écrite sont en grande partie celles auxquelles on pouvait s'attendre. Les quelques décisions judiciaires moins connues qui sont invoquées ne soulèvent pas de question inédite.

[12] Un ajournement qui ne cause aucun préjudice à l'une ou l'autre partie est souvent approprié. Il ne fait aucun doute que les tribunaux ont été constitués pour servir les parties au litige. Toutefois, il faut aussi prendre en compte le coût qu'un ajournement entraîne pour les contribuables. De plus, dans une instance qui dure depuis dix ans, il faut un jour mettre un terme à l'ajout de nouveaux demandeurs. Ce sont des facteurs dont j'ai tenu compte pour refuser l'ajournement. Conscient de la gravité d'une demande de radiation qui risque de priver les parties de leur droit d'être entendues, j'ai autorisé les avocats des demandeurs à déposer des observations écrites après l'audition, et les avocats de la défenderesse, à y répondre par écrit.

counsel for the defendant finished their submissions and counsel for the plaintiffs began theirs, but were unable to complete them at that time, thus an adjournment before the balance of the motion could be heard.

[13] In the interim, before the resumption of the hearing, the plaintiffs decided that the Markesteyn Estate would carry on as the sole plaintiff. Thus the defendant's arguments, based on the representative aspect of the action, do not have to be dealt with. I now turn to the issue of damages for prospective injury.

Damages for Prospective Injury

[14] The 1999 amended statement of claim sets out, in paragraph 15(f), a plea for relief in the form of damages for prospective injury:

Damages for prospective injury to the land of the Estate of Valerie Joan Markesteyn;

The defendant submits that damages are not recoverable as pleaded, or at all, first because they constitute a continuing cause of action and second, because the plaintiff does not allege that the tortious conduct is permanent and cannot be discontinued. The approach of the defendant is by way of analogy, comparing what happened here to cases involving subsidence to land caused by excavation on adjoining land.

[15] Looking at this in a little more detail, the plaintiff alleges, in paragraph 12, that the dam has been a nuisance in the past and continues to cause unreasonable interference with the use and enjoyment of the plaintiff's land. This is also reflected in paragraph 13 in which the plaintiff set out that the dam has been negligently operated in the past and continues to be operated in that negligent manner. Here I would note that paragraph 15(a) seeks declaratory relief to the effect that the defendant has created a continuing nuisance and paragraph 15(c), a declaration that the defendant has not only interfered, but also

Finalement, les avocats de la défenderesse ont terminé leur plaidoirie et les avocats des demandeurs ont entamé la leur, mais n'ont pas été en mesure de la terminer à ce moment-là, d'où l'ajournement que j'ai accordé avant la fin de l'audition de la requête.

[13] Dans l'intervalle, avant la reprise de l'audition, les demandeurs ont décidé que la succession Markesteyn poursuivrait l'instance en qualité d'unique demanderesse. Par conséquent, il n'est pas nécessaire d'examiner les arguments de la défenderesse fondés sur le caractère collectif de la procédure. J'étudierai maintenant la question des dommages-intérêts pour préjudice à venir.

Les dommages-intérêts pour préjudice à venir

[14] La déclaration modifiée de 1999 comporte, à l'alinéa 15f), une demande de réparation sous forme de dommages-intérêts pour préjudice à venir:

[TRADUCTION] Des dommages-intérêts pour préjudice à venir causé au bien-fonds de la succession de Valerie Joan Markesteyn;

La défenderesse fait valoir que les dommages ne peuvent donner lieu à réparation tels qu'ils sont plaidés, ni autrement, premièrement, d'abord parce qu'ils constituent une cause d'action continue et, deuxièmement, parce que la demanderesse n'allègue pas que la conduite délictuelle est permanente et ne peut être interrompue. La défenderesse procède par analogie, comparant ce qui s'est produit en l'espèce aux affaires mettant en cause l'affaissement du sol causé par l'excavation d'un bien-fonds contigu.

[15] Un examen plus détaillé révèle que la demanderesse soutient, au paragraphe 12, que le barrage a constitué une nuisance par le passé et qu'il continue d'entraver déraisonnablement l'usage et la jouissance de son bien-fonds. Cela ressort aussi du paragraphe 13 dans lequel la demanderesse affirme que le barrage a été exploité de façon négligente par le passé et qu'il continue d'être exploité de la même manière négligente. Je tiens à préciser ici que l'alinéa 15a) sollicite le prononcé d'un jugement déclaratoire portant que la défenderesse a créé une nuisance continue et que l'alinéa 15c) sollicite un jugement déclaratoire portant

continues to interfere with the plaintiff's riparian rights.

[16] Counsel for the defendant also refers to paragraphs 5 and 8 of the statement of claim as having a future or continuing aspect, however I do not read them as allegations of a continuing wrong, but rather that they stand as explaining the mechanism and effects of the past negligence and nuisance.

[17] The conventional approach to damages is that when damages are awarded as a result of a single cause of action, the measure of damages includes not only a reimbursement for what has happened from when the cause of action arose and up until the action was begun, but it will also include a measure of damages for future or perspective damage. *McGregor on Damages*, 16th ed., 1997, Sweet & Maxwell, London, at page 272, gives an illustration of this principle:

Perhaps the commonest illustration of the rule is an action for personal injuries where every day damages are awarded which take into account prospective pain and suffering, prospective loss of amenities of life, prospective medical expenses and prospective loss of earnings.

Putting this concept into the present context and assuming that the Markesteyn Estate were successful, a trial judge might well award damages taking into account prospective loss of earnings on the property caused by the present loss of land through erosion.

[18] McGregor then considers the situation in which there is a continuing wrong lying in the future, at page 273:

But where there is a continuing wrong, and to a lessor extent where there is a single act causing separate damage on two separate occasions, the further causes of action lie still in the future and, therefore, it is impossible to bring an action to recover for prospective loss even if it is foreseeable. The rule here is that where a single act constitutes a continuing wrong, damages at common law can only be

que non seulement la défenderesse a porté atteinte aux droits de riverain de la demanderesse, mais qu'elle continue de leur porter atteinte.

[16] Les avocats de la défenderesse mentionnent aussi que les paragraphes 5 et 8 de la déclaration comportent un aspect futur ou continu; je ne les interprète toutefois pas comme des allégations de préjudice continu, mais plutôt comme une explication du mécanisme et des effets de la négligence et de la nuisance passées.

[17] Selon la façon traditionnelle d'aborder la question des dommages-intérêts, si la Cour accorde des dommages-intérêts résultant d'une seule cause d'action, le montant des dommages-intérêts inclut non seulement un montant en compensation du préjudice subi entre le moment où la cause d'action a pris naissance et l'introduction de l'action, mais aussi un montant au titre du préjudice futur ou à venir. On trouve un exemple de ce principe dans *McGregor on Damages*, 16^e éd., 1997, Sweet & Maxwell, Londres, à la page 272:

[TRADUCTION] L'exemple peut-être le plus commun de cette règle est une action pour lésions corporelles dans laquelle sont accordés quotidiennement des dommages-intérêts qui tiennent compte de la douleur et des souffrances à venir, de la perte de jouissance de la vie à venir, des frais médicaux à venir et des gains à venir.

Si l'on replace ce concept dans le présent contexte et si l'on présume que la succession Markesteyn a gain de cause, un juge de première instance pourrait très bien accorder des dommages-intérêts qui tiennent compte de la perte à venir de gains tirés du bien en raison de la perte actuelle du bien-fonds causée par l'érosion.

[18] McGregor étudie ensuite le cas d'un acte fautif continu à venir, à la page 273:

[TRADUCTION] Toutefois, dans le cas d'un acte fautif continu et, dans une moindre mesure, d'un acte unique causant un préjudice distinct à deux occasions différentes, les nouvelles causes d'actions demeurent futures; il est donc impossible d'intenter une action pour obtenir compensation d'une perte à venir, même si elle est prévisible. La règle alors applicable est la suivante: lorsqu'un acte unique constitue un acte fautif

awarded in respect of loss accruing before the commencement of the action by issue of the writ.

McGregor founds this proposition on *Battishill v. Reed* (1856), 18 C.B. 696; 139 E.R. 1544, an instance in which eaves and gutter of the defendant's building overhung into the plaintiff's property. In effect the Court of Appeal held that only loss up to the commencement of the action, not future loss if the defendant continued to pour water on to the plaintiffs property, might be awarded.

[19] In the present instance we do not have one incident giving rise to the present and future damages, as in the above personal injury example from McGregor, but rather a situation of a continuing wrong, that of possible successive year to year ongoing erosion of the plaintiff's property where it abuts the river. It is a situation in which the further causes of action for erosion damage lie in the future. The rationale for the rule, that where there is a continuing wrong damages may only be awarded to the date of commencement of the action, is not so much whether the plaintiff might sue now for prospective damage, but whether the plaintiff could bring a second action for loss arising after the first action:

Thus, first, in the case of a continuing wrong the corollary of the proposition that damages for prospective loss cannot be awarded is the proposition that a fresh cause of action arises with every minute and that future damage can be sued for as often as it accrues. Indeed practically all the cases dealing with whether there is a continuing wrong or not are concerned with the latter proposition; in order words, the question was not whether or not the plaintiff could sue now for prospective damage but whether he could bring a second action for loss arising after his first action. [*McGregor on Damages, supra*, at page 277.]

