

Antrim Truck Centre Ltd. *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen in Right of the Province of Ontario, as represented by the Minister of Transportation *Respondent*

and

Attorney General of British Columbia, City of Toronto and Metrolinx *Interveners*

INDEXED AS: ANTRIM TRUCK CENTRE LTD. v. ONTARIO (TRANSPORTATION)

2013 SCC 13

File No.: 34413.

2012: November 14; 2013: March 7.

Present: McLachlin C.J. and LeBel, Fish, Abella, Rothstein, Cromwell, Moldaver, Karakatsanis and Wagner JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

Expropriation — Injurious affection — Nuisance — Compensation — Construction of new highway diverting traffic away from appellant’s truck stop business — Ontario Municipal Board awarding appellant compensation for injurious affection for business loss and loss of market value of property — Court of Appeal dismissing claim on basis that Board failed to balance competing rights adequately — Whether interference with private enjoyment of land was unreasonable when resulting from construction serving important public purpose — Whether Court of Appeal erred in finding that Board’s application of law of nuisance was unreasonable — Expropriation Act, R.S.O. 1990, c. E.26.

From 1978 until 2004, the appellant owned property on Highway 17 near the hamlet of Antrim where it operated a truck stop complex that included a restaurant and gas bar and enjoyed the patronage of drivers travelling along the highway. In September 2004, the

Antrim Truck Centre Ltd. *Appelante*

c.

Sa Majesté la Reine du chef de la province de l’Ontario, représentée par le ministre des Transports *Intimée*

et

Procureur général de la Colombie-Britannique, Ville de Toronto et Metrolinx *Intervenants*

RÉPERTORIÉ : ANTRIM TRUCK CENTRE LTD. c. ONTARIO (TRANSPORTS)

2013 CSC 13

N° du greffe : 34413.

2012 : 14 novembre; 2013 : 7 mars.

Présents : La juge en chef McLachlin et les juges LeBel, Fish, Abella, Rothstein, Cromwell, Moldaver, Karakatsanis et Wagner.

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

Expropriation — Effet préjudiciable — Nuisance — Indemnisation — Achalandage du relais routier de l’appelante détourné par la construction d’une autoroute — Commission des affaires municipales de l’Ontario accordant à l’appelante une indemnisation pour effet préjudiciable pour perte commerciale et diminution de la valeur marchande du bien-fonds — Demande rejetée par la Cour d’appel parce que la Commission n’a pas mis correctement en balance les droits opposés — L’atteinte à la jouissance privée du bien-fonds est-elle déraisonnable si elle résulte de la construction d’un ouvrage répondant à un objectif public important? — La Cour d’appel a-t-elle commis une erreur en concluant que l’application, par la Commission, du droit relatif à la nuisance était déraisonnable? — Loi sur l’expropriation, L.R.O. 1990, ch. E.26.

De 1978 à 2004, l’appelante était propriétaire d’un bien-fonds sur la route 17 près du hameau d’Antrim où elle exploitait un relais routier qui comprenait notamment un restaurant et un poste d’essence et bénéficiait d’une clientèle de conducteurs circulant sur cette route. En

respondent opened a new section of Highway 417 running parallel to Highway 17 near the appellant's property. Highway 17 was significantly altered by the construction of Highway 417 and access to the appellant's land was severely restricted. Motorists travelling on the new highway did not have direct access to the appellant's truck stop and so it was effectively put out of business at that location. The appellant brought a claim for damages for injurious affection before the Ontario Municipal Board under the *Expropriations Act* and was awarded \$58,000 for business loss and \$335,000 for loss in market value of the land. This decision was upheld on appeal to the Divisional Court. The Court of Appeal set aside the Board's decision, however, finding that its application of the law of private nuisance to the facts was unreasonable because it had failed to consider two factors in its reasonableness analysis and because it had failed to recognize the elevated importance of the utility of the respondent's conduct where the interference was the product of an essential public service.

Held: The appeal should be allowed.

The main question is how to decide whether an interference with the private use and enjoyment of land is unreasonable when it results from construction which serves an important public purpose. The reasonableness of the interference must be determined by balancing the competing interests, as it is in all other cases of private nuisance. The balance is appropriately struck by answering the question of whether, in all of the circumstances, the individual claimant has shouldered a greater share of the burden of construction than it would be reasonable to expect individuals to bear without compensation. Here, the interference with the appellant's land caused by the construction of the new highway inflicted significant and permanent loss.

The *Expropriations Act* provides a right to compensation for injurious affection, which occurs when the defendant's activities interfere with the claimant's occupation or enjoyment of land, if the claimant can meet three requirements: (i) the damage must result from action taken under statutory authority; (ii) the action would give rise to liability but for that statutory authority; and (iii) the damage must result from the construction and not the use of the works. In this case, the only unresolved

septembre 2004, l'intimée a ouvert un nouveau tronçon de l'autoroute 417 parallèle à la route 17 à proximité de la propriété de l'appelante. La construction de l'autoroute 417 a modifié de façon importante la route 17 et l'accès au bien-fonds de l'appelante a été considérablement restreint. Les automobilistes circulant sur le nouveau tronçon de l'autoroute n'avaient plus directement accès au relais routier de l'appelante, ce qui a obligé cette dernière à fermer son relais routier à cet endroit. L'appelante a présenté à la Commission des affaires municipales de l'Ontario une demande d'indemnité pour effet préjudiciable sous le régime de la *Loi sur l'expropriation* et s'est vue accorder 58 000 \$ pour perte commerciale et 335 000 \$ pour perte de la valeur marchande du bien-fonds. Cette décision a été confirmée en appel devant la Cour divisionnaire. La Cour d'appel a cependant annulé la décision de la Commission et a conclu que celle-ci avait appliqué de façon déraisonnable aux faits le droit relatif à la nuisance privée parce qu'elle n'avait pas examiné deux facteurs dans son analyse du caractère raisonnable de l'atteinte et parce qu'elle n'avait pas reconnu l'importance accrue de l'utilité de la conduite de la défenderesse alors que l'atteinte était le produit d'un service public essentiel.

Arrêt : Le pourvoi est accueilli.

La question principale est de savoir comment décider si une atteinte à l'utilisation et à la jouissance privées d'un bien-fonds est déraisonnable lorsqu'elle découle d'une construction qui répond à un objectif public important. Le caractère raisonnable de l'atteinte doit être déterminé par la mise en balance des intérêts opposés, comme il convient de le faire dans tous les autres cas de nuisance privée. Un juste équilibre est établi par la réponse à la question de savoir si, au vu de l'ensemble des circonstances, le demandeur a assumé une plus lourde part du fardeau de la construction que ce qu'un individu pourrait raisonnablement s'attendre à supporter sans indemnité. En l'espèce, l'entrave au bien-fonds de l'appelante causée par la construction de la nouvelle autoroute lui a fait subir une perte importante et permanente.

La *Loi sur l'expropriation* prévoit le droit à une indemnité pour l'effet préjudiciable qui survient lorsque les activités du défendeur portent atteinte à l'occupation ou à la jouissance du bien-fonds par le demandeur, si ce dernier satisfait à trois exigences : (i) les dommages doivent résulter d'une mesure autorisée aux termes d'une loi; (ii) la mesure engagerait la responsabilité si elle n'était pas autorisée aux termes de cette loi; et (iii) les dommages doivent résulter de la construction et

question is whether, if the highway construction had not been done under statutory authority, the appellant could have successfully sued for damages caused by the construction under the law of private nuisance.

Nuisance consists of an interference with the claimant's occupation or enjoyment of land that is both substantial and unreasonable. A substantial interference is one that is non-trivial, amounting to more than a slight annoyance or trifling interference. This threshold screens out weak claims and once met, the next inquiry is whether the non-trivial interference was also unreasonable in all of the circumstances to justify compensation.

When assessing unreasonableness where the activity causing the interference is carried out by a public authority for the greater public good, courts and tribunals are not limited by any specific list of factors. Rather, the focus of the balancing exercise is on whether the interference is such that it would be unreasonable in all of the circumstances to require the claimant to suffer it without compensation. Generally, the focus in nuisance is on whether the interference suffered by the claimant is unreasonable, not on whether the nature of the defendant's conduct is unreasonable. The nature of the defendant's conduct is not, however, an irrelevant consideration. Generally speaking, the acts of a public authority will be of significant utility. If simply put in the balance with the private interest, public utility will generally outweigh even very significant interferences with the claimant's land, undercutting the purpose of providing compensation for injurious affection. The distinction is thus between interferences that constitute the "give and take" expected of everyone and interferences that impose a disproportionate burden on individuals. The reasonableness analysis should favour the public authority where the harm to property interests, considered in light of its severity, the nature of the neighbourhood, its duration, the sensitivity of the plaintiff and other relevant factors, is such that the harm cannot reasonably be viewed as more than the claimant's fair share of the costs associated with providing a public benefit.

Further, the reasonableness inquiry should not be short-circuited on the basis that the interference is

non de l'utilisation des ouvrages. En l'espèce, la seule question non résolue est de savoir si l'appelante aurait pu, en vertu du droit relatif à la nuisance privée, obtenir des dommages-intérêts si la construction de l'autoroute n'avait pas été effectuée aux termes d'une loi.

La nuisance consiste en une atteinte à la fois substantielle et déraisonnable à l'occupation ou à la jouissance, par le demandeur, de son bien-fonds. Une atteinte substantielle est celle qui n'est pas négligeable et qui correspond à plus qu'une légère indisposition ou une entrave insignifiante. Cette condition préliminaire permet d'écarter les demandes peu justifiées, et si elle est satisfaite, l'examen porte ensuite sur la question de savoir si l'atteinte non négligeable était également déraisonnable, compte tenu de l'ensemble des circonstances, pour justifier l'indemnisation.

Au moment d'examiner le caractère déraisonnable de l'atteinte lorsque l'activité qui la cause est exercée par une autorité publique en vue de servir l'intérêt supérieur du public, les cours de justice et les tribunaux administratifs ne sont pas tenus d'utiliser une liste précise de facteurs. L'exercice de mise en balance est plutôt axé sur la question de savoir si l'atteinte est d'une telle gravité qu'il serait déraisonnable, compte tenu de l'ensemble des circonstances, d'exiger que le demandeur la subisse sans être indemnisé. En général, il s'agit de déterminer, en matière de nuisance, si l'atteinte subie par le demandeur est déraisonnable, et non si la nature de la conduite du défendeur est déraisonnable. La nature de la conduite du défendeur n'est toutefois pas dénuée de pertinence. En règle générale, les actes d'une autorité publique sont très utiles. Si l'utilité publique est simplement mise en balance avec l'intérêt privé, elle l'emportera généralement, même sur des atteintes très importantes au bien-fonds du demandeur, contrecarrant l'objectif d'accorder une indemnité pour effet préjudiciable. Il s'agit donc de distinguer entre les atteintes qui constituent les « concessions mutuelles » auxquelles on s'attend de tous et les atteintes qui imposent aux particuliers un fardeau disproportionné. L'analyse du caractère raisonnable de l'atteinte devrait favoriser l'autorité publique si le préjudice causé à des droits de propriété — examiné en fonction de sa gravité, des particularités du voisinage, de sa durée, de la sensibilité du demandeur et d'autres facteurs pertinents — est tel qu'il ne peut être raisonnablement considéré comme étant plus grand que la juste part du demandeur dans les coûts associés à l'offre d'un bien public.

De plus, l'appréciation du caractère raisonnable de l'atteinte ne devrait pas être laissée de côté au motif

physical or material as opposed to a loss of amenities or is self-evidently unreasonable. Once a claimant passes the threshold test of showing harm that is substantial in the sense that it is non-trivial, there ought to be an inquiry into whether the interference is unreasonable, regardless of the type of harm involved.

The Court of Appeal erred in finding that the Board's application of the law of nuisance to the facts was unreasonable. Provided that the Board reasonably carried out the analysis in substance, it was not required to specifically enumerate and refer by name to every factor mentioned in the case law. It did not fail to take account of the utility of the respondent's activity or fail to engage in the required balancing as the Court of Appeal concluded it had. It was reasonable for the Board to conclude that in all of the circumstances, the appellant should not be expected to endure permanent interference with the use of its land that caused a significant diminution of its market value in order to serve the greater public good.

Cases Cited

Applied: *St. Lawrence Cement Inc. v. Barrette*, 2008 SCC 64, [2008] 3 S.C.R. 392; *St. Pierre v. Ontario (Minister of Transportation and Communications)*, [1987] 1 S.C.R. 906; *Royal Anne Hotel Co. v. Village of Ashcroft* (1979), 95 D.L.R. (3d) 756; *Tock v. St. John's Metropolitan Area Board*, [1989] 2 S.C.R. 1181; *Jespersion's Brake & Muffler Ltd. v. Chilliwack (District)* (1994), 88 B.C.L.R. (2d) 230; *Mandrake Management Consultants Ltd. v. Toronto Transit Commission* (1993), 62 O.A.C. 202; *Schenck v. The Queen* (1981), 34 O.R. (2d) 595; **considered:** *Andreae v. Selfridge & Co.*, [1938] 1 Ch. 1; **referred to:** *Susan Heyes Inc. v. Vancouver (City)*, 2011 BCCA 77, 329 D.L.R. (4th) 92, leave to appeal refused, [2011] 3 S.C.R. xi; *City of Campbellton v. Gray's Velvet Ice Cream Ltd.* (1981), 127 D.L.R. (3d) 436; *The Queen v. Loiselle*, [1962] S.C.R. 624; *Newfoundland (Minister of Works, Services and Transportation) v. Airport Realty Ltd.*, 2001 NFCA 45, 205 Nfld. & P.E.I.R. 95; *Wildtree Hotels Ltd. v. Harrow London Borough Council*, [2001] 2 A.C. 1; *Allen v. Gulf Oil Refining Ltd.*, [1981] A.C. 1001; *St. Helen's Smelting Co. v. Tipping* (1865), 11 H.L.C. 642, 11 E.R. 1483; *Walker v. McKinnon Industries Ltd.*, [1949] 4 D.L.R. 739, varied by [1950] 3 D.L.R. 159, aff'd [1951] 3 D.L.R. 577; *Smith v. Inco Ltd.*, 2011 ONCA 628, 107 O.R. (3d) 321.

qu'il s'agit d'une atteinte physique ou matérielle et non d'une perte d'agrément ou d'une atteinte considérée de toute évidence comme déraisonnable. Dès lors que le demandeur a satisfait au critère suivant lequel il doit démontrer que le préjudice subi est substantiel, c'est-à-dire non négligeable, il faut déterminer si l'atteinte est déraisonnable, peu importe le type de préjudice en cause.

