

COURT OF APPEAL OF  
NEW BRUNSWICK



COUR D'APPEL DU  
NOUVEAU-BRUNSWICK

4/07/CA

THE CORPORATION OF THE CITY OF  
MONCTON

APPELLANT

- and -

BENOIT LANDRY ET AL.

RESPONDENTS

The Corporation of the City of Moncton v. Benoit  
Landry et al., 2008 NBCA 32

CORAM:

The Honourable Chief Justice Drapeau  
The Honourable Justice Turnbull  
The Honourable Justice Bell

Appeal from a decision of the Court of Queen's  
Bench:  
December 18, 2006

History of Case:

Decision under appeal:  
Unreported

Preliminary or incidental proceedings:  
N/A

Appeal heard:  
February 20, 2008

Judgment rendered:  
February 20, 2008

Counsel at hearing:

For the appellant:  
Howard A. Spalding, Q.C. and  
Enrico A. Schichilone

For the respondents:  
Charles A. LeBlond, Q.C. and  
Melanie L. Cassidy

MONCTON

APPELANTE

- et -

BENOIT LANDRY ET AUTRES

INTIMÉS

Moncton c. Benoit Landry et autres, 2008 NBCA  
32

CORAM :

L'honorable juge en chef Drapeau  
L'honorable juge Turnbull  
L'honorable juge Bell

Appel d'une décision de la Cour du Banc de la  
Reine :  
Le 18 décembre 2006

Historique de la cause :

Décision frappée d'appel :  
Inédite

Procédures préliminaires ou accessoires :  
s.o.

Appel entendu :  
Le 20 février 2008

Jugement rendu :  
Le 20 février 2008

Avocats à l'audience :

Pour l'appelante :  
Howard A. Spalding, c.r., et  
Enrico A. Schichilone

Pour les intimés :  
Charles A. LeBlond, c.r., et  
Melanie L. Cassidy

THE COURT

The appeal and cross-appeal are dismissed with costs to the respondents.

LA COUR

L'appel et l'appel reconventionnel sont rejetés avec dépens payables aux intimés.

The following is the judgment delivered by

THE COURT

(Orally)

[1] At trial, the disposition of the respondents' claim in nuisance turned on whether the appellant, the City of Moncton, discharged the burden of establishing the defence of statutory authority. The City of Moncton contended that the flooding of the respondents' homes associated with a fairly significant rainfall event on July 28, 1999 was the inevitable result of exercising its statutory authority to provide sewerage service under s. 7(1) of the *Municipalities Act*, R.S.N.B. 1973, c. M-22 and s. 70 of the *Moncton Consolidation Act*, S.N.B. 1946, c. 101.

[2] The defence of statutory authority is explained in *Ryan v. Victoria (City)*, [1999] 1 S.C.R. 201, [1999] S.C.J. No. 7 (QL), at paras. 54-55:

Statutory authority provides, at best, a narrow defence to nuisance. The traditional rule is that liability will not be imposed if an activity is authorized by statute and the defendant proves that the nuisance is the "inevitable result" or consequence of exercising that authority. See *Lord Mayor, Aldermen and Citizens of the City of Manchester v. Farnworth*, [1930] A.C. 171 (H.L.), at p. 183; *City of Portage La Prairie v. B.C. Pea Growers Ltd.*, [1966] S.C.R. 150; *Schenck v. Ontario (Minister of Transportation and Communications)*, [1987] 2 S.C.R. 289. An unsuccessful attempt was made in *Tock, supra*, to depart from the traditional rule. Wilson J. writing for herself and two others, sought to limit the defence to cases involving either mandatory duties or statutes which specify the precise manner of performance. La Forest J. (Dickson C.J. concurring) took the more extreme view that the defence should be abolished entirely unless there is an express statutory exemption from liability. Neither of those positions carried a majority.

In the absence of a new rule, it would be appropriate to restate the traditional view, which remains the most predictable approach to the issue and the simplest to apply. That approach was expressed by Sopinka J. in *Tock*, at p. 1226:

The defendant must negative that there are alternate methods of carrying out the work. The mere fact that one is considerably less expensive will not avail. If only one method is practically feasible, it must be established that it was practically impossible to avoid the nuisance. It is insufficient for the defendant to negative negligence. The standard is a higher one. While the defence gives rise to some factual difficulties, in view of the allocation of the burden of proof they will be resolved against the defendant.

[3] After referring to this authoritative statement of the law, the trial judge went on to consider *Oosthoek v. Thunder Bay (City)* (1996), 30 O.R. (3d) 323 (C.A.), [1996] O.J. No. 3318 (QL), which, in his view, “dealt with a situation which is similar to this case”. The trial judge noted that two of the claims in *Oosthoek* related to flood damage following a 1991 rainstorm that led to a backup in combined sanitary and storm sewers constructed at the turn of the century. The trial judge went on to make the following observations:

The City of Thunder Bay had not upgraded the sewer system because of a lack of funds. The trial judge found that the City was liable in nuisance, and in negligence for failing to enforce a by-law. The City appealed and the Ontario Court of Appeal dismissed the appeal.