By way of example, McGregor refers to *Holmes v. Wilson* (1839), 10 Ad. & E. 503; 113 E.R. 190 (on

continu, la common law ne permet l'octroi de dommages-intérêts que pour le préjudice survenu avant l'introduction de l'action par la délivrance du bref.

McGregor appuie son hypothèse sur l'arrêt *Battishill v. Reed* (1856), 18 C.B. 696; 139 E.R. 1544, une affaire dans laquelle l'avant-toit et la gouttière de l'édifice du défendeur surplombaient le bien-fonds du demandeur. La Cour d'appel a alors effectivement statué que le demandeur ne pouvait obtenir réparation que pour la perte subie jusqu'à l'introduction de l'action, et non pour la perte future qui surviendrait si le défendeur continuait à déverser de l'eau sur le bien-fonds du demandeur.

[19] En l'espèce, la Cour n'est pas saisie d'un incident unique causant un préjudice présent et futur, comme dans le cas des lésions corporelles citées en exemple par McGregor, mais plutôt d'un acte fautif continu, c'est-à-dire de la possibilité que le bien-fonds attendant à la rivière dont la demanderesse est propriétaire s'érode continuellement, année après année. Dans ce cas, les nouvelles causes d'actions fondées sur les dommages dus à l'érosion demeurent futures. La règle selon laquelle, dans le cas d'un acte fautif continu, seuls les dommages subis avant l'introduction de l'action peuvent donner lieu à réparation tient non pas à la question de savoir si le demandeur peut engager une poursuite maintenant relativement à un préjudice à venir, mais à celle de savoir s'il pourrait intenter une deuxième action relativement à un préjudice postérieur à la première action:

[TRADUCTION] Ainsi, premièrement, dans le cas d'un acte fautif continu, le corollaire de la proposition selon laquelle l'octroi de dommages-intérêts pour un préjudice à venir n'est pas possible veut qu'une nouvelle cause d'action prenne naissance chaque minute et que le préjudice futur puisse donner lieu à une poursuite aussi souvent qu'il survient. En effet, pratiquement toutes les décisions portant sur l'existence ou l'inexistence d'un acte fautif continu mettent en jeu cette dernière proposition; en d'autres termes, la question à trancher n'est pas celle de savoir si le demandeur peut engager maintenant une poursuite fondée sur un préjudice à venir, mais celle de savoir s'il pourrait intenter une deuxième action pour obtenir réparation d'un préjudice postérieur à la première action. [*McGregor on Damages, précité*, à la page 277.]

À titre d'exemple, McGregor mentionne l'arrêt *Holmes v. Wilson* (1839), 10 Ad. & E. 503; 113 E.R.

appeal from Q.B.) in which there was a continuing wrong, that of a continuing placement of portions of a building over a property line. McGregor contrasts this with a situation in *Clegg v. Dearden* (1848), 12 Q.B. 576, where the trespass was by way of making a breach into a mine through which water flowed and continued to flow. However, in that case, it was held that since the breach opening itself did not amount to a continuing trespass, a recovery, in an initial action for making the breach, barred recovery of a claim for subsequent damage by reason of the breach remaining open and the water continuing to flow. Here the distinction is that in *Holmes* the building might have been torn down or modified in the future and the trespass thus brought to an end, whereas in the second instance, the damage was done for all time and the compensation was for all time. In the present instance there are any number of factors which might cause the destruction of the plaintiff's foreshore to stop at some time in the future, thus it is a continuing cause of action, from year to year.

[20] This sort of a distinction was made and indeed many earlier cases applied, including *Holmes v. Wilson*, in *Toronto General Trusts Corp. v. Roman*, [1963] 1 O.R. 312, a decision of the Ontario Court of Appeal, involving wrongful detention of securities. There the Court, in essence, refused to award damages in anticipation of what a certain share value might become, but rather looked at the highest share value down to the time of the action.

[21] Also pertinent is *Montreal Street Ry. Co. v. Boudreau* (1905), 36 S.C.R. 329, in which the majority of the Court, citing the standard English 19th century cases, makes the point that future damages cannot be assumed from the manner in which heavy machinery in a power-house, for the operation of an electric tramway, had been installed, for the nuisance might, at any time, be abated by improvements in the system, or indeed, by the discontinuance of negligent acts of which the plaintiff had complained. In the result damages could not be awarded in a lump sum

190 (en appel du Banc de la Reine) portant sur un acte fautif continu, c'est-à-dire l'empiètement continu de parties d'un édifice sur la limite d'un bien-fonds. McGregor met cette situation en contraste avec celle en cause dans *Clegg v. Dearden* (1848), 12 Q.B. 576, où l'atteinte consistait en l'ouverture d'une brèche dans une mine, par laquelle l'eau s'écoulait et continuait de s'écouler. Toutefois, dans ce cas, le tribunal a décidé que, l'ouverture de la brèche ne constituant pas en soi une atteinte continue, la réparation accordée dans une première action fondée sur l'ouverture de la brèche faisait obstacle à toute demande de réparation pour un préjudice ultérieur dû au fait que la brèche demeurait ouverte et que l'eau continuait de couler. Voici la distinction qu'il faut faire: dans *Holmes*, l'édifice aurait pu être démoli ou modifié plus tard, de sorte que l'atteinte aurait pris fin, alors que dans la deuxième affaire, le préjudice avait été causé une fois pour toutes et l'indemnisation accordée une fois pour toutes. En l'espèce, il existe on ne sait combien de facteurs en raison desquels la destruction de la grève de la demanderesse pourrait être interrompue n'importe quand à l'avenir; la cause d'action se perpétue donc, d'année en année.

[20] La Cour d'appel de l'Ontario a fait ce type de distinction et a, de fait, appliqué de nombreuses décisions, dont *Holmes v. Wilson*, dans l'arrêt *Toronto General Trusts Corp. v. Roman*, [1963] 1 O.R. 312, qui portait sur la détention illégale de valeurs mobilières. Dans cette affaire, la Cour a essentiellement refusé d'accorder des dommages-intérêts en fonction du montant que pourrait atteindre la valeur d'une action et a plutôt tenu compte de la valeur la plus élevée atteinte au début de la procédure.

[21] L'arrêt *Montreal Street Ry. Co. v. Boudreau* (1905), 36 R.C.S. 329, est aussi pertinent. Dans cette affaire, la Cour, à la majorité, a cité la jurisprudence anglaise type du 19^e siècle et statué qu'on ne pouvait présumer des dommages futurs à partir de la manière dont de la machinerie lourde avait été installée dans une centrale de tramway électrique, car la nuisance pouvait être éliminée à tout moment si des améliorations étaient apportées au système ou, en fait, si les actes de négligence dont la demanderesse se plaignait, cessaient. Par conséquent, il n'était pas possible

for the past, present and future, even if that might be sensible in order to avoid successive litigation, for the action, one in tort and negligence, gave rise to a series of torts which might be brought to an end by the defendant discontinuing or modifying its operation (see pages 342 and 345).

[22] Counsel for the defendant, in pursuing this same argument, refers to various early cases which lead up to a fairly recent Manitoba Court of Queen's Bench decision: this analysis is worth setting out.

[23] Counsel points to one of the earliest cases involving land subsidence, *Lamb v. Walker* (1878), 3 Q.B.D. 389 (C.A.), in which the defendant's coal mine and an excavation removed the lateral support to the plaintiff's land, causing subsidence. The trial Judge ordered a reference as to damages, including future damages. The Court of Appeal upheld that decision, Chief Justice Cockburn dissenting, pointing out at pages 399-400, that he was unable to agree that anticipated damages were proper, for they might never arise. In *Darley Main Colliery Company v. Mitchell* (1886), 11 A.C. 127, the majority of the House of Lords overturned the decision in *Lamb*, explicitly preferring the dissenting view of Chief Justice Cockburn. At issue in *Darley Main Colliery* was whether an action against the lessees of an unused colliery could hide behind a six-year limitation: the majority of the House of Lords held that the cause of action for the subsidence did not arise until the subsidence actually occurred and thus the plaintiff could maintain his action, notwithstanding that six years had elapsed since the defendant's colliery had last been worked.

[24] The next case in this line is *West Leigh Colliery Company v. Tunnicliffe & Hampson, Ltd.*, [1908] A.C.

d'accorder des dommages-intérêts sous forme de somme globale pour le passé, le présent et le futur, même si cette solution pouvait logiquement éviter des instances successives, car l'action, fondée sur la responsabilité délictuelle et la négligence, visait une série d'actes fautifs auxquels le défendeur pouvait mettre fin en interrompant ou en modifiant ses activités (voir les pages 342 et 345).

[22] Les avocats de la défenderesse invoquent, à l'appui de ce même argument, différentes causes anciennes qui ont mené à un jugement assez récent de la Cour du Banc de la Reine du Manitoba: cette analyse mérite d'être mentionnée.

