

Bernard Gerardus Maria Berendsen, Maria Bernardina Helena Berendsen, Yvonne Berendsen, Mary Berendsen and the infant Wilbert Berendsen by his litigation guardian Maria Bernardina Helena Berendsen *Appellants*

v.

Her Majesty the Queen in Right of Ontario *Respondent*

INDEXED AS: BERENDSEN v. ONTARIO

Neutral citation: 2001 SCC 55.

File No.: 27312.

2001: April 23; 2001: September 27.

Present: L'Heureux-Dubé, Iacobucci, Major, Bastarache, Binnie, Arbour and LeBel JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

Limitation of actions — Public authorities — Summary judgment — Action against provincial Crown alleging environmental damage caused by waste asphalt buried on farm — Waste asphalt resulting from highway reconstruction — Summary judgment holding that action statute-barred — Whether six-month limitation period in Public Authorities Protection Act applies — Public Authorities Protection Act, R.S.O. 1990, c. P.38, s. 7(1) — Limitations Act, R.S.O. 1990, c. L.15, s. 45(1)(g).

In the 1960s, the Ontario Department of Highways reconstructed a highway near the appellants' farm, generating waste asphalt. A substantial quantity of this waste asphalt was deposited on the appellants' farm as fill. It appeared that the contractor responsible for the removal of the waste asphalt entered into an oral agreement with a previous owner of the appellants' farm to bury the asphalt on the farm. The appellants purchased the farm in 1981. At the date of purchase, they were not aware of the buried asphalt. They claim to have experienced a number of operational difficulties throughout the 1980s, including cattle and chicken deaths, deformed calves, and low milk production. In 1989, the appellants learned about the buried asphalt. Consultants

Bernard Gerardus Maria Berendsen, Maria Bernardina Helena Berendsen, Yvonne Berendsen, Mary Berendsen et le mineur Wilbert Berendsen représenté par son tuteur à l'instance Maria Bernardina Helena Berendsen *Appelants*

c.

Sa Majesté la Reine du chef de l'Ontario *Intimée*

RÉPERTORIÉ : BERENDSEN c. ONTARIO

Référence neutre : 2001 CSC 55.

Nº du greffe : 27312.

2001 : 23 avril; 2001 : 27 septembre.

Présents : Les juges L'Heureux-Dubé, Iacobucci, Major, Bastarache, Binnie, Arbour et LeBel.

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

Prescription — Autorités publiques — Jugement sommaire — Action contre la Couronne provinciale pour dommages causés à l'environnement par des résidus d'asphalte enfouis dans des terres agricoles — Résidus produits par la reconstruction d'une route — Jugement sommaire déclarant l'action prescrite — Le délai de prescription de six mois de la Loi sur l'immunité des personnes exerçant des attributions d'ordre public s'applique-t-il? — Loi sur l'immunité des personnes exerçant des attributions d'ordre public, L.R.O. 1990, ch. P.38, art. 7(1) — Loi sur la prescription des actions, L.R.O. 1990, ch. L.15, art. 45(1)g).

Dans les années 1960, la reconstruction d'une route par le Department of Highways de l'Ontario, près de l'exploitation agricole des appelants, produit des résidus d'asphalte. Une quantité importante des résidus est déchargée comme remblai sur les terres agricoles des appelants, apparemment en vertu d'une entente verbale entre l'entrepreneur chargé de l'enlèvement des résidus et un propriétaire antérieur de la ferme. Les appelants achètent la ferme en 1981. Ils ne savent pas alors que de l'asphalte est enfoui dans leurs terres. Ils disent avoir eu des difficultés d'exploitation pendant les années 1980, dont la mort de bovins et de volailles, des veaux souffrant de malformations et une faible production laitière. En 1989, les appelants apprennent l'existence de l'as-

found contaminants in the water and, by 1993, claim to have linked these contaminants to the health problems of the cattle. A statement of claim was served on the respondent in March 1994. Before the case could go to trial, the respondent moved to have the action dismissed because it was not brought within the six-month limitation period set out in s. 7 of the *Public Authorities Protection Act*. The Ontario Court of Justice (General Division) granted the respondent's motion for summary judgment. The Ontario Court of Appeal dismissed the appellants' appeal.

Held: The appeal should be allowed and the appellants' action restored to the trial list.

The usual six-year limitation period set out in s. 45(1)(g) of the *Limitations Act* applies, not the abbreviated six-month limitation period provided for by s. 7 of the *Public Authorities Protection Act*. The discoverability date was no earlier than 1989, when the appellants first learned of the asphalt on their land. Since the statement of claim was issued in March 1994, it is within the six-year limitation period.

Not every duty and power of a public authority comes within the protections of the *Public Authorities Protection Act*. The reference to the "intended execution of any statutory or other public duty or authority" in s. 7 limits the protection to public duties and powers and confirms inferentially that a public authority may well have other duties and powers that are essentially of a private nature. In the circumstances of this case, and applying the guidelines set out in *Des Champs*, the activity of disposing of waste asphalt is an operational decision of a predominantly private character. Although the respondent is clearly a public authority and the repair of the highway itself is unquestionably a public duty, there was no statutory requirement to bury waste asphalt on private lands. Moreover, while the duty of repairing a public highway entails a public aspect, it is the activity at issue, not the duty at issue, that is the critical component of the inquiry. The activity at issue in this case (the disposal of waste asphalt) is not inherently of a public nature, but is more of an internal or operational nature having a predominantly private aspect. When asphalt has been disposed of on private land, and is only causing harm to a restricted number of individuals, it is only those individuals affected, not any member of the public, who can bring such a claim. In addition, the disposal of the asphalt was apparently arranged pursuant to a private agreement between the contractor hired by the Department of Highways and the owner of the farm at the time of disposal. The agreement was incidental to

phalte enfoui. Des consultants trouvent des contaminants dans l'eau et disent avoir établi dès 1993 un lien entre ces contaminants et les problèmes de santé du bétail. La déclaration est signifiée à l'intimée en mars 1994. Avant l'instruction, l'intimée demande le rejet de l'action au motif qu'elle n'a pas été introduite dans le délai de six mois prévu à l'art. 7 de la *Loi sur l'immunité des personnes exerçant des attributions d'ordre public*. La Cour de justice de l'Ontario (Division générale) accueille la requête en jugement sommaire de l'intimée. La Cour d'appel de l'Ontario rejette l'appel.

Arrêt : Le pourvoi est accueilli et l'action sera réinscrite au rôle d'audience.

Le délai de prescription général de six ans prévu à l'al. 45(1)g) de la *Loi sur la prescription des actions* s'applique, et non le délai de prescription de six mois prévu à l'art. 7 de la *Loi sur l'immunité des personnes exerçant des attributions d'ordre public*. La date de la connaissance du dommage n'est pas antérieure à 1989, année où les appelants ont appris la présence d'asphalte sur leurs terres. La déclaration produite en mars 1994 respecte le délai de prescription de six ans.

La *Loi sur l'immunité des personnes exerçant des attributions d'ordre public* ne protège pas toutes les fonctions et tous les pouvoirs d'une autorité publique. L'expression « en vue de l'exercice d'une fonction ou d'un pouvoir prévus par la loi ou d'ordre public » à l'art. 7 limite la protection aux pouvoirs et fonctions de nature publique et permet de conclure, par inférence, qu'une autorité publique peut avoir d'autres fonctions ou pouvoirs qui sont essentiellement de nature privée. Dans les circonstances de l'espèce, et suivant les directives de l'arrêt *Des Champs*, l'enfouissement des résidus d'asphalte est une décision opérationnelle de caractère essentiellement privé. Bien que l'intimée soit clairement une autorité publique et qu'il ne fasse aucun doute que la réparation de la route est une fonction publique, la loi n'exigeait pas que les résidus d'asphalte soient enfouis dans des terres privées. De plus, même si l'obligation de réparer une route publique comporte un aspect public, c'est l'activité en cause, et non la fonction, qui est la composante vitale de l'examen. L'activité en cause (l'élimination de résidus d'asphalte) n'est pas de nature essentiellement publique, mais est davantage de nature interne ou opérationnelle avec un caractère privé prédominant. Lorsque de l'asphalte est enfoui dans des terres privées et ne cause préjudice qu'à un nombre restreint de personnes, seules celles-ci, et non les membres du public en général, peuvent intenter une action. En outre, ce sont l'entrepreneur engagé par le ministère et le propriétaire de l'exploitation agricole au moment de l'éli-

the public duty being carried out. The Department of Highways, or its agent, was not under a duty to dispose of the waste asphalt on private lands. Finally, the appellants' claim does not relate to the exercise by the respondent of a public power or duty. Instead, it relates to an operational decision made incidentally to the exercise of a public duty.