La Cour d'appel a commis une erreur en concluant que la Commission avait appliqué de façon déraisonnable aux faits le droit relatif à la nuisance. La Commission n'était pas tenue d'énumérer explicitement tous les facteurs énoncés dans la jurisprudence et d'y faire référence nommément, pourvu qu'elle ait, en substance, effectué l'analyse de façon raisonnable. Elle n'a pas omis de prendre en compte l'utilité de l'activité de l'intimée ni d'effectuer l'exercice de mise en balance requis, comme l'a pourtant conclu la Cour d'appel. La Commission pouvait raisonnablement conclure que, compte tenu de l'ensemble des circonstances, il ne fallait pas s'attendre à ce que l'appelante subisse en permanence une entrave à l'utilisation de son bien-fonds qui en avait considérablement diminué la valeur marchande, et ce, afin de servir l'intérêt supérieur du public.

Jurisprudence

Arrêts appliqués : *Ciment du Saint-Laurent inc. c. Barrette*, 2008 CSC 64, [2008] 3 R.C.S. 392; *St. Pierre c. Ontario (Ministre des Transports et Communications)*, [1987] 1 R.C.S. 906; *Royal Anne Hotel Co. c. Village of Ashcroft* (1979), 95 D.L.R. (3d) 756; *Tock c. St. John's Metropolitan Area Board*, [1989] 2 R.C.S. 1181; *Jespersion's Brake & Muffler Ltd. c. Chilliwack (District)* (1994), 88 B.C.L.R. (2d) 230; *Mandrake Management Consultants Ltd. c. Toronto Transit Commission* (1993), 62 O.A.C. 202; *Schenck c. The Queen* (1981), 34 O.R. (2d) 595; **arrêt examiné :** *Andreae c. Selfridge & Co.*, [1938] 1 Ch. 1; **arrêts mentionnés :** *Susan Heyes Inc. c. Vancouver (City)*, 2011 BCCA 77, 329 D.L.R. (4th) 92, autorisation d'appel refusée, [2011] 3 R.C.S. xi; *City of Campbellton c. Gray's Velvet Ice Cream Ltd.* (1981), 127 D.L.R. (3d) 436; *The Queen c. Loiselle*, [1962] R.C.S. 624; *Newfoundland (Minister of Works, Services and Transportation) c. Airport Realty Ltd.*, 2001 NFCA 45, 205 Nfld. & P.E.I.R. 95; *Wildtree Hotels Ltd. c. Harrow London Borough Council*, [2001] 2 A.C. 1; *Allen c. Gulf Oil Refining Ltd.*, [1981] A.C. 1001; *St. Helen's Smelting Co. c. Tipping* (1865), 11 H.L.C. 642, 11 E.R. 1483; *Walker c. McKinnon Industries Ltd.*, [1949] 4 D.L.R. 739, mod. par [1950] 3 D.L.R. 159, conf. par [1951] 3 D.L.R. 577; *Smith c. Inco Ltd.*, 2011 ONCA 628, 107 O.R. (3d) 321.

Statutes and Regulations Cited

Expropriations Act, R.S.O. 1990, c. E.26, ss. 1(1), 21.

Authors Cited

- Fleming, John G. *Fleming's The Law of Torts*, 10th ed., by Carolyn Sappideen and Prue Vines, eds. Pyrmont, N.S.W.: Lawbook Co., 2011.
- Klar, Lewis N. *Tort Law*, 5th ed. Toronto: Carswell, 2012.
- Linden, Allen M., and Bruce Feldthusen. *Canadian Tort Law*, 9th ed. Markham, Ont.: LexisNexis, 2011.
- McLaren, John P. S. "Nuisance in Canada", in Allen M. Linden, ed., *Studies In Canadian Tort Law*. Toronto: Butterworths, 1968, 320.
- Murphy, John, and Christian Witting. *Street on Torts*, 13th ed. Oxford: Oxford University Press, 2012.
- Senzilet, Michael William. "Compensation for Injurious Affection Where No Land Is Taken", unpublished LL.M. thesis, University of Ottawa, 1987.
- Todd, Eric C. E. *The Law of Expropriation and Compensation in Canada*, 2nd ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 1992.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (Doherty, Watt and Epstein JJ.A.), 2011 ONCA 419, 106 O.R. (3d) 81, 281 O.A.C. 150, 332 D.L.R. (4th) 641, 6 R.P.R. (5th) 1, 104 L.C.R. 1, 85 C.C.L.T. (3d) 51, [2011] O.J. No. 2451 (QL), 2011 CarswellOnt 4064, setting aside a decision of Wilson, Hill and Lax JJ., 2010 ONSC 304, 100 O.R. (3d) 425, 258 O.A.C. 1, 318 D.L.R. (4th) 229, 91 R.P.R. (4th) 41, 100 L.C.R. 32, [2010] O.J. No. 156 (QL), 2010 CarswellOnt 162, affirming a decision of the Ontario Municipal Board (2009), 96 L.C.R. 100, [2009] O.M.B.D. No. 1 (QL), 2009 CarswellOnt 290. Appeal allowed.

Shane Rayman and Greg Temelini, for the appellant.

Leonard F. Marsello, Malliha Wilson, Shona L. Compton and William R. MacLarkey, for the respondent.

Matthew Taylor and Jonathan Eades, for the intervener the Attorney General of British Columbia.

Graham J. Rempe and Matthew G. Longo, for the intervener the City of Toronto.

Lois et règlements cités

Loi sur l'expropriation, L.R.O. 1990, ch. E.26, art. 1(1), 21.

Doctrine et autres documents cités

- Fleming, John G. *Fleming's The Law of Torts*, 10th ed., by Carolyn Sappideen and Prue Vines, eds. Pyrmont, N.S.W.: Lawbook Co., 2011.
- Klar, Lewis N. *Tort Law*, 5th ed. Toronto : Carswell, 2012.
- Linden, Allen M., and Bruce Feldthusen. *Canadian Tort Law*, 9th ed. Markham, Ont. : LexisNexis, 2011.
- McLaren, John P. S. « Nuisance in Canada », in Allen M. Linden, ed., *Studies In Canadian Tort Law*. Toronto : Butterworths, 1968, 320.
- Murphy, John, and Christian Witting. *Street on Torts*, 13th ed. Oxford : Oxford University Press, 2012.
- Senzilet, Michael William. « Compensation for Injurious Affection Where No Land Is Taken », unpublished LL.M. thesis, University of Ottawa, 1987.
- Todd, Eric C. E. *The Law of Expropriation and Compensation in Canada*, 2nd ed. Scarborough, Ont. : Carswell, 1992.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (les juges Doherty, Watt et Epstein), 2011 ONCA 419, 106 O.R. (3d) 81, 281 O.A.C. 150, 332 D.L.R. (4th) 641, 6 R.P.R. (5th) 1, 104 L.C.R. 1, 85 C.C.L.T. (3d) 51, [2011] O.J. No. 2451 (QL), 2011 CarswellOnt 4064, qui a infirmé une décision des juges Wilson, Hill et Lax, 2010 ONSC 304, 100 O.R. (3d) 425, 258 O.A.C. 1, 318 D.L.R. (4th) 229, 91 R.P.R. (4th) 41, 100 L.C.R. 32, [2010] O.J. No. 156 (QL), 2010 CarswellOnt 162, qui a confirmé une décision de la Commission des affaires municipales de l'Ontario (2009), 96 L.C.R. 100, [2009] O.M.B.D. No. 1 (QL), 2009 CarswellOnt 290. Pourvoi accueilli.

Shane Rayman et Greg Temelini, pour l'appelante.

Leonard F. Marsello, Malliha Wilson, Shona L. Compton et William R. MacLarkey, pour l'intimée.

Matthew Taylor et Jonathan Eades, pour l'intervenant le procureur général de la Colombie-Britannique.

Graham J. Rempe et Matthew G. Longo, pour l'intervenante la Ville de Toronto.

Kathryn I. Chalmers and Patrick G. Duffy, for the intervener Metrolinx.

The judgment of the Court was delivered by

CROMWELL J. —

I. Introduction

[1] Highway construction by the Province of Ontario significantly and permanently interfered with access to the appellant's land. The appellant claimed that this interference was unreasonable and sought an order for compensation before the Ontario Municipal Board. The Board awarded the appellant \$393,000 as compensation for business loss and decline in market value of the land resulting from the highway construction. The Board's award, however, was set aside by the Court of Appeal; it concluded that the interference with the appellant's land had not been unreasonable given the important public purposes served by the highway's construction. In effect, the Court of Appeal found that it was reasonable for the appellant to suffer permanent interference with the use of its land that caused significant diminution of its market value in order to serve the greater public good. The appellant asks this Court to reinstate the Board's award.

[2] The main question on appeal is this: How should we decide whether an interference with the private use and enjoyment of land is unreasonable when it results from construction which serves an important public purpose? The answer, as I see it, is that the reasonableness of the interference must be determined by balancing the competing interests, as it is in all other cases of private nuisance. The balance is appropriately struck by answering the question whether, in all of the circumstances, the individual claimant has shouldered a greater share of the burden of construction than it would be reasonable to expect individuals to bear without compensation. Here, the interference with the appellant's land caused by the construction of the

Kathryn I. Chalmers et Patrick G. Duffy, pour l'intervenante Metrolinx.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE CROMWELL —

I. Introduction

[1] La construction d'une autoroute par la province de l'Ontario a entravé considérablement et en permanence l'accès au bien-fonds de l'appellante. Celle-ci a soutenu que cette entrave était déraisonnable et a demandé à la Commission des affaires municipales de l'Ontario de rendre une ordonnance d'indemnisation. La Commission lui a accordé une indemnité de 393 000 \$ pour perte commerciale et diminution de la valeur marchande du bien-fonds résultant de la construction de l'autoroute. La décision de la Commission a toutefois été annulée par la Cour d'appel, qui a conclu que l'entrave au bien-fonds de l'appellante n'était pas déraisonnable puisque la construction de l'autoroute répondait à un objectif public important. La Cour d'appel a ainsi conclu qu'il était raisonnable pour l'appellante de subir en permanence une entrave à l'utilisation de son bien-fonds qui en a diminué considérablement la valeur marchande, afin de servir l'intérêt supérieur du public. L'appellante demande à la Cour de rétablir la décision de la Commission.

[2] La question principale en l'espèce est la suivante : comment la Cour devrait-elle décider si une atteinte à l'utilisation et à la jouissance privées d'un bien-fonds est déraisonnable lorsqu'elle découle d'une construction qui répond à un objectif public important? À mon avis, le caractère raisonnable de l'atteinte doit être déterminé par la mise en balance des intérêts opposés, comme il convient de le faire dans tous les autres cas de nuisance privée. Un juste équilibre est établi par la réponse à la question de savoir si, au vu de l'ensemble des circonstances, le demandeur a assumé une plus lourde part du fardeau de la construction que ce qu'un individu pourrait raisonnablement s'attendre à supporter sans indemnité. En l'espèce, l'entrave au bien-fonds de

new highway inflicted significant and permanent loss on the appellant; in the circumstances of this case, it was not unreasonable for the Board to conclude that an individual should not be expected to bear such a loss for the greater public good without compensation.

[3] I would allow the appeal and restore the order of the Ontario Municipal Board.

II. Legal Context and Issues

[4] The legal framework for the appeal is found in the law concerning injurious affection. Injurious affection occurs when the defendant's activities interfere with the claimant's use or enjoyment of land. Such interference may occur where a portion of an owner's land is expropriated with negative effects on the value of the remaining property. Alternatively, it may arise where, although no land is expropriated, the lawful activities of a statutory authority on one piece of land interfere with the use or enjoyment of another property: E. C. E. Todd, *The Law of Expropriation and Compensation in Canada* (2nd ed. 1992), at pp. 331-33. In this case, the appellant claimed compensation for injurious affection where no land is taken because the highway construction had significantly impeded access to its land.

[5] The Ontario *Expropriations Act*, R.S.O. 1990, c. E.26, provides a right to compensation for injurious affection on certain conditions: s. 21. Where none of the claimant's land is expropriated, the Act provides a right to compensation for "such reduction in the market value of the land of the owner, and . . . such personal and business damages, resulting from the construction and not the use of the works by the statutory authority, as the statutory authority would be liable for if the construction were not under the authority of a statute": s. 1(1). Thus, in order to recover under the Act, the claimant has to meet these three

l'appelante causée par la construction de la nouvelle autoroute lui a fait subir une perte importante et permanente. Dans les circonstances de l'espèce, il n'était pas déraisonnable pour la Commission de conclure qu'il ne faudrait pas s'attendre à ce que, dans l'intérêt supérieur du public, un individu supporte une telle perte sans indemnité.