[23] Les avocats mentionnent l'une des affaires les plus anciennes portant sur un cas d'affaissement, *Lamb v. Walker* (1878), 3 Q.B. 389 (C.A.), dans laquelle la mine de charbon du défendeur et des travaux d'excavation ont amputé le terrain du demandeur de son soutien latéral, ce qui a causé son affaissement. Le juge de première instance a ordonné la tenue d'un renvoi pour l'évaluation des dommages, y compris les dommages futurs. La Cour d'appel a confirmé cette décision; le juge en chef Cockburn, dissident, a souligné, aux pages 399 et 400, qu'il ne pouvait être d'accord pour dire qu'il convenait d'accorder réparation pour des dommages futurs qui ne surviendraient peut-être jamais. Dans l'arrêt *Darley Main Colliery Company v. Mitchell* (1886), 11 A.C. 127, la Chambre des lords a écarté l'arrêt *Lamb*, à la majorité, en exprimant explicitement sa préférence pour l'opinion dissidente du juge en chef Cockburn. La question en litige dans l'affaire *Darley Main Colliery* était celle de savoir si un délai de prescription de six ans pouvait être opposé à une action dirigée contre les locataires d'une mine de charbon inexploitée: la Chambre des lords a statué, à la majorité, que la cause d'action fondée sur l'affaissement n'avait pas pris naissance avant que l'affaissement ne se produise réellement et que le demandeur pouvait donc poursuivre son action, même s'il s'était écoulé plus de six ans depuis que la mine de charbon avait été exploitée pour la dernière fois.

[24] La cause suivante de cette jurisprudence émane aussi de la Chambre des lords. Dans l'arrêt *West Leigh*

27, again a decision of the House of Lords, in which Lord Ashbourne, at page 32, denied prospective damage, pointing out that an owner might bring a fresh action for damage caused by each fresh land subsidence. Lord Atkinson, concurring, pointed out that there might not be damages for depreciation, based on future subsidence, for it was the subsidence, not the removal of the underpinnings, which gave rise to the right of action (at page 33):

In my view, to give damages for depreciation in the market value due to the apprehension of future injury by subsidence is to give damages for a wrong which has never been committed, since it is the damage caused by subsidence, and not the removal of minerals, which gives the right of action.

This is a hard line indeed, for Lord Atkinson's analysis would not give damages for an actual drop in market value resulting from an apprehension of future injury. However the law is also established that a future holder of land, subject to subsidence through removal of support by someone else at an earlier time, can sue on each subsidence.

[25] To bring this line of cases up to date is the useful decision in *Bjarnarson (H.R.) v. Manitoba* (1990), 68 Man. R. (2d) 161, a decision of the Manitoba Court of Queen's Bench, involving flooding and a reduction in value of the land in apprehension of future flooding. There the Court referred to virtually all of the standard English cases on prospective damages, including *Lamb v. Walker, Darley Main Colliery* and *West Leigh Colliery* and to more recent Canadian authorities as decisions reflecting the present law in Canada, that no claim might be made for a reduction in the value of land as a result of an apprehension of future flooding: see page 166.

[26] In the present instance, future damages cannot be awarded in anticipation of what might or might not happen through some negligent operation of the dam

Colliery Company v. Tunnicliffe & Hampson, Ltd., [1908] A.C. 27, le lord Ashbourne a refusé, à la page 32, d'accorder réparation pour un préjudice à venir, en soulignant qu'un propriétaire pouvait tenter une nouvelle action pour le préjudice imputable à tout nouvel affaissement du sol. Lord Atkinson, qui était du même avis, a précisé qu'il n'était peut-être pas possible d'accorder des dommages-intérêts pour la dépréciation imputable à l'affaissement futur, car c'était l'affaissement et non l'enlèvement du soutien qui donnait naissance au droit d'action (à la page 33):

[TRADUCTION] À mon avis, accorder des dommages-intérêts pour la diminution de la valeur marchande imputable à la crainte d'un préjudice futur causé par l'affaissement revient à accorder des dommages-intérêts pour un acte fautif qui n'a jamais été commis, car c'est le préjudice causé par l'affaissement et non l'enlèvement des minéraux qui donne naissance à la cause d'action.

Cette jurisprudence est sévère, car l'analyse effectuée par le lord Atkinson écarterait l'octroi de dommages-intérêts pour une diminution réelle de la valeur marchande due à la crainte d'un préjudice futur. Toutefois, il est aussi bien établi en droit que le détenteur futur d'un bien-fonds peut engager une poursuite pour chaque affaissement, à condition qu'il soit dû à l'enlèvement antérieur d'un soutien par une autre personne.

[25] La décision *Bjarnarson (H.R.) v. Manitoba* (1990), 68 Man. R. (2d) 161, de la Cour du Banc de la Reine du Manitoba, est utile pour mettre à jour ce courant jurisprudentiel. Elle portait sur une inondation et la diminution de valeur d'un bien-fonds due à la crainte d'une inondation future. La Cour a mentionné pratiquement toutes les décisions anglaises types en matière de dommages à venir, dont les décisions *Lamb v. Walker, Darley Main Colliery* et *West Leigh Colliery*, ainsi que des décisions canadiennes plus récentes qui reflètent l'état actuel du droit au Canada, selon lequel il n'est pas possible de demander réparation pour la diminution de la valeur d'un terrain résultant de la crainte d'une inondation future: voir à la page 166.

[26] En l'espèce, le préjudice futur ne peut donner lieu à réparation en prévision de ce qui pourrait ou ne pourrait pas se produire à la suite de négligence dans

in controlling the water level, in front of the plaintiff's property, from year to year. The law is so well settled on this point that the plaintiff's action, in this respect, is futile: it is an aspect on which, plainly and obviously, the plaintiff cannot succeed.

Cause of Action in Negligence

[27] The defendant next submits that, to the extent the plaintiff's claim is in negligence, the pleading is faulty and ought to be struck out. The amended statement of claim sets out a detailed background and then pleads negligence and nuisance on the part of the defendant, followed by a plea of violation of the riparian right to enjoy the Red River in a natural state, free from property injury by reason of interference with the natural flow of the river.

[28] Paragraph 13 contains the plea of negligence:

The defendant is under a duty to the plaintiff to exercise care or cause care to be exercised in the operation of the Dam but in fact the Dam has been operated and continues to be operated in a negligent manner as herein before described, with resulting injury to the plaintiff's lands.

When this motion was argued an initial reference to the construction of the dam in paragraph 13, became contentious. The plaintiff's intent was to remove that concept from the amended statement of claim. I therefore ordered the words "constructed and" struck out.

[29] The pertinent point, as to negligence, is the makeup or the nature of the breach of duty, for it is the defendant's view that it is unable to determine from the statement of claim whether the conduct complained of arises from a policy decision or from the operational implementation of that policy. The basic principle for this distinction is set out in *Just v. British Columbia*, [1989] 2 S.C.R. 1228, at pages 1239-1241, being that government policy decisions are exempt from tortious claims, but the implementation of those decisions, if negligent, may well be subject to proper claims against the government in tort:

l'exploitation du barrage pour contrôler le niveau de l'eau d'année en année devant le bien-fonds de la demanderesse. Le droit est tellement bien établi à cet égard que l'action de la demanderesse, sur ce point, est futile: c'est un aspect sur lequel il est évident que la demanderesse ne peut avoir gain de cause.

La cause d'action fondée sur la négligence

[27] La défenderesse fait valoir ensuite que, dans la mesure où la demande de la demanderesse est fondée sur la négligence, son acte de procédure est incorrect et doit être radié. La déclaration modifiée décrit le contexte en détail et soutient que la défenderesse a fait preuve de négligence et de nuisance, avant d'alléguer une atteinte au droit de riverain à la jouissance de la rivière Rouge à l'état naturel, sans préjudice au bien-fonds causé par une entrave à l'écoulement naturel de la rivière.

[28] Le paragraphe 13 expose le moyen fondé sur la négligence:

[TRADUCTION] La défenderesse a l'obligation envers la demanderesse d'exploiter le barrage ou de veiller à ce qu'il soit exploité avec prudence, alors que le barrage a été et continue d'être exploité de la façon négligente décrite plus haut, ce qui a causé un préjudice au bien-fonds de la demanderesse.

Lorsque la requête a été plaidée, la mention initiale de la construction du barrage au paragraphe 13 est devenue litigieuse. La demanderesse avait l'intention de rayer ce concept de la déclaration modifiée. J'ai donc ordonné que les mots [TRADUCTION] «construit et» soient radiés.

[29] L'élément pertinent pour ce qui est de la négligence est ce en quoi consiste le manquement à une obligation ou la nature de ce manquement, car la défenderesse estime ne pas être en mesure de déterminer, à partir de la déclaration, si la conduite reprochée découle d'une décision de politique ou de la mise en œuvre opérationnelle de cette politique. Le principe fondamental sur lequel repose cette distinction est énoncé dans l'arrêt *Just c. Colombie-Britannique*, [1989] 2 R.C.S. 1228, aux pages 1239 à 1241, et veut que les décisions de politique gouvernementale soient à l'abri d'un recours en responsabilité délictuelle, mais

Over the passage of time the increased government activities gave rise to incidents that would have led to tortious liability if they had occurred between private citizens. The early governmental immunity from tortious liability became intolerable. This led to the enactment of legislation which in general imposed liability on the Crown for its acts as though it were a person. However, the Crown is not a person and must be free to govern and make true policy decisions without becoming subject to tort liability as a result of those decisions. On the other hand, complete Crown immunity should not be restored by having every government decision designated as one of the "policy". Thus the dilemma giving rise to the continuing judicial struggle to differentiate between "policy" and "operation"

The dividing line between "policy" and "operation" is difficult to fix, yet it is essential that it be done

. . . .