Cases Cited

Applied: *Des Champs v. Conseil des écoles séparées catholiques de langue française de Prescott-Russell*, [1999] 3 S.C.R. 281; **referred to:** *Attorney-General for Ontario v. Palmer* (1979), 28 O.R. (2d) 35; *Bradford Corp. v. Myers*, [1916] 1 A.C. 242; *Clarke v. St. Helens Borough Council* (1915), 85 L.J.K.B. 17; *Edwards v. Metropolitan Water Board*, [1922] 1 K.B. 291; *Greenwood v. Atherton*, [1939] 1 K.B. 388; *Griffiths v. Smith*, [1941] A.C. 170; *McGonegal v. Gray*, [1952] 2 S.C.R. 274; *Berardinelli v. Ontario Housing Corp.*, [1979] 1 S.C.R. 275.

Statutes and Regulations Cited

Highway Improvement Act, R.S.O. 1960, c. 171 [now *Public Transportation and Highway Improvement Act*, R.S.O. 1990, c. P.50], s. 33(1).
Limitations Act, R.S.O. 1990, c. L.15, s. 45(1)(g).
Public Authorities Protection Act, R.S.O. 1990, c. P.38, s. 7(1).

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal, [1999] O.J. No. 1018 (QL), dismissing the appellants' appeal against an order of the Ontario Court of Justice (General Division) dated August 5, 1998. Appeal allowed.

Richard D. Lindgren and Donald R. Good, for the appellants.

William J. Manuel and James W. Smith, for the respondent.

mination de l'asphalte qui, par entente privée, ont apparemment convenu des modalités de cette élimination. L'entente était accessoire à la fonction publique exercée. Le ministère, ou son mandataire, n'était pas tenu d'enfouir les résidus d'asphalte dans des terres privées. Enfin, la demande des appelants n'a pas trait à l'exercice par l'intimée d'un pouvoir ou d'une fonction d'ordre public. Leur demande porte sur une décision opérationnelle accessoire à l'exercice d'une fonction publique.

Jurisprudence

Arrêt appliqué : *Des Champs c. Conseil des écoles séparées catholiques de langue française de Prescott-Russell*, [1999] 3 R.C.S. 281; **arrêts mentionnés :** *Attorney-General for Ontario c. Palmer* (1979), 28 O.R. (2d) 35; *Bradford Corp. c. Myers*, [1916] 1 A.C. 242; *Clarke c. St. Helens Borough Council* (1915), 85 L.J.K.B. 17; *Edwards c. Metropolitan Water Board*, [1922] 1 K.B. 291; *Greenwood c. Atherton*, [1939] 1 K.B. 388; *Griffiths c. Smith*, [1941] A.C. 170; *McGonegal c. Gray*, [1952] 2 R.C.S. 274; *Berardinelli c. Ontario Housing Corp.*, [1979] 1 R.C.S. 275.

Lois et règlements cités

Highway Improvement Act, R.S.O. 1960, ch. 171 [maintenant *Loi sur l'aménagement des voies publiques et des transports en commun*, L.R.O. 1990, ch. P.50], art. 33(1)
Loi sur la prescription des actions, L.R.O. 1990, ch. L.15, art. 45(1)g.
Loi sur l'immunité des personnes exerçant des attributions d'ordre public, L.R.O. 1990, ch. P.38, art. 7(1).

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario, [1999] O.J. No. 1018 (QL), qui a rejeté l'appel des appelants contre une ordonnance de la Cour de justice de l'Ontario (Division générale) rendue le 5 août 1998. Pourvoi accueilli.

Richard D. Lindgren et Donald R. Good, pour les appelants.

William J. Manuel et James W. Smith, pour l'intimée.

The judgment of the Court was delivered by

Version française du jugement de la Cour rendu par

1 IACOBUCCI J. — This is an appeal from an order granting summary judgment to the respondent, that was upheld by the Ontario Court of Appeal. The issue is whether the appellants' action against the respondent is statute-barred. I conclude that it is not and that the summary judgment should be set aside.

I. Background

2 In the 1960s, the Ontario Department of Highways (now the Ministry of Transportation Ontario ("MTO")) reconstructed a highway near the appellants' farm. Waste asphalt was generated by the highway construction project. A substantial quantity of this waste asphalt was deposited on the appellants' farm as fill. Although the evidence presently before this Court is untested, it appears from the pleadings that the removal and disposal of asphalt waste were carried out by a contractor, not by the Department of Highways itself. It also seems that the contractor responsible for the removal of the waste asphalt entered into an agreement with a previous owner of the appellants' farm to bury the asphalt on the farm. There is no evidence as to the nature of this agreement, but the respondent submits that the usual practice was for an oral agreement to be struck between the contractor and the landowner.

3 The appellants Bernard and Maria Berendsen are originally from the Netherlands, and shortly following their arrival in Canada they purchased the farm in question in 1981. At the date of purchase, they were not aware of the buried asphalt. They operated a dairy farm on the premises, but claim to have experienced a number of operational difficulties throughout the 1980s, including cattle and chicken deaths, deformed calves, and low milk production. The appellants themselves also claim to have suffered a number of health problems during this period. From an early date, it appears that the appellants suspected that water contaminants might have been responsible for these events. In 1982 and again in 1988, the

LE JUGE IACOBUCCI — Il s'agit d'un pourvoi contre une ordonnance accordant un jugement sommaire à l'intimée et confirmée par la Cour d'appel de l'Ontario. La question est de savoir si l'action intentée par les appelants contre l'intimée est prescrite. Je conclus qu'elle ne l'est pas et que le jugement sommaire doit être annulé.

I. Les faits

Dans les années 1960, le Department of Highways, maintenant le ministère des Transports de l'Ontario (« MTO ») a reconstruit une route près de l'exploitation agricole des appelants. Les travaux de réfection de la route ont produit des résidus d'asphalte. Une quantité importante de ces résidus a été déchargée comme remblai sur les terres agricoles des appelants. La preuve dont notre Cour est actuellement saisie est non vérifiée, mais il ressort des actes de procédure que c'est un entrepreneur, et non le ministère lui-même, qui a procédé à l'enlèvement et à l'élimination des résidus d'asphalte. Il semble également que cet entrepreneur a conclu avec un propriétaire antérieur de la ferme une entente lui permettant d'enfouir l'asphalte dans les terres de ce dernier. Aucun élément de preuve n'indique la nature de l'entente, mais l'intimée soutient que la pratique courante pour les entrepreneurs était de conclure des ententes verbales avec les propriétaires.

Les appelants, Bernard et Maria Berendsen, sont originaires des Pays-Bas; ils ont acheté la ferme en question peu après leur arrivée au Canada, en 1981. À la date de l'achat, ils ne savaient pas que de l'asphalte avait été enfoui dans leurs terres. Ils y ont exploité une ferme laitière et prétendent avoir éprouvé un certain nombre de difficultés d'exploitation au cours des années 1980, dont la perte de bovins et de volailles, la naissance de veaux souffrant de malformations et une faible production laitière. Les appelants soutiennent également avoir eux-mêmes souffert de plusieurs problèmes de santé pendant cette période. Il semble que les appelants ont rapidement commencé à soupçonner que ces problèmes étaient dus à la contamination

appellants asked the Ontario Ministry of the Environment ("MOE") to test the water at the farm, but both rounds of testing failed to detect any contamination.

The appellants were confident in their farming abilities, and continued to believe that an extraneous factor was responsible for their difficulties. In 1989, they began making inquiries of their neighbours with respect to the farm. As a result of these inquiries, they learned about the buried asphalt. They immediately suspected that the asphalt might be the root cause of their troubles. The appellants set out to gather scientific evidence to substantiate their suspicions, and they also attempted to remedy their water problems. They drilled a second well as far from the asphalt as possible, stopped drinking the well water, and hired independent consultants to conduct tests on their water and on animals that had died. Apparently acting pursuant to existing policies, the MOE constructed an underground water tank on the farm, and paid for water to be trucked in until it had completed further testing of the ground water. This round of MOE testing once again found that all contaminants were within acceptable limits, and the MOE eventually discontinued paying for water to be trucked to the farm. The consultants hired by the appellants, however, found additional contaminants in the water and, by 1993, claim to have linked these contaminants to the health problems of the cattle.

