

**Town of Grandview (Defendant) Appellant;**

and

**Arthur Herbert Doering (Plaintiff)  
Respondent.**

1975: May 21; 1975: October 27.

Present: Laskin C.J. and Martland, Judson, Ritchie, Spence, Pigeon, Dickson, Beetz and de Grandpré JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR  
MANITOBA

*Actions—Waters of river impounded by dam—Action for damages from flooding of lands dismissed—Second action for damages occurring in subsequent years from water saturation due to effect of dam on aquifer—Action barred—Res judicata.*

The respondent sued the appellant municipality in 1969 for damages to his land and crops resulting from flooding in the years 1967 and 1968 and alleged to be due to a dam earlier built by the municipality but altered by it in 1967. The action was dismissed on May 24, 1973.

Some nine months later, the respondent commenced a new action, claiming damage to his crops from water in 1969, 1970, 1971 and 1972 as a result of the municipality having maintained the river waters at an artificially high level behind the same dam, causing the water of the river to enter an aquifer consisting of sandy soil about four feet below the surface of the respondent's lands and thus to saturate the soil with water.

A motion was brought by the municipality seeking to have the second action stayed or set aside. The trial judge granted the motion and stayed the action. On appeal, the judgment of the trial judge was reversed by a majority of the Court of Appeal and from that decision the municipality appealed to this Court.

*Held* (Laskin C.J. and Spence, Pigeon and Beetz JJ. dissenting): The appeal should be allowed and the order staying the action restored.

*Per* Martland, Judson, Ritchie, Dickson and de Grandpré JJ. The principle of *res judicata* applied in this case. The issue of whether the river was caused to

**La ville de Grandview (Défenderesse)  
Appelante;**

et

**Arthur Herbert Doering (Demandeur)  
Intimé.**

1975: le 21 mai; 1975: le 27 octobre.

Présents: Le juge en chef Laskin et les juges Martland, Judson, Ritchie, Spence, Pigeon, Dickson, Beetz et de Grandpré.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU MANITOBA

*Actions—Eaux de rivière retenues par un barrage—Action en recouvrement de dommages causés par l'inondation des terres rejetée—Deuxième action en recouvrement de dommages causés les années suivantes par la saturation des terres, attribuable à l'effet du barrage sur la couche aquifère—Action irrecevable—Chose jugée.*

En 1969, l'intimé a poursuivi la municipalité appelleante pour les dommages que des inondations, survenues en 1967 et en 1968, avaient causés à ses terres et à ses récoltes. Selon sa prétention, ces inondations étaient imputables au barrage que la municipalité avait construit quelques années auparavant et modifié en 1967. L'action a été rejetée le 24 mai 1973.

Environ neuf mois plus tard, l'intimé a intenté une nouvelle action pour les dommages causés à ses récoltes en 1969, 1970, 1971 et 1972 en conséquence du maintien, par la municipalité, des eaux de la rivière à un niveau artificiellement élevé en amont du même barrage, de sorte que l'eau a pu pénétrer la couche aquifère composée de sols sablonneux et située à environ quatre pieds au-dessous de la surface de ses terres, saturant ainsi le sol d'eau.

La municipalité a présenté une requête visant la suspension ou le rejet de la seconde action. Le juge de première instance a accueilli la requête et prononcé une ordonnance de sursis. Cette décision a été infirmée par un jugement majoritaire de la Cour d'appel et la municipalité interjette le présent pourvoi à l'encontre de cet arrêt.

*Arrêt:* (le juge en chef Laskin et les juges Spence, Pigeon et Beetz étant dissidents): Le pourvoi doit être accueilli et l'ordonnance de sursis rétablie.

*Les juges Martland, Judson, Ritchie, Dickson et de Grandpré. Le principe de la chose jugée s'applique en l'espèce. On a examiné en profondeur, au cours de la*

overflow its banks and damage the respondent's lands because the town had wrongfully impounded the waters behind the dam was thoroughly explored in the first action. The same question was raised in the present action. Although the years when the damage was alleged to have occurred in the second action were different from the first, all other conditions were exactly the same except that since judgment was rendered in the earlier action, the respondent had taken advice leading him to the conclusion that the water which damaged his crops, although coming from the same source, reached his land by saturation through an aquifer rather than by "flooding".

It was not alleged by the respondent that he could not by reasonable diligence have put himself in a position to advance the theory of soil saturation through the aquifer at the time of the first action, nor could it be said that his failure to raise that particular point did not arise "through negligence, inadvertence or even accident". A burden lay upon the respondent to at least allege that the new fact could not have been ascertained by reasonable diligence at the time when the first action was commenced before he could invoke it so as to expose the appellant a second time to litigation arising out of the same conduct.

*Per Laskin C.J. and Spence, Pigeon and Beetz JJ., dissenting:* The same question was not raised in the present action as was raised in the earlier one. The question in the first action was whether the dam caused damage *in high water*, i.e., by causing the river to overflow its banks; in the second action, the question was whether the dam caused damage *in low water*, i.e., whether, due to the presence of an aquifer *four feet* under the surface, it caused water saturation by keeping the water level higher than it would be under natural conditions.

There was no valid reason preventing the respondent from claiming damage in later years because, by artificially keeping the water level higher than it would be under natural conditions after the flood has subsided, the town's dam causes damages to crops on account of the presence of an aquifer under the surface soil. To so hold is to deny justice by a technical application of rules of court. When dealing with statutes, it is the Court's duty to apply the law as Parliament has written it. However, when, as here, the Court is dealing with judge-made law, there is no reason for denying justice on account of technicalities.

première action, la question de savoir si le débordement de la rivière et l'endommagement des terres de l'intimé ont résulté du fait que la ville avait, à tort, retenu les eaux de la rivière en amont du barrage. La présente action se fonde sur cette même question. Bien que dans la deuxième action, les années au cours desquelles les dommages sont censés avoir été causés soient différentes de celles visées dans la première action, tous les autres aspects de l'affaire sont exactement les mêmes, sauf que depuis le jugement rendu relativement à la première action, l'intimé a bénéficié de conseils qui l'ont porté à conclure que l'eau qui a endommagé ses récoltes, même si elle provenait de la même source, a envahi ses terres non pas par «inondation», mais plutôt par saturation de la couche aquifère.

L'intimé n'a pas allégué qu'il lui avait été impossible, tout en étant diligent, de mettre de l'avant la théorie de la saturation du sol par le biais de la couche aquifère à l'époque de la première action, et d'autre part, il n'a pas affirmé que son omission de soulever ce point n'avait pas résulté [TRADUCTION] «d'une négligence, d'une inadvertance ou même d'un accident». Avant que l'intimé puisse invoquer le fait nouveau comme fondement d'une deuxième action intentée contre l'appelante au regard du même comportement, il avait, à tout le moins, l'obligation d'alléguer qu'il lui avait été impossible tout en exerçant une diligence raisonnable, de constater ce fait à l'époque où la première action a été intentée.

*Le juge en chef Laskin et les juges Spence, Pigeon et Beetz, dissidents:* La question soulevée en l'espèce ne correspond pas à celle soulevée dans la première action. La question litigieuse dans la première action était de savoir si le barrage avait causé des dommages alors que le niveau de l'eau était élevé, *c.-à-d.*, en provoquant le débordement de la rivière, tandis que dans la deuxième action, la question était de savoir s'il avait causé des dommages alors que le niveau de l'eau était bas, *c.-à-d.*, s'il avait causé la saturation d'une couche aquifère située à quatre pieds sous la surface en maintenant l'eau à un niveau plus élevé que son niveau naturel.

Il n'y a aucune raison valable d'empêcher l'intimé de réclamer des dommages pour les années subséquentes parce que le barrage de la ville, en gardant l'eau à un niveau plus élevé que son niveau naturel après la crue, a endommagé les récoltes en raison de la présence d'une couche aquifère sous la surface du sol. Une telle décision constitue un déni de justice par application littérale du règlement judiciaire. Lorsque nous sommes en face d'une législation, j'estime qu'il est de notre devoir d'appliquer la loi telle que le Parlement l'a rédigée. Toutefois, lorsque, comme en l'espèce, nous avons affaire au droit prétorien, je ne vois aucune raison de refuser de rendre justice à cause de subtilités.

[*Henderson v. Henderson* (1843), 3 Hare 100; *Ord v. Ord*, [1923] 2 K.B. 432; *Hall v. Hall and Hall's Feed & Grain Ltd.* (1958), 15 D.L.R. (2d) 638; *Phosphate Sewage Co. v. Molleson* (1879), 4 App. Cas. 801; *Fenerty v. City of Halifax* (1920), 50 D.L.R. 435; *Fidelitas Shipping Co., Ltd. v. V/O Exportchleb*, [1965] 2 All E.R. 4; *Angle v. Minister of National Revenue*, [1975] 2 S.C.R. 248; *New Brunswick Ry. Co. v. British and French Trust Corp., Ltd.*, [1939] A.C. 1, referred to.]

APPEAL from a judgment of the Court of Appeal for Manitoba<sup>1</sup>, setting aside an order made by Dewar C.J.Q.B. staying an action brought by the respondent against the appellant. Appeal allowed and order staying the action restored.

*Knox B. Foster and Rodney Stevenson*, for the defendant, appellant.

*Walter C. Newman, Q.C.*, and *L. J. Lucas*, for the plaintiff, respondent.

The judgment of Laskin C.J. and Spence, Pigeon and Beetz JJ. was delivered by

PIGEON J. (*dissenting*)—This appeal is from a judgment of the Court of Appeal for Manitoba setting aside, Guy J.A. dissenting, an order made by Dewar C.J.Q.B. staying an action brought on January 21, 1974, by the respondent Doering against the present appellant, the Town of Grandview.