The need for distinguishing between governmental policy decision and its operational implementation is thus clear. True policy decisions should be exempt from tortious claims so that governments are not restricted in making decisions based upon social, political or economic factors. However, the implementation of those decisions may well be subject to claims in tort.

The defendant's point here is that the amended statement of claim does not specify exactly what action or lack of action constitutes the breach of duty which the plaintiff says is owed. That being the case, the defendant says she is unable to determine whether the impugned conduct arises from a pure policy decision, for which the Crown cannot be liable, or from an operational problem in the implementation of the policy, which may give rise to liability. If one reads paragraph 13 in isolation, this may be an arguable point. However one must read the pleading as a whole, including the background as to the undermining of the bank and then the draining of water from behind the dam in preparation for winter, causing a loss of support and thus a falling in of and an enhanced erosion of the riverbank. Whether this is the result of policy on the part of the Crown in the way in which the water level is managed, or an operational

que la mise en œuvre de ces décisions, si elle est entachée de négligence, puisse donner lieu à un recours en matière délictuelle contre le gouvernement:

Cette présence gouvernementale accrue a donné naissance à des incidents qui auraient entraîné une responsabilité civile délictuelle s'ils étaient survenus entre particuliers. L'immunité gouvernementale initiale en matière de responsabilité délictuelle était devenue intolérable. C'est pourquoi des lois ont été adoptées pour imposer de façon générale à la Couronne la responsabilité de ses actes comme si elle était une personne. Cependant, la Couronne n'est pas une personne et elle doit pouvoir être libre de gouverner et de prendre de véritables décisions de politique sans encourir pour autant une responsabilité civile délictuelle. On ne saurait, par contre, restaurer l'immunité complète de la Couronne en qualifiant de «politique» chacune de ses décisions. D'où le dilemme qui a donné lieu à l'incessante bataille judiciaire autour de la différence entre «décision de politique» et «décision opérationnelle» [. . .]

Il est difficile d'établir la ligne de démarcation entre le «politique» et l'«opérationnel», mais il est essentiel de le faire [. . .]

[. . .]

La nécessité d'établir une distinction entre une décision de politique gouvernementale et sa mise en œuvre opérationnelle est donc évidente. Les véritables décisions de politique devraient être à l'abri de poursuites en responsabilité délictuelle, de sorte que les gouvernements soient libres de prendre leurs décisions en fonction de facteurs sociaux, politiques ou économiques. Cependant l'application de ces décisions peut fort bien engager la responsabilité.

L'argument de la défenderesse à cet égard porte que la déclaration modifiée ne précise pas avec exactitude quelle action ou omission constitue un manquement à l'obligation que la demanderesse allègue. Pour cette raison, la défenderesse se dit incapable de déterminer si la conduite reprochée découle d'une décision de politique pure, à l'égard de laquelle la responsabilité de la Couronne ne peut être retenue, ou d'un problème opérationnel dans la mise en œuvre de la politique, qui peut engager sa responsabilité. Il ressort du paragraphe 13, lu isolément, qu'il s'agit d'un argument défendable. Il faut toutefois lire l'acte de procédure comme un tout, ce qui inclut le contexte quant au sapement de la berge et à l'évacuation de l'eau en amont du barrage en prévision de l'hiver, éléments qui auraient causé la perte de soutien et, partant, l'effondrement et l'érosion accrue de la berge. La question de savoir s'il faut attribuer ces effets à une politique

neglect which may be rectified, is a dilemma. While it also may well be a question for the Court to differentiate between policy and operation, it is not grounds on which to strike out this provision from the statement of claim under any of the rule 221 standards. On balance the defendant has enough information in order to plead to the statement of claim. If, following close of pleadings and any discovery, the defendant can still point to a lack of factual knowledge there then might be a case for particulars for trial. However, at this point, the defendant has enough information to allow the drafting of a defence and indeed the defendant may well have more information, as to the policy of water management and the operation of the dam than does the plaintiff. I now turn to the difficulty which the defendant professes to have in responding to the plea of nuisance.

Cause of Action in Nuisance

[30] Nuisance is perhaps an ambiguous concept, in the past sometimes referring to the conduct of a party, or to the results of the conduct, or to the results of conduct such as are actionable: see for example the judgment of Chief Justice Erle, appended to *Brand v. Hammersmith and City Railway Company* (1867) L.R. 2 Q.B. 223, at page 247. Linden on *Canadian Tort Law*, 6th ed., 1997, Butterworths, introduces a modern clarification to the effect that it is a description of the harm suffered, not of conduct that is forbidden (at page 523):

Nuisance is a field of liability. It describes a type of harm that is suffered, rather than a kind of conduct that is forbidden. In general, a nuisance is an unreasonable interference with the use and enjoyment of land by its occupier or with the use and enjoyment of a public right to use and enjoy public rights of way. For the most part, whether the intrusion resulted from intentional, negligent or non-faulty conduct is of no consequence, as long as the harm can be categorized as a nuisance.

de la Couronne quant à la manière dont elle gère le niveau de l'eau, ou encore à une négligence opérationnelle qui peut être corrigée, pose un dilemme. Bien que la Cour puisse aussi être appelée à faire la différence entre la politique et la mise en œuvre, cela ne constitue pas un motif qui justifierait la radiation de cette disposition de la déclaration modifiée, selon les normes d'application de la règle 221. Tout compte fait, la défenderesse possède suffisamment d'information pour répondre à la déclaration. Si, à l'issue de la plaidoirie écrite et de toute enquête préalable, la défenderesse pouvait encore démontrer qu'elle n'est pas suffisamment au courant des faits, il se pourrait qu'une demande de précisions en vue de l'instruction soit justifiée. Toutefois, pour l'instant, la défenderesse possède suffisamment d'information pour pouvoir rédiger une défense et il se pourrait, en fait, que la défenderesse possède davantage d'information que la demanderesse en ce qui a trait à la politique de gestion du niveau de l'eau et à l'exploitation du barrage. J'examinerai maintenant la prétention de la défenderesse qu'il lui est difficile de répondre au moyen fondé sur la nuisance.

La cause d'action fondée sur la nuisance

[30] La nuisance est peut-être un concept ambigu, car il a parfois renvoyé à la conduite d'une partie, à la conséquence de cette conduite, ou à la conséquence de cette conduite pouvant donner lieu à une poursuite judiciaire: voir, par exemple, le jugement du juge en chef Erle, joint à l'arrêt *Brand v. Hammersmith and City Railway Company* (1867) L.R. 2 Q.B. 223, à la page 247. L'ouvrage du juge Linden, intitulé *La responsabilité civile délictuelle*, 1988, les Éditions Yvon Blais, clarifie le droit moderne sur la question en précisant que c'est le préjudice subi qui est interdit, et non la conduite (à la page 601):

La nuisance est un champ de responsabilité. Il s'agit d'un type de préjudice subi plutôt que d'un genre de conduite interdite. En général, une nuisance est un trouble déraisonnable de l'utilisation et de la jouissance d'un bien-fonds par son occupant ou de la jouissance d'un droit que le public a d'utiliser et de bénéficier de droits de passage. Dans la plupart des cas, il importe peu que le trouble soit la conséquence d'une conduite intentionnelle, d'une négligence ou d'un comportement innocent: il suffit que le préjudice puisse appartenir à la catégorie des nuisances.

Linden points out that the underlying concept is that you ought to use your own property in a way which will not injure your neighbour. The plaintiff's amended pleading of nuisance in the statement of claim reflects this concept:

12. The Dam is a nuisance which has caused and continues to cause unreasonable interference with the use and enjoyment of the plaintiff's lands.

...

15. The plaintiff therefore claims:

- (a) A declaration that the defendant, in operating the Dam, has created a continuing nuisance with consequent damage to the plaintiff;

The defendant has two difficulties with nuisance as pleaded. First the defendant says that there is liability for nuisance only when it can be shown that an identified Crown servant was the agent of the nuisance; and second, that the Crown is not liable for nuisance under section 3 of the *Crown Liability and Proceedings Act*, in any event. For the purpose of striking out the provision I put no weight on the argument that absent notice within seven days after the claim arose the plaintiff failed to give notice pursuant to section 12 [as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 23] of the *Crown Liability and Proceedings Act*, a point to which I will briefly return in due course.