[3] Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi et de rétablir l'ordonnance de la Commission des affaires municipales de l'Ontario.

II. Contexte juridique et questions en litige

[4] Le cadre juridique du pourvoi est prévu dans les règles de droit régissant l'effet préjudiciable. Il y a effet préjudiciable lorsque les activités du défendeur portent atteinte à l'utilisation ou à la jouissance du bien-fonds par le demandeur. Une telle atteinte peut survenir lorsqu'une partie du bien-fonds d'un propriétaire est expropriée et que cette expropriation a des effets néfastes sur la valeur de l'autre partie de la propriété. Subsidièrement, l'atteinte peut découler, même en l'absence d'expropriation, des activités légitimes d'une autorité légalement compétente sur un bien-fonds qui entravent l'utilisation ou la jouissance d'une autre propriété : E. C. E. Todd, *The Law of Expropriation and Compensation in Canada* (2^e éd. 1992), p. 331-333. En l'espèce, aucun bien-fonds n'est exproprié. L'appelante réclame néanmoins une indemnité pour effet préjudiciable parce que la construction de l'autoroute a entravé de façon importante l'accès à son bien-fonds.

[5] L'article 21 de la *Loi sur l'expropriation*, L.R.O. 1990, ch. E.26, de l'Ontario prévoit le droit à une indemnité pour effet préjudiciable à certaines conditions. Lorsqu'aucune partie du bien-fonds du demandeur n'est expropriée, la Loi établit le droit à une indemnité pour « la diminution de la valeur marchande du bien-fonds du propriétaire [et les] dommages personnels et commerciaux, qui résultent de la construction et non de l'utilisation des ouvrages par l'autorité légalement compétente et dont celle-ci serait tenue responsable si cette construction n'était pas autorisée aux termes d'une loi » : par. 1(1). Par conséquent, pour être

statutory requirements, which are often referred to as the requirements of “statutory authority”, “actionability” and “construction and not the use”. These requirements mean that (i) the damage must result from action taken under statutory authority; (ii) the action would give rise to liability but for that statutory authority; and (iii) the damage must result from the construction and not the use of the works. Where these conditions are present, the Act requires that the complainant be compensated for the amount by which the affected land’s market value was reduced because of the interference, and for personal and business damages: ss. 1(1) and 21.

[6] The appellant satisfied the first and third requirements. As for the first, there was never any dispute that the construction of the new section of highway was carried out under statutory authority. With respect to the third, the “construction and not the use” requirement was contested in the earlier proceedings, but it is no longer in issue in this Court. What remains is the question of whether the second requirement is met. That is, whether, if the highway construction had not been done under statutory authority, the appellant could have successfully sued for damages caused by the construction.

[7] The appellant’s primary position, which the Board accepted, is that it meets this second requirement because it would be entitled to damages for private nuisance. The Court of Appeal disagreed. While finding no fault in the Board’s articulation of the law about private nuisance, the Court of Appeal nonetheless found that the Board had not reasonably applied that law to the facts before it: 2011 ONCA 419, 106 O.R. (3d) 81. Thus, the reviewable error found by the Court of Appeal concerns the application of the legal test for nuisance to the facts.

[8] In this Court, the parties engaged in a wide-ranging debate about how to define the elements of private nuisance and how to assess

indemnisé en vertu de la Loi, le demandeur doit satisfaire à ces trois exigences législatives, qui sont souvent appelées les exigences de l’« autorisation législative », du « droit d’action » et de « la construction et non l’utilisation ». Ces exigences signifient que : (i) les dommages doivent résulter d’une mesure autorisée aux termes d’une loi; (ii) la mesure engagerait la responsabilité si elle n’était pas autorisée aux termes de cette loi; et (iii) les dommages doivent résulter de la construction et non de l’utilisation des ouvrages. Lorsque ces conditions sont réunies, la Loi exige l’indemnisation du demandeur pour la somme correspondant à la diminution de la valeur marchande du bien-fonds attribuable à l’atteinte, et pour les dommages personnels et commerciaux : par. 1(1) et art. 21.

[6] L’appelante a satisfait aux première et troisième exigences. S’agissant de la première, il n’a jamais été contesté que la construction du nouveau tronçon de l’autoroute avait été autorisée par une loi. Quant à la troisième, l’exigence de la « construction et non l’utilisation » a été contestée dans les instances antérieures, mais elle n’est plus en cause devant la Cour. Il reste toutefois à déterminer si la deuxième exigence est respectée. Ainsi, il faut se demander si l’appelante aurait pu obtenir des dommages-intérêts si la construction de l’autoroute n’avait pas été effectuée aux termes d’une loi.

[7] La thèse principale de l’appelante, acceptée par la Commission, est qu’elle satisfait à cette deuxième exigence parce qu’elle aurait droit à des dommages-intérêts pour nuisance privée. La Cour d’appel n’était pas de cet avis. Bien qu’elle n’ait trouvé aucune erreur dans l’analyse du droit en matière de nuisance privée effectuée par la Commission, la Cour d’appel a néanmoins conclu que la Commission n’avait pas appliqué de façon raisonnable le droit aux faits qui lui avaient été soumis : 2011 ONCA 419, 106 O.R. (3d) 81. L’erreur susceptible de révision relevée par la Cour d’appel concerne donc l’application aux faits du critère juridique relatif à la nuisance.

[8] Devant la Cour, les parties se sont engagées dans un vaste débat sur la façon de définir les éléments constitutifs de la nuisance privée et

the reasonableness of the interference. I will address the questions that arose in that debate in the hope of providing further clarity concerning the relevant legal principles. But the core issue on which the appeal turns is whether, as the Court of Appeal decided, the Board was unreasonable in its application of the law of private nuisance to the facts.

[9] The issues I will address are these:

1. What are the elements of private nuisance?
2. How is reasonableness assessed in the context of interference caused by projects that further the public good?
3. Does the unreasonableness of an interference need to be considered when that interference is physical or material?
4. Did the Court of Appeal err in finding that the Board's application of the law of nuisance to the facts was unreasonable?

[10] Before turning to these issues, I will set out a brief summary of the facts and proceedings and address the applicable standard of judicial review.

III. Facts, Proceedings and Standard of Review

A. *Overview of the Facts and Proceedings*

[11] From 1978 until 2004, the appellant owned property on Highway 17 near the hamlet of Antrim. On that property, the appellant operated a truck stop that included a restaurant, bakery, gift shop, gas and diesel bar, offices and a truck sales, leasing and service centre. The business enjoyed the patronage of drivers travelling both east and west along the highway, which formed part of the Trans-Canada Highway system.

[12] In September 2004, the respondent opened a new section of Highway 417 that runs parallel to

sur la façon d'évaluer le caractère raisonnable de l'atteinte. Je traiterai des questions soulevées durant ce débat dans l'espoir de mieux préciser les principes juridiques pertinents. Mais la question fondamentale sur laquelle repose le pourvoi demeure celle de savoir si, comme la Cour d'appel l'a décidé, la Commission a appliqué de façon déraisonnable aux faits le droit relatif à la nuisance privée.

[9] Les questions que j'aborderai sont les suivantes :

1. Quels sont les éléments constitutifs de la nuisance privée?
2. Comment le caractère raisonnable de l'atteinte est-il évalué dans le contexte d'une atteinte causée par des projets qui servent l'intérêt public?
3. Faut-il prendre en compte le caractère déraisonnable d'une atteinte lorsque celle-ci est physique ou matérielle?
4. La Cour d'appel a-t-elle commis une erreur en concluant que la Commission avait appliqué de façon déraisonnable aux faits le droit relatif à la nuisance?

[10] Avant d'examiner ces questions, je résumerai les faits et l'historique des procédures, et traiterai de la norme de contrôle judiciaire applicable.

III. Faits, historique des procédures et norme de contrôle

A. *Aperçu des faits et de l'historique des procédures*

[11] De 1978 à 2004, l'appelante était propriétaire d'un bien-fonds sur la route 17 près du hameau d'Antrim. Elle y exploitait un relais routier qui comprenait un restaurant, une boulangerie, une boutique de cadeaux, un poste d'essence et de diesel, des bureaux et un centre de vente, de location et d'entretien de camions. L'entreprise bénéficiait d'une clientèle de conducteurs circulant dans les deux sens, vers l'est ou vers l'ouest, sur la route qui faisait partie du réseau routier transcanadien.

[12] En septembre 2004, l'intimée a ouvert un nouveau tronçon de l'autoroute 417 parallèle à la

Highway 17 at the point of the appellant's property. Highway 17 was significantly altered to allow for the extension of Highway 417. Because of these changes, Highway 17 now effectively turns into a dirt road just two kilometres east of the appellant's truck stop. Motorists heading east from the truck stop have to take a circuitous route including a dirt road and two other side roads before they reach Highway 417. Moreover, motorists travelling on the new stretch of Highway 417 do not have direct access to the appellant's truck stop; they have to turn onto a regional road west of the property and drive about two kilometres to reach it. According to the appellant, the construction of the new segment of Highway 417 resulted in the closure of Highway 17, effectively putting its truck stop out of business at that location. It brought a claim before the Ontario Municipal Board for compensation for injurious affection under the *Expropriations Act*. The parties accept the Board's assessment of compensation; only its finding that the injurious affection claim was made out is in issue before this Court.

[13] Having heard the claim, the Ontario Municipal Board awarded the appellant \$58,000 for business loss and \$335,000 for loss in market value of the land. The Board rejected the Province's position that construction of the new highway had not impeded or altered access to the truck stop: (2009), 96 L.C.R. 100, at p. 114. According to the Board, the change in access resulting from the construction constituted a "serious impairment in nuisance": p. 115. The Board found that the construction of the new highway had changed Highway 17 in a manner that severely restricted access to the appellant's land; it had turned Highway 17 into a "shadow of what it was before Highway 417": p. 115. In all of the circumstances, this interference was unreasonable and arose from the construction and not the use of the highway.

route 17 où se situe la propriété de l'appelante. La route 17 a été modifiée de façon importante pour permettre le prolongement de l'autoroute 417. En raison de ces changements, la route 17 devient maintenant en fait un chemin de terre à seulement deux kilomètres à l'est du relais routier de l'appelante. Les automobilistes qui se dirigent vers l'est à partir du relais routier doivent faire un détour et emprunter un chemin de terre puis deux autres routes secondaires avant d'atteindre l'autoroute 417. De plus, les automobilistes qui circulent sur le nouveau tronçon de l'autoroute 417 n'ont pas directement accès au relais routier de l'appelante; ils doivent en effet s'engager sur une route régionale à l'ouest de la propriété et rouler environ deux kilomètres pour y accéder. Selon l'appelante, la construction du nouveau tronçon de l'autoroute 417 a entraîné la fermeture de la route 17, l'obligeant ainsi à fermer son relais routier à cet endroit. Elle a donc présenté à la Commission des affaires municipales de l'Ontario une demande d'indemnité pour effet préjudiciable sous le régime de la *Loi sur l'expropriation*. Les parties acceptent l'évaluation de l'indemnité faite par la Commission. Seule demeure en litige devant la Cour la conclusion de la Commission portant que le bien-fondé de la demande relative à l'effet préjudiciable a été établi.

[13] À l'issue de l'instruction de la demande, la Commission des affaires municipales de l'Ontario a accordé à l'appelante 58 000 \$ pour perte commerciale et 335 000 \$ pour perte de la valeur marchande du bien-fonds. La Commission a rejeté la thèse de la province selon laquelle la construction de la nouvelle autoroute n'avait pas entravé ni modifié l'accès au relais routier : (2009), 96 L.C.R. 100, p. 114. Selon la Commission, le changement dans l'accès au relais routier résultant de la construction constituait une [TRADUCTION] « atteinte grave selon les règles de la nuisance » : p. 115. Elle a estimé que la construction de la nouvelle autoroute avait modifié la route 17 d'une manière qui restreignait considérablement l'accès au bien-fonds de l'appelante; la route 17 était devenue un « pâle reflet de ce qu'elle était avant le prolongement de l'autoroute 417 » : p. 115. Au vu de l'ensemble des circonstances, cette entrave était déraisonnable et découlait de la construction et non de l'utilisation de l'autoroute.

[14] The Board's decision was upheld on appeal to the Divisional Court of the Ontario Superior Court of Justice: 2010 ONSC 304, 100 O.R. (3d) 425. The court found that the Board had correctly articulated the law of private nuisance and had applied it reasonably. Specifically, the Divisional Court found that the Board had balanced the public utility of the highway construction against the appellant's interests in deciding that the interference caused by the Province was unreasonable.

[15] On the Province's further appeal to the Court of Appeal, the Board's decision was set aside and the appellant's claim dismissed. The Court of Appeal found that the Board's application of the law of private nuisance to the facts was unreasonable. In particular, the Court of Appeal concluded that the Board had failed to balance the competing rights of the Province and the appellant adequately in two respects. First, the Board failed to consider two of the three factors it was "obliged to take into account in assessing the reasonableness of the interference" with the appellant's use and enjoyment of its land, namely the character of the neighbourhood and the sensitivity of the complainant. Second, the Board "failed to recognize the elevated importance of the utility of the defendant's conduct where the interference is the product of 'an essential public service'": para. 129.

B. *Standard of Review*

[16] As I explained above, the Court of Appeal set aside the Board's decision because it unreasonably applied the law of private nuisance to the facts before it. The focus of the case is, therefore, on whether the Board appropriately carried out the balancing inherent in the law of private nuisance. As the Court of Appeal put it, "Whether there has been an unreasonable interference with the use and enjoyment of the plaintiff's land is a question of judgment based on all of the circumstances": para. 83. I agree with the Court of Appeal that the

[14] La décision de la Commission a été confirmée en appel devant la Cour divisionnaire de la Cour supérieure de justice de l'Ontario : 2010 ONSC 304, 100 O.R. (3d) 425. La cour a conclu que la Commission avait correctement formulé le droit relatif à la nuisance privée et l'avait appliqué de façon raisonnable. Plus particulièrement, la Cour divisionnaire a estimé que la Commission avait mis en balance l'utilité publique de la construction de l'autoroute et les intérêts de l'appelante pour statuer que l'atteinte causée par la province était déraisonnable.