Doering had sued the town in 1969 for damages to his land and crops resulting from flooding in the years 1967 and 1968 and alleged to be due to a dam earlier built by the town but altered by it in 1967. The action also claimed an order for the removal of the dam. That action was dismissed by Tritschler C.J.Q.B. on May 24, 1973. His oral judgment disposed of the claims in the following words:

This case has been before the Court for many years, and this is our second hearing. I have had an opportunity of studying carefully the report prepared by the Water Resources Branch under the direction of Mr.

[Arrêts mentionnés: *Henderson v. Henderson* (1843), 3 Hare 100; *Ord v. Ord*, [1923] 2 K.B. 432; *Hall v. Hall and Hall's Feed & Grain Ltd.* (1958), 15 D.L.R. (2d) 638; *Phosphate Sewage Co. v. Molleson* (1879), 4 App. Cas. 801; *Fenerty v. City of Halifax* (1920), 50 D.L.R. 435; *Fidelitas Shipping Co., Ltd. v. V/O Exportchleb*, [1965] 2 All E.R. 4; *Angle c. Le ministre du Revenu national*, [1975] 2 R.C.S. 248; *New Brunswick Ry. Co. v. British and French Trust Corp., Ltd.* [1939] A.C. 1.]

POURVOI interjeté d'un arrêt de la Cour d'appel du Manitoba<sup>1</sup> annulant une ordonnance de sursis prononcée par le juge Dewar à l'égard de l'action intentée par l'intimé contre l'appelante. Le pourvoi est accueilli et l'ordonnance de sursis est rétablie.

*Knox B. Foster et Rodney Stevenson*, pour la défenderesse, appelante.

*Walter C. Newman, c.r.* et *L. J. Lucas*, pour le demandeur, intimé.

Le jugement du juge en chef Laskin et des juges Spence, Pigeon et Beetz a été rendu par

LE JUGE PIGEON (*dissident*)—Ce pourvoi est interjeté à l'encontre d'un arrêt de la Cour d'appel du Manitoba qui a infirmé, le juge Guy dissident, une ordonnance de sursis prononcée par le juge en chef Dewar de la Cour du Banc de la Reine à l'égard de l'action intentée le 21 janvier 1974 par l'intimé Doering contre l'appelante, la ville de Grandview.

En 1969, Doering avait poursuivi la ville pour les dommages que des inondations, survenues en 1967 et en 1968, avaient causés à sa terre et à ses récoltes. Selon sa prétention, ces inondations étaient imputables au barrage que la ville avait construit quelques années auparavant et modifié en 1967. Il réclamait également une ordonnance enjoignant la démolition du barrage. Le 24 mai 1973, le juge Tritschler de la Cour du Banc de la Reine a rejeté cette action. Il a disposé oralement des réclamations en ces termes:

[TRADUCTION] La présente cause est pendante depuis plusieurs années et nous en sommes à la deuxième audition. J'ai eu l'occasion d'étudier soigneusement le rapport rédigé par le Water Resources Branch

<sup>1</sup> [1975] 1 W.W.R. 321, 52 D.L.R. (3d) 395.

<sup>1</sup> [1975] 1 W.W.R. 321, 52 D.L.R. (3d) 395.

Bodnaruk, a professional engineer. His evidence today strengthens the conclusions which were reached in that report, and I see no reason for delaying this matter further.

The very simple issue here is whether the frequent flooding of Mr. Doering's land, which no one disputes, is attributable to the maintenance by the town of Grandview of its dam.

Unfortunately, Mr. Doering has convinced himself that the dam has been the cause of his flooding troubles. That is not so. Not only has he failed to satisfy the onus of proving that the flooding of his land was caused by the defendant's dam, but his own evidence establishes the very contrary of that; namely that the flooding would have taken place if the dam had not been in existence.

At the north boundary of plaintiff's quarter section, that is at "Cross Section L" shown in Exhibit 8, the backwater effect of the dam was less than one-tenth of a foot for the 1967 flood, and at "Cross Section Q" and "U" there was no noticeable backwater effect from the dam.

Mr. Bodnaruk's report and the evidence establishes that, regardless of the dam, plaintiff's land will experience flooding when the river discharge exceeds 750 cubic feet per second.

In the spring of 1967 it was 1,330 cubic feet per second and there had to be flooding.

It is clear from the evidence that plaintiff's land is going to be flooded to some extent nearly every year because it will flood whenever the flow exceeds 750 cubic feet per second, and the mean flood is 879 cubic feet per second. You are going to have flooding there every year except in a dry year like the present.

The evidence fully satisfies the Court that the flooding, which is the subject matter of this action, was not caused and was not contributed to by the defendant's dam. The action fails and will be dismissed.

The essential allegations of the statement of claim in the present case as amended, are the following:

4. Prior to the 1st day of January, 1967, the defendant operated a dam in the said River at a point in the said River within the corporate limits of the defendant corporation. The said dam was operated in such a manner as to during the fall and winter seasons impound water and cause to be built up the water up stream from the dam

dont le travail a été dirigé par M. Bodnaruk, ingénieur professionnel. Son témoignage d'aujourd'hui étaye les conclusions énoncées dans ce rapport, et je ne vois aucune raison de surseoir encore une fois au jugement dans cette affaire.

Il s'agit simplement de déterminer si le barrage érigé par la ville de Grandview est la cause des nombreuses inondations, admises de part et d'autre, qui recouvrent tous les ans les terres de M. Doering.

Celui-ci s'est malheureusement convaincu que le barrage est la cause des inondations. Tel n'est pas le cas. Non seulement n'a-t-il pu réussir à prouver que le barrage de la défenderesse est la cause de l'inondation de ses terres, mais la preuve qu'il a lui-même apportée tend à démontrer le contraire, c'est-à-dire que les inondations auraient eu lieu même sans le barrage.

A la limite nord du quart de section du demandeur, soit à la section transversale «L» sur la pièce n° 8, le remous d'exhaussement du barrage était moindre qu'un dixième de pied au cours de l'inondation de 1967, tandis qu'aux sections «Q» et «U», il n'y eut aucun remous d'exhaussement perceptible.

Le rapport de M. Bodnaruk et la preuve démontrent que, même sans barrage, les terres du demandeur seront inondées dès que le débit de la rivière excédera 750 pieds cubes à la seconde.

Au printemps de 1967, le débit se chiffrait à 1,330 pieds cubes à la seconde: l'inondation était donc inévitable.

La preuve démontre clairement que le demandeur sera victime d'inondation à un certain degré presque chaque année puisque cela survient dès que le débit de la rivière excède 750 pieds cubes à la seconde, et l'inondation moyenne n'exige qu'un débit de 879 pieds cubes à la seconde. Il y aura donc inondation tous les ans sauf une année très sèche comme celle-ci.

La preuve convainc entièrement la Cour que le barrage de la défenderesse n'a pas causé ni accru les inondations à l'origine de la présente action. Cette dernière est donc mal fondée et doit être rejetée.

Voici l'essentiel de l'exposé de réclamation en l'espèce dans sa forme modifiée:

[TRADUCTION] 4. Antérieurement au premier janvier 1967, la défenderesse a exploité un barrage dans ladite rivière à un endroit situé dans les limites territoriales de la municipalité défenderesse. Ce barrage était exploité de façon à retenir les eaux durant l'automne et l'hiver, accroissant ainsi artificiellement le niveau de l'eau en

to an artificially high level but after spring break up the defendant would cause the dam to be adjusted so as to return the water level to its natural height during the crop growing season. In 1966 the said dam was damaged, and was replaced by a mound of earth, stones and large pieces of waste concrete constructed by or on behalf of the defendant as a makeshift dam and no attempt was made except as hereinafter stated to reduce the level of the water impounded up stream by the said mound during the growing season in each year.

5. The said farm land of the plaintiff has a layer of natural aquifer consisting of sandy soil about four feet below the surface of its top soil and in consequence of the defendant maintaining the water up stream at an artificially high level since 1967 during the growing season including where the said river runs through the plaintiff's land causes the water to enter the aquifer and to saturate the soil to such an extent that either crops cannot be sown or if they are sown then crops fail to grow on some 40 acres more or less thus causing the plaintiff damage.

6. The plaintiff has repeatedly demanded that the defendant reduce the height of water to its natural level during the growing season and has advised the defendant repeatedly of the damage caused but the defendant has refused or failed to do anything to eliminate the said cause except once just prior to the 1973 growing season when the said mound that serves as a make-shift dam was opened up in time to enable the plaintiff to sow his 1973 crop and for it to grow unaffected by the saturation aforesaid.

7. The acreage affected by the said saturation has never been less than 34 or more than 46 acres and the plaintiff has had to work the land whether or not he harvests the crop.

8. In consequence of the said wrongful actions of the defendant the plaintiff has suffered the following crop losses during the undermentioned years including interest, namely:

1969	46 acres	\$1,350.00
1970	34 acres	\$ 986.00
1971	40 acres	\$1,118.00
1972	40 acres	\$1,036.00
	Total	\$4,490.00

9. The defendant has refused to give assurances for the 1974 growing season, and for every year thereafter that the said river will be permitted to fall to its natural level during the crop growing season.

amont; mais après le dégel du printemps, la défenderesse ajustait le barrage pour permettre à la rivière de retrouver son niveau normal durant la saison agricole. En 1966, le barrage a été endommagé et il a été remplacé par un barrage de fortune fait d'un amas de terre, de pierres et de gros morceaux de béton de rebut mis en place par la défenderesse ou pour son compte; il n'y eut par la suite aucun effort, à l'exception de ce qui est relaté ci-après, pour baisser le niveau de l'eau retenue en amont par ledit amas durant la saison agricole des années qui ont suivi.

