COURT OF APPEAL OF
NEW BRUNSWICK

COUR D'APPEL DU
NOUVEAU-BRUNSWICK

36-12-CA

ANNA MARIE KINSELLA
and JOHN KINSELLA

(Respondents) APPELLANTS

- and -

NEW BRUNSWICK POWER DISTRIBUTION AND CUSTOMER SERVICE CORPORATION and BELL ALIANT REGIONAL COMMUNICATIONS, LIMITED PARTNERSHIP

(Applicants) RESPONDENTS

Kinsella v. New Brunswick Power Distribution and Customer Service Corporation et al., 2013 NBCA 25

CORAM:
The Honourable Justice Turnbull
The Honourable Justice Robertson
The Honourable Justice Green

Appeal from a decision
of the Court of Queen's Bench:
March 2, 2012

History of Case:

Decision under appeal:
2012 NBQB 76

Preliminary or incidental proceedings:
N/A

Appeal heard:
October 18, 2012

Judgment rendered:
March 28, 2013

Reasons for judgment by:
The Honourable Justice Green

ANNA MARIE KINSELLA
et JOHN KINSELLA

(Intimés) APPELANTS

- et -

CORPORATION DE DISTRIBUTION ET SERVICE À LA CLIENTÈLE ÉNERGIE NOUVEAU-BRUNSWICK et BELL ALIANT COMMUNICATIONS RÉGIONALES, SOCIÉTÉ EN COMMANDITE

(Requérantes) INTIMÉES

Kinsella c. Corporation de distribution et service à la clientèle Énergie Nouveau-Brunswick et autre, 2013 NBCA 25

CORAM :
L'honorable juge Turnbull
L'honorable juge Robertson
L'honorable juge Green

Appel d'une décision
de la Cour du Banc de la Reine :
Le 2 mars 2012

Historique de la cause :

Décision frappée d'appel :
2012 NBBR 76

Procédures préliminaires ou accessoires :
S.O.

Appel entendu :
Le 18 octobre 2012

Jugement rendu :
Le 28 mars 2013

Motifs de jugement :
L'honorable juge Green

Concurred in by:
The Honourable Justice Turnbull
The Honourable Justice Robertson

Counsel at hearing:

For the appellants:
Andrew Rouse

For the respondents:
Richard G. Petrie and Nicholas N. Russon

THE COURT

The appeal is dismissed, with one set of costs in the amount of $1,500 payable to the respondents.

Souscrivent aux motifs :
L'honorable juge Turnbull
L'honorable juge Robertson

Avocats à l'audience :

Pour les appelants :
Andrew Rouse

Pour les intimées :
Richard G. Petrie et Nicholas N. Russon

LA COUR

Déboute les appelants. Elle les condamne à verser aux intimées, en une seule masse, des dépens de 1 500 $.

The judgment of the Court was delivered by

GREEN J.A.

I. Introduction

[1] The appellants, a mother and her son, reside at 875 Grandame Street in the City of Fredericton. The respondents are New Brunswick's publically-owned electric power utility, and a telecommunications company. Both respondents enjoy a right-of-way over the subject property, and the power utility also enjoys a statutory right of access. A dispute arose between the parties with respect to the cutting of trees. The respondents eventually made application to the New Brunswick Court of Queen's Bench, Trial Division, pursuant to Rules 16.04(e), 16.04(f), and 16.04(i) of the *Rules of Court*. They sought to have the Court: interpret the right-of-way agreement and statutory provision referenced above; grant a declaration with respect to their rights in relation to the subject property; and, grant an injunction preventing the appellants from interfering with the respondents in the exercise of those rights. The application judge considered the evidence before her and granted the application as requested. The appellants seek to have the resulting order set aside, and a new hearing or trial. For the reasons which follow, I would dismiss the appeal.

II. Background

[2] On March 17, 1966, a local developer entered into a joint Sub-Division Right-of-Way Agreement with Maritime Electric Co., Ltd. and The New Brunswick Telephone Company, Limited (the corporate predecessors of the respondents). The pertinent sections of the agreement read as follows:

> Received of The Maritime Electric Co. Ltd. and The New Brunswick Telephone Company Limited, herein referred to as the Grantees, One Dollar, in consideration of which the undersigned hereby grants and conveys unto the said grantees, their successors and assigns, the respective right, privilege, easement and authority to construct, reconstruct, operate and maintain, as for The Maritime Electric Co. Ltd.

> lines for the distribution of electricity forming part of its continuous system, as for The New Brunswick Telephone Company Limited, lines of telecommunications, said lines consisting of such poles, wires, cables, conduits, guys, anchors and other fixtures and appurtenances as the grantees may from time to time require, upon, over and under the property which the undersigned owns or in which the undersigned has any interest in the City of Fredericton County of York and Province of New Brunswick, described as follows: Lands located on Lots fronting on Grandame Street and Gregg Court, in the City of Fredericton aforesaid. Said lines to be located on a Ten (10) foot wide strip of land as shown colored in red in the plan hereto annexed. Shown by dotted lines and indicated by the words "10' Utility Easement". And upon, along and/or under the roads, streets or highways crossing and/or adjoining the said property with for each of the grantees the following rights: Of ingress and egress over and across the lands of the undersigned to and from said lines for the purpose of exercising the rights herein granted, to cut, keep out, and remove all trees and brush within a distance of five feet of said lines, and the right to permit the attachment of and/or carry in conduit, wires and cables of any other company, to have and to hold unto and to the use of the grantees, their successors and assigns forever […]

[3] The appellant, Anna Marie Kinsella, is the owner of a property which is subject to the above noted right-of-way agreement. She does not dispute the respondents have this right-of-way.

[4] Problems arose in May 2011 with respect to the respondents exercising their right to enter upon the subject property. Employees of the respondents attempted to access the right-of-way, and were refused access by one or both of the appellants. Meetings were held and correspondence was exchanged between the parties, to no avail. The situation deteriorated to the point at which the respondents filed their Notice of Application dated January 3, 2012.

III. Issues

[5] As grounds of appeal, the appellants allege the following errors by the application judge:

1. Deciding the case by way of an application pursuant to Rule 16.04, instead of converting the matter into an action as requested by the appellants;

2. Issuing a permanent injunction against the appellants, and;

3. Refusing to consider whether the respondents were subject to a "reasonableness requirement" under the statutory provision.