[15] À la suite du nouvel appel interjeté par la province à la Cour d'appel, celle-ci a annulé la décision de la Commission et a rejeté la demande de l'appelante. La Cour d'appel a conclu que la Commission avait appliqué de façon déraisonnable aux faits le droit relatif à la nuisance privée. En particulier, la Cour d'appel a conclu qu'à deux égards, la Commission n'avait pas mis adéquatement en balance les droits opposés de la province et de l'appelante. En premier lieu, la Commission n'a pas examiné deux des trois facteurs qu'elle [TRADUCTION] « était tenue de prendre en compte dans l'évaluation du caractère raisonnable de l'atteinte » à l'utilisation et à la jouissance par l'appelante de son bien-fonds, à savoir les particularités du voisinage et la sensibilité de la demanderesse. En second lieu, la Commission « n'a pas reconnu l'importance accrue de l'utilité de la conduite de la défenderesse lorsque l'atteinte est le produit d'"un service public essentiel" » : par. 129.

B. *Norme de contrôle*

[16] Comme je l'ai expliqué précédemment, la Cour d'appel a annulé la décision de la Commission parce que celle-ci avait appliqué de façon déraisonnable le droit en matière de nuisance privée aux faits dont elle avait été saisie. Par conséquent, la question principale consiste à établir si la Commission a adéquatement effectué l'exercice d'équilibre inhérent au droit en matière de nuisance privée. Comme l'a indiqué la Cour d'appel, [TRADUCTION] « [d]éterminer s'il y a eu atteinte déraisonnable

Board's decision on this point should be reviewed for reasonableness.

[17] Before turning to the primary issue in this case, however, I will address three broader questions relating to the law of private nuisance.

C. *First Question: What Are the Elements of Private Nuisance?*

[18] The Court of Appeal concluded that a nuisance consists of an interference with the claimant's use or enjoyment of land that is both substantial and unreasonable: paras. 79-80. In my view, this conclusion is correct.

[19] The elements of a claim in private nuisance have often been expressed in terms of a two-part test of this nature: to support a claim in private nuisance the interference with the owner's use or enjoyment of land must be both *substantial* and *unreasonable*. A substantial interference with property is one that is non-trivial. Where this threshold is met, the inquiry proceeds to the reasonableness analysis, which is concerned with whether the non-trivial interference was also unreasonable in all of the circumstances. This two-part approach found favour with this Court in its most recent discussion of private nuisance and was adopted by the Court of Appeal in this case, at para. 80: *St. Lawrence Cement Inc. v. Barrette*, 2008 SCC 64, [2008] 3 S.C.R. 392, at para. 77; see also *St. Pierre v. Ontario (Minister of Transportation and Communications)*, [1987] 1 S.C.R. 906, at pp. 914-15, quoting with approval H. Street, *The Law of Torts* (6th ed. 1976), at p. 219; *Susan Heyes Inc. v. Vancouver (City)*, 2011 BCCA 77, 329 D.L.R. (4th) 92, at para. 75, leave to appeal refused [2011] 3 S.C.R. xi; *City of Campbellton v. Gray's Velvet Ice Cream Ltd.* (1981), 127 D.L.R. (3d) 436 (N.B.C.A.), at p. 441; *Royal Anne Hotel Co. v. Village of Ashcroft* (1979), 95 D.L.R. (3d) 756 (B.C.C.A.), at p. 760; *Fleming's The Law of Torts* (10th ed. 2011), at s. 21.80; J. Murphy and C. Witting,

à l'utilisation et à la jouissance du bien-fonds du demandeur constitue une question de jugement fondée sur l'ensemble des circonstances » : par. 83. Je conviens avec la Cour d'appel que la décision de la Commission à cet égard devrait être examinée afin de déterminer si elle était raisonnable.

[17] Toutefois, avant de me pencher sur la question principale en l'espèce, je répondrai à trois questions plus générales touchant le droit en matière de nuisance privée.

C. *Première question : Quels sont les éléments constitutifs de la nuisance privée?*

[18] La Cour d'appel a conclu que la nuisance consiste en une atteinte à la fois substantielle et déraisonnable à l'utilisation ou à la jouissance, par le demandeur, de son bien-fonds : par. 79-80. À mon avis, cette conclusion est bien fondée.

[19] Les éléments constitutifs d'une demande fondée sur une nuisance privée ont souvent été formulés sous la forme d'un critère à deux volets comme suit : une telle demande doit reposer sur une entrave à la fois *substantielle* et *déraisonnable* à l'utilisation ou à la jouissance, par le propriétaire, de son bien-fonds. Une atteinte substantielle à la propriété est celle qui n'est pas négligeable. Si cette condition préliminaire est satisfaite, l'examen porte ensuite sur l'analyse du caractère raisonnable, qui vise à établir si l'atteinte non négligeable était également déraisonnable compte tenu de l'ensemble des circonstances. Cette approche à deux volets a été accueillie favorablement par notre Cour dans sa plus récente analyse de la nuisance privée et a été adoptée par la Cour d'appel dans le présent litige, par. 80 : *Ciment du Saint-Laurent inc. c. Barrette*, 2008 CSC 64, [2008] 3 R.C.S. 392, par. 77; voir également *St. Pierre c. Ontario (Ministre des Transports et Communications)*, [1987] 1 R.C.S. 906, p. 914-915, citant avec approbation H. Street, *The Law of Torts* (6^e éd. 1976), p. 219; *Susan Heyes Inc. c. Vancouver (City)*, 2011 BCCA 77, 329 D.L.R. (4th) 92, par. 75, autorisation d'appel refusée [2011] 3 R.C.S. xi; *City of Campbellton c. Gray's Velvet Ice Cream Ltd.* (1981), 127 D.L.R. (3d) 436 (C.A.N.-B.), p. 441; *Royal Anne Hotel Co.*

Street on Torts (13th ed. 2012), at p. 443; L. N. Klar, *Tort Law* (5th ed. 2012), at p. 759.

[20] The two-part approach, it must be conceded, is open to criticism. It may sometimes introduce unnecessary complexity and duplication into the analysis. When it is applied, the gravity of the harm is, in a sense, considered twice: once in order to apply the substantial interference threshold and again in deciding whether the interference was unreasonable in all of the circumstances.

[21] On balance, however, my view is that we ought to retain the two-part approach with its threshold of a certain seriousness of the interference. The two-part approach is consistent with the authorities from this Court (as I noted above). It is also, in my view, analytically sound. Retaining a substantial interference threshold underlines the important point that not every interference, no matter how minor or transitory, is an actionable nuisance; some interferences must be accepted as part of the normal give and take of life. Finally, the threshold requirement of the two-part approach has a practical advantage: it provides a means of screening out weak claims before having to confront the more complex analysis of reasonableness.

[22] What does this threshold require? In *St. Lawrence Cement*, the Court noted that the requirement of substantial harm “means that compensation will not be awarded for trivial annoyances”: para. 77. In *St. Pierre*, while the Court was careful to say that the categories of nuisance are not closed, it also noted that only interferences that “substantially alte[r] the nature of the claimant’s property itself” or interfere “to a significant extent with the actual use being made of the property” are sufficient to ground a claim in nuisance: p. 915 (emphasis added). One can

c. Village of Ashcroft (1979), 95 D.L.R. (3d) 756 (C.A.C.-B.), p. 760; *Fleming’s The Law of Torts* (10^e éd. 2011), art. 21.80; J. Murphy et C. Witting, *Street on Torts* (13^e éd. 2012), p. 443; L. N. Klar, *Tort Law* (5^e éd. 2012), p. 759.

[20] L’approche à deux volets, il faut le reconnaître, n’est pas à l’abri des critiques. Elle peut parfois introduire dans l’analyse une certaine complexité et des chevauchements inutiles. Lorsqu’elle est appliquée, la gravité du préjudice est, dans un sens, examinée deux fois : d’abord dans le but d’appliquer le critère préliminaire de l’atteinte substantielle, puis encore pour décider si l’atteinte était déraisonnable compte tenu de l’ensemble des circonstances.

[21] Toutefois, tout bien considéré, je suis d’avis de retenir l’approche à deux volets et son critère préliminaire exigeant une certaine gravité de l’atteinte. Cette approche est conforme aux décisions de notre Cour (comme je l’ai déjà dit). À mon sens, elle est également valide sur le plan analytique. Le maintien du critère préliminaire de l’atteinte substantielle souligne l’importance du fait que ce ne sont pas toutes les atteintes, aussi mineures ou éphémères soient-elles, qui donnent ouverture à une action fondée sur la nuisance; certaines atteintes doivent être acceptées comme faisant partie des concessions mutuelles normales de la vie. Enfin, la condition préliminaire de l’approche à deux volets comporte un avantage pratique : elle permet d’écarter les demandes peu justifiées avant d’entreprendre l’analyse plus complexe du caractère raisonnable de l’atteinte.

[22] Quelles sont les exigences de ce critère préliminaire? Dans l’arrêt *Ciment du Saint-Laurent*, la Cour a souligné que la condition d’un préjudice substantiel signifie que « les inconvénients insignifiants ne seront pas indemnisés » : par. 77. Dans l’arrêt *St. Pierre*, bien que la Cour ait pris soin de mentionner que les catégories de nuisance ne sont pas immuables, elle a également précisé que seul l’acte qui « a modifié de façon importante la nature du bien même du plaignant » ou qui a entravé « de manière importante l’utilisation réelle qu’il faisait du bien » permet de justifier une demande

ascertain from these authorities that a substantial injury to the complainant's property interest is one that amounts to more than a slight annoyance or trifling interference. As La Forest J. put it in *Tock v. St. John's Metropolitan Area Board*, [1989] 2 S.C.R. 1181, actionable nuisances include "only those inconveniences that materially interfere with ordinary comfort as defined according to the standards held by those of plain and sober tastes", and not claims based "on the prompting of excessive 'delicacy and fastidiousness'": p. 1191. Claims that are clearly of this latter nature do not engage the reasonableness analysis.

[23] In referring to these statements I do not mean to suggest that there are firm categories of types of interference which determine whether an interference is or is not actionable, a point I will discuss in more detail later. Nuisance may take a variety of forms and may include not only actual physical damage to land but also interference with the health, comfort or convenience of the owner or occupier: *Tock*, at pp. 1190-91. The point is not that there is a typology of actionable interferences; the point is rather that there is a threshold of seriousness that must be met before an interference is actionable.

[24] I therefore find that a private nuisance cannot be established where the interference with property interests is not, at least, substantial. To justify compensation, however, the interference must also be unreasonable. This second part of the private nuisance test is the focus of the next two issues to which I now turn.

D. Second Question: How Is Reasonableness Assessed in the Context of Interference Caused by Projects That Further the Public Good?

[25] The main question here is how reasonableness should be assessed when the activity

fondée sur la nuisance : p. 915 (je souligne). Ces décisions peuvent nous amener à déterminer qu'un préjudice substantiel causé aux intérêts de propriétaire du plaignant correspond à plus qu'une légère indisposition ou une entrave insignifiante. Comme l'a dit le juge La Forest dans l'arrêt *Tock c. St. John's Metropolitan Area Board*, [1989] 2 R.C.S. 1181, les nuisances qui ouvrent droit à une action comprennent les « seuls inconvénients qui préjudicient sensiblement au confort ordinaire selon les normes de ceux qui ont un goût simple et réservé », et non les demandes découlant « "d'un caprice ou d'une exigence" excessifs » : p. 1191. Les demandes qui font clairement partie de cette dernière catégorie ne donnent pas lieu à l'analyse du caractère raisonnable de l'atteinte.

[23] En renvoyant à ces énoncés, je ne veux pas laisser entendre qu'il existe des catégories étanches d'atteintes qui déterminent si une atteinte donne ouverture ou non à une action, une question que j'analyserai de façon plus approfondie plus loin. La nuisance peut revêtir différentes formes et comprendre non seulement des dommages matériels réels au bien-fonds, mais aussi une atteinte à la santé, au confort ou aux commodités du propriétaire ou de l'occupant : *Tock*, p. 1190-1191. L'idée n'est pas qu'il y ait une typologie d'atteintes donnant ouverture à une action; il importe plutôt qu'un critère préliminaire de gravité de l'atteinte soit respecté pour que l'atteinte donne ouverture à une action.

[24] Je conclus donc qu'une nuisance privée ne peut être établie lorsque l'atteinte aux intérêts de propriétaire n'est pas, à tout le moins, substantielle. Pour justifier l'indemnité, toutefois, l'atteinte doit également être déraisonnable. Cette deuxième partie du critère relatif à la nuisance privée fait l'objet des deux prochaines questions que j'aborde maintenant.

D. Deuxième question : Comment le caractère raisonnable de l'atteinte est-il évalué dans le contexte d'une atteinte causée par des projets qui servent l'intérêt public?

[25] La question principale en l'espèce est de savoir comment le caractère raisonnable de

causing the interference is carried out by a public authority for the greater public good. As in other private nuisance cases, the reasonableness of the interference must be assessed in light of all of the relevant circumstances. The focus of that balancing exercise, however, is on whether the interference is such that it would be unreasonable in all of the circumstances to require the claimant to suffer it without compensation.