5. Environ quatre pieds sous la surface du sol végétal des terres agricoles du demandeur, se trouve une couche aquifère naturelle composée de sol sablonneux. Parce que la défenderesse tient, depuis 1967, à un niveau artificiellement élevé durant la saison agricole, l'eau en amont du barrage y compris là où ladite rivière traverse les terres du demandeur, l'eau imprègne la couche aquifère et sature le sol à un point tel qu'il devient impossible d'ensemencer environ 40 acres, ou si on les ensemente, rien n'y pousse. D'où les dommages causés au demandeur.

6. A maintes reprises, le demandeur a prié la défenderesse de rétablir l'eau à son niveau naturel durant la saison agricole et l'a informée des dommages qu'il subissait, mais elle a refusé ou négligé de rétablir le niveau de l'eau, sauf au printemps 1973 où une ouverture dans l'amas servant de barrage de fortune a été pratiquée en temps utile, ce qui a permis au demandeur d'ensemencer ses terres et de faire sa récolte sans que celle-ci soit compromise par l'effet de saturation mentionné précédemment.

7. La superficie totale saturée n'a jamais été moindre de 34 acres ou de plus de 46 acres, et le demandeur a eu à travailler la terre même s'il n'en a tiré aucune récolte.

8. Par la faute de la défenderesse, le demandeur a perdu en récolte, pour les années ci-après mentionnées, les montants suivants y compris l'intérêt, savoir:

1969	46 acres	\$1,350.00
1970	34 acres	\$ 986.00
1971	40 acres	\$1,118.00
1972	40 acres	\$1,036.00
	Total	\$4,490.00

9. Quant aux années 1974 et suivantes, la défenderesse a refusé de s'engager à laisser la rivière reprendre son niveau naturel durant la saison agricole.

Allowing the town's motion to stay the action, Dewar C.J.Q.B. said in particular:

None of the facts alleged re the conduct of the defendant in the pending action are new, in the sense that they did not exist when the prior action went to trial in September 1972. There is no suggestion the aquifer, now alleged to serve as a conductor of water from the forebay to plaintiff's lands, did not exist in the years 1967 through 1972. All of the facts now alleged as to tortious conduct (which is the essence of this type of actionable nuisance) were available and could have been brought forward in the prior action. If they were not, whether by inadvertence, failure to exercise reasonable diligence, or accident, the plaintiff is not now entitled to pursue what is substantially the same claim, but for damage alleged to have been sustained in subsequent years.

The alleged tortious conduct of defendant is not the only issue that has already been the subject of litigation. The damages now claimed (i.e. for the years 1969 through 1972) were also at issue in the 1969 action, whether or not they were pleaded.

Rule 222 provides:

Damages in respect of any continuing cause of action shall be assessed to the time of assessment.

The 1969 action was tried in September 1972 and May 1973.

The effect of Rule 222 is indicated in the reasons of Schroeder, J.A. in *Toronto General Trusts Corporation v. Roman* (1962), 37 D.L.R. (2d) 16, affirmed by the Supreme Court of Canada, (1964), 41 D.L.R. (2d) 290.

Plaintiff is not entitled to what would be a re-trial of the same issues determined in the earlier action. "The plea of *res judicata* is not a technical doctrine, but a fundamental doctrine based on the view that there must be an end to litigation": per Maugham, J. in *Green v. Weatherill* [1929] 2 Ch. 213, at p. 221.

On the other hand, Matas J.A. with whom Freedman C.J.M. agreed, said:

Le juge en chef Dewar de la Cour du Banc de la Reine, a accueilli la requête de la ville pour sursis de l'action et il a dit notamment:

[TRADUCTION] Aucun des faits allégués dans la présente action et relatifs au comportement de la défenderesse ne sont nouveaux, dans le sens qu'ils étaient inconnus à l'époque de l'audition de l'action antérieure au mois de septembre 1972. Personne ne prétend que la couche aquifère, à qui l'on attribue maintenant le rôle de conducteur d'eau entre le bassin de retenue et les terres du demandeur, n'existe pas de 1967 à 1972. Tous les faits allégués aujourd'hui au sujet d'un comportement délictueux (sur lequel se fonde ce genre d'action en dommages-intérêts) étaient connus et auraient pu être exposés dans l'action antérieure. S'ils ne l'ont pas été, soit par inadvertance, par manque de diligence raisonnable ou par accident, le demandeur n'a pas le droit aujourd'hui d'intenter une poursuite pour ce qui est实质上 la même réclamation, sauf si la poursuite a trait à des dommages subis au cours des années ultérieures.

Le présumé comportement délictueux de la défenderesse n'est pas le seul point qui a déjà fait l'objet d'un litige. Les dommages-intérêts réclamés aujourd'hui (c.-à-d. pour les années 1969 à 1972) étaient également en litige en 1969, qu'ils aient ou non été allégués.

La règle 222 décrète que:

Les dommages découlant de toute cause continue d'action sont évalués jusqu'au jour de l'évaluation.

L'action intentée en 1969 a été entendue en septembre 1972 et en mai 1973.

La portée de la règle 222 est explicitée dans les motifs du juge d'appel Schroeder dans *Toronto General Trusts Corporation v. Roman* (1962), 37 D.L.R. (2d) 16, arrêt que la Cour suprême du Canada a confirmé (1964), 41 D.L.R. (2d) 290.

Le demandeur n'a pas droit à ce qui constituerait un second procès sur les mêmes questions litigieuses tranchées au cours d'une action antérieure. Le juge Maugham a dit dans *Green v. Weatherill* [1929] 2 Ch. 213, à la p. 221: [TRADUCTION] «Le plaidoyer de la chose jugée ne soulève pas une question de procédure, mais de fond, et il repose sur le principe que tout litige doit avoir une fin.»

Par contre, le juge Freedman, juge en chef du Manitoba, s'est dit d'accord avec l'opinion suivante du juge d'appel Matas exposée comme suit:

In my view, with respect, it is open to plaintiff in the case at bar to raise the question of the aquifer in a second action. That question was not raised and was not considered in the 1969 action nor was it fundamental to the decision in the first action. (*Hill v. Hill* (1966) 56 W.W.R. 260). It is clear from a reading of the judgment in the 1969 action, that Tritschler, C.J.Q.B., considered the liability of Grandview only in the context of a claim as to surface flooding. If plaintiff had sought to relitigate that issue he would be precluded from doing so by the plea of *res judicata*. But if plaintiff were to be successful in these proceedings, the judgment would not be inconsistent with that of Tritschler, C.J.Q.B., where the only question considered by the court was the effect of the impounding of water on surface flooding. The finding of the court in that action is not challenged by plaintiff in any way. The present action is concerned, not with surface flooding, but with sub-surface saturation of the soil due to the alleged effect of the dam on the aquifer.

In my view, the majority opinion in the Court of Appeal reflects a sound approach to the doctrine of *res judicata*. It is in accordance with the guiding principle stated by Lord Maugham L.C. in *New Brunswick Ry. Co. v. British and French Trust Corporation*<sup>2</sup>, at pp. 20-21:

... I desire to make it plain that I am not desirous of questioning the general rule on the subject of *res judicata* laid down by Wigram V.-C. in *Henderson v. Henderson* (1843) 3 Hare 100, 114. His statement of the rule was cited and approved by the Judicial Committee in *Hoystead v. Commissioners of Taxation*, [1926] A.C. 155, 170. It is however, to be noted that the learned Vice-Chancellor was stating the rule in general terms, and he qualified the rule by the exception of special circumstances or special cases. I do not think it necessary to express an opinion as to whether the alleged estoppel would have succeeded if the appellants had appeared in and contested the first action. But the judgment in that action limited in form to a single bond was pronounced in default of appearance by the defendants. In my view not all estoppels are "odious"; but the adjective might well be applicable if a defendant, particularly if he is sued for a small sum in a country distant from his own, is held to be estopped not merely in respect of the actual judgment obtained against him,

[TRADUCTION] Avec respect, je suis d'avis que le présent demandeur peut soulever la question de la couche aquifère dans une deuxième action. Cette question n'a pas été soulevée ni examinée au cours de l'action intentée en 1969 et elle ne faisait pas l'objet de la décision rendue à cette occasion. (*Hill v. Hill* (1966) 56 W.W.R. 260). La lecture du jugement rendu sur l'action de 1969 démontre clairement que le juge en chef Tritschler de la Cour du Banc de la Reine a étudié la responsabilité de la ville de Grandview uniquement à l'égard d'une réclamation pour inondation de surface. Si le demandeur avait cherché à remettre ce point-là en litige, le plaidoyer de chose jugée l'en aurait empêché. Mais si le demandeur a gain de cause en l'espèce, le jugement ne sera pas incompatible avec celui du juge Tritschler, puisque ce dernier n'a eu à trancher que la question de l'incidence de l'endiguement des eaux sur l'inondation de surface. Le demandeur ne conteste d'aucune façon la conclusion tirée par le tribunal sur cette première action. La présente action a trait non pas à des inondations de surface, mais plutôt à une saturation du sous-sol causée, selon le demandeur, par l'incidence du barrage sur la couche aquifère.