On the issue of nuisance the Court in *Oosthoek* found that the municipality was aware that the increased density of development and the use of rainwater pipes connected to the sewers contributed to the flooding.

In dismissing the appeals the Court applied the “inevitable consequences doctrine” to the facts of the case. Carthy, J.A. explained it this way:

A dam built across a river valley will inevitably flood a portion of the valley and that would be a clear case of statutory authority protecting against damage claims. However, if subsequent unanticipated events cause a surcharge of water overflowing the dam the increased flooding is not the inevitable consequence of the original construction.

Similarly here, the extensive paving of streets and other surfaces, the increased density of development, and the use of weeping tiles and rainwater leaders connected to the sewers have all to the knowledge of the City contributed to the surcharge during extensive storms and have brought about flooding. These are all fresh circumstances arising from the development of the infrastructure of a municipality over many years and they do not relate back to the original sewers and their construction designs, nor could they have been foreseen by any possibility in the proportions reflected in the 1965, 1970 and 1987 reports. In my opinion, there is not even the beginning of a basis for establishing inevitable consequence on the facts of this case, let alone one in accordance with the strict onus upon the municipality referred to in the reasons of Sopinka J. in *Tock*.

[4] In his reasons for judgment, the trial judge noted the flooding “resulted from the development of the infrastructure of the City of Moncton over many years” and that it did not relate back to the construction of the original sewers and their design. In our view, the trial judge misspoke when he employed the word “resulted” since it is obvious from his reasons that he meant to say that the development in question contributed to the flooding. In any event, the trial judge also observed that the facts in *Oosthoek* were “very similar to this case” before making the following critical findings of fact: (1) the City of Moncton knew before the July 28, 1999 rainfall event that its sewerage system in the area where the respondents lived needed remedial measures; and (2) “[t]hose measures had not all been taken because of policy decisions over the years”. Ultimately, the trial judge concluded that the City of Moncton had failed to establish inevitability of result, which is an essential feature of the defence of statutory authority.

[5] In our respectful judgment, the trial judge identified the correct principles of law and made findings in respect of the material facts that were open to him on the evidence. Moreover, he did not commit reversible error in applying those principles to the material facts as he found them. That being so, this Court is not at liberty to intervene. Accordingly, the appeal is dismissed.

[6] That said, we wish to point out that the City of Moncton has not answered, at least to our satisfaction, the charge that its liability in nuisance can also be related back to the original construction, which took place in the mid-1960s. Indeed, the evidence appears to fall far short of showing that it was not practically feasible at that time to construct a sewerage system that could have handled a rainfall event of the magnitude that occurred on July 28, 1999, that is to say a rainfall event with a one in ten year recurrence interval. In that regard, we note that the City of Fredericton's sewerage system is one with sufficient capacity to handle such an event. Moreover, the City of Moncton did not establish at trial that the added cost of a sewerage system with adequate capacity was so significant that its construction in the mid 1960s stood to be viewed as "practically" unfeasible. On that score, we can do no better than refer to the observations of Sopinka J. for the majority in *Tock*, quoted in the excerpt from *Ryan v. Victoria (City)* reproduced hereinabove. See, as well, *Gray's Velvet Ice-Cream Limited v. Campbellton City of* (1981), 36 N.B.R. (2d) 288 (C.A.), [1981] N.B.J. No. 241 (QL) at paras. 7, 12 and 17.

[7] The respondents have cross-appealed against the dismissal of their claim in negligence. Having regard to our dismissal of the City of Moncton's appeal, the cross-appeal is moot. For that reason, it is dismissed.

[8] Since the respondents have been substantially successful, we order the City of Moncton to pay one set of costs on appeal, which are fixed at \$3,500.00.

Version française de la décision rendue par

LA COUR  
(oralement)

[1] Au procès, le règlement de la demande des intimés pour nuisance dépendait de la question de savoir si l'appelante, la Ville de Moncton, s'était acquittée de la charge d'établir le moyen de défense fondé sur l'autorisation du législateur. La Ville de Moncton a prétendu que l'inondation des maisons des intimés qui a accompagné un important épisode pluvieux survenu le 28 juillet 1999 était le résultat ou la conséquence inévitable de l'exercice de l'autorisation que lui a donnée le législateur de fournir des services ressortissant au réseau des égouts sous le régime du par. 7(1) de la *Loi sur les municipalités*, L.R.N.-B. 1973, ch. M-22 et de l'art. 70 de la *Moncton Consolidation Act*, S.N.B. 1946, ch. 101.