Litigation with respect to this issue was not initiated when the appellants first learned about the buried asphalt in 1989. In fact, a statement of claim was not served on the respondent until March 1994. The appellants submit that there are two explanations for this delay. First, they did not wish to initiate legal proceedings until they were reasonably certain that the asphalt was indeed responsible for the health problems experienced on the farm. They were waiting for scientific confirmation before claiming that such a link exists. Second, the appellants claim that they delayed com-

de l'eau. D'abord en 1982 et ensuite en 1988, les appellants ont demandé au ministère de l'Environnement de l'Ontario (« MEO ») d'analyser l'eau de leur ferme, mais les deux séries d'analyses n'ont détecté aucune contamination.

Les appelants avaient confiance en leur compétence comme agriculteurs et continuaient à croire qu'un facteur externe était à l'origine de leurs difficultés. En 1989, ils ont commencé à interroger leurs voisins au sujet de la ferme. C'est à la suite de cela qu'ils ont appris l'existence de l'asphalte enfoui. Ils ont immédiatement pensé que l'asphalte pouvait être la cause première de leurs problèmes. Les appelants ont commencé à recueillir des éléments de preuve scientifiques pour confirmer leurs soupçons et ont également tenté de remédier à leurs problèmes d'eau. Ils ont creusé un second puits aussi loin que possible de l'asphalte et ont cessé de boire l'eau de puits. Ils ont engagé des consultants indépendants pour des analyses de leur eau et des animaux morts. Suivant apparemment les politiques en place, le MEO a fait construire un réservoir d'eau souterrain à la ferme et a payé pour l'acheminement de l'eau par camion jusqu'à ce que les résultats d'autres analyses de l'eau souterraine soient connus. Une fois de plus, cette série d'analyses indiquait des niveaux acceptables de contaminants et le MEO a par la suite cessé de payer pour l'acheminement de l'eau par camion à la ferme. Les consultants engagés par les appelants ont toutefois trouvé d'autres contaminants dans l'eau et soutiennent avoir établi dès 1993 un lien entre ces contaminants et les problèmes de santé du bétail.

Les appelants n'ont pas intenté de poursuite dès qu'ils ont appris l'existence de l'asphalte enfoui en 1989. En fait, ils n'ont signifié la déclaration à l'intimée qu'en mars 1994. Les appelants donnent deux explications à ce retard. Premièrement, ils ne voulaient pas intenter de procédures judiciaires avant d'être raisonnablement certains que l'asphalte était réellement la cause des problèmes de santé à la ferme. Ils attendaient la confirmation scientifique qu'un tel lien existait. Deuxièmement, les appelants affirment avoir retardé l'introduction de l'instance en raison de plusieurs promesses que

4

5

mening litigation because of a number of promises made to them by various representatives of the Ontario government, including statements by the Minister of Agriculture and Food that the “cheque was in the mail” to settle this issue.

6 Before this case could go to trial, the respondent brought a motion to dismiss the action because it was not brought within the applicable time period. The respondent submits that the applicable limitation period is six months from the discovery of the cause of action, as set out in the *Public Authorities Protection Act*, R.S.O. 1990, c. P.38 (the “Act”). Section 7(1) of the Act contains the six-month limitation period:

7. — (1) No action, prosecution or other proceeding lies or shall be instituted against any person for an act done in pursuance or execution or intended execution of any statutory or other public duty or authority, or in respect of any alleged neglect or default in the execution of any such duty or authority, unless it is commenced within six months next after the cause of action arose, or, in case of continuance of injury or damage, within six months after the ceasing thereof.

The respondent argues that the Act applies as the burial of the waste asphalt was done pursuant to a public duty to construct highways.

7 The appellants submit that the Act does not apply, because the burial of the asphalt was an operational decision based on a private contractual arrangement. Although the construction of the highway was carried out pursuant to a public duty, the decision with respect to how to dispose of waste asphalt from the construction project was not made pursuant to a public duty. Furthermore, the eventual problems that the appellants claim were caused by the negligent disposal of the asphalt arose from a private contract. Negligence in the disposal stage therefore raises a duty owed only to the landowner involved, not to the public at large. The appellants further submit that, even if the Act is held to apply, their claim is not statute-barred because: (1) the applicable discoverability date is October 1993 and therefore the claim was

leur avaient faites différents représentants du gouvernement ontarien de régler l'affaire, dont des déclarations du ministre de l'Agriculture et de l'Alimentation selon lesquelles [TRADUCTION] « le chèque avait été posté ».

Avant que l'affaire puisse être instruite, l'intimée demande par requête le rejet de l'action au motif qu'elle n'a pas été introduite dans le délai requis. L'intimée fait valoir que le délai de prescription applicable est de six mois calculés depuis la découverte de la cause d'action, comme le prévoit la *Loi sur l'immunité des personnes exerçant des attributions d'ordre public*, L.R.O. 1990, ch. P.38 (la « Loi »), dont le par. 7(1) fixe ce délai de prescription :

7 (1) Nulle action, poursuite ou autre instance n'est recevable contre quiconque pour un acte accompli dans l'exercice ou en vue de l'exercice d'une fonction ou d'un pouvoir prévus par la loi ou d'ordre public, ou pour cause de négligence ou de manquement dans l'exercice de cette fonction ou de ce pouvoir, si elle n'est pas introduite dans les six mois suivant immédiatement le moment où la cause d'action a pris naissance ou, dans le cas où le préjudice s'est poursuivi pendant une certaine période, dans les six mois de la cessation du préjudice.

L'intimée soutient que la Loi s'applique parce que l'enfouissement des résidus d'asphalte a été fait dans l'exercice de la fonction publique de construction des routes.

Les appelants avancent que la Loi ne s'applique pas parce que l'enfouissement de l'asphalte était une décision opérationnelle fondée sur une entente contractuelle privée. Si la construction de la route relevait d'une fonction publique, ce n'était pas le cas pour la décision sur la façon de se débarrasser des résidus d'asphalte résultant de la construction. En outre, les problèmes subséquents qui, selon les appelants, ont été causés par l'élimination négligente de l'asphalte découlent d'un contrat privé. Par conséquent, la négligence commise à l'étape de l'élimination donne lieu à une obligation envers le propriétaire concerné, et non pas envers le public en général. Les appelants soutiennent aussi que, même si on conclut que la Loi s'applique, leur demande n'est pas prescrite pour les raisons suivantes : (1) la date de connaissance du dommage

initiated within the six-month limit; (2) this is a case of “continuance of injury or damage” within the meaning of s. 7 of the Act, and therefore the limitations period clock has not even begun to run; and alternatively (3) the statements made by various representatives of the Ontario government mean that the doctrines of waiver and promissory estoppel apply, thereby again bringing the claim within the six-month limitation period.

On August 5, 1998, Grossi J. of the Ontario Court of Justice (General Division) granted the respondent’s motion for summary judgment. First, he held that the Act applied to this action, on the grounds that there “is a nexus between the removal of the asphalt in repairing the highway and its disposal”. Second, Grossi J. concluded that the appellants’ case “was complete” by August 1992, and that this was therefore the applicable discoverability date. As the statement of claim was not served until March 1994, the action was commenced outside the six-month limitation period imposed by s. 7 of the Act. Third, he held that “continuance of injury” in s. 7 of the Act “does not refer to the consequences of an allegedly negligent act but rather is restricted to continuance of an act complained of”. Therefore, there was no continuance of injury in this case. Finally, he held that the respondent’s actions in dealing with the appellants did not constitute waiver or estoppel, on the grounds that the comments of various government representatives did “not come close to meeting [the] standard” to make out such a claim, namely of “‘intend[ing] to affect the legal relations’ between the parties”. Grossi J. therefore concluded that this was an appropriate case to grant summary judgment.

On March 23, 1999, the Ontario Court of Appeal dismissed the appellants’ appeal of Grossi J.’s decision: [1999] O.J. No. 1018 (QL). In a brief endorsement, which I reproduce in its entirety, Krever J.A. stated for the court:

qui s’applique est octobre 1993, de sorte que la demande a été introduite dans le délai de six mois; (2) il s’agit d’un « cas où le préjudice s’est poursuivi » au sens de l’art. 7 de la Loi et donc d’un cas où le délai de prescription n’a même pas commencé à courir; et subsidiairement, (3) les déclarations des divers représentants du gouvernement de l’Ontario rendent applicables les théories de la renonciation et de la préclusion promissoire, ce qui ramène aussi la demande dans le délai de prescription de six mois.