A mon avis, l'opinion majoritaire de la Cour d'appel reflète une application judicieuse de la doctrine de la chose jugée. Cette application est conforme au principe directeur formulé par le lord chancelier Maugham dans *New Brunswick Ry. Co. v. British and French Trust Corporation*<sup>2</sup>, aux pp. 20 et 21:

[TRADUCTION] ... Je tiens à préciser que je n'ai pas l'intention de remettre en question la règle générale portant sur la chose jugée, doctrine établie par le vice chancelier Wigram dans *Henderson v. Henderson* (1843) 3 Hare 100, à la p. 114. Son énoncé de la règle a été cité et accepté par le Comité judiciaire dans *Hoystead v. Commissioners of Taxation*, [1926] A.C. 155, à la p. 170. Cependant, il convient de souligner que le savant vice chancelier a formulé la règle en des termes généraux tout en énonçant l'exception de circonstances spéciales ou de cas spéciaux. J'estime inutile d'exprimer une opinion quant à savoir si la fin de non-recevoir alléguée aurait été accueillie si l'appelante avait comparu au cours de la première action et l'avait contestée. Mais le jugement de cette action-là qui, formellement, n'avait trait qu'à une seule obligation, a été rendu alors que la défenderesse avait fait défaut de comparaître. A mon avis, ce ne sont pas toutes les fins de non-recevoir qui sont «odieuses»; mais cet adjectif peut très bien convenir si un défendeur, surtout un défendeur poursuivi

<sup>2</sup> [1939] A.C. 1.

<sup>2</sup> [1939] A.C. 1.

but from defending himself against a claim for a much larger sum on the ground that one of the issues in the first action (issues which he never saw, though they were doubtless filed) had decided as a matter of inference his only defence in the second action.

In the present case, the central fact is that Doering's claim for damages to his crops in 1969, 1970, 1971 and 1972 by water saturation due to the effect of the dam on the aquifer was never litigated. All that was litigated was a claim for damages due to flooding in 1967 and 1968. It was found that flood conditions were not appreciably aggravated by the dam and Doering should certainly not be allowed to raise that contention again, even in respect of later years.

It is true that the issue of whether the river was caused to overflow its banks and damage the respondent's lands because the town had impounded water behind the dam, was thoroughly explored in the first action. It was then determined that the impoundment had a negligible effect on the overflow and it is the only basis on which the action was dismissed.

That same question *is not raised* in the present action. What is urged is a completely different cause of action said to have occurred at a different time of the year, not at flood time, but during the growing season after any flood has subsided. It is not claimed that the dam has caused the river to overflow its banks, but that, due to the presence of an aquifer *four feet* under the surface, it has caused water saturation by keeping the water level higher than it would be under natural conditions. In other words what has been determined in the first action is that the dam did not cause the overflow that occurred *in* flood time, it has never been determined that it did not cause the water saturation that is alleged to have occurred *after* flood time. More simply, the question in the first action was whether the dam caused damage *in high water*, in the second, it is whether it caused

pour une petite somme dans un pays étranger, se voit opposer une fin de non-recevoir qui vise non seulement le jugement effectivement obtenu contre lui, mais également toute défense qu'il pourrait invoquer à l'encontre d'une réclamation d'une somme beaucoup plus considérable et ce, pour le motif qu'une des questions litigieuses soulevées dans la première action (questions litigieuses dont il n'a jamais eu vent, bien qu'elles aient sans doute été alléguées) se trouve à avoir implicitement rejeté son seul moyen de défense contre la deuxième action.

En l'espèce, le point crucial c'est que la réclamation de Doering pour les dommages causés à ses récoltes en 1969, 1970, 1971 et 1972 par saturation de la couche aquifère, n'a jamais été mise devant les tribunaux. Seule la réclamation de dommages résultant des inondations de 1967 et 1968 a déjà fait l'objet de débat judiciaire. On a alors conclu que le barrage n'aggravait pas sensiblement les inondations et on ne doit certainement pas permettre à Doering de soulever à nouveau cette prétention, même à l'égard d'années ultérieures.

Il est vrai que sur la première action l'on a soigneusement examiné la question de savoir si la rivière était sortie de son lit et avait endommagé les terres de l'intimé parce que la ville avait endigué l'eau par le barrage. On a alors conclu que cet endiguement avait eu un effet négligeable sur le débordement, et c'est l'unique raison du rejet de l'action.

Cette même question *n'est pas soulevée* en l'espèce. Le fondement en est complètement différent puisqu'elle a trait à des événements survenus à une autre époque de l'année, non pas au temps des inondations, mais durant la saison agricole, après la fin de la crue. On ne prétend pas que le barrage a causé le débordement de la rivière, mais plutôt qu'il a causé la saturation d'une couche aquifère située à *quatre pieds* sous la surface du sol en maintenant l'eau à un niveau beaucoup plus élevé que son niveau naturel. En d'autres termes, selon la conclusion tirée au cours de la première action, le barrage n'a pas causé le débordement de la rivière survenu à *l'époque* des inondations; on n'y a donc pas décidé que le barrage n'était pour rien dans la saturation survenue, selon le demandeur, *après* l'époque des inondations. Bref, la question litigieuse dans la première action était de savoir si

damage *in low water*.

It is said that the aquifer always was there, this is true, but it is not by its mere presence that the crops are alleged to have been damaged, but by the raising of the water level, not to overflow level, but to aquifer level. Nothing shows that the damage suffered by the respondent in the two years covered by the first action was not, in fact, caused by the flooding for which the town was held not responsible. To say that it was in fact caused by water saturation as in the subsequent years covered by the second action, is to make an assumption for which there is no basis in the record. The respondent is precluded by *res judicata* from so contending in respect of the damage claimed by the first action. Then on what basis may the town so contend in order to defeat the claim in respect of subsequent years? I cannot see any.

I fail to see any valid reason preventing the respondent from claiming damages in later years because, by artificially keeping the water level higher than it would be under natural conditions after the flood has subsided, the town's dam causes damages to the crops on account of the presence of an aquifer under the surface soil. To so hold is to deny justice by a technical application of rules of court. When dealing with statutes, it is our duty as I see it, to apply the law as Parliament has written it. However, when, as here, we are dealing with judge-made law, I can see no reason for denying justice on account of technicalities, (*cf. Ares v. Venner*<sup>3</sup>; *Frank v. Alpert*<sup>4</sup>).

In my view, the rule concerning the assessment of damages up to the date of the trial for a continuing cause of action was meant to facilitate recovery of what is due in fairness, not to deprive

le barrage a causé des dommages alors que le niveau de l'eau était élevé, tandis que dans la deuxième action la question est de savoir s'il a causé des dommages alors que le niveau de l'eau était bas.

Il est vrai, comme on le prétend, qu'il y a toujours eu une couche aquifère à cet endroit, mais l'allégation n'est pas que les récoltes ont été endommagées par la simple existence de cette couche, mais plutôt à cause de l'élévation de l'eau au niveau de la couche aquifère, et non au niveau de débordements. Rien ne démontre que les dommages subis par l'intimé au cours des deux années visées par la première action n'ont pas réellement été causés par les inondations dont la ville n'a pas été tenue responsable. Dire que les dommages ont en fait été causés par saturation d'eau comme au cours des années subséquentes visées par la deuxième action, est une prétention pour laquelle il n'existe aucun fondement au dossier. La doctrine de la chose jugée empêche l'intimé de formuler cette prétention à l'égard des dommages réclamés dans la première action. Mais alors, sur quel fondement la ville peut-elle se reposer pour invoquer cette doctrine à l'encontre de la réclamation pour les années subséquentes? Je n'en vois aucun.

Je ne connais aucune raison valable qui puisse empêcher l'intimé de réclamer des dommages pour les années subséquentes parce que le barrage de la ville en gardant l'eau à un niveau plus élevé que son niveau naturel après la crue, a endommagé les récoltes en raison de la présence d'une couche aquifère sous la surface du sol. Une telle décision constitue un déni de justice par application littérale du règlement judiciaire. Lorsque nous sommes en face d'une législation, j'estime qu'il est de notre devoir d'appliquer la loi telle que le Parlement l'a rédigée. Toutefois, lorsque, comme en l'espèce, nous avons affaire au droit prétorien, je ne vois aucune raison de refuser de rendre justice à cause de subtilités, (voir *Ares c. Venner*<sup>3</sup>; *Frank c. Alpert*<sup>4</sup>).

A mon avis, la règle de l'évaluation jusqu'au jour du procès des dommages découlant de toute cause continue d'action vise à faciliter le recouvrement équitable de la somme due, et non à priver

<sup>3</sup> [1970] S.C.R. 608.

<sup>4</sup> [1971] S.C.R. 637.

<sup>3</sup> [1970] R.C.S. 608.

<sup>4</sup> [1971] R.C.S. 637.

litigants of claims they have not urged. Reference was made by Dewar C.J.Q.B. to Schroeder J.A.'s reasons in *Toronto General Trusts Corp. v. Roman*<sup>5</sup>. In my view, what was there decided is fully in accordance with the principle I am contending for as to the effect of the rule: it was not permitted to defeat the claim for damages subsequent to the trial.

In the present case, it is not a matter of assessment of damages that is in issue, it is the entitlement to damages that comes up for decision and in my view, the rule as to a continuing cause of action is not properly applicable. What happens each year is due to what occurs that year. There may be damage one year, not in another.

Concerning the contention that the staying order was made in the exercise of judicial discretion, I would merely refer to such cases as *Ladouceur v. Howarth*<sup>6</sup> and *Witco Chemical Co., Canada, Ltd. v. Town of Oakville*<sup>7</sup>. The Court of Appeal has made it a condition of its order that Doering pay the costs taxed against him in the 1969 action. In so doing it has, in my view, given the town all the protection against abuse of process that can properly be claimed.

I would dismiss the appeal with costs and would not accede to appellant's request for costs on respondent's motion at the hearing concerning the Bodnaruk report which was withdrawn. There was no real necessity for a memorandum on that motion, nor for copies of the evidence at the trial of the 1969 action.