IV. Law and Analysis

A. *The Application Pursuant to Rule 16.04*

[6] The provisions of Rule 16.04 relevant to this appeal are as follows:

16.04 By Notice of Application

Where an Act or rule authorizes an application or motion to the court without requiring the institution of an action, a Notice of Application (Form 16D) may be used and, in addition thereto, a proceeding may be so commenced where the relief claimed is

[…]

(e) for a determination of rights which depend upon the interpretation of a deed, will, contract or other instrument, or upon the interpretation of a statute, order-in-council, regulation, municipal by-law or resolution,

16.04 Par avis de requête

Lorsqu'une loi ou qu'une règle autorise la présentation d'une requête ou d'une motion à la cour sans nécessité d'intenter une action, un avis de requête (formule 16D) peut être utilisé. L'instance peut également être introduite de cette manière quand il s'agit de demander

[…]

e) la précision des droits qui dépendent de l'interprétation d'un acte de transfert, d'un testament, d'un contrat ou de quelque autre instrument, ou de l'interprétation d'une loi, d'un décret en conseil, d'un règlement, d'un arrêté municipal ou d'une résolution;

(f) for the declaration of a beneficial interest in or charge upon land including the nature and extent thereof, or for settling the priority of interests or charges,	f) la déclaration d'un droit à titre bénéficiaire sur un bien-fonds ou d'une charge grevant un bien-fonds, y compris la nature et l'étendue de ce droit ou de cette charge ou la collocation des titulaires des droits ou des charges;
[…]	[…]
(i) for an injunction, mandatory order, declaration, the appointment of a receiver, or other consequential relief ancillary to relief claimed in a proceeding properly commenced by a Notice of Application[.]	i) une injonction, une ordonnance mandatoire, une déclaration, la nomination d'un séquestre ou toute autre mesure accessoire aux mesures de redressement revendiquées dans une instance introduite régulièrement par avis de requête[.]

[7] Rule 38.09(b) is also relied upon by the appellants:

38.09 Disposition of Application	**38.09 Décision**
On the hearing of an application, the court may	À l'audition d'une requête, la cour peut
[…]	[…]
(b) where it is satisfied that there is a substantial dispute of fact, direct that the application proceed to trial or direct the trial of a particular issue or issues and, in either case, give such directions and impose such terms as may be just, subject to which the proceeding shall thereafter be treated as an action.	b) si elle constate qu'il y a une contestation importante des faits, prescrire l'instruction de la requête ou l'instruction d'une ou de plusieurs questions soulevées et, dans l'un ou l'autre cas, donner les directives et imposer les conditions qu'elle estime justes, après quoi l'instance sera conduite comme une action.

[8] The appellants challenged the appropriateness of Rule 16.04 before the application judge, arguing there was a substantial dispute of fact. They raise the same issue on appeal. This Court has consistently held Rule 16.04 is not available to parties when there exists a substantial dispute of fact. In *Chiasson v. Region 6 Hospital Corporation*, 2006 NBCA 30, 297 N.B.R. (2d) 311, the Court states:

> In our view, Mr. Chiasson's argument is without merit. The law is clear. Rule 16.04(j) is only available when there

> is no substantial dispute of fact. (See *MacDonald v. Apex Industries Ltd. et al.* (1992), 126 N.B.R. (2d) 427 (C.A.); *Steeves v. Moncton (City) et al.* (2003), 260 N.B.R. (2d) 383 (Q.B.) and *Aitken et al. v. Beaverbrook Art Gallery* (2004), 280 N.B.R. (2d) 398 (Q.B.)). [para. 7]

[9] In *Veno v. United General Insurance Corporation*, 2008 NBCA 39, 330 N.B.R. (2d) 237 Drapeau C.J.N.B. again considered the question of the proper use of Rule 16.04:

> Rule 16.04 provides, *inter alia*, that a proceeding may be commenced by a Notice of Application where the relief claimed is: a determination of rights <u>that depend upon</u> the interpretation of a contract, statute or regulation (sub-rule (e)); a declaration or other consequential relief ancillary to relief claimed in a proceeding properly commenced by a Notice of Application (sub-rule (i)); and in respect of any other matter where it is unlikely there will be a substantial dispute of fact (sub-rule (j)). It is axiomatic that any application falling within Rule 16.04(i) stands to be converted into an ordinary action (see *Chiasson v. Region 6 Hospital Corp.* (2006), 297 N.B.R. (2d) 311, [2006] N.B.J. No. 120 (QL), 2006 NBCA 30). That is likewise the case for virtually all applications under the other sub-rules, where material facts are genuinely in dispute (see *Cornerstone Baptist Church Inc. v. Peters*, [2007] N.B.J. No. 504 (QL), 2008 NBQB 69, Glennie J.).
>
> [para. 74] [Emphasis in original.]

[10] Turnbull J.A., writing for the Court in *Fredericton (City) v. Manship*, 2001 NBCA 55, 238 N.B.R. (2d) 86, leave to appeal refused [2001] S.C.C.A. No. 389 (QL), considered the use of Rule 38.09:

> An exercise of judicial discretion is required to direct, under Rule 38.09(b), that a Rule 16.04(e) application proceed to trial where the application judge "is satisfied that there is a substantial dispute of fact." The appellants' argument to support their claim that the application judge erred in not directing a trial is based, not on a substantial dispute of fact, but on the essential evidence that they believe is necessary to prove whether there was an impermissible use of 560 Queen Street. They argue there

> must be evidence of nudity or partial nudity. Whether such evidence is essential to prove impermissible use is a question of law. Thus, since there was no substantial dispute of fact, the application judge was correct to refuse to direct a trial. [para. 12]

[11] The application judge considered the argument advanced by the appellants, and their request to have the proceeding converted to a trial. She held as follows:

> The affidavits do contain conflicting evidence as to what was said or done during various meetings between the parties. These conflicts are not material. The fact that one or more of the participants may have been rude is not relevant to the legal issue before the Court.
>
> Counsel for the Kinsellas submits that the fact in dispute is whether the trees have to be cut and that "it can be controlled by you", that is, the Court. I do not agree.
>
> Rule 16.04 gives the Court jurisdiction to interpret written documents and make declarations of rights. It does not give the Court a supervisory role with respect to those rights.
>
> I find there is no material conflict of fact. More particularly, the following facts have been established:
>
> 1) NB Power and Bell Aliant have a right of way on land owned by Mrs. Kinsella;
>
> 2) Employees of NB Power and Bell Aliant have attempted to access the right of way;
>
> 3) The employees have been prevented from accessing the right of way by the Kinsellas.
>
> This is not a situation which requires a trial and the motion asking that it be converted to a trial is therefore dismissed.
>
> [paras. 10-13]

[12] On appeal, the appellants argued that, had the application judge understood why they objected to the respondents entering upon their property, she may

have come to a different conclusion. They further argued a trial would have afforded the appellants the right to present evidence on what was appropriate with respect to the cutting of vegetation. This harkens back to the observation made by the application judge, namely that the appellants were asking the court to determine what should be cut on their property and what should not by exercising a "supervisory role" over the respondents' exercise of their rights.