[31] The concept that a specific servant of the Crown must be identified in order that the Crown be liable was, at one time, valid. However, in *Queen, The v. Levy Brothers Company Limited and the Western Assurance Company*, [1961] S.C.R. 189, the Supreme Court of Canada laid this concept to rest. Mr. Justice Ritchie, writing for the Court, agreed that one or more Crown employees had stolen a piece of mail, a parcel of diamonds and converted them. In the result the Crown was held vicariously liable for the tort of an unknown Crown servant. Thus, although it may make

Le juge Linden souligne que le concept sous-jacent veut que l'on soit tenu d'utiliser son bien-fonds de façon à ne pas causer de préjudice à son voisin. L'allégation modifiée de nuisance formulée par la demanderesse dans sa déclaration tient compte de ce concept:

[TRADUCTION] 12. Le barrage constitue une nuisance qui a causé et continue de causer un trouble déraisonnable de l'utilisation et de la jouissance du bien-fonds de la demanderesse.

[. . .]

15. La demanderesse sollicite en conséquence:

- a) un jugement déclaratoire portant que la défenderesse a, par son exploitation du barrage, créé une nuisance continue qui cause un préjudice à la demanderesse.

Selon la défenderesse, le moyen fondé sur la nuisance, telle qu'il est plaidé, pose problème à deux égards. La défenderesse affirme premièrement que la nuisance n'engage la responsabilité que lorsqu'il peut être démontré qu'un préposé de la Couronne, bien identifié, a créé la nuisance et, deuxièmement, que la responsabilité de la Couronne ne peut de toute façon être retenue relativement à une nuisance, par application de l'article 3 de la *Loi sur la responsabilité civile de l'État et le contentieux administratif*. Pour décider s'il y a lieu de radier cette allégation, je n'accorde aucun poids à l'argument portant qu'en l'absence d'avis dans les sept jours qui ont suivi le fait générateur du litige, la demanderesse n'a pas donné l'avis prévu par l'article 12 [mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 23] de la *Loi sur la responsabilité civile de l'État et le contentieux administratif*, argument auquel je reviendrai brièvement en temps opportun.

[31] Le concept voulant que la responsabilité de la Couronne ne puisse être retenue que si un préposé précis de la Couronne est identifié s'appliquait effectivement à une certaine époque. Toutefois, la Cour suprême du Canada l'a écarté dans l'arrêt *Queen, The v. Levy Brothers Company Limited and the Western Assurance Company*, [1961] R.C.S. 189. Le juge Ritchie, s'exprimant au nom de la Cour, a reconnu qu'un ou plusieurs fonctionnaires avaient volé un colis postal contenant des diamants et l'avaient détourné. En conséquence, la Couronne a été tenue responsable du

such an action more difficult to prove, the identification of the actual tortfeasor is no longer essential: see Hogg on *Liability of the Crown*, 2nd ed., 1989, Carswell, at page 88. Also on point, that a specific negligent officer or servant of the Crown need not be identified in order to succeed in an action against the Crown is *Duncan, Alastair R.C. et al. v. The Queen*, [1966] Ex. C.R. 1080, at page 1107, a decision of President Jackett, followed in *Connery et ux. v. Government of Manitoba*, [1971] 4 W.W.R. 156 (Man. C.A.).

[32] The second objection, that of whether the Crown may be liable for nuisance at all, is a little more involved, but has a very definite answer. Section 3 of the *Crown Liability and Proceedings Act*, *supra*, provides that:

3. The Crown is liable in tort for the damages for which, if it were a private person of full age and capacity, it would be liable;

(a) in respect of a tort committed by a servant of the Crown; or

(b) in respect of a breach of duty attaching to the ownership, occupation, possession or control of property.

The defendant's point here is that the duty set out in paragraph 3(b) does not refer to any duty owed by the Crown to a neighbouring occupier of land pursuant to the law of nuisance, but rather it refers to a duty owed by those who control land, in an occupier's liability situation, to those who enter upon the land. Here counsel refers to *Schenck et al. v. The Queen in right of Ontario* (1982), 40 O.R. (2d) 410 (H.C.) [hereinafter *Schenck (No. 2)*], contending that the Judge in that case was called upon to decide whether liability for nuisance might fall under a provision of *The Proceedings Against the Crown Act*, R.S.O. 1970, c. 365, a provision similar to section 3 of the federal *Crown Liability and Proceedings Act*. Now what Mr. Justice Robins was required to decide in *Schenck (No. 2)* was whether the Crown was entitled to a six-month

fait d'autrui pour le délit commis par un préposé de la Couronne dont l'identité n'était pas connue. Par conséquent, bien que l'identification de l'auteur précis du délit rende le bien-fondé d'une action plus difficile à établir, cela n'est plus essentiel: voir Hogg: *Liability of the Crown*, 2^e éd., 1989, Carswell, à la page 88. Une autre décision est également pertinente quant à l'absence d'obligation d'identifier un fonctionnaire ou préposé de la Couronne précis, coupable de négligence, pour avoir gain de cause dans une action dirigée contre la Couronne: *Duncan, Alastair R.C. et al. v. The Queen*, [1966] R.C.É. 1080, à la page 1107, une décision du juge Jackett qui a été suivie dans *Connery et ux. v. Government of Manitoba*, [1971] 4 W.W.R. 156 (C.A. Man.).

[32] La deuxième objection, quant à la possibilité même que la Couronne puisse être tenue responsable d'une nuisance, est un peu plus complexe, mais elle peut être tranchée de façon très catégorique. L'article 3 de la *Loi sur la responsabilité civile de l'État et le contentieux administratif*, précitée, dispose:

3. En matière de responsabilité civile délictuelle, l'État est assimilé à une personne physique, majeure et capable, pour:

a) les délits civils commis par ses préposés;

b) les manquements aux obligations liées à la propriété, à l'occupation, à la possession ou à la garde de biens.

La défenderesse fait valoir à cet égard que l'obligation visée à l'alinéa 3b) ne renvoie pas à une obligation quelconque qui incomberait à la Couronne envers l'occupant d'un bien-fonds voisin en vertu du droit régissant les nuisances, mais plutôt à une obligation qui incombe aux personnes qui ont la garde d'un bien-fonds, dans une situation qui engage la responsabilité de l'occupant, envers les personnes qui y accèdent. L'avocat se reporte à la décision *Schenck et al. v. The Queen in right of Ontario* (1982), 40 O.R. (2d) 410 (H.C.) [ci-après *Schenck (n° 2)*] et avance que le juge devait décider, dans cette affaire, si une disposition de *The Proceedings Against the Crown Act*, R.S.O. 1970, ch. 365, semblable à l'article 3 de la *Loi sur la responsabilité civile de l'État et le contentieux administratif* fédérale, pouvait englober la responsabi-

limitation period or a six-year limitation period. However, in the present instance, the Crown picks up a passage from *Schenck (No. 2)*, in which the Judge doubts that the claim for nuisance is one under paragraph 5(1)(c) of *The Proceedings Against the Crown Act* of Ontario, which referred to a breach of duty attaching to the ownership, occupation, possession or control of property and went on to point out that a breach of duty is not essential to the cause of action asserted in that case. The passage, at page 414, is as follows:

I should perhaps add that I do not agree with counsel for the Crown that the plaintiffs' claim in nuisance can be considered one arising under s. 5(1)(c) in respect of a breach of duty attaching to the ownership or occupation of property. A breach of duty is not essential to the cause of action asserted in this case, the nature of which I have sought to outline in my reasons. It would appear that s. 5(1)(c) was intended, like the similar provision in the *Crown Proceedings Act*, 1947 (U.K.), c. 44, in England, to apply to cases that might generally be described as occupier's liability cases and not to cases such as this where an activity carried on by an owner or occupier of lands causes injury to the neighbouring property.

While one might object to this as an authority for the proposition that there can be no liability in nuisance on the basis that it is gratuitous, or *dicta*, the real objection that I have to it is that in *Schenck et al. v. The Queen in right of Ontario* (1981), 34 O.R. (2d) 595 (H.C.) [hereinafter *Schenck (No. 1)*], Mr. Justice Robins of the Ontario High Court had indeed found the Crown liable in nuisance, referring, to among other provisions, section 5 of *Proceedings Against the Crown Act* of Ontario, although I think, apparently, under the tort aspect of section 5 of *The Proceedings Against the Crown Act* of Ontario.

[33] Now counsel for the Crown goes on to note that *Schenck (No. 2)* was upheld on appeal and that a

lité fondée sur la nuisance. Or, la question que devait trancher le juge Robins dans *Schenck (n° 2)* était celle de savoir si la Couronne pouvait invoquer un délai de prescription de six mois ou de six ans. Toutefois, en l'espèce, la Couronne cite un extrait de la décision *Schenck (n° 2)* dans lequel le juge exprime des doutes quant à savoir si la demande fondée sur la nuisance est visée par l'alinéa 5(1)c) de *The Proceedings Against the Crown Act* de l'Ontario, qui visait un manquement à un devoir découlant de la propriété, de l'occupation, de la possession ou de la garde d'un bien, et souligne qu'un manquement à un devoir n'est pas essentiel pour établir la cause d'action plaidée dans cette cause. Voici cet extrait, à la page 414:

[TRADUCTION] Je devrais peut-être ajouter que je ne suis pas d'accord avec l'avocat de la Couronne pour dire que l'on peut considérer que la demande des demandeurs fondée sur la nuisance est autorisée par l'alinéa 5(1)c) relativement à un manquement à un devoir découlant de la propriété ou de l'occupation d'un bien. Un manquement à un devoir n'est pas essentiel pour établir la cause d'action que les demandeurs font valoir en l'espèce et dont j'ai tenté de décrire la nature dans mes motifs. Il semblerait que l'alinéa 5(1)c) était destiné, à l'instar de la disposition semblable de la *Crown Proceedings Act*, 1947 (R.-U.), ch. 44, en Angleterre, à s'appliquer aux causes qu'on peut généralement décrire comme des causes fondées sur la responsabilité de l'occupant et non aux causes semblables à la présente affaire, dans lesquelles une activité exercée par le propriétaire ou l'occupant d'un bien-fonds cause un préjudice au bien-fonds voisin.