Le 5 août 1998, le juge Grossi de la Cour de justice de l’Ontario (Division générale) fait droit à la requête en jugement sommaire de l’intimée. Premièrement, il conclut que la Loi s’applique à l’action parce qu’il y a [TRADUCTION] « un lien entre l’enlèvement de l’asphalte dans le cadre de la réparation de la route et son élimination ». Deuxièmement, il conclut que la preuve des appelants [TRADUCTION] « était complète » en août 1992 et que cette date est donc la date applicable de connaissance du dommage. La déclaration n’ayant pas été signifiée avant mars 1994, l’action a été instituée hors du délai de prescription de six mois imposé par l’art. 7 de la Loi. Troisièmement, il conclut que l’expression « dans le cas où le préjudice s’est poursuivi » à l’art. 7 de la Loi [TRADUCTION] « ne vise pas les conséquences de l’acte négligent allégué, mais se limite plutôt au cas où l’acte dont on se plaint se poursuit ». Il n’y a donc pas eu de continuation du préjudice en l’espèce. Enfin, le juge Grossi conclut que les actes de l’intimée à l’égard des appelants n’entraînaient pas une renonciation ni la préclusion au motif que les commentaires des divers représentants du gouvernement sont [TRADUCTION] « loin de respecter la norme » à satisfaire selon laquelle ces commentaires [TRADUCTION] « doivent viser à modifier les rapports juridiques entre les parties ». Selon le juge Grossi, il y a donc lieu d’accorder un jugement sommaire.

Le 23 mars 1999, la Cour d’appel de l’Ontario rejette l’appel contre la décision du juge Grossi : [1999] O.J. No. 1018 (QL). Dans un court jugement, que je reproduis au complet, le juge Krever entérine au nom de la cour :

8

9

We called on the respondent only with respect to the appellants' submissions on the issues of continuing injury and waiver or estoppel. We do not agree that there were continuing duties on the part of the respondent such as a duty to warn and therefore agree with Grossi J. that there was no continuance of injury or damage within the meaning of s. 7 of the Public Authorities Protection Act. In the light of the letter from the appellants' counsel to the Minister of May 25, 1993, the appellants cannot rely on any alleged acts of waiver or of estoppel that occurred after the date of that letter and therefore, the action having been commenced on March 7, 1994 is caught by s. 7 of the Act. The appeal is dismissed. The respondent does not ask for costs.

The decision implicitly accepts that the Act applies and that the discoverability date was more than six months prior to March 7, 1994, the date the statement of claim was issued.

10 I should point out, however, that both this decision and the decision of Grossi J. were rendered prior to the release of *Des Champs v. Conseil des écoles séparées catholiques de langue française de Prescott-Russell*, [1999] 3 S.C.R. 281, where this Court set out guidelines to assist in determining when s. 7 of the Act applies.

II. Analysis

11 In the reasons that follow, I respectfully disagree with the courts below that the Act applies in this case. As a result, and as no alternative was argued, the usual six-year limitation period set out in s. 45(1)(g) of the *Limitations Act*, R.S.O. 1990, c. L.15, applies, not the abbreviated six-month limitation period provided for by s. 7 of the Act. I need not determine the precise discoverability date, as it was no earlier than 1989, when the appellants first learned of the asphalt on their land. Since the statement of claim was issued in March 1994, it is within the six-year limitation period. In light of this conclusion, I also need not discuss the issues with respect to what constitutes "continuance of injury or damage" within the meaning of s. 7 of

[TRANSLATION] Nous avons interrogé l'intimée uniquement en ce qui a trait aux arguments des appelants sur les questions du préjudice continu, de la renonciation et de la préclusion. Nous ne pensons pas que l'intimée avait des obligations continues, telle l'obligation de mettre en garde, et nous souscrivons à l'avis du juge Grossi selon lequel le préjudice ne s'était pas poursuivi au sens de l'art. 7 de la *Loi sur l'immunité des personnes exerçant des attributions d'ordre public*. Vu la lettre de l'avocat des appelants au ministre en date du 25 mai 1993, les appelants ne peuvent invoquer aucun acte postérieur à cette date qui entraînerait la renonciation ou la préclusion. Étant donné que l'action a été intentée le 7 mars 1994, l'art. 7 de la Loi s'y applique. Le pourvoi est rejeté. L'intimée ne sollicite pas les dépens.

La décision reconnaît implicitement que la Loi s'applique et que la date de connaissance du dommage précédait de plus de six mois la date à laquelle la déclaration a été produite, soit le 7 mars 1994.

Je dois toutefois souligner que cette décision et celle du juge Grossi ont été rendues avant l'arrêt *Des Champs c. Conseil des écoles séparées catholiques de langue française de Prescott-Russell*, [1999] 3 R.C.S. 281, dans lequel notre Cour a établi des lignes directrices permettant de déterminer quand l'art. 7 de la Loi s'applique.

II. Analyse

Dans les motifs qui suivent, j'exprime en toute déférence mon désaccord avec les jugements contestés selon lesquels la Loi s'applique en l'espèce. Par conséquent, et puisqu'on n'a avancé aucune autre possibilité, c'est le délai de prescription général de six ans prévu à l'al. 45(1)g) de la *Loi sur la prescription des actions*, L.R.O. 1990, ch. L.15, qui s'applique, et non le délai de prescription de six mois que prévoit l'art. 7 de la Loi. Je n'ai pas à déterminer la date exacte de la connaissance du dommage étant donné qu'elle n'est pas antérieure à 1989, année au cours de laquelle les appelants ont appris la présence d'asphalte sur leurs terres. Étant donné que la déclaration a été produite en mars 1994, elle respecte le délai de prescription de six ans. Vu ma conclusion, il est inutile d'aborder les questions relatives à ce qui constitue un cas « où le préjudice s'est poursuivi » au sens

the Act or whether the doctrines of waiver or estoppel apply.

1. *The Applicable Test*

The appellants acknowledge that the MTO and its agents are public authorities that may attempt to rely on the six-month limitation period in s. 7 of the Act: see e.g. *Attorney-General for Ontario v. Palmer* (1979), 28 O.R. (2d) 35 (C.A.), at p. 50. The issue in dispute is whether the disposal of the waste asphalt on the appellants' farm is an action that comes within this section.

This Court recently considered s. 7 of the Act in *Des Champs, supra*. *Des Champs* affirmed the principle that not every duty and power of a public authority comes within the protections of the Act. Writing for the majority, Binnie J. stated, at para. 12:

The wording of s. 7 of the Act indicates that the legislature did not intend to throw the protective net of s. 7 around public authorities in Ontario as a matter of status. The reference to the "intended execution of any statutory or other public duty or authority" (emphasis added) limits the protection to public duties and powers and confirms inferentially that a public authority may well have other duties and powers that are essentially of a private nature. In drawing the line between the public aspects and private aspects, the general principle is that the wording of s. 7 is to be read narrowly and against the party seeking its special protection. This produces an inevitable line drawing exercise that requires the court to examine the nature of the statutory power or duty imposed on the defendant public authority as well as the character of the particular conduct about which the plaintiff complains. [Emphasis in original.]

Binnie J. provided examples of duties and powers to which s. 7 would apply, and to which it would not apply (at para. 12):

The School Board, to take this case, is required to provide educational services to the public. In order to carry out its program, it has to build schools and hire teachers. If the Board were sued by an injured child for operating

de l'art. 7 de la Loi ou à l'application des théories de la renonciation et de la préclusion.

1. *Le critère applicable*

Les appelants reconnaissent que le MTO et ses mandataires sont des autorités publiques autorisées à invoquer le délai de prescription de six mois prévu à l'art. 7 de la Loi : voir p. ex. *Attorney-General for Ontario c. Palmer* (1979), 28 O.R. (2d) 35 (C.A.), p. 50. La question en litige est de savoir si l'enfouissement des résidus d'asphalte dans les terres agricoles des appelants constitue un acte relevant de cet article.