[13] In proceeding by way of a Notice of Application, the respondents were seeking a determination of their rights, which required the interpretation of both the right-of-way agreement and statutory provisions, and for an injunction which would allow them to exercise those rights unimpeded by the appellants. In my opinion, this situation ideally lent itself to the process provided for by Rule 16.04. The application judge was correct in coming to this conclusion, and in determining the absence of a substantial dispute of fact. In order to trigger the exercise of judicial discretion under Rule 38.09, a dispute over facts must not only be substantial, it must also be relevant to the legal issues before the court. There being no error on the part of the application judge, this ground of appeal must fail.

B. *Issuance of a Permanent Injunction*

[14] The appellants argue the application judge should have declined to order a permanent injunction because of the lack of a sufficient factual basis to make such an order. On this ground of appeal, they return to the assertion a trial was necessary, in this context in order to have an adequate evidentiary foundation for even considering the issuance of a permanent injunction.

[15] The key segment of the application judge's decision relating to the injunction reads as follows:

> The Kinsellas have repeatedly prevented NB Power and/or Aliant from entering their property. On one occasion, John Kinsella climbed a tree to prevent workers from cutting it.

> It appears from their affidavits that they may continue to interfere absent directions from the Court. [para. 22]

[16] In deciding to issue the injunction, the application judge relied upon the words of Lord Evershed M.R. in *Pride of Derby and Derbyshire Angling Association Ltd. v. British Celanese Ltd.*, [1953] Ch. 149:

> […] It is, I think, well settled that if A proves his proprietary rights are being wrongfully interfered with by B, and that B intends to continue his wrong, then A is *prima facie* entitled to an injunction, and he will be deprived of that remedy only if special circumstances exist, including the circumstance that damages are an adequate remedy for the wrong that he has suffered. [p. 181] [para. 23]

[17] In order to provide a proper context for this discussion, it is worthwhile to reproduce the injunction complained of:

> […] The Respondents, Anna Marie Kinsella and John Kinsella are permanently enjoined and restrained from interfering with these rights and, more particularly:
>
> (i) the Respondents are restrained and enjoined from obstructing, blocking or otherwise impeding the ingress and egress of the Applicants, their employees, contractors or other agents of the Applicants and their employees, over the Property for access to the Applicants' electrical and communications distribution network;
>
> (ii) the Respondents are restrained and enjoined from preventing, impeding, restricting or in any way interfering with the Applicants, or their employees, or with contractors or other agents of the Applicants, or their employees, from constructing, reconstructing, operating and maintaining lines for the distribution of electricity and/or telecommunications on the Property, as the case may be, consisting of such poles, wires, cables, conduits, guys, anchors and other fixtures and appurtenances as the Applicants may require;

> (iii) the Respondents are restrained and enjoined from preventing, impeding, restricting or in any way interfering with the Applicant, NB Power Distribution, or its employees, or with contractors or other agents of NB Power Distribution, or their employees, from maintaining, inspecting, repairing or removing any works belonging to NB Power Distribution, or from cutting down any trees that might, in the opinion of NB Power Distribution, in falling or in any other manner, endanger the conductors, wires or works belonging to NB Power Distribution. [para. 25]

[18] The appellants contend there was no evidence before the application judge on which she could properly conclude the appellants would continue to deny the respondents entry upon their property, and continue to interfere with or prevent cutting from taking place. The respondents counter by arguing there was more than enough evidence before the application judge to rule as she did.

[19] In my opinion, there was no error on the part of the application judge in issuing the permanent injunction. The judge had the right to draw reasonable inferences from the evidence before her (see *Housen v. Nikolaisen*, 2002 SCC 33, [2002] 2 S.C.R. 235), and she concluded injunctive relief was required in order to ensure the respondents were free to exercise their rights. This ground of appeal must fail as well.

C. *Reasonableness Requirement*

[20] The appellants contend the application judge should have considered a reasonableness requirement as part of s. 84 of the *Electricity Act*, S.N.B. 2003, c. E-4.6 which reads as follows:

Power of Entry	**Pouvoir d'entrée**
84(1) A distributor or transmitter may enter upon the land or premises of any person and, without the consent of the owner,	**84**(1) Un distributeur ou un transporteur peut entrer sur le terrain ou sur les lieux ou dans les locaux de toute personne et, sans le consentement du propriétaire, y faire ce qui suit :

(a) maintain, read or remove any meters belonging to the distributor or transmitter,	*a)* entretenir, relever ou enlever les compteurs qui appartiennent au distributeur ou au transporteur;
(b) maintain, inspect, repair or remove any works belonging to the distributor or transmitter, or	*b)* entretenir ou enlever tout ouvrage qui appartient au distributeur ou au transporteur;
(c) cut down any trees that might, in the opinion of the distributor or transmitter, in falling or in any other manner, endanger the conductors, wires or works belonging to the distributor or transmitter.	*c)* couper un arbre qui, de l'avis du distributeur ou du transporteur, pourrait en tombant ou autrement mettre en danger le fonctionnement ou l'état d'un conduit, d'une ligne, d'un fil ou d'un ouvrage qui appartient au distributeur ou au transporteur.