[26] In the traditional law of private nuisance, the courts assess, in broad terms, whether the interference is unreasonable by balancing the gravity of the harm against the utility of the defendant's conduct in all of the circumstances: see, e.g., A. M. Linden and B. Feldthusen, *Canadian Tort Law* (9th ed. 2011), at p. 580. The Divisional Court and the Court of Appeal identified several factors that have often been referred to in assessing whether a substantial interference is also unreasonable. In relation to the gravity of the harm, the courts have considered factors such as the severity of the interference, the character of the neighbourhood and the sensitivity of the plaintiff: see, e.g., *Tock*, at p. 1191. The frequency and duration of an interference may also be relevant in some cases: *Royal Anne Hotel*, at pp. 760-61. A number of other factors, which I will turn to shortly, are relevant to consideration of the utility of the defendant's conduct. The point for now is that these factors are not a checklist; they are simply "[a]mong the criteria employed by the courts in delimiting the ambit of the tort of nuisance": *Tock*, at p. 1191; J. P. S. McLaren, "Nuisance in Canada", in A. M. Linden, ed., *Studies In Canadian Tort Law* (1968), 320, at pp. 346-47. Courts and tribunals are not bound to, or limited by, any specific list of factors. Rather, they should consider the substance of the balancing exercise in light of the factors relevant in the particular case.

[27] The way in which the utility of the defendant's conduct should be taken into account in the

atteinte devrait être évalué lorsque l'activité causant l'atteinte est exercée par une autorité publique en vue de servir l'intérêt supérieur du public. Comme dans les autres affaires de nuisance privée, le caractère raisonnable de l'atteinte doit être évalué eu égard à l'ensemble des circonstances pertinentes. Cet exercice de mise en balance est toutefois axé sur la question de savoir si l'atteinte est d'une telle gravité qu'il serait déraisonnable, compte tenu de l'ensemble des circonstances, d'exiger que le demandeur la subisse sans être indemnisé.

[26] Dans le droit traditionnel en matière de nuisance privée, les tribunaux évaluent de façon générale si l'atteinte est déraisonnable en mettant en balance la gravité du préjudice d'une part, et l'utilité de la conduite du défendeur d'autre part, compte tenu de l'ensemble des circonstances : voir, p. ex., A. M. Linden et B. Feldthusen, *Canadian Tort Law* (9^e éd. 2011), p. 580. La Cour divisionnaire et la Cour d'appel ont relevé plusieurs facteurs souvent évoqués pour déterminer si une atteinte substantielle est également déraisonnable. Quant à la gravité du préjudice, les cours de justice ont tenu compte de facteurs tels la gravité de l'atteinte, les particularités du voisinage et la sensibilité du demandeur : voir, p. ex., *Tock*, p. 1191. La fréquence et la durée de l'atteinte peuvent également constituer des facteurs pertinents dans certains cas : *Royal Anne Hotel*, p. 760-761. Plusieurs autres facteurs, sur lesquels je me pencherai plus loin, sont pertinents lorsqu'il s'agit d'examiner l'utilité de la conduite du défendeur. Ce qu'il importe de retenir pour l'instant, c'est que ces facteurs ne forment pas une liste de vérification; ils figurent simplement « [p]armi les critères utilisés [par les tribunaux] pour déterminer l'étendue du délit de nuisance » : *Tock*, p. 1191; J. P. S. McLaren, « Nuisance in Canada », dans A. M. Linden, dir., *Studies In Canadian Tort Law* (1968), 320, p. 346-347. Les cours de justice et les tribunaux administratifs ne sont pas tenus d'utiliser une liste précise de facteurs, et rien ne les oblige à s'en tenir à une telle liste. Ils doivent plutôt s'attacher à la substance de l'exercice de mise en balance, eu égard aux facteurs pertinents d'une affaire.

[27] La façon dont l'utilité de la conduite du défendeur devrait être prise en considération dans

reasonableness analysis is particularly important in this case and would benefit from some explanation.

[28] The first point is that there is a distinction between the utility of the conduct, which focuses on its purpose, such as construction of a highway, and the nature of the defendant's conduct, which focuses on how that purpose is carried out. Generally, the focus in nuisance is on whether the *interference suffered by the claimant* is unreasonable, not on whether *the nature of the defendant's conduct* is unreasonable. This point was made by the court in *Jespersion's Brake & Muffler Ltd. v. Chilliwack (District)* (1994), 88 B.C.L.R. (2d) 230 (C.A.). In that case, the construction of an overpass resulted in a 40 percent drop in the market value of the claimant's lands. The statutory authority argued that the claimant had to establish (and had failed to do so) that *the statutory authority* had used *its* land unreasonably. The Court of Appeal correctly rejected that contention. The focus of the reasonableness analysis in private nuisance is on the character and extent of the interference with the claimant's land; the burden on the claimant is to show that the interference is substantial and unreasonable, not to show that the defendant's use of its own land is unreasonable.

[29] The nature of the defendant's conduct is not, however, an irrelevant consideration. Where the conduct is either malicious or careless, that will be a significant factor in the reasonableness analysis: see, e.g., *Linden and Feldthusen*, at pp. 590-91; *Fleming*, at s. 21.110; *Murphy and Witting*, at p. 439. Moreover, where the defendant can establish that his or her conduct was reasonable, that can be a relevant consideration, particularly in cases where a claim is brought against a public authority. A finding of reasonable conduct will not, however, necessarily preclude a finding of liability. The editors of *Fleming's The Law of Torts* put this point well at s. 21.120:

l'analyse du caractère raisonnable de l'atteinte revêt une importance particulière en l'espèce et gagnerait à être expliquée.

[28] Premièrement, il existe une distinction entre l'utilité de la conduite, qui est axée sur son objectif, telle la construction d'une route, et la nature de la conduite du défendeur, qui met l'accent sur la manière dont l'objectif est réalisé. En général, il s'agit de déterminer, en matière de nuisance, si *l'atteinte subie par le demandeur* est déraisonnable, et non si *la nature de la conduite du défendeur* est déraisonnable. C'est ce qu'a fait remarquer le tribunal dans *Jespersion's Brake & Muffler Ltd. c. Chilliwack (District)* (1994), 88 B.C.L.R. (2d) 230 (C.A.). Dans cette affaire, la construction d'un passage supérieur a entraîné une diminution de 40 pour 100 de la valeur marchande du bien-fonds du demandeur. L'autorité légalement compétente a fait valoir que le demandeur devait établir (mais n'y est pas parvenu) que *l'autorité légalement compétente* avait utilisé *son* bien-fonds de façon déraisonnable. La Cour d'appel a rejeté à bon droit cette prétention. L'analyse du caractère raisonnable de l'atteinte, en droit relatif à la nuisance privée, est centrée sur la nature et l'étendue de l'atteinte au bien-fonds du demandeur; le demandeur doit démontrer que l'atteinte est substantielle et déraisonnable, et non que l'utilisation que fait le défendeur de son propre bien-fonds est déraisonnable.

[29] La nature de la conduite du défendeur n'est toutefois pas dénuée de pertinence. Ainsi, le caractère malicieux ou insouciant de la conduite jouera un rôle important dans l'analyse du caractère raisonnable de l'atteinte : voir, p. ex., *Linden et Feldthusen*, p. 590-591; *Fleming*, art. 21.110; *Murphy et Witting*, p. 439. De plus, lorsque le défendeur est à même d'établir le caractère raisonnable de sa conduite, cela peut devenir un facteur pertinent, particulièrement dans les cas où une demande est présentée contre une autorité publique. Toutefois, une conclusion de conduite raisonnable n'empêchera pas nécessairement de conclure à la responsabilité du défendeur. Les directrices de la rédaction de *Fleming's The Law of Torts* l'indiquent clairement à l'art. 21.120 :

. . . unreasonableness in nuisance relates primarily to the character and extent of the harm caused rather than that threatened. . . . [T]he “duty” not to expose one’s neighbours to a nuisance is not necessarily discharged by exercising reasonable care or even all possible care. In that sense, therefore, liability is strict. At the same time, evidence that the defendant has taken all possible precaution to avoid harm is not immaterial, because it has a bearing on whether he subjected the plaintiff to an unreasonable interference, and is decisive in those cases where the offensive activity is carried on under statutory authority. . . . [I]n nuisance it is up to the defendant to exculpate himself, once a prima facie infringement has been established, for example, by proving that his own use was “natural” and not unreasonable. [Emphasis added.]

[30] The second point is that the utility of the defendant’s conduct is especially significant in claims against public authorities. Even where a public authority is involved, however, the utility of its conduct is always considered in light of the other relevant factors in the reasonableness analysis; it is not, by itself, an answer to the reasonableness inquiry. Moreover, in the reasonableness analysis, the severity of the harm and the public utility of the impugned activity are not equally weighted considerations. If they were, an important public purpose would always override even very significant harm caused by carrying it out. As the editors of *Fleming’s The Law of Torts* put it, the utility consideration “must not be pushed too far. . . . [A] defendant cannot simply justify his infliction of great harm upon the plaintiff by urging that a greater benefit to the public at large has accrued from his conduct”: s. 21.110. The words of McIntyre J.A. in *Royal Anne Hotel* are apposite:

There is no reason why a disproportionate share of the cost of such a beneficial service should be visited upon one member of the community by leaving him uncompensated for damage caused by the existence of that which benefits the community at large. [p. 761]

[TRADUCTION] . . . en matière de nuisance, le caractère déraisonnable de l’atteinte fait principalement référence à la nature et à l’étendue du préjudice causé plutôt que du préjudice que l’on risque de causer. [. . .] [L]a personne qui agit avec diligence raisonnable ou même avec toute la diligence possible ne s’acquitte pas forcément de son « obligation » de ne pas exposer ses voisins à une nuisance. En ce sens, donc, la responsabilité est stricte. En même temps, la preuve que le défendeur a pris toutes les précautions possibles pour éviter le préjudice n’est pas sans importance, parce qu’elle a une incidence sur la question de savoir si le défendeur a fait subir au demandeur une atteinte déraisonnable, et elle est déterminante dans les cas où l’activité préjudiciable est exécutée aux termes d’une loi. [. . .] [E]n matière de nuisance, il appartient au défendeur de se disculper, une fois qu’une atteinte *prima facie* a été établie, en prouvant par exemple que sa propre utilisation était « naturelle » et n’était pas déraisonnable. [Je souligne.]

[30] Deuxièmement, l’utilité de la conduite du défendeur est particulièrement importante dans le cas des demandes présentées contre une autorité publique. Toutefois, même lorsqu’une autorité publique est en cause, on examine toujours l’utilité de sa conduite en tenant compte des autres facteurs pertinents dans l’analyse du caractère raisonnable de l’atteinte; l’utilité de sa conduite ne constitue pas, en soi, une réponse à cette appréciation du caractère raisonnable. De plus, la gravité du préjudice et l’utilité, pour le public, de l’activité contestée ne sont pas des facteurs revêtant le même poids dans cette analyse. Si tel était le cas, un objectif public important l’emporterait toujours, même sur un préjudice considérable causé par sa réalisation. Comme le font remarquer les directrices de la rédaction de *Fleming’s The Law of Torts*, le facteur de l’utilité [TRADUCTION] « ne doit pas être poussé trop loin. [. . .] [U]n défendeur ne peut simplement justifier le fait qu’il a infligé un important préjudice au demandeur en faisant valoir que sa conduite a apporté des bénéfices plus importants au public en général » : art. 21.110. Il convient de reprendre le propos du juge McIntyre dans l’arrêt *Royal Anne Hotel* :

[TRADUCTION] Il n’y a aucune raison pour qu’une portion disproportionnée du prix d’un service si avantageux soit imputée à un membre de la collectivité en le privant d’une indemnité pour les dommages causés par l’existence de ce qui avantage l’ensemble de la collectivité. [p. 761]

[31] *The Queen v. Loiselle*, [1962] S.C.R. 624, demonstrates that even a very important public purpose does not simply outweigh the individual harm to the claimant. Mr. Loiselle operated a garage and service station on the main Montréal-Valleyfield highway. His business ended up on a dead-end highway as a result of the construction of the St. Lawrence Seaway. This Court upheld an award of compensation for injurious affection, noting that the “statutory authority given to construct the works in question was . . . expressly made subject to the obligation to pay compensation for damage to lands injuriously affected”: p. 627. In other words, the landowner was entitled to compensation even though construction of the Seaway served an important public objective.

[32] Other Canadian appellate authority has also recognized this point.

[33] In *Newfoundland (Minister of Works, Services and Transportation) v. Airport Realty Ltd.*, 2001 NFCA 45, 205 Nfld. & P.E.I.R. 95, the Court of Appeal considered an award of \$300,000 for compensation for damage flowing from the reconstruction of the access road to the St. John’s airport. The court correctly rejected the position that the utility of a public work can simply be balanced against the severity of the harm as if they were equal considerations: para. 39. If, as was argued before the Court of Appeal, the two factors were simply compared, one against the other, a high degree of public utility would always trump even very extensive interference. Such an approach, as I will explain, defeats the purpose of legislation that provides compensation for injurious affection.

[34] *Mandrake Management Consultants Ltd. v. Toronto Transit Commission* (1993), 62 O.A.C. 202, concerned a claim in nuisance on the basis that subway lines caused noise and vibrations affecting the plaintiffs’ enjoyment of their property. In allowing the appeal from an award of damages, the Court of Appeal noted that “where an essential

[31] L’arrêt *The Queen c. Loiselle*, [1962] R.C.S. 624, illustre bien le fait que même un objectif public très important ne l’emporte pas tout simplement sur le préjudice individuel subi par le demandeur. M. Loiselle exploitait un garage et une station-service sur la route principale Montréal-Valleyfield. Son entreprise s’est finalement retrouvée dans un cul-de-sac en raison de la construction de la Voie maritime du Saint-Laurent. Notre Cour a confirmé l’indemnité accordée pour effet préjudiciable, soulignant que [TRADUCTION] « [l]’autorisation législative donnée pour la construction de l’ouvrage en question [...] prévoyait expressément l’obligation de verser une indemnité pour dommages aux biens-fonds ayant subi un préjudice » : p. 627. Autrement dit, le propriétaire du bien-fonds avait droit à une indemnité même si la construction de la Voie maritime répondait à un objectif public important.