Notre Cour a récemment examiné l'art. 7 de la Loi dans l'arrêt *Des Champs*, précité, qui confirme le principe selon lequel la Loi ne protège pas toutes les fonctions et tous les pouvoirs d'une autorité publique. Voici ce que dit le juge Binnie au nom de la majorité (au par. 12) :

Le texte de l'art. 7 de la Loi indique que la législature n'a pas voulu accorder aux autorités publiques de l'Ontario la protection de cette disposition sur le fondement de leur qualité. L'expression « dans l'exercice ou en vue de l'exercice d'une fonction ou d'un pouvoir prévus par la loi ou d'ordre public » (je souligne) a pour effet de limiter la protection aux pouvoirs et fonctions de nature publique et permet de conclure, par inférence, qu'une autorité publique peut fort bien avoir d'autres fonctions ou pouvoirs qui sont essentiellement de nature privée. Pour distinguer ces éléments publics et privés, il faut, suivant le principe général, interpréter strictement le texte de l'art. 7 à l'encontre de la partie qui invoque la protection spéciale de cette disposition. Pour ce faire, le tribunal est inévitablement appelé à tracer une ligne de démarcation, ce qui l'oblige à examiner la nature du pouvoir ou de la fonction confié par la loi à l'autorité publique poursuivie, ainsi que la nature du comportement dont se plaint le demandeur. [Souligné dans l'original.]

Le juge Binnie fournit des exemples de fonctions et de pouvoirs auxquels s'appliquerait l'art. 7 et d'autres auxquels il ne s'appliquerait pas (au par. 12) :

Dans le cas qui nous occupe, par exemple, le Conseil a l'obligation de fournir des services éducatifs au public. Pour réaliser son programme, il doit construire des écoles et engager des enseignants. S'il était poursuivi

12

13

14

an unsafe school, or by parents for wrongly refusing to admit their child to classes, the claims would properly engage the public duties of the school, and be covered by the special limitation. On the other hand, a claim by a disgruntled builder under a school construction contract, or an unpaid caterer who had provided food services, would stand on a different footing. Although the subject matter of their claim clearly relates to the execution by the school of its public mandate, it is incidental thereto. The builder or caterer would be asserting private rights under private contracts. Their claims would not be within the intended scope of the disability imposed by the special limitation period.

par un enfant blessé lui reprochant de ne pas avoir assuré la sécurité à l'école ou par des parents affirmant qu'il a refusé à tort d'intégrer un enfant à une classe, ces recours viseraient des fonctions publiques de l'école et se heurteraient au délai spécial de prescription. Par contre, le recours d'un entrepreneur mécontent fondé sur un contrat de construction d'une école ou celui d'un fournisseur de services alimentaires impayé sont différents. Bien que l'objet de tels recours se rapporte clairement à l'exécution par l'école de sa mission publique, il est accessoire à celle-ci. Ces personnes invoqueraient des droits privés en vertu de contrats privés. Leurs recours ne tomberaient pas sous le coup du délai spécial de prescription.

15

As pointed out by Binnie J. in *Des Champs*, the approach of drawing a distinction between public and private duties for the purposes of the Act is not new. The House of Lords relied on this approach almost a century ago, in *Bradford Corp. v. Myers*, [1916] 1 A.C. 242. Lord Buckmaster L.C. stated, at pp. 247-48:

Comme le juge Binnie le souligne dans l'arrêt *Des Champs*, ce n'est pas la première fois qu'on recourt à une distinction entre fonctions de nature publique et fonctions de nature privée pour l'application de la Loi. La Chambre des lords s'est appuyée sur cette méthode il y a près d'un siècle dans *Bradford Corp. c. Myers*, [1916] 1 A.C. 242, p. 247-248, où lord chancelier Buckmaster affirmait :

... it is not because the act out of which an action arises is within their power that a public authority enjoy the benefit of the statute. It is because the act is one which is either an act in the direct execution of a statute, or in the discharge of a public duty, or the exercise of a public authority. I regard these latter words as meaning a duty owed to all the public alike or an authority exercised impartially with regard to all the public. It assumes that there are duties and authorities which are not public, and that in the exercise or discharge of such duties or authorities this protection does not apply.

[TRADUCTION] ... ce n'est pas parce que l'acte à l'origine d'une poursuite relève du pouvoir d'une autorité publique que cette dernière a droit à la protection de la loi. C'est parce que l'acte découle de l'exécution directe d'une loi, de l'accomplissement d'un devoir public ou de l'exercice d'un pouvoir public. J'emploie ces mots dans le sens d'un devoir envers le public en général ou d'un pouvoir exercé impartialement à l'égard du public en général. Cela suppose donc que certains devoirs et pouvoirs ne sont pas de nature publique et que la loi n'accorde pas de protection quand on les accomplit.

This distinction is well illustrated by the present case. It may be conceded that the local authority were bound properly to dispose of their residual products [coke waste from gas production]; but there was no obligation upon them to dispose by sale, though this was the most obvious and ordinary way. Still less was there any duty to dispose of them to the respondent. No member of the public could have complained if the respondent had not been supplied; nor had any member of the public the right to require the local authority to contract with him.

La présente affaire nous donne un bel exemple de cette distinction. On peut admettre que l'autorité locale était tenue de disposer des sous-produits [le résidu de coke causé par la production de gaz]; elle n'était pas pour autant obligée de les vendre, même si c'était le moyen le plus évident et courant d'en disposer. À plus forte raison, elle n'était pas tenue de les vendre à l'intimé. Personne ne se serait plaint si l'intimé n'avait pas été approvisionné; personne n'avait le droit d'obliger l'autorité locale à contracter avec lui.

See also *Clarke v. St. Helens Borough Council* (1915), 85 L.J.K.B. 17 (C.A.); *Edwards v. Metropolitan Water Board*, [1922] 1 K.B. 291 (C.A.); *Greenwood v. Atherton*, [1939] 1 K.B. 388 (C.A.); and *Griffiths v. Smith*, [1941] A.C. 170

Voir également *Clarke c. St. Helens Borough Council* (1915), 85 L.J.K.B. 17 (C.A.), *Edwards c. Metropolitan Water Board*, [1922] 1 K.B. 291 (C.A.), *Greenwood c. Atherton*, [1939] 1 K.B. 388 (C.A.), et *Griffiths c. Smith*, [1941] A.C. 170

(H.L.), all of which draw a similar distinction between public and private acts by a public authority.

This approach was subsequently adopted into Canadian law in *McGonegal v. Gray*, [1952] 2 S.C.R. 274. Although this Court divided 4-3 in *McGonegal* over whether or not a mishap stemming from a teacher's making of soup in a school-house came within the Act, there was unanimous agreement that a distinction should be drawn between public and private acts. For example, Rand J. stated, in one of the majority judgments, at p. 289:

I have given the facts of these cases in some detail to indicate the strict application which the courts have from the outset made of this drastic enactment [now s. 7 of the Act]. The distinction made in *Myers* which confined the scope of the public service to those acts in direct performance of it, as contrasted with those of a private interest although incidental to the undertaking and authority as a whole, and in *Clarke* between primary and direct public acts and those which are subordinate or incidental to them, indicates the line of distinction for the purposes here.

The majority of the Court held that s. 11 (now s. 7) of the Act did not apply, as the teacher was making soup for her own consumption (a private act), not for the children in the class (a public act).

The Court returned to this issue in *Berardinelli v. Ontario Housing Corp.*, [1979] 1 S.C.R. 275. Estey J., for the majority, affirmed this approach, at pp. 283-84:

It therefore follows that the reference in s. 11 [now s. 7 of the Act] to "any statutory or other public duty" applies in the context of s. 6(2) of *The Housing Development Act* to those aspects of the statutory powers and duties there established which have a public aspect or connotation, and does not comprehend those planning, construction and managerial responsibilities (to paraphrase s. 6(2)) which have a private executive or private administrative application or are subordinate in nature. To read the section otherwise would be to bring within the protective umbrella of the limitation imposed by [s. 7] every aspect of the powers enunciated in s. 6(2) including operational matters, however insignificant in

(H.L.), qui font tous une distinction semblable entre actes publics et actes privés accomplis par une autorité publique.

Par la suite, *McGonegal c. Gray*, [1952] 2 R.C.S. 274, a intégré cette méthode au droit canadien. Bien que notre Cour ait été divisée 4-3 dans cet arrêt sur la question de savoir si un accident causé par une enseignante faisant de la soupe dans une école était visé par la Loi, les juges étaient unanimes à dire qu'il fallait faire une distinction entre actes publics et actes privés. Par exemple, dans l'un des jugements majoritaires, le juge Rand affirme ce qui suit à la p. 289 :

[TRADUCTION] J'ai exposé en détail les faits sous-jacents à ces affaires pour indiquer la façon stricte dont les tribunaux ont dès le début appliqué cette mesure radicale [maintenant art. 7 de la Loi]. La distinction faite dans *Myers* qui restreint la notion de service public aux actes directement liés à son exécution par opposition aux actes à caractère privé, mais accessoires à l'entreprise et aux pouvoirs considérés globalement, et dans *Clarke* entre les actes publics directs et essentiels et ceux qui leur sont accessoires ou incidents, nous fournit la ligne de démarcation aux fins présentes.