[21] Contrary to the assertions of the appellants, the application judge did consider reasonableness, as the following excerpt from her decision confirms:

> In *Butler v. N.B Power and Customer Service Corp*. (2009) 350 N.B.R. (2d) 1, Justice Léger considered the meaning of s. 84(1). In that case NB Power had cut numerous trees along the power line next to Butler's property and some trees on Butler's property. Justice Léger found that Butler was entitled to damages for the trees which were cut "beyond the 11-foot prescribed zone". He found, on the basis of the law of nuisance, that some of the damage which was done was not "the inevitable result of the authorized work". At paragraphs 23 and 25 he stated:
>
> > [TRANSLATION]
> > 23 I am of the opinion that s. 84(1) must be given a large and liberal interpretation, as the defendant suggests, in order to take into account the object of the *Act.* Consequently, in my opinion, the phrase "cut down any trees" as found in s. 84(1) of the *Act* includes the pruning and polling of trees. Pruning or polling a tree implies some form of cutting, without cutting down the whole tree. As a result, a larger interpretation affords more flexibility to the defendant in carrying out maintenance work on power lines that is consistent with the object of the *Act.* In short, I am of the opinion that s. 84(1) gave the defendant the permission to enter upon the land of the plaintiffs without their consent in order to cut down any trees

> that might, in the opinion of the defendant, in falling or in any other manner, endanger the operation of the lines belonging to the defendant. In other words, the presence of the defendant or its agents does not necessarily give rise to a right of action since the activity is authorized by the legislature.
>
> …
>
> 25 In my opinion, contrary to the defendants' (*sic*) contention, s. 84(2) cannot be interpreted such as to give land owners a right to compensation because the defendant entered upon their property to carry out maintenance or repair work. In my view, under these circumstances, the traditional rule in cases of nuisance must be taken into consideration. In their notice of claim, the plaintiffs allege that the defendant illegally cut down a large number of trees on their property. There is no doubt that the defendant was entitled to cut down any tree that, in its opinion, needed to be cut down. The wording in the *Act* clearly sets out a subjective criteria and this is why the following words are used: "in the opinion of the distributor or transmitter". Accordingly, there is room for discretion on the part of the defendant in exercising its statutorily authorized right. However, a right authorized by the legislature must nevertheless be exercised in a reasonable manner.

The authority granted in s. 84 is much broader than that granted in the Right of Way. Under the latter, the activities of the Applicants is restricted to “remove all trees and brush within a distance of five feet of said lines”. Under s. 84, the Applicants “may enter upon the land … of any person” and “cut down any trees that might … endanger the conductors, wires or works …” In short, under s. 84, the Applicants are not restricted to trees which are on the right of way.

The Kinsellas rely on Justice Léger’s reference to [TRANSLATION] “a reasonable manner”, quoted above, to support their contention that this Court can “control” the exercise of the rights. In *Butler*, Justice Léger was considering whether NB Power was liable to *Butler* for cutting numerous trees on his property. NB Power relied on the defence of statutory authority. Justice Léger applied the test developed in the law of nuisance which is that a

> defendant who relies on statutory authority to justify its actions must be able to demonstrate that the damage which resulted [TRANSLATION] "was the inevitable result of the authorized work". In *Butler*, Justice Léger found that some of the damage did not meet this test and Butler was awarded damages.
>
> The test is a restraint on the defence of statutory authority. It does not give the Court a supervisory role as contended by the Kinsellas. In *Board of Police Commissioners et al. v. Saint John Policeman's Association et al.* reflex, (1987) 79 N.B.R. (2d) 430, Justice Stevenson stated that on an application under Rule 16.04, an applicant should either ask the Court to make a specific declaration of rights under a statute or other instrument or ask the Court specific questions to which it can respond with simple affirmative or simple negative answers. In this case, NB Power and Aliant have asked for a specific declaration of rights.
>
> [paras. 17-20]

[22] In my opinion, the application judge was not rejecting the existence of a reasonableness requirement. It is settled law one must exercise rights in a reasonable manner, or expose oneself to liability. The application judge was merely stating, rightly, that it is not the role of the courts to supervise the cutting of trees by a utility which is legally entitled to conduct such activities.

[23] The appellants contend any property owner in a situation similar to theirs is left without recourse, and an action for damages following the cutting of the trees would be of little comfort. I disagree with their contention. Property owners do have another course of action open to them. If property owners have valid grounds to believe a utility will act unreasonably, and intends to engage in cutting which is excessive or unnecessary, said property owners may come before the courts seeking an injunction of their own. If successful, the trees in question would be preserved. I find no merit to this ground of appeal, and it too must fail.

V. Disposition

[24] I would dismiss the appeal, with one set of costs payable by the appellants to the respondents in the amount of $1,500.

Version française de la décision de la Cour rendue par

LE JUGE GREEN

I. Introduction

[1] Les appelants, une mère et son fils, habitent au 875, rue Grandame, à Fredericton. Les intimées sont l'entreprise de propriété publique offrant le service public d'électricité, au Nouveau-Brunswick, et une société de télécommunications. Les intimées jouissent toutes deux d'un droit de passage sur le bien des appelants; le service public d'électricité a, en outre, un droit d'accès d'origine législative. La coupe d'arbres a suscité un différend entre les parties. Les intimées ont fini par présenter une requête à la Cour du Banc de la Reine du Nouveau-Brunswick, Division de première instance, suivant les règles 16.04e), 16.04f) et 16.04i) des *Règles de procédure*. Elles sollicitaient de la Cour : l'interprétation d'une convention de droit de passage et de la disposition législative évoquée précédemment, une déclaration sur leurs droits, relativement au bien en cause, et une injonction qui interdirait aux appelants de leur nuire dans l'exercice de ces droits. La juge saisie de la requête a pesé la preuve et accueilli la requête. Les appelants demandent l'annulation de l'ordonnance prononcée, ainsi qu'une nouvelle audience ou un nouveau procès. Pour les motifs qui suivent, je suis d'avis de les débouter.