The judgment of Martland, Judson, Ritchie, Dickson and de Grandpré JJ. was delivered by

RITCHIE J.—I have had the advantage of reading the reasons for judgment of my brother Pigeon in which he has recited many of the facts giving

les parties de la possibilité de déposer d'autres réclamations qu'elles n'ont pas formulées. Le juge en chef Dewar s'est reporté aux motifs du juge d'appel Schroeder dans *Toronto General Trusts Corp. v. Roman*<sup>5</sup>. Selon moi, cette décision-là est conforme en tout point au principe que j'avance quant à l'effet de la règle: elle n'a pas fait échouer la réclamation pour dommages subis après le procès.

En l'espèce, le litige ne porte pas sur l'évaluation des dommages, mais sur la question de savoir si l'intimé a droit aux dommages demandés, et j'estime qu'on ne peut régulièrement appliquer ici la règle relative à une cause continue d'action. Les dommages subis au cours d'une année résultent de ce qui est survenu au cours de cette même année. Des dommages peuvent être causés au cours d'une année sans qu'il y en soit ainsi au cours d'une autre.

Quant à la prétention que l'ordonnance de sursis a été rendue dans l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire, il suffit de se reporter aux affaires *Ladouceur c. Howarth*<sup>6</sup> et *Witco Chemical Co., Canada, Ltd. c. La ville d'Oakville*<sup>7</sup>. La Cour d'appel a assujetti son arrêt à la condition que Doering paie les dépens adjugés contre lui dans l'action intentée en 1969. Selon moi, elle a ainsi donné à la ville toute la protection que cette dernière est en droit de réclamer contre l'abus de procédure.

Je rejette le pourvoi avec dépens et je ne ferai pas droit à la demande de l'appelante pour adjudication de dépens à l'égard de la requête, touchant le rapport Bodnaruk, que l'intimé a déposée puis retirée à l'audience. En fait, cette requête n'exigeait aucunement la production d'un mémoire ni de copies des dépositions au procès sur l'action intentée en 1969.

Le jugement des juges Martland, Judson, Ritchie, Dickson et de Grandpré a été rendu par

LE JUGE RITCHIE—J'ai eu l'avantage de lire les motifs de mon collègue le juge Pigeon dans lesquels il relate plusieurs des faits qui ont donné lieu

<sup>5</sup> (1962), 37 D.L.R. (2d) 16, affirmé [1963] S.C.R. vi.

<sup>6</sup> [1974] S.C.R. 1111.

<sup>7</sup> [1975] 1 S.C.R. 273.

<sup>5</sup> (1962), 37 D.L.R. (2d) 16, confirmé [1963] R.C.S. vi.

<sup>6</sup> [1974] R.C.S. 1111.

<sup>7</sup> [1975] 1 R.C.S. 273.

rise to this appeal as well as relevant portions of the pleadings and of the judgments in the Manitoba Courts.

This is the second of two actions brought by the respondent against the Town of Grandview; both actions are founded in nuisance and both assert claims for damage by water to the respondent's land and the crops thereon, allegedly caused by the conduct of the Town of Grandview in the construction and operation of a "make-shift" dam whereby the waters of the Valley River where it runs through the respondent's land, were so "impounded" as to have adversely affected his soil and crops.

The first action was brought in April 1969, claiming that by repairing and replacing a dam previously existing, the town had "impounded a large volume of water and caused to be built up a large unnatural and above normal head of water . . . and raised the water levels in the said River . . ." and it is further alleged that "the said dam obstructed the natural flow of water and caused the waters therein to overflow the banks . . . flooded, inundated, cut away and eroded the plaintiff's said land."

The first case which related to damage to the plaintiff's lands and crops in the years 1967 and 1968, and is herein referred to as the 1969 action, was apparently not called for trial until September 1972, at which time the hearing was adjourned until May 1973, when Chief Justice Tritschler rendered his decision, the opening words of which indicate that both parties had ample time to consider all phases of the matter before and during the trial; in this regard, the Chief Justice observed:

This case has been before the courts for many years, and this is our second hearing.

Chief Justice Tritschler's reasons for judgment are conveniently recited in the reasons of my brother Pigeon and I only find it necessary for the purpose of these reasons to abstract the following two quotations:

au présent pourvoi et cite des extraits pertinents des actes de procédure des parties et des jugements des tribunaux du Manitoba.

Il s'agit ici de la deuxième action intentée par l'intimé contre la ville de Grandview; les deux actions ont été prises en recouvrement de dommages causés par l'eau aux terres et aux récoltes de l'intimé. Elles visent la réparation d'un délit qu'aurait commis la ville de Grandview par la construction et l'exploitation d'un barrage de fortune par lequel les eaux de la rivière Valley, qui traverse les terres de l'intimé, ont été «retenues» à un niveau trop élevé, endommageant ainsi ses terres et ses récoltes.

La première action intentée en avril 1969 se fondait, d'une part, sur l'allégation qu'en réparant et en remplaçant le barrage qui existait antérieurement, la ville avait [TRADUCTION] «retenu un volume considérable d'eau et créé une importante chute artificielle dont le niveau était anormalement élevé . . . et avait haussé le niveau de l'eau dans ladite rivière . . .» et, d'autre part, sur l'allégation que [TRADUCTION] «dudit barrage gênait l'écoulement naturel de l'eau, forçant ainsi la rivière à sortir de son lit . . . et à inonder, éroder et affouiller lesdites terres du demandeur.»

La première action portant sur les dommages causés en 1967 et 1968 aux terres et aux récoltes du demandeur, ci-après appelée l'action de 1969, n'a apparemment été entendue qu'au mois de septembre 1972; on a alors ajourné l'audition au mois de mai 1973, alors que le juge en chef Tritschler a rendu sa décision au début de laquelle il souligne que les deux parties ont bénéficié d'un temps considérable pour examiner tous les aspects du litige avant et durant le procès; à ce sujet, il fait l'observation suivante:

[TRADUCTION] La présente cause est pendante depuis plusieurs années et nous en sommes ici à la deuxième audition.

Les motifs du juge en chef Tritschler sont commodément reproduits dans les motifs de mon collègue le juge Pigeon et j'estime nécessaire de reproduire ici seulement les deux passages suivants:

(i) The very simple issue here is whether the frequent flooding of Mr. Doering's land, which no one disputes, is attributable to the maintenance by the town of Grandview of its dam.

Unfortunately, Mr. Doering has convinced himself that the dam has been the cause of his flooding troubles. That is not so. Not only has he failed to satisfy the onus of proving that the flooding of his land was caused by the defendant's dam, but his own evidence establishes the very contrary of that; namely that the flooding would have taken place if the dam had not been in existence.

(ii) It is clear from the evidence that plaintiff's land is going to be flooded to some extent nearly every year because it will flood whenever the flow exceeds 750 cubic feet per second, and the mean flood is 879 cubic feet per second. You are going to have flooding there every year except in a dry year like the present.

The evidence fully satisfies the Court that the flooding, which is the subject matter of this action, was not caused and was not contributed to by the defendant's dam.

Within nine months of this judgment being rendered, a new action was commenced by the same Mr. Doering claiming damage to his crops from water in 1969, 1970, 1971 and 1972 as a result of the Town of Grandview having maintained the waters of the Valley River at an artificially high level behind the same dam. The conduct alleged against the town as the foundation for both actions was the same, namely, the *impounding* of the waters of the river at an artificial height due to the dam, but in the second action it was alleged that the damage was occasioned by the "impounding" causing the water of the river to overflow and enter an "aquifer" consisting of sandy soil about four feet below the surface of Doering's lands and thus to saturate the soil with water.

The reason for bringing the second action is frankly explained in the affidavit filed herein by Mr. Doering where he says:

I consulted Walter Carman Newman about taking an appeal from that judgment which held that the damage to my land and crops that I suffered in 1967 and 1968 was not caused by surface flooding by waters impounded by the dam in question.

[TRADUCTION] (i) Il s'agit simplement de déterminer si le barrage érigé par la ville de Grandview est la cause des nombreuses inondations, admises de part et d'autre, qui recouvrent tous les ans les terres de M. Doering.

Celui-ci s'est malheureusement convaincu que le barrage est la cause des inondations. Tel n'est pas le cas. Non seulement n'a-t-il pu réussir à prouver que le barrage de la défenderesse est la cause de l'inondation de ses terres, mais la preuve qu'il a lui-même apportée tend à démontrer le contraire c'est-à-dire que les inondations auraient eu lieu même sans le barrage.

(ii) La preuve démontre clairement que le demandeur sera victime d'inondation à un certain degré presque chaque année puisque cela survient dès que le débit de la rivière excède 750 pieds cubes à la seconde, et l'inondation moyenne n'exige qu'un débit de 879 pieds cubes à la seconde. Il y aura donc inondation tous les ans sauf une année très sèche comme celle-ci.

La preuve convainc entièrement la Cour que le barrage de la défenderesse n'a pas causé ni accru les inondations à l'origine de la présente action.

Neuf mois après ce jugement, le même M. Doering intente une nouvelle action pour les dommages causés à ses récoltes en 1969, 1970, 1971 et 1972 en conséquence du maintien, par la ville de Grandview, des eaux de la rivière Valley à un niveau artificiellement élevé en amont du même barrage. Dans les deux actions, il reproche à la ville un acte identique, savoir la *retenue* des eaux de la rivière à un niveau artificiel grâce au barrage; toutefois, dans la deuxième action il allègue que la «*retenue*» a occasionné les dommages en causant le débordement de la rivière, de sorte que l'eau a pu pénétrer la «couche aquifère» composée de sol sablonneux et située à environ quatre pieds sous la surface de ses terres, saturant ainsi le sol d'eau.

Dans l'affidavit déposé devant cette Cour, M. Doering explique ouvertement la raison qui l'a incité à intenter cette deuxième action:

[TRADUCTION] J'ai consulté Walter Carman Newman au sujet de la possibilité d'interjeter un appel à l'encontre de la décision selon laquelle les dommages causés à mes terres et mes récoltes en 1967 et 1968 ne résultraient pas de l'inondation par des eaux retenues par le barrage en question.