Les juges majoritaires de notre Cour ont estimé que l'art. 11 (maintenant art. 7) de la Loi ne s'appliquait pas parce que l'enseignante faisait de la soupe pour sa propre consommation (acte privé), et non pour celle des enfants de sa classe (acte public).

Notre Cour réexamine la question dans *Berardinelli c. Ontario Housing Corp.*, [1979] 1 R.C.S. 275. Le juge Estey, pour la majorité, confirme la méthode (aux p. 283-284) :

Il s'ensuit donc que l'expression « un devoir . . . conféré par la loi ou . . . autre devoir . . . public » à l'art. 11 [l'actuel art. 7 de la Loi] vise, dans le contexte du par. 6(2) de *The Housing Development Act*, les aspects des pouvoirs et devoirs légaux qui ont une connotation ou un aspect public et ne comprend pas les responsabilités de planification, de construction et d'administration (pour reprendre le par. 6(2)) qui ont une connotation d'administration ou de gestion privée ou qui sont par leur nature même accessoires. Interpréter l'article autrement rendrait la prescription de [l'art. 7] applicable à tous les aspects des pouvoirs énoncés au par. 6(2), y compris les activités courantes, si insignifiantes soient-

the spectrum of management activities for example, and would as already mentioned create different conditions of owner liability for two apparently similar housing facilities.

Estey J. envisioned a spectrum between purely public and purely private acts, on which every action can be located. He concluded, at p. 286, that the removal of snow by the housing authority was “a private and operational matter”. This conclusion was bolstered by his observation that the removal of snow from walkways “is something done every winter by almost every household in Canada” (p. 286).

elles d’un point de vue administratif, et, comme je l’ai déjà dit, créerait deux situations distinctes en matière de responsabilité du propriétaire pour deux logements apparemment semblables.

Le juge Estey envisage un continuum entre les actes purement publics et les actes purement privés, sur lequel peut se situer tout acte. Il conclut que l’enlèvement de la neige par la commission du logement est « une activité à caractère privé et courant » et renforce cette conclusion en soulignant que le déneigement des trottoirs est « une tâche qui incombe à presque tous les propriétaires au Canada en hiver » (p. 286).

18

The case law regarding s. 7 of the Act was canvassed in considerably greater detail by Binnie J. in *Des Champs*, *supra*. A similar exercise need not be repeated here, however, because this Court in *Des Champs* set out guidelines to determine whether or not a public authority can rely on s. 7 of the Act. Binnie J. stated, at paras. 50-51:

A court confronted with a pleading under s. 7 of the Act or similarly worded limitations statutes may wish to proceed as follows:

(1) Is the defendant a public authority within the class of entities or individuals for whom the limitation protection was intended? While most public authorities will satisfy the requirements, *Schnurr*, *supra*, illustrates problems that may arise.

(2) What was the public authority doing, and pursuant to what duty or power was it doing it? This information will generally appear from the pleadings. . . .

(3) Is the power or duty relied on as part of the plaintiff’s cause of action properly classified as entailing “a public aspect or connotation” or on the other hand, is it more readily classifiable as “private executive or private administrative . . . or . . . subordinate in nature” (*per* Estey J. in *Berardinelli*, at p. 283)?

(4) Is the activity of the defendant public authority that is the subject matter of the complaint “inherently of a public nature” or is it more of “an internal or operational nature having a predominantly private aspect” (*per* Estey J. in *Berardinelli*, at p. 284 (emphasis deleted))?

Le juge Binnie fait un examen beaucoup plus approfondi de la jurisprudence relative à l’art. 7 de la Loi dans l’arrêt *Des Champs*, précité. Il n’y a pas lieu de répéter l’exercice en l’espèce puisque, dans cet arrêt, notre Cour a établi des lignes directrices permettant de déterminer si une autorité publique peut invoquer l’art. 7 de la Loi. Le juge Binnie dit ceci aux par. 50-51 :

Le tribunal appelé à se prononcer sur le moyen de défense prévu par l’art. 7 de la Loi ou par une disposition analogue peut appliquer la démarche suivante :

(1) La partie défenderesse est-elle une autorité publique appartenant à la catégorie des personnes physiques ou entités visées par la protection accordée par le délai de prescription? Même si la plupart des autorités publiques satisfont à cette exigence, l’affaire *Schnurr*, précitée, illustre le genre de problèmes susceptibles de se présenter.

(2) Que faisait l’autorité publique, et dans l’exercice de quel pouvoir ou de quelle fonction? Cette information figure généralement dans les actes de procédure. . .

(3) Est-ce que le pouvoir ou la fonction invoqué pour fonder en partie la cause d’action du demandeur peut à juste titre être considéré comme ayant « une connotation ou un aspect public » ou comme ayant plutôt une « connotation d’administration ou de gestion privée ou [comme étant de] par [sa] nature même accessoir[e] » (*Berardinelli*, le juge Estey, à la p. 283)?

(4) Est-ce que l’activité de la partie défenderesse qui fait l’objet de la plainte est « de nature essentiellement publique » ou plus « de nature interne ou courante et où le caractère privé prédomine » (*Berardinelli*, le juge Estey, à la p. 284 (italiques omis))?

(5) Looking at it from the plaintiff's perspective, does the plaintiff's claim or alleged right "correlate" to the exercise by the defendant public authority of a public power or duty or does it relate to the breach of a public duty or does it complain about an activity of a public character, thus classified?

If the answer to question five is in the affirmative, the limitation period applies. [Emphasis in original.]

2. Application to this Appeal

I will address each of the *Des Champs* guidelines. With respect to the first question, regarding whether the defendant is a public authority within the class of entities or individuals for whom the limitation protection was intended, it has already been noted that the appellants do not challenge the respondent's status as a public authority.

Turning to the second question, it is evident that the respondent was disposing of waste asphalt resulting from the repair of a highway. The repair of the highway itself is unquestionably a public duty. Section 33(1) of the *Highway Improvement Act*, R.S.O. 1960, c. 171 (now the *Public Transportation and Highway Improvement Act*, R.S.O. 1990, c. P.50), states:

33. — (1) The King's Highway shall be maintained and kept in repair by the Department [of Highways] and any municipality in which any part of the King's Highway is situate is relieved from any liability therefor, but this does not apply to any sidewalk or municipal undertaking or work constructed or in course of construction by a municipality or which a municipality may lawfully do or construct upon the highway, and the municipality is liable for want of repair of the sidewalk, municipal undertaking or work, whether the want of repair is the result of nonfeasance or misfeasance, in the same manner and to the same extent as in the case of any other like work constructed by the municipality.

The issue is whether the decision as to the manner in which the waste asphalt ought to be disposed of was a decision mandated by the public duty to maintain the highway. It is sufficient at this stage to simply note that, at the time of the disposal at issue in this case, there was no statutory require-

(5) Du point de vue du demandeur, est-ce que son action ou le droit qu'il invoque peut « être corrélié » avec l'exercice, par la partie défenderesse, d'un pouvoir d'ordre public, se rapporte à un manquement à une fonction d'ordre public, ou reproche une activité à caractère public, compte tenu de la qualification appropriée?

Si la réponse à la question cinq est oui, le délai de prescription s'applique. [Souligné dans l'original.]

2. Application au présent pourvoi

Je vais examiner chaque directive de l'arrêt *Des Champs*. Pour la première, la question de savoir si la partie demanderesse est une autorité publique appartenant à la catégorie des entités ou des personnes physiques protégées par le délai de prescription, j'ai déjà indiqué que les appelants ne contestent pas le statut d'autorité publique de l'intimée.

Pour la deuxième question, il est évident que l'intimée éliminait les résidus d'asphalte provenant de la réparation d'une route. Il ne fait aucun doute que la réparation de la route est en soi une fonction publique. Suivant le par. 33(1) de la *Highway Improvement Act*, L.R.O. 1960, ch. 171 (maintenant *Loi sur l'aménagement des voies publiques et des transports en commun*, L.R.O. 1990, ch. P.50) :

33 (1) Il incombe au [ministère] de veiller à l'entretien et aux réparations de la route principale. La municipalité où est située une section de cette route est dégagée de toute responsabilité à cet égard. Ce qui précède ne s'applique pas à un trottoir ou à une entreprise municipale ou à un ouvrage construits ou en construction par une municipalité ou que la municipalité peut légalement construire sur la voie publique. La municipalité est responsable du manque de réparations concernant ce trottoir ou ces ouvrages, que ce manque soit dû à l'inaction ou à l'action fautives, de la même façon et dans la même mesure que dans le cas d'un ouvrage semblable construit par la municipalité.