II. Contexte

[2] Le 17 mars 1966, un promoteur local a conclu avec Maritime Electric Co., Ltd. et The New Brunswick Telephone Company, Limited (prédécesseures des sociétés intimées) une convention conjointe de droit de passage sur un lotissement. La stipulation pertinente de la convention est la suivante :

> [TRADUCTION]
> En contrepartie de la somme d'un dollar, fournie par The Maritime Electric Co., Ltd. et par The New Brunswick Telephone Company, Limited, appelées ci-après les concessionnaires, la soussignée concède et transporte aux concessionnaires, de même qu'à leurs successeurs et ayants droit, les droits, privilèges, servitudes et pouvoirs respectifs

> les autorisant à construire, à reconstruire, à exploiter et à entretenir, dans le cas de The Maritime Electric Co., Ltd., des lignes de distribution d'électricité intégrées à son système continu et, dans le cas de The New Brunswick Telephone Company, Limited, des lignes de télécommunication, lesquelles lignes se composent des poteaux, fils, câbles, conduits, haubans, ancrages et autres accessoires et ouvrages annexes pouvant être nécessaires aux concessionnaires, passent à la surface, dans le sol ou au-dessus de biens dont la soussignée est propriétaire, ou sur lesquels elle a un intérêt, à Fredericton, dans le comté d'York, au Nouveau-Brunswick, biens décrits comme des lots qui bordent la rue Grandame et l'impasse Gregg, à Fredericton, et sont situées sur une bande de terre d'une largeur de dix pieds apparaissant en rouge sur le plan annexé aux présentes, bande délimitée en pointillé et désignée par les mots « 10' Utility Easement » [TRADUCTION : servitude de 10 pieds]. Il y aura passage sur ou sous les routes, les rues et les chemins qui traversent le bien ou qui y sont attenants, ou le long de ces voies, et les droits suivants sont accordés à chacune des concessionnaires : droit de libre accès aux lignes par les biens de la soussignée pour l'exercice des droits que concèdent les présentes, droit de couper, d'arrêter et d'enlever les arbres et les broussailles en totalité sur une distance de cinq pieds à partir des lignes, et droit de permettre la fixation de fils et de câbles de toute autre compagnie ou de les transporter en conduits. Il en est fait concession indéfiniment, à l'usage des concessionnaires, de leurs successeurs et de leurs ayants droit[.]

[3] L'appelante, Anna Marie Kinsella, est propriétaire d'un bien assujetti à la convention de droit de passage précitée. Elle ne conteste pas que les intimées ont ce droit de passage.

[4] Des problèmes sont survenus en mai 2011, en ce qui concerne l'exercice par les intimées de leur droit d'entrer sur le bien. Des employés des intimées ont voulu accéder à l'emprise, mais l'accès leur a été refusé par l'un des appelants ou par les deux. Les rencontres et les échanges de lettres qui ont suivi n'ont rien donné. La situation s'est détériorée au point où les intimées ont déposé leur avis de requête du 3 janvier 2012.

III. Questions en litige

[5] Les moyens des appelants imputent les erreurs suivantes à la juge saisie de la requête :

1. Choix de statuer sur une requête présentée en application de la règle 16.04, au lieu de transformer l'affaire en action, comme le demandaient les appelants.

2. Délivrance d'une injonction permanente contre les appelants.

3. Refus d'examiner si la disposition législative imposait aux intimées une [TRADUCTION] « obligation d'agir de manière raisonnable ».

IV. Droit et analyse

A. *La requête présentée sur le fondement de la règle 16.04*

[6] Les dispositions de la règle 16.04 que le présent appel fait intervenir sont les suivantes :

16.04 By Notice of Application

Where an Act or rule authorizes an application or motion to the court without requiring the institution of an action, a Notice of Application (Form 16D) may be used and, in addition thereto, a proceeding may be so commenced where the relief claimed is

[…]

(e) for a determination of rights which depend upon the interpretation

16.04 Par avis de requête

Lorsqu'une loi ou qu'une règle autorise la présentation d'une requête ou d'une motion à la cour sans nécessité d'intenter une action, un avis de requête (formule 16D) peut être utilisé. L'instance peut également être introduite de cette manière quand il s'agit de demander

[…]

e) la précision des droits qui dépendent de l'interprétation d'un acte

of a deed, will, contract or other instrument, or upon the interpretation of a statute, order-in-council, regulation, municipal by-law or resolution,

de transfert, d'un testament, d'un contrat ou de quelque autre instrument, ou de l'interprétation d'une loi, d'un décret en conseil, d'un règlement, d'un arrêté municipal ou d'une résolution;

(f) for the declaration of a beneficial interest in or charge upon land including the nature and extent thereof, or for settling the priority of interests or charges,

f) la déclaration d'un droit à titre bénéficiaire sur un bien-fonds ou d'une charge grevant un bien-fonds, y compris la nature et l'étendue de ce droit ou de cette charge ou la collocation des titulaires des droits ou des charges;

[…]

[…]

(i) for an injunction, mandatory order, declaration, the appointment of a receiver, or other consequential relief ancillary to relief claimed in a proceeding properly commenced by a Notice of Application[.]

i) une injonction, une ordonnance mandatoire, une déclaration, la nomination d'un séquestre ou toute autre mesure accessoire aux mesures de redressement revendiquées dans une instance introduite régulièrement par avis de requête[.]

[7] Les appelants invoquent également la règle 38.09b) :

38.09 Disposition of Application

On the hearing of an application, the court may

[…]

(b) where it is satisfied that there is a substantial dispute of fact, direct that the application proceed to trial or direct the trial of a particular issue or issues and, in either case, give such directions and impose such terms as may be just, subject to which the proceeding shall thereafter be treated as an action.

38.09 Décision

À l'audition d'une requête, la cour peut

[…]

b) si elle constate qu'il y a une contestation importante des faits, prescrire l'instruction de la requête ou l'instruction d'une ou de plusieurs questions soulevées et, dans l'un ou l'autre cas, donner les directives et imposer les conditions qu'elle estime justes, après quoi l'instance sera conduite comme une action.

[8] Devant la juge saisie de la requête, les appelants ont contesté l'opportunité du recours à la règle 16.04, pour le motif qu'il existait une contestation importante des faits. Ils reprennent cette contestation en appel. Notre Cour a invariablement jugé que recourir à la règle 16.04 n'est pas possible lorsqu'il y a contestation importante des faits.