4. I was advised by Walter C. Newman that the damage to my land and crops which continued in 1968, 1969, 1970, 1971 and 1972, was probably not due to surface flooding at all but caused by the impounded water flowing through an aquifer layer underneath the topsoil of the plaintiff's land and saturating the ground above during the relevant periods. He further advised me that since these issues were not dealt with in the 1969 action, an appeal would be ineffectual in such a case and that I had to start another action.

5. Acting upon the suggestion of Walter C. Newman I consulted Professor Andrew Baracos, a recognized soils expert, who conducted tests on the said land and confirmed the suggestion of Walter C. Newman.

6. Prior to 1973 I had no knowledge of an aquifer lying close beneath the topsoil of my land or the effect that such an aquifer would have when waters are impounded at an artificial height in a river to which the aquifer extends, I believing only that the saturation of my soil could only be due to surface flooding. The question of the aquifer was therefore not raised in the 1969 action and the action in any event could not deal with the damage caused to my land and crops in the years 1969 to 1972 both inclusive.

This affidavit was filed on a motion brought by the defendant before Chief Justice Dewar seeking to have the action stayed or set aside. Excerpts from the decision on that motion are once again conveniently recited in the reasons for judgment of my brother Pigeon. I only find it necessary to advert to the following paragraph which he quoted.

None of the facts alleged re the conduct of the defendant in the pending action are new, in the sense that they did not exist when the prior action went to trial in September 1972. There is no suggestion the aquifer, now alleged to serve as a conductor of water from the forebay to plaintiff's lands, did not exist in the years 1967 through 1972. All of the facts now alleged as to tortious conduct (which is the essence of this type of actionable nuisance) were available and could have been brought forward in the prior action. If they were not, whether by inadvertence, failure to exercise reasonable diligence, or accident, the plaintiff is not now entitled to pursue what is substantially the same claim, but for

4. Walter C. Newman m'a alors informé que les dommages subis par mes terres et mes récoltes en 1968, 1969, 1970, 1971 et 1972 n'ont sans doute pas été causés par l'inondation mais plutôt par les eaux retenues par le barrage qui se sont infiltrées dans la couche aquifère située sous le sol végétal qui recouvre les terres du demandeur, de sorte que la couche supérieure du sol a été saturée d'eau durant les époques en cause. De plus, il m'a conseillé d'intenter une nouvelle action car il serait inopportun d'interjeter un appel puisque l'action intentée en 1969 ne traitait pas de ces questions.

5. Comme me l'avait proposé Walter C. Newman, j'ai consulté le professeur Andrew Baracos, un pédologue reconnu, qui, après avoir fait certaines expériences sur lesdites terres, a confirmé les propos de Walter C. Newman.

6. Avant 1973, j'ignorais l'existence d'une couche aquifère sous le sol végétal de mes terres ainsi que le rôle qu'une telle couche peut jouer lorsque les eaux sont retenues à un niveau artificiel dans une rivière qui vient en contact avec la couche aquifère en question. A ma connaissance seule l'inondation pouvait être responsable de la saturation de mes terres. C'est pourquoi la question de la couche n'a pas été soulevée dans l'action de 1969, et de toute façon, il était alors impossible de faire porter cette première action sur les dommages causés à mes terres et mes récoltes au cours des années 1969 et 1972 inclusivement.

Cet affidavit a été déposé à l'occasion de la requête présentée par la défenderesse au juge en chef Dewar par laquelle elle demandait la suspension ou le rejet de l'action. Encore une fois, des extraits de la décision relative à cette requête sont commodément reproduits dans les motifs de mon collègue le juge Pigeon. Il suffit de se reporter uniquement au paragraphe suivant que ce dernier a cité.

[TRADUCTION] Aucun des faits allégués dans la présente action et relatifs au comportement de la défenderesse ne sont nouveaux, dans le sens qu'ils étaient inconnus à l'époque de l'audition de l'action antérieure au mois de septembre 1972. Personne ne prétend que la couche aquifère, à qui l'on attribue maintenant le rôle de conducteur d'eau entre le bassin de retenue et les terres du demandeur, n'existe pas de 1967 à 1972. Tous les faits allégués aujourd'hui au sujet d'un comportement délictueux (sur lequel se fonde ce genre d'action en dommages-intérêts) étaient connus et auraient pu être exposés dans l'action antérieure. S'ils ne l'ont pas été, soit par inadvertance, par manque de diligence raisonna-

damage alleged to have been sustained in subsequent years.

Later in his judgment, Chief Justice Dewar cited the cases of *Henderson v. Henderson*<sup>8</sup> and *Ord v. Ord*<sup>9</sup> and quoted the following passage from Vice-Chancellor Wigram's reasons for judgment in the former case at p. 115:

... I believe I state the rule of the Court correctly when I say that, where a given matter becomes the subject of litigation in, and of adjudication by, a Court of competent jurisdiction the Court requires the parties to that litigation to bring forward their whole case, and will not (except under special circumstances) permit the same parties to open the same subject of litigation in respect of matter which might have been brought forward as part of the subject in contest, but which was not brought forward, only because they have, from negligence, inadvertence, or even accident, omitted part of their case. The plea of *res judicata* applies, except in special cases, not only to points upon which the Court was actually required by the parties to form an opinion and pronounce a judgment, but to every point which properly belonged to the subject of litigation, and which the parties, exercising reasonable diligence, might have brought forward at the time.

In reversing the judgment of Chief Justice Dewar, Matas J.A., speaking for himself and Freedman C.J.M., (Guy J.A. dissenting) in the Court of Appeal of Manitoba, referred to the last-quoted excerpt from the case of *Henderson v. Henderson*, but adopted the interpretation placed upon that case by Johnson J.A., with whom Ford C.J.A. agreed in the Court of Appeal of Alberta in *Hall v. Hall and Hall's Feed & Grain Ltd.*<sup>10</sup>, where he characterizes the proposition stated by Vice-Chancellor Wigram as "the wider principle of *res judicata*" and goes on to say:

It was apparently the wider principle of *res judicata* that was applied in the present case. This doctrine has

ble ou par accident, le demandeur n'a pas le droit aujourd'hui d'intenter une poursuite pour ce qui est实质上 la même réclamation, sauf si la poursuite a trait à des dommages subis au cours des années ultérieures.

Plus loin dans ses motifs, le juge en chef Dewar se reporte aux affaires *Henderson v. Henderson*<sup>8</sup> et *Ord v. Ord*<sup>9</sup>, et il cite le passage suivant tiré des motifs du vice chancelier Wigram, à la p. 115 de la première de ces deux décisions:

[TRADUCTION] ... J'espère exprimer correctement la règle que s'est imposée la présente Cour quand j'affirme que si un point donné devient litigieux et qu'un tribunal compétent le juge, on exige des parties qu'elles soumettent toute leur cause et, sauf dans des circonstances spéciales, on n'autorisera pas ces parties à rouvrir le débat sur un point qui aurait pu être soulevé lors du litige, mais qui ne l'a pas été pour l'unique raison qu'elles ont omis de soumettre une partie de leur cause, par négligence, inadvertance ou même par accident. Le plaidoyer de la *chose jugée* porte, sauf dans des cas spéciaux, non seulement sur les points sur lesquels les parties ont en fait demandé au tribunal d'exprimer une opinion et de prononcer jugement, mais sur tout point qui faisait objectivement partie du litige et que les parties auraient pu soulever à l'époque, si elles avaient fait preuve de diligence.

En Cour d'appel du Manitoba, le juge Matas, s'exprimant également au nom du juge Freedman, juge en chef du Manitoba, a infirmé le jugement du juge en chef Dewar, (le juge d'appel Guy étant dissident) et il s'est reporté à ce dernier extrait tiré de l'affaire *Henderson v. Henderson*, mais il a préféré l'interprétation donnée à cette décision en Cour d'appel de l'Alberta par le juge d'appel Johnson, dont l'avis a été partagé par le juge Ford, juge en chef de l'Alberta, dans l'affaire *Hall v. Hall and Hall's Feed & Grain Ltd.*<sup>10</sup>, où il qualifie l'énoncé du vice chancelier Wigram de [TRADUCTION] «interprétation large du principe de la *chose jugée*». Il poursuit en ces termes:

[TRADUCTION] On s'est manifestement fondé, en l'espèce, sur l'interprétation large du principe de la

<sup>8</sup> (1843), 3 Hare 100.

<sup>9</sup> [1923] 2 K.B. 432.

<sup>10</sup> (1958), 15 D.L.R. (2d) 638.

<sup>8</sup> (1843), 3 Hare 100.

<sup>9</sup> [1923] 2 K.B. 432.

<sup>10</sup> (1958), 15 D.L.R. (2d) 638.

not so wide an application as the broadness of the language might lead one to infer. It is limited to such matters as arise within one cause of action. It is, I think, clear that if there are facts which are common to several causes of action, an inquiry into these facts in one cause of action does not prevent an examination of the same facts where another cause of action is set up, provided that this cause of action is separate and distinct.