[2] Le moyen de défense fondé sur l'autorisation du législateur est expliqué aux par. 54 et 55 de l'arrêt *Ryan c. Victoria (Ville)*, [1999] 1 R.C.S. 201, [1999] A.C.S. n° 7 (QL) :

L'autorisation du législateur fournit, au mieux, un moyen de défense limité contre la nuisance. Suivant la règle traditionnelle, le défendeur ne sera pas jugé responsable si l'activité en cause est autorisée par une loi et s'il établit que la nuisance est [TRADUCTION] « le résultat ou la conséquence inévitable » de l'exercice de cette autorisation. Voir *Lord Mayor, Aldermen and Citizens of the City of Manchester c. Farnworth*, [1930] A.C. 171 (H.L.), à la p. 183; *City of Portage La Prairie c. B.C. Pea Growers Ltd.*, [1966] R.C.S. 150; *Schenck c. Ontario (Ministre des Transports et des Communications)*, [1987] 2 R.C.S. 289. On a essayé en vain, dans *Tock*, précité, de s'écarter de la règle traditionnelle. Le juge Wilson, s'exprimant en son propre nom et au nom de deux autres juges, a voulu limiter l'application de ce moyen de défense aux affaires mettant en jeu des obligations impératives ou des lois précisant les modalités d'exécution des obligations créées. Le juge La Forest (aux motifs duquel a souscrit le juge en chef Dickson) a adopté le point de vue plus radical selon lequel ce moyen de défense devrait être aboli complètement sauf si une loi énonce expressément une exonération de

responsabilité. Ni l'un ni l'autre de ces points de vue n'a rallié une majorité de juges.

En l'absence d'une règle nouvelle, il convient d'exposer de nouveau le point de vue traditionnel, qui demeure la façon la plus prévisible d'aborder la question et le plus simple à appliquer. Cette approche a été exposée par le juge Sopinka, dans *Tock*, à la p. 1226 :

Le défendeur doit établir qu'il n'existe aucun autre moyen d'exécuter l'ouvrage. Le simple fait qu'un moyen soit considérablement moins onéreux ne sera pas retenu. S'il n'existe qu'un seul moyen réalisable sur le plan pratique, il faut établir qu'il était pratiquement impossible d'éviter la nuisance. Il ne suffit pas que le défendeur établisse l'absence de négligence. La norme est plus sévère. Bien que le moyen de défense suscite certaines difficultés dans les faits, celles-ci seront résolues au détriment du défendeur compte tenu de l'attribution du fardeau de la preuve.

[3] Après avoir mentionné cet exposé du droit qui fait autorité, le juge du procès a examiné l'arrêt *Oosthoek c. Thunder Bay (City)* (1996), 30 O.R. (3d) 323 (C.A.), [1996] O.J. No. 3318 (QL), lequel, à son avis, [TRADUCTION] « se rapportait à une situation semblable à celle qui nous occupe en l'espèce ». Le juge du procès a souligné que deux des prétentions formulées dans l'affaire *Oosthoek* se rapportaient à des dommages attribuables à des inondations consécutives à une tempête de pluie survenue en 1991, laquelle avait entraîné un reflux dans un égout unitaire acheminant les eaux usées et les eaux pluviales qui avait été construit au tournant du siècle. Le juge du procès a ensuite fait les observations suivantes :

[TRADUCTION]

La Ville de Thunder Bay n'avait pas modernisé le réseau d'égouts parce qu'elle ne disposait pas des sommes nécessaires. Le juge du procès avait conclu que la responsabilité de la Ville était engagée pour nuisance ainsi que pour négligence parce qu'elle avait omis d'appliquer un arrêté. La Ville a interjeté appel et la Cour d'appel de l'Ontario a rejeté l'appel.



En ce qui concerne la question de la nuisance, la Cour a conclu, dans l'arrêt *Oosthoek*, que la municipalité savait que la densité accrue des lotissements et l'utilisation de descentes pluviales reliées aux égouts avaient contribué à l'inondation.

La Cour a rejeté les appels et a appliqué la « doctrine du résultat ou de la conséquence inévitable » aux faits de l'instance. Le juge d'appel Carthy a ainsi expliqué cette doctrine :

[TRADUCTION]

Un barrage érigé en travers d'une vallée fluviale inonde inévitablement une partie de cette vallée et il s'agirait là d'un cas manifeste où l'autorisation du législateur constitue une protection contre les demandes en dommages-intérêts. Toutefois, si des événements ultérieurs imprévus causent un surremplissage et que l'eau se déverse par-dessus le barrage, l'inondation qui en découle n'est pas la conséquence inévitable de l'ouvrage original.