Certes, on peut contester cet extrait comme source à l'appui de la théorie qu'une nuisance ne saurait engager la responsabilité sur le fondement qu'il s'agit d'une remarque gratuite ou incidente, mais, ce qui m'empêche réellement de retenir cette théorie, c'est que, dans la décision *Schenck et al. v. The Queen in right of Ontario* (1981), 34 O.R. (2d) 595 (H.C.) [ci-après *Schenck (n° 1)*], le juge Robins de la Haute Cour de l'Ontario a effectivement tenu la Couronne responsable d'une nuisance en se reportant notamment à l'article 5 de *The Proceedings Against the Crown Act* de l'Ontario, quoique ce soit apparemment, selon moi, en vertu de sa disposition qui touche les délits.

[33] L'avocat de la Couronne poursuit en soulignant que la décision *Schenck (n° 2)* a été confirmée en

further appeal to the Supreme Court of Canada was denied, referring me to *Schenck v. Ontario (Minister of Transportation and Communications); Rokeby v. Ontario*, [1987] 2 S.C.R. 289. This line of argument overlooks the fact that the appeal to the Supreme Court of Canada was with regard both to *Schenck (No. 1)* and *Schenck (No. 2)* and resulted in the upholding of both the finding of nuisance and the finding of an absence of a favourable limitation as against the Crown. In effect, the Supreme Court of Canada agreed that the Ontario Crown might be liable in nuisance under *The Proceedings Against the Crown Act* of Ontario. I would add an observation: Mr. Justice Robins makes the point, in *Schenck (No. 2)*, that a breach of duty is not essential to a cause of action such as that successfully enforced by Mr. Schenck, at issue there being interference with the use and enjoyment of orchard land, interfered with by the Crown's use of salt on an adjoining highway.

[34] Mr. Justice Walsh, in *Mart Steel Corporation v. The Queen*, [1974] 1 F.C. 45 (T.D.), dealt with the concept of nuisance as a form of Crown liability at length, taking a scholarly and thorough approach beginning with the law of nuisance as set out in the *Case of the Thorns* (1466), Y.B. 6 Ed. IV, 7a. pl. 18. He concludes by dealing with the defendant's argument that there can be no liability on the part of the Crown under paragraph 3(1)(b) of the *Crown Liability Act* [R.S.C. 1970, c. C-38] because there was no duty owed to third persons arising out of the ownership, occupation, possession or control of a grain elevator in Montréal, the dust from which caused damage to steel stored nearby. In answer to this argument Mr. Justice Walsh said (at page 68):

I do not think that the jurisprudence on nuisance sustains this defence. If a person builds a building, in this case a grain elevator and galleries, on his property and operates a lawful business therein, he owes a duty to the occupants of neighbouring property not to cause any damage to them as a result of the use which he is making of his property.

appel et qu'une demande de pourvoi subséquente à la Cour suprême du Canada a été rejetée, dans *Schenck c. Ontario (Ministre des Transports et des Communications); Rokeby c. Ontario*, [1987] 2 R.C.S. 289. Cette argumentation ne tient pas compte du fait que la demande de pourvoi à la Cour suprême du Canada visait à la fois la décision *Schenck (n° 1)* et la décision *Schenck (n° 2)*, et que, par conséquent, la Cour a confirmé à la fois la conclusion relative à la nuisance et celle relative à l'absence d'un délai favorable, tirées contre la Couronne. En effet, la Cour suprême du Canada a reconnu que la Couronne du chef de l'Ontario pouvait être tenue responsable d'une nuisance en vertu de *The Proceedings Against the Crown Act* de l'Ontario. J'ajouterais une remarque: le juge Robins affirme, dans *Schenck (n° 2)*, qu'un manquement à un devoir n'est pas essentiel pour établir une cause d'action comme celle que M. Schenck a fait valoir avec succès au sujet d'un trouble de l'utilisation et de la jouissance d'un verger, causé par l'utilisation de sel par la Couronne sur une autoroute voisine.

[34] Le juge Walsh a traité longuement, dans l'affaire *Mart Steel Corporation c. La Reine*, [1974] 1 C.F. 45 (1^{re} inst.), du concept de nuisance comme source de responsabilité de la Couronne; il a adopté une démarche savante et approfondie en débutant par le droit régissant les nuisances énoncé dans *Case of the Thorns* (1466), Y.B. 6 Ed. IV, 7a. pl. 18. Il a conclu en examinant l'argument de la défenderesse selon lequel la Couronne ne peut être tenue responsable en vertu de l'alinéa 3(1)b) de la *Loi sur la responsabilité de la Couronne* [S.R.C. 1970, ch. C-38] parce qu'elle n'avait, envers les tiers, aucune obligation liée à la propriété, à l'occupation, à la possession ou à la garde d'un élévateur à grain à Montréal, dont la poussière avait causé des dommages à de l'acier entreposé à proximité. Voici comment, le juge Walsh a répondu à cet argument (à la page 68):

Je ne pense pas que la jurisprudence en matière de nuisance corrobore ce moyen de défense. Si un particulier construit un bâtiment sur sa propriété, dans ce cas des élévateurs à grain et des galeries, et y exerce des activités licites, il a une obligation envers les occupants de la propriété voisine: la façon dont il utilise sa propriété ne doit pas leur causer de dommage.

Mr. Justice Walsh then went on to give short shrift to the same sort of notice argument which the Crown raises in the present instance and which as I have said, I disregarded.

[35] In summary, the argument upon which the defendant seeks to have the nuisance plea struck out, as a futile plea, is perhaps an argument that counsel for the defendant, on reflection, might abandon as embarrassing.

[36] From the plaintiff's point of view the nuisance argument may be difficult to establish, for there is always some give and take in any nuisance situation for any human activity interferes, to some extent, with other people. Thus, the fact that someone has been inconvenienced, or annoyed, or even to some degree harmed, does not automatically result in a successful cause of action. Rather, liability in nuisance is generally imposed only in those situations in which the harm is greater than ought to be borne in the circumstances, keeping in mind that everyone must put up with a certain degree of annoyance and interference so that communities may live together. Having said this the plaintiff's case, in nuisance, while perhaps difficult, is not futile.

Riparian Rights as a Cause of Action

[37] The plaintiff pleads riparian rights as follows:

14. The plaintiff has the riparian right to enjoy the Red River in a state of nature, and defendant has violated that right by interfering with the flow of the River with resultant injury to the plaintiff's lands.

15. The plaintiff therefore claims:

. . .

- (c) A declaration that the defendant has interfered and continues to interfere with the plaintiff's riparian rights;

[38] The defendant refers to *Water Law in Canada: The Atlantic Provinces*, published by Information

Le juge Walsh a ensuite rejeté sans ménagement le même type d'argument fondé sur l'absence d'avis que celui invoqué par la Couronne en l'espèce et dont je n'ai pas tenu compte.

[35] En résumé, l'argument invoqué par la défenderesse pour faire radier la moyen fondé sur la nuisance, qu'elle qualifie de futile, est peut-être un argument que l'avocat de la défenderesse pourrait abandonner, réflexion faite, parce qu'il risque de le mettre dans l'embarras.

[36] En ce qui concerne la demanderesse, le bien-fondé de l'argument fondé sur la nuisance peut être difficile à établir, car les cas de nuisance impliquent toujours un élément de réciprocité, toute activité humaine causant, dans une certaine mesure, des désagréments à autrui. Ainsi, le fait que quelqu'un ait subi des inconvénients ou des ennuis, voire un certain préjudice, ne crée pas nécessairement une cause d'action valable. La responsabilité fondée sur la nuisance est plutôt limitée aux situations dans lesquelles le préjudice subi est plus important qu'il ne devrait l'être dans les circonstances, car n'oublions pas que chacun doit composer avec certains ennuis et désagréments pour vivre en société. Cela dit, même si leur bien-fondé peut être difficile à établir, les prétentions de la demanderesse fondées sur la nuisance ne sont pas futiles.

La cause d'action fondée sur les droits de riverain

[37] La demanderesse invoque ses droits de riverain dans les termes suivants:

[TRADUCTION] 14. La demanderesse a, en sa qualité de riveraine, le droit à la jouissance de la rivière Rouge à l'état naturel, et la défenderesse a porté atteinte à ce droit en entravant l'écoulement de la rivière, ce qui a causé un préjudice au bien-fonds de la demanderesse.

15. La demanderesse sollicite en conséquence:

[. . .]