In that case the first action had been brought for an accounting between husband and wife, where the second action involved the allegation that a business partnership had existed between them which had been converted into a limited company and the wife sought compensation for her interest in the partnership. There were thus clearly two separate causes of action, but with the greatest respect, I cannot agree that the causes of action in the two cases here under consideration are separate and distinct. As Chief Justice Dewar points out, all the facts which are alleged to constitute tortious conduct by the town in the present case existed when the prior action went to trial and it was there found that these facts did not support the present respondent's action for damage to his crops by water. The only new issue raised in the present case is the contention that the same conduct for which the town was exonerated from blame in respect of damage to crops in 1967 and 1968 is blameworthy in respect of the damage done in 1969, 1970, 1971 and 1972 because, although the water came from the same source, it reached the respondent's land by a different route. The aquifer was on the respondent's land before 1967 and he states in his affidavit that damage to his land and crops complained of in the first action was probably caused by it according to the information which he received from the expert whom he consulted after the trial. Nothing had changed between the bringing of the first action and the second one except that the respondent had received advice from a soil expert who expounded the aquifer theory. Such an expert could probably have been consulted before the first action, and if he had been then the matter would no doubt have been put in issue at that time, but in my view the circumstances here are to be considered in the light of the principles established in *Phosphate*

chose jugée. Cette doctrine n'a cependant pas une application aussi large que sa formulation le laisse supposer. Ce principe ne porte que sur des questions soulevées dans le cadre d'un seul litige. Il n'y a aucun doute, à mon avis, qu'advenant l'existence de faits communs à plusieurs actions, l'examen judiciaire de ces faits dans une action n'empêche pas l'examen de ces mêmes faits dans le cadre d'une autre action, pourvu que l'objet de cette dernière action soit distinct de l'autre.

Dans cette affaire-là, la première action en était une en reddition de compte entre conjoints, tandis que la deuxième se fondait sur l'allégation que ces derniers avaient formé une société qui, plus tard, a été constituée en corporation, et l'épouse y réclamait une indemnité pour sa part dans la société. Les objets des deux actions étaient donc nettement distincts l'un de l'autre, mais avec le plus grand respect, je ne puis partager l'avis selon lequel il en est de même pour les objets des deux actions présentement à l'étude. Comme le souligne le juge en chef Dewar, tous les faits qui, selon l'allégation du demandeur, dénotent le comportement délictueux de la ville en l'espèce, existaient à l'époque de l'audition de la première action où l'on a décidé que ces faits n'étaient pas l'action en recouvrement présentement intentée par l'intimé pour les dommages que l'eau aurait causés à ses récoltes. La présente action ne soulève qu'un seul nouveau point, savoir la prétention que le comportement pour lequel la ville a été exonérée de toute responsabilité relativement aux dommages causés aux récoltes en 1967 et 1968 est aujourd'hui susceptible d'entraîner sa responsabilité au regard des dommages causés en 1969, 1970, 1971 et 1972 pour la raison que l'eau, même si elle provenait de la même source, a envahi les terres de l'intimé en utilisant une route différente. La couche aquifère était composante du sol des terres de l'intimé bien avant 1967 et ce dernier déclare dans son affidavit qu'à la lumière de l'information reçue de l'expert qu'il a consulté après le procès, les dommages à ses terres et ses récoltes, sur lesquels portaient la première action, ont sans doute eux aussi été causés en raison de l'existence de cette couche aquifère. Aucun fait nouveau n'a transpiré entre la première et la deuxième action si l'on fait exception des conseils que l'intimé a reçus du pédologue qui a mis de l'avant la théorie de la couche aqui-

*Sewage Co. v. Molleson*<sup>11</sup>, where Lord Cairns said, at pp. 814-5:

As I understand the law with regard to *res judicata*, it is not the case, and it would be intolerable if it were the case, that a party who has been unsuccessful in a litigation can be allowed to re-open that litigation merely by saying, that since the former litigation there is another fact going exactly in the same direction with the facts stated before, leading up to the same relief which I asked for before, but it being in addition to the facts which I have mentioned, it ought now to be allowed to be the foundation of a new litigation, and I should be allowed to commence a new litigation merely upon the allegation of this additional fact. My Lords, the only way in which that could possibly be admitted would be if the litigant were prepared to say, I will shew you that this is a fact which entirely changes the aspect of the case, and I will shew you further that it was not, and could not by reasonable diligence have been, ascertained by me before. Now I do not stop to consider whether the fact here, if it had come under the description which is represented by the words *res noviter veniens in notitiam*, would have been sufficient to have changed the whole aspect of the case. I very much doubt it. It appears to me to be nothing more than an additional ingredient which alone would not have been sufficient to give a right to relief which otherwise the parties were not entitled to.

This passage was adopted by the Supreme Court of Nova Scotia in *Fenerty v. The City of Halifax*<sup>12</sup>, where it was said at pp. 437-8:

The doctrine of *res judicata* is founded on public policy so that there may be an end of litigation, and also to prevent the hardship to the individual of being twice vexed for the same cause. The rule which I deduce from the authorities is that a judgment between the same parties is final and conclusive, not only as to the matters dealt with, but also as to questions which the parties had an opportunity of raising. It is clear that the plaintiff must go forward in the first suit with his evidence; he will not be permitted in the event of failure to proceed

fère. Un tel expert aurait sans doute pu être consulté avant la première action, et s'il l'avait été, la question de la couche aquifère aurait indubitablement été soulevée au cours de cette première action; toutefois, j'estime que les présentes circonstances doivent être examinées à la lumière des principes établis dans *Phosphate Sewage Co. v. Molleson*<sup>11</sup>, où lord Cairns dit ce qui suit, aux pp. 814 et 815:

[TRADUCTION] Selon mon interprétation du droit sur la doctrine de la chose jugée, elle ne permet pas, et le contraire serait inadmissible, qu'une partie qui n'a pas eu gain de cause au cours d'un procès puisse relancer le litige en affirmant simplement que depuis la fin du procès antérieur elle a découvert un autre fait qui concorde exactement avec ceux avancés précédemment et qui ne modifie en rien le redressement demandé antérieurement, mais qui, ajouté aux autres faits mentionnés, permettrait d'intenter une nouvelle action fondée sur ce fait nouveau. Vos Seigneuries, cela n'est possible que si la partie en question est en mesure d'affirmer: je vais vous démontrer que ce fait modifie entièrement l'aspect du litige et je vais également vous démontrer que je ne le connaissais pas et qu'il m'était impossible, malgré l'exercice d'une diligence raisonnable, de connaître l'existence de ce fait plus tôt. Je ne m'arrête pas à examiner si le fait présentement allégué, advenant qu'il soit conforme à la description contenue dans l'expression *res noviter veniens in notitiam*, aurait pu modifier tout l'aspect du litige. Qu'il me soit permis d'en douter. Ce fait m'apparaît comme n'étant rien de plus qu'un ingrédient additionnel qui, seul, n'aurait pu justifier un redressement auquel les parties, en d'autres circonstances, n'auraient pas eu droit.

La Cour suprême de la Nouvelle-Écosse a fait sien cet extrait dans *Fenerty v. The City of Halifax*<sup>12</sup>, où il est dit aux pp. 437-8:

[TRADUCTION] La doctrine de la chose jugée se fonde sur le concept de l'ordre public de façon à pouvoir mettre fin à un litige et empêcher qu'un individu soit poursuivi une deuxième fois au regard d'une même affaire. Selon moi, la jurisprudence a établi la règle qu'un jugement entre les mêmes parties est final et concluant, non seulement à l'égard des questions examinées, mais également à l'égard des questions que les parties auraient pu soulever. Il est clairement établi que le demandeur doit faire toute sa preuve dans la première

<sup>11</sup> (1879), 4 App. Cas. 801.

<sup>12</sup> (1920), 50 D.L.R. 435.

<sup>11</sup> (1879), 4 App. Cas. 801.

<sup>12</sup> (1920), 50 D.L.R. 435.

with a second suit on the ground that he has additional evidence. In order to be at liberty to proceed with a second suit he must be prepared to say: "I will shew you this is a fact which entirely changes the aspect of the case, and I will shew you further that it was not, and could not by reasonable diligence have been ascertained by me before."

The same proposition was stated by Lord Denning in *Fidelitas Shipping Co., Ltd. v. V/O Exportchleb*<sup>13</sup>, where he said at pp. 8-9:

The law, as I understand it, is this: if one party brings an action against another for a particular cause and judgment is given on it, there is a strict rule of law that he cannot bring another action against the same party for the same cause. *Transit in rem judicatam* . . . But within one cause of action, there may be several issues raised which are necessary for the determination of the whole case. The rule then is that, once an issue has been raised and distinctly determined between the parties, then, as a general rule, neither party can be allowed to fight that issue all over again. The same issue cannot be raised by either of them again in the same or subsequent proceedings except in special circumstances. . . . And within one issue, there may be several points available which go to aid one party or the other in his efforts to secure a determination of the issue in his favour. The rule then is that each party must use reasonable diligence to bring forward every point which he thinks would help him. If he omits to raise any particular point, from negligence, inadvertence, or even accident (which would or might have decided the issue in his favour), he may find himself shut out from raising that point again, at any rate in any case where the selfsame issue arises in the same or subsequent proceedings. But this again is not an inflexible rule. It can be departed from in special circumstances.

The distinction between what has come to be referred to as "cause of action estoppel" on the one hand, which precludes a person from bringing an action again against another when the same cause of action has been determined in earlier proceedings, and "issue estoppel", is discussed and explained in the reasons for judgment of Dickson J., speaking on behalf of the majority of this Court

action puisqu'il ne lui sera pas permis, en cas d'échec, d'intenter une deuxième action fondée sur une preuve additionnelle. Pour intenter une deuxième action, il doit être en mesure d'affirmer: «je vais vous démontrer que ce fait modifie entièrement l'aspect du litige, et je vais également vous démontrer que je ne le connaissais pas et qu'il m'était impossible, malgré l'exercice d'une diligence raisonnable, de connaître l'existence de ce fait plus tôt.»