Il s'agit de savoir si la décision concernant la façon de se débarrasser des résidus d'asphalte était une décision relevant de la fonction d'ordre public d'entretien des routes. Il suffit à ce stade de souligner qu'au moment de l'élimination des résidus, la loi n'exigeait pas que les résidus d'asphalte —

19

20

ment to dispose of waste asphalt — for those projects that generated waste asphalt — in any particular fashion, and certainly no statutory requirement to bury waste asphalt on private lands.

dans le cas de travaux qui en produisaient — soient éliminés d’une façon précise, et la loi n’exigeait certainement pas que ces résidus soient enfouis dans des terres privées.

21 These comments are closely tied to the third question of whether the power or duty relied on as part of the plaintiff’s cause of action is properly classified as entailing a public aspect, or should more properly be viewed as being of a private or subordinate nature. On this question, it seems to me that there can be little doubt that the duty of repairing a public highway entails a public aspect, given that highways are for public benefit and are maintained by the MTO. However, just as the act of downsizing was held to “invariably have both public and private aspects” in *Des Champs, supra*, at para. 56, the act of repairing a highway will also generally involve both public and private activities. This is therefore a case where it is the activity at issue, not the duty at issue, that is the critical component of the inquiry.

Ces observations sont étroitement liées à la troisième question, celle de savoir si la fonction ou le pouvoir invoqué pour fonder en partie la cause d’action du demandeur peut à juste titre être considéré comme ayant un aspect public ou s’il y a lieu de le considérer comme étant de nature privée ou accessoire. Sur cette question, il y a peu de doute, à mon avis, que l’obligation de réparer une route publique comporte un aspect public étant donné que les routes servent l’intérêt du public et sont entretenues par le MTO. Toutefois, de la même façon que des mesures de réduction de l’effectif ont « invraisemblablement des aspects publics et des aspects privés » (*Des Champs*, précité, par. 56), la réparation d’une route comporte généralement des activités de nature publique et des activités de nature privée. Il s’agit donc d’un cas où c’est l’activité en cause, et non la fonction, qui constitue la composante vitale de l’examen.

22 This brings us to the fourth consideration of the *Des Champs* approach — whether the activity of the defendant that is at issue is inherently of a public nature, or whether it is more of an internal or operational nature having a predominantly private aspect. The activity at issue in this case is the disposal of waste asphalt. The appellants submit that the method of disposal must be an operational decision because the method of disposal is not mandated by statute. The respondent submits that, at least in the 1960s, a highway could generally not be repaired without generating waste asphalt, so the disposal of that waste was necessarily part of the public duty to build and maintain highways.

Cela nous amène au quatrième élément de la démarche *Des Champs*, la question de savoir si l’activité de la partie demanderesse est de nature essentiellement publique ou si elle est davantage de nature interne ou opérationnelle avec un caractère privé prédominant. L’activité en cause est l’élimination de résidus d’asphalte. Les appelants soutiennent que la méthode d’élimination est nécessairement une décision opérationnelle puisqu’elle n’est pas prescrite par la loi. L’intimée fait valoir que, pendant les années 1960 du moins, on ne pouvait pas réparer une route sans produire de résidus d’asphalte, de sorte que l’élimination des résidus faisait nécessairement partie de la fonction publique de construction et d’entretien des routes.

23 Looking at all the relevant circumstances, I conclude that the appellants’ position should prevail, and that the decision regarding the manner in which the waste asphalt was disposed of is predominantly of an operational nature, as I will now discuss.

Vu tous les faits pertinents, je conclus qu’il faut retenir la position des appelants et que la décision concernant la façon d’éliminer les résidus d’asphalte est essentiellement de nature opérationnelle, selon l’analyse suivante.

In the first place, while the MTO may owe a duty to every member of the public to repair highways, the disposal of waste asphalt on private land gives rise to a duty of care owed only to the landowner involved and possibly a few other individuals who could be impacted by the disposal. In other words, the courts must examine who could bring an action against the government for the negligent disposal of waste asphalt. When asphalt has been disposed of on private land, and is only causing harm to a restricted number of individuals, it is only those individuals affected, not any member of the public, who could bring such a claim.

In addition, the disposal of the asphalt was apparently arranged pursuant to a private agreement between the contractor hired by the MTO and the owner of the farm at the time of disposal. In an affidavit filed by the respondent, Malcolm MacLean, a professional engineer employed by the MTO, states that the “responsibility for the management of reclaimed asphalt pavement was primarily left to the contractor working on behalf of MTO”. If the original agreement for disposal had been breached, it is debatable whether the contractor would have been able to rely on the protections of s. 7 of the Act. Indeed, whether the contractor involved in disposing of the waste asphalt in the case at bar should be viewed as an agent of the MTO is an issue that may arise at trial. Returning to the examples of where the line is to be drawn between actions of a public nature and of a private nature set out by Binnie J. in *Des Champs*, *supra*, I am of the view that the agreement for disposal of waste asphalt is similar to “a claim by a disgruntled builder under a school construction contract, or an unpaid caterer who had provided food services” (para. 12). It is an agreement that is incidental to the public duty being carried out.

Finally, the MTO, or its agent, was not under a duty to dispose of the waste asphalt on private lands. As the MacLean affidavit states, it was also possible that the “contractor could use the material for other projects, or haul it to a disposal site”. While the MacLean affidavit goes on to state that

Tout d’abord, même si le MTO a, envers le public en général, l’obligation de réparer les routes, l’enfouissement de résidus d’asphalte dans des terres privées donne naissance à une obligation de diligence uniquement à l’endroit du propriétaire concerné et, peut-être, de quelques autres personnes susceptibles d’être touchées. En d’autres termes, les tribunaux doivent déterminer qui peut intenter une action contre le gouvernement pour l’élimination négligente de résidus d’asphalte. Lorsque l’asphalte est enfoui dans des terres privées et ne cause préjudice qu’à un nombre restreint de personnes, seules celles-ci, et non les membres du public en général, peuvent le faire.

En outre, c’est l’entrepreneur engagé par le MTO et le propriétaire de l’exploitation agricole au moment de l’élimination de l’asphalte qui, par voie d’entente privée, ont apparemment convenu des modalités de cette élimination. Dans un affidavit déposé par l’intimée, Malcolm MacLean, ingénieur professionnel au MTO, déclare que [TRADUCTION] « [c]’est l’entrepreneur travaillant au nom du MTO qui était principalement chargé de la gestion du revêtement d’asphalte récupéré ». On peut se demander si, en cas d’inexécution de l’entente initiale d’élimination, l’entrepreneur aurait pu invoquer la protection de l’art. 7 de la Loi. En fait, la question de savoir si l’entrepreneur doit être considéré comme un mandataire du MTO est une question susceptible de se poser au procès. Revenant aux exemples de distinctions à faire entre les actes de nature publique et ceux de nature privée fournis par le juge Binnie dans l’arrêt *Des Champs*, précité, je suis d’avis que l’entente sur l’élimination des résidus d’asphalte est semblable au « recours d’un entrepreneur mécontent fondé sur un contrat de construction d’une école ou celui d’un fournisseur de services alimentaires impayé » (par. 12). Il s’agit d’une entente accessoire à la fonction publique exercée.

Enfin, le MTO, ou son mandataire, n’était pas tenu d’enfouir les résidus d’asphalte dans des terres privées. Selon l’affidavit de MacLean, il était également possible que [TRADUCTION] « [l’]entrepreneur utilise le matériau à d’autres fins ou le transporte à un site d’enfouissement ». Bien

24

25

26

disposal on private lands as fill was the most common practice during the 1960s, the frequency with which an activity was carried out has little, if anything, to do with whether or not that activity is public in nature. I therefore conclude that the activity of disposing of waste asphalt is an operational decision of a predominantly private character, at least in the circumstances of this case.

que l'affidavit de MacLean ajoute que l'enfouissement dans les terres privées comme remblai était la pratique la plus courante pendant les années 1960, la fréquence à laquelle une activité est exercée n'a que peu, ou rien, à voir avec la question de la nature publique de cette activité. Je conclus donc que l'enfouissement des résidus d'asphalte est une décision opérationnelle de caractère essentiellement privé, du moins dans les circonstances de la présente affaire.