- c) un jugement déclaratoire portant que la défenderesse a porté atteinte et continue de porter atteinte aux droits de riverain de la demanderesse;

[38] La défenderesse invoque l'ouvrage intitulé *Water Law in Canada: The Atlantic Provinces*, publié

Canada in 1973, the work of Gerard La Forest, (subsequently of the Supreme Court of Canada) and various associates. Mr. Justice La Forest deals with riparian rights in Chapter 9, page 200 and following. A riparian right includes rights relating to the flow of water, subject, and this is a point emphasized by the defendant, to the rights of other riparian owners to use the water and to the public rights of navigation [at page 206]:

A riparian owner is entitled to certain rights respecting the manner in which water reaches and leaves his land. He is, first of all, entitled to have the water flow down to his land as it has been accustomed to flow, substantially undiminished in quantity and quality, subject to the rights of other riparian owners to use the water, and to the public rights of navigation and floating. This is a natural right inseparably annexed to the land; it is not an easement and cannot be permanently separated from the inheritance. Once of the best statements of the law respecting a riparian owner's rights to the way in which water must reach his land is that of Lord MacNaghten in *John Young & Co. v. Bankier Distillery Co.*, [1983] A.C. 691, at p. 698, which reads as follows:

A riparian owner is entitled to have the water of a stream on which his property lies flow down as it has been accustomed to flow down to his property subject to the ordinary use of the flowing water by upper proprietors, and to such further use as may be reasonable under the circumstances. Every riparian owner is thus entitled to the flow of his stream in its natural flow, and without any substantial alteration in its character or quality.

A riparian owner is also entitled to have the water leave his land without obstruction. Moreover, non-riparian owners are also protected from the use of water that may damage their lives or property from flooding or otherwise.

[39] Mr. Justice La Forest goes on to refer to the rights of a riparian owner as to the manner in which water leaves that person's land. Here Mr. Justice La Forest refers to, among other cases, *Montreal Light, Heat & Power Co. v. Attorney-General of Quebec* (1909), 41 S.C.R. 116, a classic instance in which the manipulation of the water level, by the opening of an overflow at a dam downstream, resulted in actionable damage to an upstream bridge. In this instance, so far, the pleading of infringement of the riparian right of

par Information Canada en 1973 et corédigé par Gerard La Forest (devenu par la suite juge à la Cour suprême du Canada) et d'autres auteurs. Le juge La Forest traite des droits de riverain dans le chapitre 9, aux pages 200 et suivantes. Un droit de riverain inclut des droits relatifs à l'écoulement de l'eau, sous réserve—et la défenderesse insiste sur ce point—des droits des autres propriétaires riverains d'utiliser l'eau et des droits de navigation publics [à la page 206]:

[TRADUCTION] Un propriétaire riverain jouit de certains droits relatifs à la façon dont l'eau s'écoule jusqu'à son bien-fonds et à partir de celui-ci. Il a premièrement le droit à ce que l'eau coule jusqu'à son bien-fonds, selon son cours habituel, sans diminution importante de sa quantité et de sa qualité, sous réserve des droits des autres propriétaires riverains d'utiliser l'eau et des droits publics de navigation et de flottaison. Il s'agit d'un droit naturel rattaché au bien-fonds et qui en est inséparable; il ne s'agit pas d'une servitude et ce droit ne peut être séparé définitivement de l'héritage. L'un des meilleurs énoncés de l'état actuel du droit concernant les droits d'un propriétaire riverain à la façon dont l'eau s'écoule jusqu'à son bien-fonds appartient au lord MacNaghten, dans l'arrêt *John Young & Co. v. Bankier Distillery Co.*, [1983] A.C. 691, à la page 698. Voici ce qu'il dit:

Un propriétaire riverain a droit à ce que l'eau d'un cours d'eau sur lequel se situe son bien-fonds s'écoule comme à l'habitude jusqu'à son bien-fonds sous réserve de l'utilisation ordinaire de l'eau qui coule par les propriétaires de biens-fonds situés en amont du sien et de toute autre utilisation raisonnable dans les circonstances. Chaque propriétaire riverain a donc droit à l'écoulement naturel de son cours d'eau, sans modification importante de sa nature ou de sa qualité.

Un propriétaire riverain a aussi droit à ce que l'eau s'écoule à partir de son bien-fonds sans obstruction. De plus, les propriétaires de biens-fonds qui ne sont pas riverains sont aussi protégés contre toute utilisation de l'eau susceptible de causer un préjudice à leur vie ou à leur bien-fonds imputable notamment à une inondation.

[39] Le juge La Forest enchaîne en mentionnant les droits d'un propriétaire riverain à la façon dont l'eau s'écoule à partir de son bien-fonds. Le juge La Forest se reporte à cet égard, notamment, à l'arrêt *Montreal Light, Heat & Power Co. v. Attorney-General of Quebec* (1909), 41 R.C.S. 116, une affaire classique dans laquelle la manipulation du niveau de l'eau, par l'ouverture d'un orifice de trop-plein à un barrage, en aval, avait causé à un pont, en amont, des dommages donnant ouverture à une action. En l'espèce, il semble

the enjoyment of the river in its natural state appears proper. However, the defendant then goes on to submit that the plaintiff has not shown which Crown servant interfered with the flow of the Red River so as to breach a riparian right. While *Levy Brothers (supra)* dealt with the loss of mail and conversion, I do not see that the principle, that a Crown servant need not be identified in order for the Crown to be liable vicariously, ought not to apply in the present instance. The defendant's argument, in this instance, is not one which shows that the riparian rights cause of action is in any way one which clearly will not succeed.

Declaratory Relief

[40] The plaintiff seeks, among other things, declaratory relief as set out in paragraph 15 of the amended statement of claim:

- (a) A declaration that the defendant, in operating the Dam, has created a continuing nuisance with consequent damage to the plaintiff
- (b) A declaration that the defendant has been and is breaching its duty to the plaintiff as alleged;
- (c) A declaration that the defendant has interfered and continues to interfere with the plaintiff's riparian rights;

[41] Counsel for the defendant submits that declaratory relief ought not to be granted if other relief, here damages, is available and thus the plea for declaratory relief ought to be struck out, relying upon *Canada (Auditor General) v. Canada (Minister of Energy, Mines and Resources)*, [1989] 2 S.C.R. 49 (hereinafter the *Petro Canada* case) and upon *Kourtessis v. M.N.R.*, [1993] 2 S.C.R. 53.

[42] I take both of these cases to teach something more limited, in the nature of the proposition that one must exhaust adequate alternative remedies, or adequate statutory remedies, before coming to the

pour l'instant que le moyen fondé sur l'atteinte au droit de riverain à la jouissance de la rivière à l'état naturel soit convenable. Toutefois, la défenderesse soutient que la demanderesse n'a pas démontré quel préposé de la Couronne a entravé l'écoulement de la rivière Rouge et porté atteinte, de ce fait, à un droit de riverain. Bien que l'arrêt *Levy Brothers*, précité, porte sur la perte et le détournement d'un colis postal, je ne vois pas pourquoi le principe selon lequel il n'est pas nécessaire d'identifier le préposé de la Couronne pour que celle-ci soit tenue responsable du fait d'autrui ne s'appliquerait pas. La plaidoirie de la défenderesse en l'espèce ne démontre pas que la cause d'action fondée sur les droits de riverain n'a manifestement aucune chance d'être accueillie.

Le jugement déclaratoire

[40] La demanderesse sollicite, notamment, un jugement déclaratoire décrit au paragraphe 15 de la déclaration modifiée:

- a) un jugement déclaratoire portant que la défenderesse a, par son exploitation du barrage, créé une nuisance continue qui cause un préjudice à la demanderesse;
- b) un jugement déclaratoire portant que la défenderesse commet et a commis un manquement à son devoir allégué envers la demanderesse;
- c) un jugement déclaratoire portant que la défenderesse a porté atteinte et continue de porter atteinte aux droits de riverain de la demanderesse;

[41] L'avocat de la défenderesse soutient que la Cour ne devrait pas accorder de jugement déclaratoire si la demanderesse peut obtenir une autre réparation, en l'occurrence des dommages-intérêts, et que la demande de jugement déclaratoire devrait donc être radiée; il s'appuie sur ce point sur les arrêts *Canada (Vérificateur général) c. Canada (Ministre de l'Énergie, des Mines et des Ressources)*, [1989] 2 R.C.S. 49 (ci-après l'affaire *Petro Canada*) et *Kourtessis c. M.R.N.*, [1993] 2 R.C.S. 53.

[42] Selon moi, ces deux arrêts ont un effet plus limité, c'est-à-dire qu'ils établissent qu'une personne doit épuiser les recours appropriés qui s'offrent à elle, ou les autres procédures prévues par la loi applicable,

courts. This is the proposition set out in *Harelkin v. University of Regina*, [1979] 2 S.C.R. 561. Indeed, Chief Justice Dickson, in the *Petro Canada* case, refers to *Harelkin*, at page 92 and following.