Lord Denning s'est exprimé en des termes semblables dans *Fidelitas Shipping Co., Ltd. v. V/O Exportchleb*<sup>13</sup>, où il dit, aux pp. 8 et 9:

[TRADUCTION] Mon interprétation du droit applicable est la suivante: lorsqu'une partie intente une action contre une autre au regard d'un litige particulier et qu'on y rend jugement, il existe une règle juridique stricte selon laquelle cette partie ne peut intenter une autre action contre la même partie au regard du même litige. *Transit in rem judicatam* . . . Mais dans le cadre d'un seul litige, il est possible de soulever plusieurs questions déterminantes du sort de toute la cause. Il convient alors d'appliquer la règle selon laquelle, d'ordinaire, les parties ne sont pas autorisées à débattre à nouveau une question litigieuse qu'elles ont déjà soulevée et débattue. Aucune d'entre elles ne peut soulever la même question litigieuse au cours de la même action ou d'une action subséquente, sauf en des circonstances spéciales. . . . Et dans le cadre d'un seul litige, il peut exister plusieurs points sur lesquels l'une ou l'autre des parties peut s'appuyer pour prouver ses allégations et obtenir gain de cause. La règle veut alors que chaque partie doit faire preuve de diligence pour invoquer tous les points susceptibles de la favoriser. Si une partie, soit par négligence, inadvertance ou même accident, omet de soulever un point particulier (qui lui aurait permis, ou peut-être permis d'obtenir gain de cause), elle peut se voir refuser l'occasion de soulever à nouveau ce point-là, du moins dans la même action et dans toute action subséquente portant sur le même litige. Mais cette règle n'est pas, elle non plus, inflexible. Certaines circonstances spéciales permettent de s'en écarter.

La distinction entre ce que l'on connaît, d'une part, sous l'expression "cause of action estoppel" qui empêche une personne d'intenter une action contre une autre lorsque la même cause d'action a déjà été décidée dans des procédures antérieures, et d'autre part, sous l'expression "issue estoppel", est établie et explicitée dans les motifs de jugement du juge Dickson, qui s'exprimait au nom de la

in *Angle v. Minister of National Revenue*<sup>14</sup>, at p. 254.

It is obvious here that the question of whether or not the water entered the aquifer and thus saturated the respondent's soil was not determined in the 1969 action because it was not raised and it would therefore not be strictly accurate to classify the present case as one of issue estoppel, but I am of the view that it is certainly a case within the principle established in *Henderson v. Henderson, supra*, and the *Phosphate Sewage Co.* case, and it is to be noted that the respondent has not alleged either in his pleadings or his affidavit that he could not by reasonable diligence, have put himself in a position to advance the theory of soil saturation through the aquifer at the time of the first action, nor can it be said that his failure to raise that particular point did not arise "through negligence, inadvertence or even accident." In my opinion the burden lay upon the respondent to at least allege that the new fact could not have been ascertained by reasonable diligence at the time when the first action was commenced before he could invoke it so as to expose the appellant a second time to litigation arising out of the same conduct. I appreciate that my brother Pigeon has adopted what he refers to as "the guiding principle" stated by Lord Maugham L.C. in *New Brunswick Ry. Co. v. British and French Trust Corporation*<sup>15</sup>, at pp. 20-1. It will be noted, however, that the Lord Chancellor did not question the rule in *Henderson v. Henderson*; but found that in the case before him there were exceptional circumstances which he described as follows:

I do not think it necessary to express an opinion as to whether the alleged estoppel would have succeeded if the appellants had appeared in and contested the first action. But the judgment in that action limited in form to a single bond was pronounced in default of appear-

majorité de cette Cour dans *Angle c. Le ministre du Revenu national*<sup>14</sup>, à la p. 254.

De toute évidence, la question de savoir si l'eau s'est infiltrée ou non dans la couche aquifère, saturant ainsi les terres de l'intimé, n'a pas été tranchée au cours de l'action de 1969 puisqu'elle n'a pas été soulevée; par conséquent, il serait inexact de dire que la présente affaire en est une de *issue estoppel*, mais je suis d'avis qu'elle peut sans aucun doute être considérée comme étant régie par le principe établi dans *Henderson v. Henderson*, précité, et dans l'affaire *Phosphate Sewage Co.*. Il convient également de souligner, d'une part, que l'intimé n'a pas allégué dans sa plaidoirie ni dans son affidavit qu'il lui avait été impossible, tout en étant diligent, de mettre de l'avant la théorie de la saturation du sol par le biais de la couche aquifère à l'époque de la première action, et d'autre part, qu'il n'a pas affirmé que son omission de soulever ce point précis n'avait pas résulté [TRADUCTION] «d'une négligence, d'une inadvertance ou même d'un accident.» A mon avis, avant que l'intimé ne puisse invoquer le fait nouveau comme fondement d'une deuxième action intentée contre l'appelante au regard du même comportement, il avait, à tout le moins, l'obligation d'alléguer qu'il lui avait été impossible tout en exerçant une diligence raisonnable, de constater ce fait à l'époque où la première action a été intentée. Je suis heureux de noter que mon collègue le juge Pigeon adopte les propos qu'il qualifie lui-même de [TRADUCTION] «principe directeur», énoncés par le lord chancelier Maugham dans *New Brunswick Ry. Co. v. British and French Trust Corporation*<sup>15</sup>, aux pp. 20 et 21. Toutefois, il faut souligner que le lord chancelier n'a pas mis en doute la règle énoncée dans *Henderson v. Henderson*; il a plutôt conclu à l'existence, dans l'affaire dont il était saisi, de circonstances exceptionnelles qu'il a décrites en ces termes:

[TRADUCTION] J'estime inutile d'exprimer une opinion quant à savoir si la fin de non-recevoir alléguée aurait été accueillie si l'appelante avait comparu au cours de la première action et l'avait contestée. Mais le jugement de cette action-là qui, formellement, n'avait trait qu'à une

<sup>14</sup> [1975] 2 S.C.R. 248.

<sup>15</sup> [1939] A.C. 1.

<sup>14</sup> [1975] 2 R.S.C. 248.

<sup>15</sup> [1939] A.C. 1.

ance by the defendants. In my view not all estoppels are "odious"; but the adjective might well be applicable if a defendant, particularly if he is sued for a small sum in a country distant from his own, is held to be estopped not merely in respect of the actual judgment obtained against him, but from defending himself against a claim for a much larger sum on the ground that one of the issues in the first action (issues which he never saw, though they were doubtless filed) had decided as a matter of inference his only defence in the second action.

I cannot find any such exceptional circumstances in the present case. The issue of whether the river was caused to overflow its banks and damage the respondent's lands because the Town of Grandview had wrongfully impounded the waters behind the dam, was thoroughly explored in the first action. The same question is raised by the present action. Although the years when the damage is alleged to have occurred in the second action are different from the first, all other conditions are exactly the same except that since Chief Justice Tritschler rendered his judgment in 1973, the respondent has taken advice leading him to the conclusion that the water which damaged his crops, although coming from the same source, reached his land by saturation through an aquifer rather than by "flooding".

For all these reasons, as well as for those contained in the reasons for judgment of Chief Justice Dewar, I would allow the appeal and restore that judgment with costs, except that I would allow no costs of the respondent's motion made at the hearing which was withdrawn.

*Appeal allowed; order staying action restored,  
LASKIN C.J. and SPENCE, PIGEON and BEETZ JJ.  
dissenting.*

*Solicitors for the defendant, appellant: Aikins,  
MacAulay & Thorvaldson, Winnipeg.*

*Solicitors for the plaintiff, respondent:  
Newman, MacLean, Winnipeg.*

seule obligation, a été rendu alors que la défenderesse avait fait défaut de comparaître. A mon avis, ce ne sont pas toutes les fins de non-recevoir qui sont «odieuses»; mais cet adjectif peut très bien convenir si un défendeur, surtout un défendeur poursuivi pour une petite somme dans un pays étranger, se voit opposer une fin de non-recevoir qui vise non seulement le jugement effectivement obtenu contre lui, mais également toute défense qu'il pourrait invoquer à l'encontre d'une réclamation d'une somme beaucoup plus considérable et ce, pour le motif qu'une des questions litigieuses soulevées dans la première action (questions litigieuses dont il n'a jamais eu vent, bien qu'elles aient sans doute été alléguées) se trouve à avoir implicitement rejeté son seul moyen de défense contre la deuxième action.

Je ne vois en l'espèce aucune circonstance exceptionnelle semblable. On a examiné en profondeur, au cours de la première action, la question de savoir si le débordement de la rivière et l'endommagement des terres de l'intimé ont résulté du fait que la ville de Grandview avait, à tort, retenu les eaux de la rivière en amont du barrage. La présente action se fonde sur cette même question. Bien que dans la deuxième action les années au cours desquelles les dommages sont censés avoir été causés soient différentes de celles visées par la première action, tous les autres aspects de l'affaire sont exactement les mêmes, sauf que depuis le jugement du juge en chef Tritschler rendu en 1973, l'intimé a bénéficié de conseils qui l'ont porté à conclure que l'eau qui a endommagé ses récoltes, même si elle provenait de la même source, a envahi ses terres non pas par «inondation», mais plutôt par saturation de la couche aquifère.

Pour tous ces motifs, de même que pour ceux énoncés dans les motifs de jugement du juge en chef Dewar, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi et de rétablir ce jugement avec dépens. Toutefois, j'estime qu'aucuns dépens ne devraient être adjugés à l'intimé au regard de la requête qu'il a présentée et retirée au cours de l'audition.

*Appel accueilli; ordonnance de sursis rétablie,  
le JUGE EN CHEF LASKIN et les JUGES SPENCE,  
PIGEON et BEETZ étant dissidents.*

*Procureurs de la défenderesse, appelante:  
Aikins, MacAulay & Thorvaldson, Winnipeg.*

*Procureurs du demandeur, intimé: Newman,  
MacLean, Winnipeg.*