[32] D’autres tribunaux d’appel canadiens ont également reconnu ce point.

[33] Dans l’arrêt *Newfoundland (Minister of Works, Services and Transportation) c. Airport Realty Ltd.*, 2001 NFCA 45, 205 Nfld. & P.E.I.R. 95, la Cour d’appel a examiné une décision d’accorder une indemnité de 300 000 \$ pour dommages découlant de la reconstruction de la route donnant accès à l’aéroport de St. John’s. La cour a rejeté à bon droit la thèse selon laquelle l’utilité d’un ouvrage public peut être simplement mise en balance avec la gravité du préjudice comme s’il s’agissait de facteurs d’égale valeur : par. 39. Si, comme il a été soutenu devant la Cour d’appel, on comparait simplement ces deux facteurs, une grande utilité publique l’emporterait toujours, même sur une atteinte très considérable. Comme je l’expliquerai, une telle approche contrecarre l’objet des dispositions législatives qui prévoient l’indemnisation d’un effet préjudiciable.

[34] L’arrêt *Mandrake Management Consultants Ltd. c. Toronto Transit Commission* (1993), 62 O.A.C. 202, portait sur une demande fondée sur la nuisance au motif que les lignes de métro causaient du bruit et des vibrations empêchant les demandeurs de jouir de leur propriété. En accueillant l’appel d’une décision accordant des dommages-intérêts, la

public service is involved the factor of the utility of the defendant's conduct must not be disregarded. Indeed, I think it must be given substantial weight": para. 46. The court noted, however, that "private rights cannot be trampled upon in the name of the public good": para. 46. It also underlined this point by quoting, at para. 19, the following passage with approval: "Liability for damages is imposed in those cases in which the harm or risk to one is greater than he ought to be required to bear under the circumstances, at least without compensation": *Schenck v. The Queen* (1981), 34 O.R. (2d) 595 (H.C.J.), *per* Robins J. (as he then was), at p. 603, citing *Restatement of the Law, Second: Torts 2d* (1979), vol. 4, at §822 (emphasis added). In other words, the question is not simply whether the broader public good outweighs the individual interference when the two are assigned equal weight. Rather, the question is whether the interference is greater than the individual should be expected to bear in the public interest without compensation.

[35] The court's statement in *Mandrake* that the utility of the defendant's conduct should be given "substantial weight" must be viewed in the context of this point. The court, in conducting its analysis, did not simply conclude that the public benefit outweighed the individual harm. Instead, it considered all of the circumstances, including: the essentially commercial nature of the area, in which people operating businesses are required to put up with a considerably greater intrusion on their sensibilities than do people living in residential areas; the fact that the presence of the subway had no negative effect on the profitability of the plaintiffs' business; the absence of material damage to the building; and the fact that the noise and vibrations of which the claimants complained were the inevitable result of the operation of the subway.

[36] *Mandrake*, therefore, does not support a simple trumping of the private interest by the

Cour d'appel a signalé que [TRADUCTION] « lorsqu'un service public essentiel est en cause, le facteur relatif à l'utilité de la conduite du défendeur ne doit pas être négligé. Je crois en fait qu'il faut lui accorder une grande importance » : par. 46. Cependant, la cour a aussi indiqué que « les droits privés ne peuvent être brimés au nom de l'intérêt public » : par. 46. Elle a également souligné ce point en citant, au par. 19, le passage suivant avec approbation : [TRADUCTION] « La responsabilité pour des dommages est imposée dans les cas où le préjudice ou le risque subi par la personne est plus élevé que ce qu'elle devrait être tenue de supporter dans les circonstances, du moins sans indemnité » : *Schenck c. The Queen* (1981), 34 O.R. (2d) 595 (H.C.J.), le juge Robins (plus tard juge à la Cour d'appel), p. 603, citant *Restatement of the Law, Second : Torts 2d* (1979), vol. 4, §822 (je souligne). Autrement dit, la question n'est pas simplement de savoir si l'intérêt public en général l'emporte sur l'atteinte individuelle lorsque l'on accorde une importance égale aux deux facteurs. Il s'agit plutôt de savoir si l'atteinte est plus importante que ce que l'individu doit s'attendre à subir sans indemnité dans l'intérêt public.

[35] C'est dans ce contexte que doit être interprété le propos du tribunal, dans l'affaire *Mandrake*, suivant lequel il faudrait accorder une [TRADUCTION] « grande importance » à l'utilité de la conduite du défendeur. En effectuant son analyse, le tribunal n'a pas simplement conclu que le bien public l'emportait sur le préjudice individuel. Il a plutôt tenu compte de toutes les circonstances, y compris la nature essentiellement commerciale du secteur, où les gens exploitant leurs entreprises sont tenus de tolérer une intrusion considérablement plus grande relativement à leur sensibilité que ne le sont les gens vivant dans des secteurs résidentiels, le fait que la présence du métro n'avait aucun effet négatif sur la rentabilité de l'entreprise des demandeurs, que l'immeuble n'avait subi aucun dommage matériel et, enfin, que le bruit et les vibrations dont se plaignaient les demandeurs constituaient un effet inévitable de l'exploitation du métro.

[36] Par conséquent, l'arrêt *Mandrake* n'appuie pas l'idée que l'intérêt privé soit simplement éclipsé

public utility of the defendant's conduct, but rather a careful weighing of interests taking into account all of the circumstances. The question asked and answered by the court was not simply whether the public benefit outweighed the private interference, but whether that interference, in light of all of the circumstances, was more than the plaintiffs could reasonably be expected to bear without compensation.

[37] Similarly, the concluding comments in McIntyre J.'s judgment in *St. Pierre* must be read in context. The case concerned a claim for injurious affection arising out of highway construction. The Court unanimously upheld the dismissal of the claim, agreeing with the Court of Appeal that the claimants complained only of loss of amenities — primarily view and privacy — resulting from the construction. In the context of a claim of that nature, McIntyre J. noted:

Highways are necessary: they cause disruption. In the balancing process inherent in the law of nuisance, their utility for the public good far outweighs the disruption and injury which is visited upon some adjoining lands. [p. 916]

These comments must be understood in relation to the nature of the alleged injury in that case which, as noted, was a simple loss of amenities. It is clear that these comments do not stand for the broader proposition that great public good out-balances even very significant interference. McIntyre J. quoted with approval the Court's earlier decision in *Loiselle* which I referred to earlier. In that case, the significant public good resulting from the seaway construction did not outweigh the significant interference with access to Mr. Loiselle's property. *Loiselle* and *St. Pierre* would obviously be in conflict if *St. Pierre* were thought to stand for the broad proposition that great public good outweighs even significant interference. Yet McIntyre J. saw no such inconsistency. Moreover, such a broad reading of *St. Pierre* would undermine the statutory

par l'utilité publique de la conduite du défendeur, mais appuie plutôt une mise en balance attentive des intérêts en tenant compte de toutes les circonstances. La question posée à la Cour et à laquelle elle a répondu n'était pas simplement de savoir si le bien public l'emportait sur l'atteinte privée, mais bien de savoir si cette atteinte, eu égard à toutes les circonstances, était plus importante que ce que les demandeurs pouvaient raisonnablement s'attendre à subir sans indemnité.

[37] De même, les remarques du juge McIntyre en conclusion de son jugement dans l'arrêt *St. Pierre* doivent être interprétées dans leur contexte. Cette affaire concernait une demande d'indemnité pour effet préjudiciable découlant de la construction d'une route. Notre Cour a confirmé à l'unanimité le rejet de la demande, convenant avec la Cour d'appel que les demandeurs se plaignaient uniquement d'une perte d'agrément — principalement sur le plan de la perspective et de l'intimité — découlant de la construction. Dans le contexte d'une demande de cette nature, le juge McIntyre s'est exprimé ainsi :

Les routes sont nécessaires : elles causent des inconvénients. Dans l'exercice d'équilibre inhérent au droit de la nuisance, leur utilité pour le bien public l'emporte de beaucoup sur les inconvénients et les préjudices que subissent certains biens-fonds adjacents. [p. 916]

Il faut interpréter ces propos eu égard à la nature du préjudice reproché dans cette affaire qui, comme je l'ai déjà indiqué, concernait une simple perte d'agrément. De toute évidence, ces propos ne permettent pas d'affirmer plus généralement que le grand intérêt public l'emporte même sur une atteinte très importante. Le juge McIntyre a cité en l'approuvant l'arrêt antérieur de la Cour dans *Loiselle*, mentionné précédemment. Dans cette affaire, l'intérêt public important résultant de la construction de la Voie maritime ne l'a pas emporté sur l'entrave importante à l'accès à la propriété de M. Loiselle. Les arrêts *Loiselle* et *St. Pierre* seraient évidemment en conflit si l'on interprétait *St. Pierre* comme appuyant la proposition générale selon laquelle le grand intérêt public l'emporte même sur une atteinte importante. Or, le juge McIntyre

purpose of providing a right of compensation for injurious affection.

[38] Generally speaking, the acts of a public authority will be of significant utility. If simply put in the balance with the private interest, public utility will generally outweigh even very significant interferences with the claimant's land. That sort of simple balancing of public utility against private harm undercuts the purpose of providing compensation for injurious affection. That purpose is to ensure that individual members of the public do not have to bear a disproportionate share of the cost of procuring the public benefit. This purpose is fulfilled, however, if the focus of the reasonableness analysis is kept on whether it is reasonable for the individual to bear the interference without compensation, not on whether it was reasonable for the statutory authority to undertake the work. In short, the question is whether the damage flowing from the interference should be properly viewed as a cost of "running the system" and therefore borne by the public generally, or as the type of interference that should properly be accepted by an individual as part of the cost of living in organized society: *Tock*, at p. 1200.

[39] The point was well put by Robins J. in *Schenck*, a decision approved by La Forest J. in *Tock*. In allowing the plaintiffs' action for nuisance resulting from damage to their orchards from salt applied to a nearby highway, Robins J. said:

. . . their injury is a cost of highway maintenance and the harm suffered by them is greater than they should be required to bear in the circumstances, at least without compensation. Fairness between the citizen and the state demands that the burden imposed be borne by the public generally and not by the plaintiff fruit farmers alone. [Emphasis added; pp. 604-5.]

n'a vu aucune contradiction de la sorte. De plus, une interprétation aussi large de l'arrêt *St. Pierre* minerait l'objectif législatif de conférer le droit à une indemnité pour effet préjudiciable.

[38] En règle générale, les actes d'une autorité publique sont très utiles. Si l'utilité publique est simplement mise en balance avec l'intérêt privé, elle l'emportera généralement, même sur des atteintes très importantes au bien-fonds du demandeur. Ce genre de simple mise en balance de l'utilité publique et du préjudice privé contrecarre l'objectif d'accorder une indemnité pour effet préjudiciable. Cet objectif vise à garantir que des membres du public n'aient pas à supporter, à titre individuel, une part disproportionnée du prix à payer pour servir l'intérêt public. Cet objectif est toutefois atteint si l'analyse du caractère raisonnable de l'atteinte se concentre sur la question de savoir s'il est raisonnable pour l'individu de subir l'atteinte sans indemnité, et non s'il est raisonnable pour l'autorité légalement compétente de réaliser l'ouvrage. Bref, il s'agit de savoir si les dommages découlant de l'atteinte devraient être considérés à bon droit comme un coût « d'exploitation du système » que devrait donc supporter le public en général, ou comme le type d'atteinte que devraient accepter les individus comme partie du prix à payer pour vivre en société organisée : *Tock*, p. 1200.

[39] Dans l'affaire *Schenck*, une décision approuvée par le juge La Forest dans *Tock*, le juge Robins a bien expliqué ce raisonnement. En accueillant l'action des demandeurs fondée sur la nuisance résultant des dommages causés à leurs vergers par le sel répandu sur une autoroute à proximité, le juge Robins a affirmé ce qui suit :

[TRADUCTION] . . . leur préjudice est le coût de l'entretien de l'autoroute et le préjudice qu'ils ont subi est plus élevé que ce qu'ils devraient être tenus de subir dans les circonstances, du moins sans indemnité. L'équité entre le citoyen et l'État exige que le fardeau imposé soit supporté par le public en général et non par les exploitants de vergers demandeurs, à eux seuls. [Je souligne; p. 604-605.]

The distinction is thus between, on one hand, interferences that constitute the “give and take” expected of everyone and, on the other, interferences that impose a disproportionate burden on individuals. That in my view is at the heart of the balancing exercise involved in assessing the reasonableness of an interference in light of the utility of the public authority’s conduct.

[40] Of course, not every substantial interference arising from a public work will be unreasonable. The reasonableness analysis should favour the public authority where the harm to property interests, considered in light of its severity, the nature of the neighbourhood, its duration, the sensitivity of the plaintiff and other relevant factors, is such that the harm cannot reasonably be viewed as more than the claimant’s fair share of the costs associated with providing a public benefit. This outcome is particularly appropriate where the public authority has made all reasonable efforts to reduce the impact of its works on neighbouring properties.