27 This brings us to the final element of the *Des Champs* approach, namely whether, from the plaintiff's perspective, the plaintiff's claim or alleged right correlates "to the exercise by the defendant public authority of a public power or duty or does it relate to the breach of a public duty or does it complain about an activity of a public character, thus classified?" From the discussion above, it is clear that the appellants' claim does not relate to the exercise by the respondent of a public power or duty. Instead, it relates to an operational decision made incidentally to the exercise of a public duty. Indeed, the private nature of the agreement pursuant to which the asphalt was disposed of will be an evidentiary issue at trial, given that the appellants must establish that the respondent owed them a duty of care. This inquiry will consider the effect, if any, of the fact that the land in question has changed ownership at least once during the time period at issue.

Cela nous amène au dernier élément de la démarche *Des Champs*, à savoir si, du point de vue du demandeur, son action ou le droit qu'il invoque est en corrélation avec « l'exercice, par la partie défenderesse, d'un pouvoir d'ordre public, se rapporte à un manquement à une fonction d'ordre public, ou reproche une activité à caractère public, compte tenu de la qualification appropriée? » Il ressort de l'analyse qui précède que la demande des appelants n'a pas trait à l'exercice par l'intimée d'un pouvoir ou d'une fonction d'ordre public. Leur demande porte plutôt sur une décision opérationnelle accessoire à l'exercice d'une fonction publique. En effet, le caractère privé de l'entente en vertu de laquelle on a procédé à l'élimination de l'asphalte devra être démontré au procès étant donné que les appelants doivent établir que l'intimée avait une obligation de diligence envers eux. À cette fin, il y aura lieu de considérer l'incidence, s'il en est, du fait que les terres en cause ont changé de propriétaire au moins une fois au cours de la période visée.

28 A parallel can be drawn between the case at bar and *Bradford Corp. v. Myers*, *supra*. In *Myers*, an action was brought owing to the negligent delivery of a load of coke by an agent of the Bradford Corporation. A mistake during delivery resulted in the coke being "discharged through the respondent's shop window instead of into his cellar" (p. 244). Much like the case at bar, the Bradford Corporation argued that "the sale of coke was a transaction in execution of an Act of Parliament or of a duty or authority cast upon them by the various statutes under which they supply gas to the district" (p. 245). Lord Buckmaster L.C. rejected this argument. He noted, at p. 246, that the negligent act

On peut établir un parallèle entre la présente affaire et l'affaire *Bradford Corp. c. Myers*, précitée, une action intentée par suite de la livraison négligente d'un chargement de coke par un mandataire de l'appelante, Bradford Corporation. Une erreur commise au cours de la livraison a fait que le coke avait été [TRADUCTION] « déchargé à travers la vitrine du commerce de l'intimé, Myers, au lieu de l'être dans sa cave » (p. 244). Parallèlement à la présente espèce, l'appelante, Bradford Corporation, prétendait que [TRADUCTION] « la vente de coke constituait une opération faite en application d'une loi du Parlement ou d'une fonction ou d'un pouvoir qui lui était conféré par les différentes lois

“arose in the execution of a private obligation which the appellants [Bradford Corporation] owed by contract to the respondent [Myers], for breach of which no one but the respondent [Myers] was entitled to complain”. In a passage that could apply directly to the case at bar, the Lord Chancellor concluded, at pp. 247-48:

It may be conceded that the local authority were bound properly to dispose of their residual products; but there was no obligation upon them to dispose by sale, though this was the most obvious and ordinary way. Still less was there any duty to dispose of them to the respondent [Myers]. No member of the public could have complained if the respondent [Myers] had not been supplied; nor had any member of the public the right to require the local authority to contract with him.

The Lord Chancellor therefore held that the Bradford Corporation was not entitled to take advantage of the six-month limitation period in s. 1 of the *Public Authorities Protection Act, 1893* (U.K.), 56 & 57 Vict., c. 61.

Just as the negligent delivery of coke to Mr. Myers was held to be too remote from the execution of the public mandate for which Parliament had intended protection, the negligent disposal of asphalt on the appellants' farm is too remote from the execution of the public mandate to maintain highways for which the Ontario legislature had intended protection. Similarly, in *Des Champs*, *supra*, Binnie J. concluded that the “actions by the Board were not the inevitable consequence of the decision to downsize its complement of superintendents” (para. 58). That is equally the case here, where the disposal of waste asphalt on the appellants' farm, and in the particular location chosen, was not the inevitable consequence of the decision to repair the highway.

III. Conclusion

The six-month limitation period in s. 7 of the Act does not apply in this case. It has not been argued that any other special limitation periods are

en vertu desquelles elle fournissait du gaz au district » (p. 245). Le lord chancelier Buckmaster a rejeté cet argument, soulignant que la négligence [TRADUCTION] « est survenue dans l'exécution de l'obligation privée que l'appelante avait à l'égard de l'intimé en vertu d'un contrat, dont l'inexécution permettait à l'intimé seulement de se plaindre » (p. 246). Dans un passage qui pourrait s'appliquer directement en l'espèce, le lord chancelier conclut, p. 247-248 :

[TRADUCTION] On peut admettre que l'autorité locale était tenue de disposer des sous-produits; elle n'était pas pour autant obligée de les vendre, même si c'était le moyen le plus évident et courant d'en disposer. À plus forte raison, elle n'était pas tenue de les vendre à l'intimé [Myers]. Personne ne se serait plaint si l'intimé n'avait pas été approvisionné; personne n'avait le droit d'obliger l'autorité locale à contracter avec lui.

Le lord chancelier a donc jugé que Bradford Corporation n'avait pas droit au bénéfice du délai de prescription de six mois prévu à l'art. 1 de la *Public Authorities Protection Act, 1893* (R.-U.), 56 & 57 Vict., ch. 61.

Tout comme on a jugé que la négligence dans la livraison de coke à M. Myers n'était pas suffisamment liée à l'exécution de la mission publique que le Parlement voulait protéger, l'enfouissement négligent de l'asphalte dans les terres agricoles des appelants s'éloigne trop de l'exécution de la mission publique d'entretien des routes, la mission que la législature ontarienne voulait protéger. De la même manière, dans *Des Champs*, précité, le juge Binnie conclut que les « actes du Conseil n'étaient pas la conséquence inévitable de la décision de réduire l'effectif de surintendants » (par. 58). C'est également le cas en l'espèce, où l'enfouissement des résidus d'asphalte dans les terres agricoles des appelants, et à l'endroit précis choisi, n'était pas la conséquence inévitable de la décision de réparer la route.

III. Conclusion

Le délai de prescription de six mois prévu à l'art. 7 de la Loi ne s'applique pas en l'espèce. On n'a pas prétendu que d'autres délais de prescrip-

29

30

applicable, so the applicable limitation period is the usual six-year limitation period set out in s. 45(1)(g) of the *Limitations Act* and as the appellants advance. Nothing in these reasons is to reflect on the merits of the negligence claim against the respondent.

tion spéciaux étaient applicables, de sorte que c'est le délai de prescription général de six ans prévu à l'al. 45(1)g) de la *Loi sur la prescription des actions* qui s'applique, comme les appelants l'ont fait valoir. Rien dans les présents motifs ne doit être interprété comme une appréciation sur le fond de l'action pour négligence intentée contre l'intimée.

31 I would therefore allow the appeal, set aside the judgment of the Ontario Court of Appeal, and set aside the order for summary judgment, substituting therefor an order directing the appellants' action to be restored to the trial list as sought by the appellants. Pursuant to the appellants' request, the appellants shall have their costs in this Court and in the Ontario Court of Justice (General Division).

Je suis donc d'avis d'accueillir le pourvoi, d'infirmer l'arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario et d'annuler l'ordonnance de jugement sommaire pour y substituer une ordonnance selon laquelle l'action sera réinscrite au rôle d'audience, comme le sollicitent les appelants. Conformément à la demande des appelants, les dépens leur sont accordés en notre Cour et devant la Cour de justice de l'Ontario (Division générale).

Appeal allowed with costs.

Pourvoi accueilli avec dépens.

Solicitor for the appellants: The Canadian Environmental Law Association, Toronto.

Procureur des appelants : L'Association canadienne du droit de l'environnement, Toronto.

Solicitor for the respondent: The Ministry of the Attorney General, Toronto.

Procureur de l'intimée : Le ministère du Procureur général, Toronto.