[43] The *Kourtesis* case is more interesting, but still does not assist the defendant in striking out a plea for relief on the grounds that it is a fruitless plea. *Kourtesis* stands for, among other things, the proposition that there is a discretion to refuse declaratory relief where other remedies, which are reasonable and effective, are available: see Mr. Justice La Forest's reasons at page 85 and following. Now Mr. Justice La Forest does go on to note, in *Kourtesis*, that *certiorari* might be an alternative remedy and that if such were the case "that would leave little room for the exercise of discretion to permit a declaratory action" (page 90). This is not the same thing as saying that a plea for declaratory relief, coupled with some other relief, is bound to fail. Mr. Justice Sopinka, who wrote a concurring decision in *Kourtesis*, notes that a court is justified in refusing to grant a declaration "if there is another procedure available in which more effective relief can be obtained" (page 115), but stops short of saying it can never be done. I believe that Dr. Markesteyn, as executor in this action, looks for declaratory relief, by reason of a concern that he not have to return to court, every now and then when a bit more of his foreshore is washed away.

[44] In the present instance, it may not be easy for the plaintiff to obtain both damages for past infringement and losses and forward looking relief in the form of a declaration to prevent the washing away of water front either by forcing more judicious water level control or the provision of relatively inexpensive foreshore protection in vulnerable areas. However, the remedies are not absolutely mutually exclusive for they serve different functions. It is not plain, obvious and beyond doubt that declaratory relief is a lost cause. Traditional remedies for loss of riparian rights include damages and injunctive relief for infringement,

avant de s'adresser aux tribunaux. C'est la théorie énoncée dans l'arrêt *Harelkin c. Université de Regina*, [1979] 2 R.C.S. 561. En effet, dans l'arrêt *Petro Canada*, le juge en chef Dickson se reporte à l'arrêt *Harelkin*, aux pages 92 et suivantes.

[43] L'arrêt *Kourtesis* est plus intéressant, mais il n'est pas plus utile à la défenderesse quant à la radiation de la demande de jugement déclaratoire au motif que cette demande est vaine. L'arrêt *Kourtesis* établit, notamment, que la Cour a le pouvoir discrétionnaire de refuser de prononcer un jugement déclaratoire lorsque d'autres recours raisonnables et efficaces sont possibles: voir les motifs du juge La Forest, aux pages 85 et suivantes. Le juge La Forest poursuit en faisant remarquer, dans *Kourtesis*, qu'un bref de *certiorari* aurait peut-être constitué un recours possible et que, le cas échéant, «[c]ela laisserait peu de place à l'exercice du pouvoir discrétionnaire de permettre une action en jugement déclaratoire» (page 90). Cela n'équivaut pas à dire qu'une demande de jugement déclaratoire, jointe à une autre demande de réparation, doit nécessairement être rejetée. Le juge Sopinka, qui a rédigé des motifs concordants dans *Kourtesis*, souligne qu'une cour est justifiée de refuser de rendre un jugement déclaratoire «s'il est possible de recourir à une autre procédure permettant d'obtenir un redressement plus efficace» (page 116), mais il ne va pas jusqu'à dire qu'elle ne peut jamais rendre un tel jugement. À mon avis, le D^r Markesteyn, en sa qualité d'exécuteur dans la présente action, sollicite un jugement déclaratoire afin de ne pas avoir à se présenter devant le tribunal chaque fois qu'une parcelle de sa grève est emportée par la rivière.

[44] En l'espèce, il sera peut-être difficile pour la demanderesse d'obtenir à la fois des dommages-intérêts pour l'atteinte et les pertes passées et une réparation prospective sous la forme d'un jugement déclaratoire qui empêcherait que l'eau n'emporte la grève en imposant soit un contrôle plus judicieux du niveau d'eau, soit l'installation d'une protection relativement peu coûteuse de la grève aux endroits vulnérables. Toutefois, ces recours ne s'excluent pas totalement les uns les autres, car ils servent différentes fins. Il n'est pas manifeste, évident et absolument certain que la demande de jugement déclaratoire est

with the *proviso* that if an injunction is not granted, declaratory relief may be granted: see *Stollmeyer v. Trinidad Lake Petroleum Company*, [1918] A.C. 485, at pages 495 and 497, and the note at page 498 and following, a decision of the Privy Council.

Objections to Miscellaneous Pleas

[45] The defendant objects to various other aspects of the amended statement of claim. Only one needs to be noted and in this instance, merely needs to be touched upon.

[46] The defendant refers to section 24 of the *Crown Liability Act*, R.S.C. 1970, c. C-38, and submits that this is the provision which applies, for the R.S.C., 1985 *Crown Liability and Proceedings Act* did not come into being until 1987, at a date after the commencement of this action. Section 24 provided that the Crown could not be liable for any act or omission which occurred or existed before 14 May 1953. In the present instance the amended statement of claim does not now stretch back to the construction of the dam at the turn of the century. The events complained of are more recent. Certainly there might be some argument involving a prescriptive right to raise and lower the river, free from objection by an upstream riparian owner, but that is not a ground upon which to strike out the statement of claim as plainly and obviously futile.

Particulars

[47] The Defendant submitted that it ought to have particulars of some aspects of the claim. Yet this request for particulars comes a dozen years after the action was commenced. Given the material set out in the amended statement of claim and all of the other circumstances, including that many of the particulars may be known to the defendant but not to the plaintiff, I see no need to require particulars for pleading. It may be, following completion of pleadings and discovery, that the defendant might need more com-

une cause perdue. Les réparations traditionnellement accordées en cas d'atteinte à un droit de riverain incluent des dommages-intérêts et une injonction relativement à l'atteinte, mais si le tribunal ne prononce pas une injonction, il peut accorder un jugement déclaratoire: voir la décision *Stollmeyer v. Trinidad Lake Petroleum Company*, [1918] A.C. 485, du Conseil privé, aux pages 495 et 497, et la remarque aux pages 498 et suivantes.

Objections à différents moyens

[45] La défenderesse s'oppose à différents autres aspects de la déclaration modifiée. Un seul mérite d'être mentionné et exige à peine quelques remarques.

[46] La défenderesse mentionne l'article 24 de la *Loi sur la responsabilité de la Couronne*, S.R.C. 1970, ch. C-38, et soutient que c'est la disposition qui s'applique, car la *Loi sur la responsabilité civile de l'État et le contentieux administratif* de 1985 n'a été sanctionnée qu'en 1987, après l'introduction de l'action. L'article 24 prévoit que la Couronne ne peut être tenue responsable d'un acte ou d'une omission survenus ou qui existaient avant le 14 mai 1953. En l'espèce, la déclaration modifiée ne s'étend plus à la construction du barrage au début du siècle. Les événements visés sont plus récents. Il est sûrement possible de faire valoir un argument fondé sur un droit acquis par prescription d'élever et d'abaisser le niveau de la rivière sans objection de la part d'un propriétaire riverain d'un bien-fonds situé en amont, mais ce n'est pas là un motif qui permettrait à la Cour de radier la déclaration en la qualifiant de manifestement futile.

Précisions

[47] La défenderesse soutient qu'elle doit obtenir des précisions concernant certains aspects de la demande. Or, cette demande de précisions survient quelque 12 ans après l'introduction de l'action. Compte tenu des renseignements fournis dans la déclaration modifiée et de toutes les autres circonstances, y compris le fait que la défenderesse connaît peut-être beaucoup de précisions que la demanderesse ignore, je ne juge pas nécessaire d'exiger des précisions sur cet acte de procédure. Il se peut qu'à l'issue de la plaidoirie écrite

plete particulars for trial, but such are premature at this point.

CONCLUSION

[48] Success in this matter, at least to the extent of these reasons and the resulting order, while mixed, has been decidedly in favour of the plaintiff. However, one result of this motion was to cause the plaintiffs, and here I refer to the original representative aspect of the action, to rethink their position and to amend, not only to drop the class action aspect, but also to take note of an argument involving the R.S.C. 1970 *Crown Liability Act*, which was in force when this matter was commenced, and thus leave out any claim for relief going back to the construction of the dam at the turn of the century. With this result of the motion in mind it is appropriate that success overall be regarded as mixed. Both sides shall bear their own costs.

[49] The defendant may have 30 days within which to file a defence.

et de l'enquête préalable, la défenderesse ait besoin de précisions supplémentaires en vue de l'instruction, mais une telle demande est prématurée pour l'instant.

CONCLUSION

[48] Le résultat de l'instance, du moins en ce qui a trait aux présents motifs et à l'ordonnance qui en résulte, bien que partagé, est nettement en faveur de la demanderesse. Toutefois, la présente requête a eu pour effet d'obliger les demandeurs, et je me reporte ici au recours collectif initial, à repenser leurs prétentions et à les modifier, non seulement pour renoncer à la procédure de recours collectif, mais aussi pour tenir compte d'un argument fondé sur la *Loi sur la responsabilité de la Couronne* de 1970, qui était en vigueur au moment de l'introduction de l'action, et pour se désister en conséquence de toute demande de réparation remontant à la construction du barrage au début du siècle dernier. Compte tenu de cet effet qu'a eu la requête, il convient de considérer son résultat d'ensemble comme partagé. Les deux parties assumeront donc leurs propres dépens.

[49] La défenderesse bénéficie d'un délai de 30 jours pour déposer sa défense.