[41] It is clear, for example, that everyone must put up with a certain amount of temporary disruption caused by essential construction. Although not a case involving a public authority, the judgment of Sir Wilfrid Greene M.R. in *Andreae v. Selfridge & Co.*, [1938] 1 Ch. 1, is instructive:

. . . when one is dealing with temporary operations, such as demolition and re-building, everybody has to put up with a certain amount of discomfort, because operations of that kind cannot be carried on at all without a certain amount of noise and a certain amount of dust. Therefore, the rule with regard to interference must be read subject to this qualification . . . that in respect of operations of this character, such as demolition and building, if they are reasonably carried on and all proper and reasonable steps are taken to ensure that no undue inconvenience is caused to the neighbours, whether from noise, dust, or other reasons, the neighbours must put up with it. [pp. 5-6]

Il s’agit donc de distinguer entre, d’une part, les atteintes qui constituent les « concessions mutuelles » auxquelles on s’attend de tous et, d’autre part, les atteintes qui imposent aux particuliers un fardeau disproportionné. À mon sens, cette distinction se retrouve au cœur même de l’exercice de mise en balance auquel il faut se livrer pour évaluer le caractère raisonnable d’une atteinte en tenant compte de l’utilité de la conduite de l’autorité publique.

[40] Bien entendu, les atteintes substantielles découlant d’un ouvrage public ne sont pas toutes déraisonnables. L’analyse du caractère raisonnable de l’atteinte devrait favoriser l’autorité publique si le préjudice causé à des droits de propriété — examiné en fonction de sa gravité, des particularités du voisinage, de sa durée, de la sensibilité du demandeur et d’autres facteurs pertinents — est tel qu’il ne peut être raisonnablement considéré comme étant plus grand que la juste part du demandeur dans les coûts associés à l’offre d’un bien public. Ce résultat est d’autant plus approprié dans les cas où l’autorité publique a déployé tous les efforts raisonnables pour réduire l’incidence de ses travaux sur les biens-fonds avoisinants.

[41] Par exemple, il ne fait aucun doute que tout le monde doit tolérer un certain nombre de perturbations temporaires causées par des travaux de construction essentiels. Bien qu’il ne porte pas sur une affaire mettant en cause une autorité publique, le jugement rendu par Sir Wilfrid Greene, maître des rôles, dans *Andreae c. Selfridge & Co.*, [1938] 1 Ch. 1, est instructif :

[TRADUCTION] . . . lorsque l’on a affaire à des activités temporaires, comme une démolition et une reconstruction, tout le monde doit tolérer un certain inconfort, parce que les activités de cette nature ne peuvent être menées sans un certain niveau de bruit ni une certaine quantité de poussière. Par conséquent, la règle applicable aux atteintes doit être interprétée en tenant compte de la réserve suivante, [. . .] soit que le voisinage doit tolérer les activités de cette nature, comme la démolition et la construction, si elles sont raisonnablement menées et que toutes les mesures appropriées et raisonnables sont prises pour veiller à ce qu’aucun inconfort abusif ne soit causé au voisinage, que ce soit par le bruit, la poussière ou pour d’autres raisons. [p. 5-6]

[42] There are several important ideas in this quotation. One is that the duration of the interference is a relevant consideration. Admittedly, duration was not a relevant factor in this case because the injury was permanent. In cases where it is relevant however, it is helpful to consider that some sorts of temporary inconvenience are more obviously part of the normal “give and take” than are more prolonged interferences. While temporary interferences may certainly support a claim in nuisance in some circumstances, interferences that persist for a prolonged period of time will be more likely to attract a remedy: see, in the context of public nuisance, *Wildtree Hotels Ltd. v. Harrow London Borough Council*, [2001] 2 A.C. 1 (H.L.).

[43] Another important idea is that the traditional consideration relating to the character of the neighbourhood may be highly relevant in the overall balancing. This point is particularly relevant in cases where a claim is brought against a public authority. As Michael Senzilet has written,

With the urban environments of today, people live much closer together and much closer to public corridors than they did 100 years ago In today’s urban fabric, buildings are closer together, closer to roads, building lots are smaller, and there are far more public projects that are both possible and required. Surely, the choice of living in the urban core, in a suburb, or in the countryside exposes one to differences and one’s choice must be made taking into account those differences.

(“Compensation for Injurious Affection Where No Land Is Taken”, unpublished LL.M. thesis, University of Ottawa (1987), at p. 73)

[44] A final point emerging from the *Andrae* case, which I alluded to above, relates to the manner in which the work is carried out. While nuisance focuses mainly on the harm and not on the blameworthiness of the defendant’s conduct, the fact that a public work is carried out with “all reasonable regard and care” for the affected citizens

[42] Cette citation comporte plusieurs idées importantes. Selon une de ces idées, la durée de l’atteinte constitue un facteur pertinent. La durée n’était certes pas pertinente en l’espèce puisque le préjudice était permanent. Par contre, dans les cas où la durée est pertinente, il est utile de songer que certains types d’inconvénients temporaires font plus évidemment partie des « concessions mutuelles » normales que les atteintes plus prolongées. Des atteintes temporaires peuvent assurément étayer une demande fondée sur la nuisance dans certaines circonstances, mais les atteintes prolongées sont plus susceptibles d’ouvrir droit à une réparation : voir, dans le contexte de la nuisance publique, l’arrêt *Wildtree Hotels Ltd. c. Harrow London Borough Council*, [2001] 2 A.C. 1 (H.L.).

[43] Une autre idée d’importance fait ressortir le fait que le facteur traditionnel relatif aux particularités du voisinage peut être très utile dans la mise en balance de toutes les considérations. Cet élément est particulièrement pertinent dans le cas d’une demande présentée contre une autorité publique. Michael Senzilet a d’ailleurs écrit ce qui suit à ce sujet :

[TRADUCTION] En milieu urbain de nos jours, les gens vivent beaucoup plus près les uns des autres et beaucoup plus près des corridors communs qu’il y a 100 ans [. . .] Dans le tissu urbain d’aujourd’hui, les immeubles sont plus rapprochés les uns des autres, plus rapprochés des routes, les terrains à bâtir sont plus petits, et il y a beaucoup plus de projets publics qui sont à la fois possibles et nécessaires. Certes, le choix de vivre dans le noyau urbain, en banlieue ou à la campagne nous expose à des différences, et notre choix doit être fait en tenant compte de ces différences.

(« Compensation for Injurious Affection Where No Land Is Taken », thèse de maîtrise en droit inédite, Université d’Ottawa (1987), p. 73)

[44] Un dernier point qui ressort de l’affaire *Andrae*, et auquel j’ai déjà fait allusion, a trait à la manière dont l’ouvrage est exécuté. Bien que le droit de la nuisance soit principalement axé sur le préjudice et non sur le caractère répréhensible de la conduite du défendeur, le fait qu’un ouvrage public soit exécuté avec [TRADUCTION]

is properly part of the reasonableness analysis: see, e.g., *Allen v. Gulf Oil Refining Ltd.*, [1981] A.C. 1001, *per* Lord Wilberforce, at p. 1011.

[45] To sum up on this point, my view is that in considering the reasonableness of an interference that arises from an activity that furthers the public good, the question is whether, in light of all of the circumstances, it is unreasonable to expect the claimant to bear the interference without compensation.

E. *Third Question: Does the Unreasonableness of an Interference Need to Be Considered When That Interference Is Physical or Material?*

[46] The appellant submits that reasonableness does not need to be considered when the interference constitutes “material” or “physical” damage to the land. Reasonableness only needs to be addressed, the submission goes, with respect to other types of interference such as loss of amenities. In this case, the appellant maintains that the damage to its land was “material” and that therefore no reasonableness analysis was necessary. I respectfully disagree and conclude that the Court of Appeal was correct to hold that the question of reasonableness should be considered in all cases.

[47] The distinction between material or physical harms on the one hand and interferences such as loss of amenities on the other has a long history and deep roots, going back at least to the House of Lords decision in *St. Helen’s Smelting Co. v. Tipping* (1865), 11 H.L.C. 642, 11 E.R. 1483. In that case, the Lord Chancellor distinguished between nuisance causing “material injury” to property and nuisance “productive of sensible personal discomfort”, finding that only the latter category required an assessment of whether an interference is reasonable taking into account all of the surrounding circumstances: p. 650. This approach has since been adopted in many Canadian decisions (see, e.g., *Walker v. McKinnon Industries Ltd.*, [1949]

« toute la considération et toute la diligence raisonnables » pour les citoyens touchés fait partie à juste titre de l’analyse du caractère raisonnable de l’atteinte : voir, p. ex., *Allen c. Gulf Oil Refining Ltd.*, [1981] A.C. 1001, lord Wilberforce, p. 1011.

[45] Si je résume le présent élément, je suis d’avis que, dans l’examen du caractère raisonnable d’une atteinte découlant d’une activité exercée dans l’intérêt public, la question est de savoir si, eu égard à l’ensemble des circonstances, il est déraisonnable de s’attendre à ce que le demandeur subisse l’atteinte sans indemnité.

E. *Troisième question : Faut-il prendre en compte le caractère déraisonnable d’une atteinte lorsque celle-ci est physique ou matérielle?*

[46] L’appelante plaide qu’il n’est pas nécessaire de prendre en compte le caractère raisonnable de l’atteinte qui constitue un dommage « matériel » ou « physique » au bien-fonds. Selon elle, le caractère raisonnable de l’atteinte ne doit être examiné qu’à l’égard d’autres types d’atteintes, comme la perte d’agrément. Dans la présente affaire, l’appelante soutient que les dommages à son bien-fonds étaient « matériels » et que, par conséquent, l’analyse du caractère raisonnable de l’atteinte n’était pas nécessaire. Je ne suis pas d’accord avec elle et j’estime que la Cour d’appel a conclu à bon droit que la question du caractère raisonnable devrait être examinée dans tous les cas.

[47] La distinction entre les préjudices matériels ou physiques, d’une part, et les atteintes comme une perte d’agrément, d’autre part, existe depuis longtemps et est profondément enracinée, remontant au moins à la décision de la Chambre des lords dans *St. Helen’s Smelting Co. c. Tipping* (1865), 11 H.L.C. 642, 11 E.R. 1483. Dans cette affaire, le lord chancelier a établi une distinction entre la nuisance causant un [TRADUCTION] « préjudice matériel » à la propriété et la nuisance « à l’origine d’un malaise personnel appréciable », concluant que seule la dernière catégorie nécessitait une évaluation du caractère raisonnable d’une atteinte eu égard à toutes les circonstances : p. 650. Cette approche a depuis été adoptée dans plusieurs décisions

4 D.L.R. 739 (Ont. H.C.), at p. 763, injunction order varied by [1950] 3 D.L.R. 159 (Ont. C.A.), aff'd [1951] 3 D.L.R. 577 (P.C.)) including a few more recent cases, such as, for example, *Jesperson's* and *Airport Realty*. A good deal of the jurisprudence is helpfully reviewed in *Smith v. Inco Ltd.*, 2011 ONCA 628, 107 O.R. (3d) 321, at paras. 45-50. At the same time, there is appellate authority affirming the need to consider the reasonableness of the interference in every case: *Susan Heyes Inc.*

[48] My view is that the reasonableness inquiry should not be short-circuited on the basis of certain categories of interference that are considered self-evidently unreasonable. To the extent that cases such as *Jesperson's* and *Airport Realty* suggest that balancing can simply be dispensed with in the face of material or physical interference, I respectfully disagree. The sort of balancing inherent in the reasonableness analysis is at the heart of the tort of private nuisance. As La Forest J. put it in *Tock*, the law only intervenes “to shield persons from interferences to their enjoyment of property that were unreasonable in the light of all the circumstances”: p. 1191. The legal analysis in a nuisance case is more likely to yield sound results if this essential balancing exercise is carried out explicitly and transparently rather than implicitly by applying a murky distinction.

[49] There are obvious difficulties in making the analysis turn on classifying interferences as constituting material or physical damage. It will not always, or even generally, be a simple matter to distinguish between damage that is “material or physical” and damage that is a simple “loss of amenity”. The distinction proposed by the appellant is particularly difficult to apply in cases like this one, where the nuisance is an interference with access to land. The damage to the appellant here could be considered material in the sense that it caused significant financial loss, but it could perhaps also

canadiennes (voir, p. ex., *Walker c. McKinnon Industries Ltd.*, [1949] 4 D.L.R. 739 (H.C. Ont.), p. 763, ordonnance d'injonction modifiée par [1950] 3 D.L.R. 159 (C.A. Ont.), conf. par [1951] 3 D.L.R. 577 (C.P.)), y compris quelques décisions plus récentes, comme *Jesperson's* et *Airport Realty*. Une bonne partie de la jurisprudence fait l'objet d'un examen utile dans *Smith c. Inco Ltd.*, 2011 ONCA 628, 107 O.R. (3d) 321, par. 45-50. Parallèlement, une décision d'appel a confirmé la nécessité d'examiner le caractère raisonnable de l'atteinte dans chaque cas : *Susan Heyes Inc.*

[48] À mon avis, l'appréciation du caractère raisonnable de l'atteinte ne devrait pas être laissée de côté au motif que certaines catégories d'atteintes sont considérées comme déraisonnables de toute évidence. Dans la mesure où des décisions comme *Jesperson's* et *Airport Realty* laissent entendre que l'exercice de mise en balance peut simplement être écarté en présence d'une atteinte matérielle ou physique, je dois, en toute déférence, exprimer mon désaccord. L'exercice de mise en balance inhérent à l'analyse du caractère raisonnable de l'atteinte est au cœur du délit de nuisance privée. Comme l'indique le juge La Forest dans l'arrêt *Tock*, le droit n'intervient que « pour protéger les personnes des atteintes à leur droit de jouir du bien-fonds qui seraient déraisonnables compte tenu de toutes les circonstances » : p. 1191. Dans une affaire de nuisance, l'analyse juridique est plus susceptible d'entraîner des résultats valides si cet exercice essentiel de mise en balance est effectué de façon explicite et transparente plutôt que de façon implicite en appliquant une distinction obscure.