Dans *Chiasson c. Corporation hospitalière de la Région 6*, 2006 NBCA 30, 297 R.N.-B. (2e) 311, la Cour a indiqué ce qui suit :

> Nous sommes d'avis que l'argument de M. Chiasson est sans fondement. Le droit est limpide : le recours à la règle 16.04j) n'est possible que lorsqu'il s'agit de demander une mesure non susceptible de donner lieu à une contestation importante des faits. (Voir *MacDonald c. Apex Industries Ltd et al.* (1992), 126 R.N.-B. (2e) 427 (C.A.), *Steeves c. Moncton (City) et al.* (2003), 260 R.N.-B. (2e) 383 (C.B.R.) et *Aitken et al. c. Beaverbrook Art Gallery* (2004), 280 R.N.-B. (2e) 398 (C.B.R.).) [Par. 7]

[9] Dans l'arrêt *Veno c. La United, Corporation d'assurances générales*, 2008 NBCA 39, 330 R.N.-B. (2e) 237, le juge Drapeau, juge en chef du Nouveau-Brunswick, s'est également penché sur la question de l'utilisation appropriée de la règle 16.04 :

> La règle 16.04 prévoit, entre autres, qu'une instance peut être introduite au moyen d'un avis de requête quand il s'agit de demander : la précision des droits <u>qui dépendent de</u> l'interprétation d'un contrat, d'une loi ou d'un règlement (alinéa e)); une déclaration ou toute autre mesure accessoire aux mesures de redressement revendiquées dans une instance introduite régulièrement par avis de requête (alinéa i)); et quelque autre mesure non susceptible de donner lieu à une contestation importante des faits (alinéa j)). A valeur d'axiome le fait que toute requête relevant de la règle 16.04i) soit transformée en action ordinaire (voir *Chiasson c. Region 6 Hospital Corp.* (2006), 297 R.N.-B. (2e) 311, [2006] A.N.-B. no 120 (QL), 2006 NBCA 30). C'est également le cas de presque toutes les requêtes présentées en vertu des autres alinéas dans les cas où des faits déterminants sont véritablement en litige (voir *Cornerstone Baptist Church Inc. c. Peters*, [2007] A.N.-B. no 504 (QL), 2008 NBBR 69, le juge Glennie).
>
> [Par. 74] [Le juge Drapeau souligne.]

[10] Le juge Turnbull, auteur des motifs de notre Cour dans *Fredericton c. Manship*, 2001 NBCA 55, 238 R.N.-B. (2e) 86 (autorisation de pourvoi refusée, [2001] C.S.C.R. no 389 (QL)), a abordé l'utilisation de la règle 38.09 :

> La Cour doit exercer un pouvoir judiciaire discrétionnaire pour prescrire, en vertu de la règle 38.09b), l'instruction d'une requête visée à la règle 16.04e) lorsqu'elle « constate qu'il y a une contestation importante des faits ». L'argument avancé par les appelants pour prétendre que le juge saisi de la requête s'est trompé en ne prescrivant pas l'instruction se fonde, non pas sur l'existence d'une contestation importante des faits, mais sur la preuve substantielle qu'il est nécessaire d'établir, selon eux, pour démontrer que le bâtiment du 560 de la rue Queen servait à un usage interdit. Ils soutiennent que doit être établie une preuve de nudité, totale ou partielle. C'est une question de droit que celle de savoir si une telle preuve est essentielle ou non pour prouver l'usage interdit. Ainsi, comme il n'y avait pas contestation importante des faits, c'est à bon droit que le juge saisi de la requête a refusé de prescrire l'instruction. [Par. 12]

[11] La juge saisie de la requête a considéré l'argumentation des appelants et leur demande de transformation de la procédure en procès. Elle est arrivée à la conclusion suivante :

> [TRADUCTION]
> Il est vrai que la preuve des affidavits, sur ce qui s'est dit ou fait au cours des diverses rencontres des parties, est contradictoire. Ces contradictions ne nous intéressent pas ici. Il n'est pas pertinent, du point de vue de la question de droit que doit trancher la Cour, qu'un ou plusieurs des participants aient été impolis.
>
> L'avocate des Kinsella avance que le fait contesté, ici, est celui de la nécessité de couper les arbres et qu'un [TRADUCTION] « encadrement de votre part », c'est-à-dire de la part de la Cour, est possible. Je ne suis pas d'accord.
>
> La règle 16.04 octroie à la Cour la compétence d'interpréter des documents écrits et de prononcer des déclarations sur les droits. Elle ne l'investit pas d'un rôle de surveillance à l'égard de ces droits.
>
> Je conclus que les faits ne sont pas substantiellement contradictoires. Plus précisément, les faits suivants ont été établis :

> 1) Énergie NB et Bell Aliant ont un droit de passage sur un bien-fonds appartenant à Mme Kinsella.
>
> 2) Des employés d'Énergie NB et de Bell Aliant ont tenté d'accéder à l'emprise.
>
> 3) Les Kinsella empêchent les employés d'accéder à l'emprise.
>
> La situation n'est pas de celles qui exigent un procès. La motion en transformation de la requête en procès est donc rejetée.
>
> [Par. 10 à 13]

[12] Les appelants avancent que la juge saisie de la requête serait peut-être arrivée à une conclusion différente si elle avait compris leurs raisons de s'opposer à l'entrée des intimées sur leur bien. Ils ajoutent que, dans un procès, ils auraient été en droit de montrer, en preuve, en quoi consiste une coupe appropriée de végétaux. Ces arguments nous ramènent à l'observation qu'a formulée la juge saisie de la requête : les appelants priaient la Cour de déterminer, en s'attribuant un « rôle de surveillance » de l'exercice que les intimées faisaient de leurs droits, ce qui devait être ou ne pas être coupé sur leur bien.

[13] Par le dépôt d'un avis de requête, les intimées demandaient la précision de leurs droits, ce qui exigeait l'interprétation tant de la convention de droit de passage que de dispositions législatives, et une injonction qui leur permettrait d'exercer ces droits sans que les appelants leur fassent entrave. À mon avis, la situation se prêtait parfaitement au processus que prévoit la règle 16.04. La juge saisie de la requête a eu raison d'arriver à cette conclusion et de constater l'absence d'une contestation importante des faits. Pour que le pouvoir judiciaire discrétionnaire que confère la règle 38.09 puisse être exercé, il faut, non seulement que la contestation des faits soit importante, mais aussi qu'elle se rapporte aux questions de droit qui se posent. La juge saisie de la requête n'ayant pas fait erreur, ce moyen d'appel doit échouer.