De même, en l'espèce, l'asphaltage généralisé des rues et d'autres surfaces, la densité accrue des lotissements et l'utilisation de dalots souterrains et de descentes pluviales reliés aux égouts ont tous, et la Ville le savait, contribué à créer la surcharge pendant les tempêtes importantes et ont causé des inondations. Ce sont toutes là des circonstances nouvelles découlant de l'aménagement de l'infrastructure d'une municipalité sur plusieurs années; elles ne sont pas imputables aux égouts initiaux ni à leur conception et il était impossible qu'elles eussent pu être prévues dans la mesure mentionnée dans les rapports de 1965, 1970 et 1987. À mon avis, il n'y a pas même l'ombre d'un élément qui permette d'établir l'existence d'une conséquence inévitable d'après les faits de la présente instance, et encore moins une conséquence qui respecterait la charge stricte qui incombe à une municipalité et dont font état les motifs du juge Sopinka dans l'arrêt *Tock*.

[4] Dans ses motifs de jugement, le juge du procès a souligné que l'inondation [TRADUCTION] « a résulté de l'aménagement de l'infrastructure de la Ville de

Moncton sur plusieurs années » et qu'elle n'était pas imputable à la construction des égouts initiaux ni à leur conception. Nous estimons que le juge du procès s'est mal exprimé lorsqu'il a employé l'expression [TRADUCTION] « a résulté » puisqu'il est évident, à la lecture de ses motifs, qu'il voulait dire que l'aménagement en question a contribué à l'inondation. Quoiqu'il en soit, le juge du procès a également fait observer que les faits de l'affaire *Oosthoek* étaient [TRADUCTION] « fort semblables à ceux de la présente instance » avant de tirer les conclusions de faits fondamentales suivantes : (1) la Ville de Moncton savait avant l'épisode pluvieux du 28 juillet 1999 qu'il fallait apporter des correctifs à son réseau d'égouts dans le secteur où habitaient les intimés et (2) [TRADUCTION] « [c]es correctifs n'avaient pas tous été apportés en raison de certaines décisions de principe prises au fil des ans ». Finalement, le juge du procès a conclu que la Ville de Moncton n'avait pas établi l'inévitabilité du résultat, laquelle est un élément essentiel du moyen de défense fondé sur l'autorisation du législateur.

[5] Nous estimons, en toute déférence, que le juge du procès a mentionné les bons principes de droit et a tiré, à l'égard des faits déterminants, des conclusions qu'il était fondé à tirer d'après la preuve. De plus, il n'a pas commis d'erreur justifiant l'infirmité de sa décision en appliquant ces principes aux faits déterminants auxquels il a conclu. Puisque tel est le cas, notre Cour ne peut intervenir. L'appel est donc rejeté.

[6] Cela dit, nous voulons souligner que la Ville de Moncton n'a pas réfuté, du moins de façon à nous convaincre, la prétention voulant que sa responsabilité pour nuisance puisse aussi être attribuable à la construction initiale qui a eu lieu au milieu des années soixante. En effet, la preuve ne semble pas établir, tant s'en faut, que la construction d'un réseau d'égouts susceptible de supporter un épisode pluvieux de l'ampleur de celui qui a eu lieu le 28 juillet 1999, c'est-à-dire un épisode pluvieux ayant un intervalle de récurrence d'une fois tous les dix ans, n'était pas, à l'époque, réalisable sur le plan pratique. À cet égard, nous soulignons que le réseau d'égouts de la Ville de Fredericton a une capacité suffisante pour supporter un épisode de cette importance. En outre, la Ville de Moncton n'a pas établi au procès que les frais supplémentaires qu'il aurait fallu engager pour doter le réseau d'égouts d'une capacité suffisante étaient

tellement importants que sa construction, au milieu des années soixante, a forcément été considérée comme irréalisable « sur le plan pratique ». À ce chapitre, nous ne pouvons faire mieux que nous reporter aux observations que le juge Sopinka a formulées, au nom de la majorité, dans l'arrêt *Tock* et qui sont citées dans l'extrait de l'arrêt *Ryan c. Victoria (Ville)* reproduit ci-dessus. Voir aussi l'arrêt *Gray's Velvet Ice-Cream Limited c. Campbellton, City of* (1981), 36 R.N.-B. (2<sup>e</sup>) 288 (C.A.), [1981] A.N.-B. n<sup>o</sup> 241 (QL) aux par. 7, 12 et 17.

[7] Les intimés ont formé un appel reconventionnel en ce qui concerne le rejet de leur demande en négligence. Compte tenu du fait que nous avons rejeté l'appel interjeté par la Ville de Moncton, l'appel reconventionnel a perdu tout intérêt pratique. Pour ce motif, il est rejeté.

[8] Puisque les intimés ont en grande partie eu gain de cause, nous condamnons la Ville de Moncton à payer en une seule masse des dépens afférents à l'appel qui sont fixés à 3 500 \$.