[49] Il est évidemment difficile de faire reposer l'analyse sur une classification des atteintes en dommages matériels ou physiques. Il ne sera pas toujours, ni même généralement, simple d'établir une distinction entre les dommages qui sont « matériels ou physiques » et les dommages qui constituent une simple « perte d'agrément ». La distinction proposée par l'appellante est particulièrement difficile à appliquer dans des cas comme celui qui nous occupe, où une entrave à l'accès au bien-fonds constitue la nuisance. Les dommages causés à l'appellante en l'espèce pourraient être

be considered in some sense to be a loss of amenity because there was no harm to the property itself. The property declined in value, but that is also the case in some loss of amenity situations.

[50] While I am not convinced of the usefulness of the distinction between material injury and loss of amenity, I acknowledge that where there is significant and permanent harm caused by an interference, the reasonableness analysis may be very brief. As the British Columbia Court of Appeal noted in *Royal Anne Hotel*,

Where . . . actual physical damage occurs it is not difficult to decide that the interference is in fact unreasonable. Greater difficulty will be found where the interference results in lesser or no physical injury but may give offence by reason of smells, noise, vibration or other intangible causes. [p. 760]

Thus, even though the reasonableness of the interference should be assessed in every case, the court will sometimes quite readily conclude that some types of interferences are unreasonable without having to engage in a lengthy balancing analysis. *Jespersion's*, for example, was a case in which the construction of the overpass reduced the market value of the land by 40 percent. It is not surprising that the Court of Appeal gave short shrift to the suggestion that it was reasonable to impose a burden of that magnitude on the claimant. Similarly, in *Airport Realty*, the damage flowing from the interference was assessed at \$300,000 thus making the assessment of unreasonableness straightforward: see also on this point *Schenck*.

[51] I therefore conclude that reasonableness is to be assessed in all cases where private nuisance is alleged. Once a claimant passes the threshold test of showing harm that is substantial in the sense that it is non-trivial, there ought to be an inquiry into

considérés comme matériels en ce sens qu'ils ont causé une perte financière importante, mais ils pourraient peut-être aussi être vus, dans un certain sens, comme une perte d'agrément puisque la propriété elle-même n'a subi aucun dommage. La propriété a perdu de la valeur, mais c'est aussi le cas dans certaines situations de perte d'agrément.

[50] Bien que je ne sois pas convaincu de l'utilité de la distinction établie entre un préjudice matériel et une perte d'agrément, je reconnais que lorsqu'une atteinte a causé un préjudice important et permanent, l'analyse du caractère raisonnable de l'atteinte peut être très brève. Comme l'a souligné la Cour d'appel de la Colombie-Britannique dans *Royal Anne Hotel* :

[TRADUCTION] Lorsque [. . .] des dommages physiques réels surviennent, il n'est pas difficile de conclure que l'atteinte est en fait déraisonnable. Une difficulté plus grande apparaît lorsque l'atteinte entraîne un préjudice moindre ou non physique, mais qui peut gêner en raison de l'odeur, du bruit, des vibrations ou d'autres causes intangibles. [p. 760]

Ainsi, même si le caractère raisonnable de l'atteinte devrait être analysé dans tous les cas, le tribunal conclura parfois avec facilité que certains types d'atteintes sont déraisonnables sans devoir effectuer une longue analyse de mise en balance. Par exemple, dans *Jespersion's*, la construction du passage supérieur avait diminué la valeur marchande du bien-fonds de 40 pour 100. Il n'est pas étonnant que la Cour d'appel ait accordé peu d'attention à la prétention qu'il était raisonnable d'imposer un fardeau d'une telle ampleur au demandeur. De même, dans *Airport Realty*, les dommages découlant de l'atteinte étaient évalués à 300 000 \$, ce qui simplifiait l'évaluation du caractère déraisonnable de l'atteinte : voir aussi sur ce point l'affaire *Schenck*.

[51] Par conséquent, je conclus que le caractère raisonnable de l'atteinte doit être évalué dans tous les cas où la nuisance privée est alléguée. Dès lors que le demandeur a satisfait au critère suivant lequel il doit démontrer que le préjudice subi est

whether the interference is unreasonable, regardless of the type of harm involved.

F. *Fourth Question: Did the Court of Appeal Err in Finding That the Board's Application of the Law of Nuisance to the Facts Was Unreasonable?*

[52] I respectfully disagree with the Court of Appeal's approach to the balancing exercise to determine whether the interference was unreasonable. As I see it, there were two errors in its approach.

[53] Having identified the factors noted earlier that are often referred to in carrying out the balancing exercise (i.e. the severity of the interference, the character of the neighbourhood, the utility of the defendant's conduct and the sensitivity of the plaintiff), the Court of Appeal treated them as a mandatory checklist for courts or tribunals considering this issue. It faulted the Board for failing to consider two of the factors that "it was obliged to take into account in assessing the reasonableness of the interference": para. 129. In my respectful view, the Court of Appeal erred in intervening on this ground.

[54] Provided that the Board reasonably carried out the analysis in substance, it was not required to specifically enumerate and refer by name to every factor mentioned in the case law. As La Forest J. made clear in *Tock*, the factors he enumerated are simply examples of the sorts of criteria that the courts have articulated as being potentially of assistance in weighing the gravity of the harm with the utility of the defendant's conduct. They do not make up either an exhaustive or an essential list of matters that must be expressly considered in every case. Failure to expressly mention one or more of these factors is not, on its own, a reviewable error.

substantiel, c'est-à-dire non négligeable, il faut déterminer si l'atteinte est déraisonnable, peu importe le type de préjudice en cause.

F. *Quatrième question : La Cour d'appel a-t-elle commis une erreur en concluant que la Commission avait appliqué de façon déraisonnable aux faits le droit relatif à la nuisance?*

[52] Avec égards, je ne partage pas la démarche de la Cour d'appel en ce qui concerne l'exercice de mise en balance visant à déterminer si l'atteinte était déraisonnable. À mon sens, sa démarche comportait deux erreurs.

[53] Après avoir relevé les facteurs notés précédemment auxquels on fait souvent référence lors de l'exercice de mise en balance (c'est-à-dire la gravité de l'atteinte, les particularités du voisinage, l'utilité de la conduite du défendeur et la sensibilité du demandeur), la Cour d'appel a estimé que ces facteurs constituaient une liste de vérification obligatoire liant les cours de justice et les tribunaux administratifs dans leur examen de cette question. Elle a ainsi reproché à la Commission d'avoir omis d'examiner deux des facteurs qu'[TRADUCTION] « elle était tenue de prendre en compte dans l'évaluation du caractère raisonnable de l'atteinte » : par. 129. À mon humble avis, la Cour d'appel a commis une erreur en intervenant pour ce motif.

[54] La Commission n'était pas tenue d'énumérer explicitement tous les facteurs énoncés dans la jurisprudence et d'y faire référence nommément, pourvu qu'elle ait, en substance, effectué l'analyse de façon raisonnable. Comme l'a clairement indiqué le juge La Forest dans *Tock*, les facteurs qu'il a énumérés constituent simplement des exemples de critères qui, selon les tribunaux, peuvent se révéler utiles lorsque vient le temps d'évaluer la gravité du préjudice par rapport à l'utilité de la conduite du défendeur. Ces facteurs ne forment pas une liste exhaustive ou essentielle de questions qui doivent être expressément examinées dans tous les cas. Le défaut de mentionner expressément un ou plusieurs de ces facteurs ne constitue pas, à lui seul, une erreur susceptible de révision.

[55] The Board's task was to determine whether, having regard to all of the circumstances, it was unreasonable to require the appellant to suffer the interference without compensation. The Board considered the evidence and the leading cases. Although it did not refer to them by name, the Board took into account the relevant factors in this case. In particular, it considered the extent of the changes to Highway 17, the fact that those changes were considered necessary for public safety, the appellant's knowledge of — and involvement in — the plans to make changes to the highway, and the extent to which the appellant's concerns about the new highway were taken into account by the respondent in its decision making. The Board concluded that the interference resulting from the construction of the highway was serious and would constitute nuisance but for the fact that the work was constructed pursuant to statutory authority: pp. 110-15. There was no reviewable error in this approach.

[56] Similarly in my view, the Board did not fail to take account of the utility of the respondent's activity or fail to engage in the required balancing as the Court of Appeal concluded it had. As we have seen, the Board adverted to the importance of the highway construction. It did not, however, allow that concern to swamp consideration of whether it was reasonable to require the appellant to bear without compensation the burden inflicted on it by the construction. The Board properly understood that the purpose of the statutory compensation scheme for injurious affection was to ensure that individuals do not have to bear a disproportionate burden of damage flowing from interference with the use and enjoyment of land caused by the construction of a public work. It was reasonable for the Board to conclude that in all of the circumstances, the appellant should not be expected to endure permanent interference with the use of its land that caused a significant diminution of its market value in order to serve the greater public good.

[55] La Commission avait pour tâche de déterminer si, eu égard à l'ensemble des circonstances, il était déraisonnable d'obliger l'appelante à subir l'atteinte sans indemnité. Elle a examiné la preuve et les décisions faisant autorité. Bien qu'elle n'ait pas fait référence nommément aux facteurs pertinents, elle en a tenu compte. Plus précisément, elle a examiné l'ampleur des changements apportés à la route 17, le fait que ces changements avaient été jugés nécessaires pour la sécurité publique, la connaissance qu'avait l'appelante des plans de modification de la route et sa participation à leur établissement, de même que la mesure dans laquelle l'intimée a tenu compte, dans sa prise de décision, des préoccupations de l'appelante quant à la nouvelle autoroute. La Commission a conclu que l'atteinte résultant de la construction de l'autoroute était grave et constituerait une nuisance si ce n'était que l'ouvrage avait été construit aux termes d'une loi : p. 110-115. Cette approche ne comportait aucune erreur susceptible de révision.

[56] De même, je suis d'avis que la Commission n'a pas omis de prendre en compte l'utilité de l'activité de l'intimée ni d'effectuer l'exercice de mise en balance requis, comme l'a pourtant conclu la Cour d'appel. Ainsi que nous l'avons vu, la Commission était consciente de l'importance de la construction de l'autoroute. Mais elle n'a pas permis que cette préoccupation supplante l'examen de la question de savoir s'il était raisonnable d'obliger l'appelante à supporter sans indemnité le fardeau que lui avait imposé la construction. La Commission a bien compris que le régime législatif d'indemnisation pour effet préjudiciable vise à garantir que les individus n'aient pas à supporter un fardeau disproportionné de dommages découlant de l'atteinte à l'utilisation et à la jouissance du bien-fonds causée par la construction d'un ouvrage public. Elle pouvait raisonnablement conclure que, compte tenu de l'ensemble des circonstances, il ne fallait pas s'attendre à ce que l'appelante subisse en permanence une entrave à l'utilisation de son bien-fonds qui en avait considérablement diminué la valeur marchande, et ce, afin de servir l'intérêt supérieur du public.

IV. Disposition

[57] I would allow the appeal, set aside the order of the Court of Appeal and restore the order of the Ontario Municipal Board. I would not disturb the orders for costs made by the Board or by the Divisional Court. (We were advised that the costs before the Board have been fixed and paid by the respondent.) I would award the appellant costs of the appeal in the Court of Appeal in the agreed upon amount of \$20,000 inclusive of disbursements and I would not disturb the Court of Appeal's disposition of the costs of the cross-appeal before that court. In this matter arising under the *Expropriations Act*, I would exercise discretion and award the appellant its costs in this Court, including the application for leave to appeal, on a solicitor and client basis.

Appeal allowed with costs.

Solicitors for the appellant: Rueter Scargall Bennett, Toronto.

Solicitor for the respondent: Attorney General of Ontario, Toronto.

Solicitor for the intervener the Attorney General of British Columbia: Attorney General of British Columbia, Vancouver.

Solicitor for the intervener the City of Toronto: City of Toronto, Toronto.

Solicitors for the intervener Metrolinx: Stikeman Elliott, Toronto.

IV. Dispositif

[57] Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi, d'annuler l'ordonnance de la Cour d'appel et de rétablir l'ordonnance de la Commission des affaires municipales de l'Ontario. Je suis également d'avis de ne pas modifier les ordonnances relatives aux dépens rendues par la Commission ou la Cour divisionnaire. (La Cour a été informée que les dépens devant la Commission ont été fixés et payés par l'intimée.) Je suis aussi d'avis d'adjuger à l'appelante les dépens de l'appel devant la Cour d'appel au montant convenu de 20 000 \$, y compris les débours, et de ne pas modifier la répartition des dépens ordonnée par la Cour d'appel relativement à l'appel incident interjeté devant elle. Dans la présente affaire fondée sur la *Loi sur l'expropriation*, je suis enfin d'avis d'exercer mon pouvoir discrétionnaire et d'accorder à l'appelante ses dépens devant notre Cour, y compris ceux afférents à la demande d'autorisation d'appel, sur la base avocat-client.

Pourvoi accueilli avec dépens.

Procureurs de l'appelante : Rueter Scargall Bennett, Toronto.

Procureur de l'intimée : Procureur général de l'Ontario, Toronto.

Procureur de l'intervenant le procureur général de la Colombie-Britannique : Procureur général de la Colombie-Britannique, Vancouver.

Procureur de l'intervenante la Ville de Toronto : Ville de Toronto, Toronto.

Procureurs de l'intervenante Metrolinx : Stikeman Elliott, Toronto.