B. *Délivrance d'une injonction permanente*

[14] Les appelants avancent que la juge saisie de la requête aurait dû refuser de prononcer une injonction permanente, parce que l'assise factuelle ne permettait pas de délivrer une ordonnance de cet ordre. Ce moyen d'appel les amène à réaffirmer qu'un procès était nécessaire, dans ce contexte, afin que la Cour pût disposer d'un fondement de preuve suffisant pour seulement envisager la délivrance d'une injonction permanente.

[15] Le passage clé de la décision de la juge saisie de la requête, en ce qui a trait à l'injonction, est le suivant :

> [TRADUCTION]
> Les Kinsella ont empêché à plusieurs reprises Énergie NB et Aliant d'entrer sur leur bien. Il est arrivé à John Kinsella de grimper à un arbre pour empêcher des travailleurs de l'abattre. Il se dégage de leurs affidavits que, sans directives de la Cour, ils pourraient continuer à nuire aux requérantes. [Par. 22]

[16] La décision de la juge d'accorder l'injonction s'est appuyée sur le prononcé de lord Evershed, maître des rôles, dans *Pride of Derby and Derbyshire Angling Association Ltd. c. British Celanese Ltd.*, [1953] Ch. 149 :

> [TRADUCTION]
> […] Il est acquis, je pense, que, si A prouve une transgression de B attentatoire à ses droits propriétaux, et que B entende poursuivre sa transgression, A aura droit à première vue à une injonction, et il ne sera privé de cette réparation qu'en certains cas particuliers, dont le cas de réparation suffisante de la transgression par l'octroi de dommages-intérêts. [Page 181] [Par. 23]

[17] Pour situer dans un contexte approprié la présente analyse, il est utile de reproduire l'injonction contestée :

> [TRADUCTION]
> […] Il est interdit par injonction permanente aux intimés, Anna Marie Kinsella et John Kinsella, de porter atteinte à ces droits. Plus précisément :
>
> (i) il est interdit aux intimés de faire obstacle ou entrave au passage, sur leur bien, des requérantes, de leurs employés, de leurs entrepreneurs ou de leurs autres mandataires, ainsi que des employés de ces derniers, pour accéder au réseau de distribution d'électricité et de communication des requérantes;
>
> (ii) il est interdit aux intimés d'empêcher les requérantes, leurs employés, leurs entrepreneurs ou leurs autres mandataires, ainsi que les employés de ces derniers – de même qu'il est interdit aux intimés de leur faire entrave ou de leur nuire de quelque façon que ce soit dans ces activités – de construire, de reconstruire, d'exploiter et d'entretenir sur le bien des lignes de distribution d'électricité ou de télécommunications, selon le cas, lesquelles lignes se composent des poteaux, fils, câbles, conduits, haubans, ancrages et autres accessoires et ouvrages annexes pouvant être nécessaires aux requérantes;
>
> (iii) il est interdit aux intimés d'empêcher la requérante Distribution Énergie NB, ses employés, ses entrepreneurs ou ses autres mandataires, ainsi que les employé de ces derniers – de même qu'il est interdit aux intimés de leur faire entrave ou de leur nuire de quelque façon que ce soit dans ces activités – d'entretenir ou d'enlever tout ouvrage qui appartient à Distribution Énergie NB, ou de couper les arbres qui, de l'avis de celle-ci, pourraient en tombant ou autrement mettre en danger le fonctionnement ou l'état d'un conduit, d'une ligne, d'un fil ou d'un ouvrage lui appartenant. [Par. 25]

[18] Les appelants soutiennent que la juge saisie de la requête ne disposait pas de preuve la fondant à conclure qu'ils continueraient de refuser aux intimées l'accès à leur bien, et continueraient de nuire à la coupe ou de l'empêcher. Les intimées répliquent que la juge disposait largement de preuve la fondant à statuer comme elle l'a fait.

[19] Il m'apparaît que la délivrance de l'injonction permanente ne trahit aucune erreur de la part de la juge saisie de la requête. Elle était en droit de tirer des inférences raisonnables de la preuve qui lui était présentée (*Housen c. Nikolaisen*, 2002 CSC 33, [2002] 2 R.C.S. 235) et elle a conclu qu'une mesure injonctive s'imposait pour garantir que les intimées soient libres d'exercer leurs droits. Ce moyen d'appel échoue également.

C. *Obligation d'agir de manière raisonnable*

[20] Les appelants soutiennent que la juge saisie de la requête aurait dû tenir compte d'une obligation d'agir de manière raisonnable, obligation que supposerait l'art. 84 de la *Loi sur l'électricité*, L.N.-B. 2003, ch. E-4.6 :

Power of Entry	**Pouvoir d'entrée**
84(1) A distributor or transmitter may enter upon the land or premises of any person and, without the consent of the owner,	**84**(1) Un distributeur ou un transporteur peut entrer sur le terrain ou sur les lieux ou dans les locaux de toute personne et, sans le consentement du propriétaire, y faire ce qui suit :
(a) maintain, read or remove any meters belonging to the distributor or transmitter,	*a)* entretenir, relever ou enlever les compteurs qui appartiennent au distributeur ou au transporteur;
(b) maintain, inspect, repair or remove any works belonging to the distributor or transmitter, or	*b)* entretenir ou enlever tout ouvrage qui appartient au distributeur ou au transporteur;
(c) cut down any trees that might, in the opinion of the distributor or transmitter, in falling or in any other manner, endanger the conductors, wires or works belonging to the distributor or transmitter.	*c)* couper un arbre qui, de l'avis du distributeur ou du transporteur, pourrait en tombant ou autrement mettre en danger le fonctionnement ou l'état d'un conduit, d'une ligne, d'un fil ou d'un ouvrage qui appartient au distributeur ou au transporteur.

[21] Contrairement à ce qu'affirment les appelants, la juge saisie de la requête a bel et bien tenu compte de la raisonnabilité, comme le confirment les extraits suivants de sa décision :

[TRADUCTION]
Dans *Butler c. N.B. Power Distribution and Customer Service Corp.* (2009), 350 R.N.-B. (2e) 1, le juge Léger s'est penché sur le sens du par. 84(1). Dans cette cause, Énergie NB avait coupé beaucoup d'arbres le long de la ligne électrique voisine du bien de Butler, et quelques-uns sur le bien de ce dernier. Le juge Léger a conclu que Butler avait droit à des dommages-intérêts pour les arbres coupés [VERSION ORIGINALE] « au-delà de la zone de 11 pieds prévu[e] par les normes ». Il a conclu en outre, suivant le droit de la nuisance, qu'une partie des dommages n'était pas [VERSION ORIGINALE] « le résultat inévitable des travaux autorisés ». Paragraphes 23 et 25 de ses motifs :

> [VERSION ORIGINALE]
> 23 Tel que le suggère la défenderesse, je suis d'avis qu'une interprétation large et libérale de l'article 84(1) doit être retenue afin de tenir compte de l'objet de la *Loi*. Par conséquent, je suis d'avis que le terme « couper un arbre » que l'on retrouve au paragraphe 84(1) de la *Loi*, inclu[t] des travaux d'élagage et d'écimage des arbres. Élaguer ou écimer un arbre implique une forme de coupe d'un arbre sans toutefois couper l'arbre au complet. Ainsi, une interprétation plus large offre une plus grande flexibilité à la défenderesse en effectuant ses travaux d'entretien d'une ligne qui concorde avec l'objet de la *Loi*. En somme, je suis d'avis que le paragraphe 84(1) permettait à la défenderesse d'entrer sur les terrains des demandeurs sans leur consentement afin d'y couper des arbres qui de l'avis de la défenderesse, pouvaient en tombant ou autrement, mettre en danger le fonctionnement d'une ligne appartenant à la défenderesse. En d'autres mots, la présence de la défenderesse ou de ses mandataires ne donne pas nécessairement lieu à un droit d'action puisque l'activité est autorisée par le législateur.
>
> […]
>
> 25 Contrairement à ce que font valoir les défendeurs [*sic*, lire les demandeurs], je suis de l'opinion que le paragraphe 84(2) ne peut être interprété de façon à donner droit à une compensation à des propriétaires de terrains sur lesquels la défenderesse a dû s'introduire pour effectuer des

> travaux d'entretien ou de réparation. À mon avis, dans de telles circonstances, il faut prendre en considération la règle traditionnelle en matière de nuisance. Dans [leur] avis d'action, les demandeurs allèguent que la défenderesse a illégalement coupé un grand nombre d'arbres sur leur propriété. Il ne fait aucun doute que la défenderesse était en droit de couper tout arbre qu'elle jugeait nécessaire de couper. Le libellé de la *Loi* énonce clairement un critère subjectif et c'est pourquoi nous y retrouvons les termes « de l'avis du distributeur ou du transporteur ». Il y a nécessairement place à une certaine discrétion de la part de la défenderesse dans l'exercice de son droit autorisé par le législateur. Cependant, l'exercice du droit accordé par le législateur doit se faire raisonnablement.

Le pouvoir qu'octroie l'art. 84 est beaucoup plus vaste que celui que prévoit la convention de droit de passage, qui n'autorise les requérantes qu'à [TRADUCTION] « enlever les arbres et les broussailles en totalité sur une distance de cinq pieds à partir des lignes ». En application de l'art. 84, les requérantes peuvent « entrer sur le terrain […] de toute personne » et « couper un arbre qui […] pourrait […] mettre en danger le fonctionnement ou l'état d'un conduit, d'une ligne, d'un fil ou d'un ouvrage ». Bref, l'art. 84 ne limite pas les requérantes aux arbres de l'emprise.

Les Kinsella invoquent l'emploi par le juge Léger du terme « raisonnablement », dans le passage précité, à l'appui de l'argument par lequel ils avancent que notre Cour peut « encadrer » l'exercice des droits. Dans *Butler*, le juge Léger devait déterminer si la responsabilité d'Énergie NB était engagée envers Butler pour avoir coupé de nombreux arbres sur son bien. Énergie NB avait recours à la défense de pouvoir d'origine législative. Le juge Léger a appliqué le critère, issu du droit de la nuisance, voulant que le défendeur qui invoque un pouvoir d'origine législative pour justification de ses actions doive pouvoir montrer que les dommages sont [VERSION ORIGINALE] « le résultat inévitable des travaux autorisés ». Le juge Léger a conclu qu'une partie des dommages ne répondait pas à ce critère et Butler a obtenu des dommages-intérêts.

Ce critère est une limite imposée à la défense de pouvoir d'origine législative. Il n'investit pas la Cour d'un rôle de

> surveillance, comme le prétendent les Kinsella. Dans *Board of Police Commissioners et al. c. Saint John Policemen's Association et al.* (1987), 79 R.N.-B. (2e) 430, le juge Stevenson a déclaré que le requérant, lorsqu'il présente une requête en application de la règle 16.04, devrait, soit demander à la cour de prononcer une déclaration précise sur les droits conférés par la loi ou par quelque autre instrument, soit poser à la cour des questions précises auxquelles elle peut répondre simplement par l'affirmative ou la négative. En l'espèce, Énergie NB et Aliant demandent une déclaration précise sur leurs droits.
>
> [Par. 17 à 20]

[22] Je suis d'avis que la juge saisie de la requête ne niait pas l'existence d'une obligation d'agir de manière raisonnable. Il est acquis, en droit, qu'on doit exercer des droits de façon raisonnable, sans quoi l'on encourt l'imputation d'une responsabilité. La juge saisie de la requête ne faisait qu'affirmer, à raison, que les tribunaux n'ont pas pour rôle de surveiller la coupe d'arbres par une entreprise de service public à qui la loi reconnaît le droit de se livrer à cette activité.

[23] Les appelants avancent que le propriétaire foncier qui se trouve dans une situation semblable à la leur n'a aucun recours et qu'une poursuite en dommages-intérêts après l'abattage des arbres demeure une mince consolation. J'estime au contraire qu'une mesure s'offre aux propriétaires fonciers. S'ils ont des motifs valables de croire qu'une entreprise de service public agira déraisonnablement, et entend se livrer à des coupes excessives et inutiles, ils peuvent eux-mêmes solliciter des tribunaux une injonction. S'ils l'obtiennent, les arbres seront préservés. Ce moyen d'appel me paraît sans fondement et doit, lui aussi, échouer.

V. Dispositif

[24] Je suis d'avis de débouter les appelants, et de les condamner à verser aux intimées, en une seule masse, des dépens de 1 500 $.