

COURT OF APPEAL OF
NEW BRUNSWICK



COUR D'APPEL DU
NOUVEAU-BRUNSWICK

109-15-CA

ROGERS COMMUNICATIONS PARTNERSHIP

APPELLANT

- and -

BELL ALIANT REGIONAL
COMMUNICATIONS, LIMITED
PARTNERSHIP

RESPONDENT

Rogers Communications Partnership v. Bell
Aliant Regional Communications, Limited
Partnership, 2016 NBCA 60

CORAM:

The Honourable Justice Larlee
The Honourable Justice Green
The Honourable Justice French

Appeal from a decision of the Court of Queen's
Bench:
November 4, 2015

History of case:

Decision under appeal:
2015 NBQB 205

Preliminary or incidental proceedings:
N/A

Appeal heard:
March 15, 2016

Judgment rendered:
October 27, 2016

Reasons for judgment by:
The Honourable Justice French

Concurred in by:
The Honourable Justice Larlee
The Honourable Justice Green

ROGERS COMMUNICATIONS PARTNERSHIP

APPELANTE

- et -

BELL ALIANT COMMUNICATIONS
RÉGIONALES, SOCIÉTÉ EN COMMANDITE

INTIMÉE

Rogers Communications Partnership c. Bell Aliant
Communications Régionales, société en
commandite, 2016 NBCA 60

CORAM :

l'honorable juge Larlee
l'honorable juge Green
l'honorable juge French

Appel d'une décision de la Cour du Banc de la
Reine :
le 4 novembre 2015

Historique de la cause :

Décision frappée d'appel :
2015 NBBR 205

Procédures préliminaires ou accessoires :
s.o.

Appel entendu :
le 15 mars 2016

Jugement rendu :
le 27 octobre 2016

Motifs de jugement :
l'honorable juge French

Souscrivent aux motifs :
l'honorable juge Larlee
l'honorable juge Green

Counsel at hearing:

For the appellant:
Timothy Pinos and
Erin Craddock

For the respondent:
Daniel M. Campbell, Q.C. and
Rebecca Atkinson

THE COURT

The appeal is dismissed with costs.

Avocats à l'audience :

Pour l'appelante :
Timothy Pinos et
Erin Craddock

Pour l'intimée :
Daniel M. Campbell, c.r., et
Rebecca Atkinson

LA COUR

L'appel est rejeté avec dépens.

The judgment of the Court was delivered by

FRENCH, J.A.

I. Introduction

[1] Rogers Communications Partnership claims damages from Bell Aliant Regional Communications, Limited Partnership (succeeded since the trial by Bell Canada) alleging breach of contract. Rogers submits Bell was under contract to provide it with the right to attach its communication equipment to support structures owned by New Brunswick Power Corporation (mainly power poles) and Bell (mainly telephone poles), at an annual rate of \$9.60 per pole, until May 31, 2007. Despite this, commencing August 2006, Rogers was required to pay NB Power directly for access to its poles at the much higher rate of \$18.00 per pole per year. Rogers claims the difference from Bell.

[2] How it was that Rogers initially obtained the right to attach its equipment to NB Power poles, under a 2002 Agreement with Bell (or more precisely, a predecessor of Bell), yet by 2006 was required to deal directly with NB Power for the right to continue that access, at a higher fee, requires some explanation.

[3] The Canadian Radio-television and Telecommunications Commission (the “CRTC”), by *Access to Telephone Company Support Structures, Telecom Decision CRTC 95-13*, required provincial telephone companies to make their telephone poles (and other such support structures) available to cable television undertakings and telecommunications carriers. The CRTC also set the annual rate to be paid per pole at \$9.60. About five years later, in 2000, by *Rates Set for Access to Telephone Companies Support Structures, Order CRTC 2000-13*, the CRTC approved the National Services Tariff and the form of a Support Structure Agreement, which collectively set out the terms of such access. The National Services Tariff (the “Tariff”) defines “Support Structures” as including not only those structures owned by a telephone company but

also those structures over which it “has the right to grant” access. This definition is key to Bell’s obligation to provide Rogers with access to NB Power poles.

[4] The Tariff requires that parties acting pursuant to the Tariff enter into an agreement in the form of the Support Structure Agreement approved by the CRTC. The agreement, amongst other things, provides for a five-year term with automatic renewal, unless notice to the contrary is provided. On May 31, 2002, Rogers and Bell’s predecessor, Aliant Telecom Inc., signed a “Support Structure License Agreement”, in the form of the agreement approved by the CRTC (the “SSA”). This is the agreement Rogers submits Bell has breached.

[5] Long before the Tariff and the SSA, NB Power and New Brunswick Telephone Company, Limited (“NBTEL”, a predecessor to Bell), had agreements for the sharing of access to each other’s poles. Under these agreements, NBTEL had the authority to grant access to NB Power poles to third parties and the obligation to collect fees for such access. There is no dispute that, when the SSA was signed in 2002, Bell had the authority to give Rogers access to NB Power poles. In 2004, however, NB Power terminated that agreement and notified Rogers it was now required to deal directly with NB Power regarding access to their poles. As part of this new arrangement, NB Power sought a fee from Rogers of \$18.91 per pole, as of May 1, 2004. NB Power’s initiative to enter into an arrangement directly with Rogers followed on the heels of a 2003 decision of the Supreme Court of Canada confirming that the CRTC did not have the jurisdiction to require provincially regulated power utilities to grant cable companies access to their power poles, a jurisdiction the CRTC has over the poles (and other support structures) of telephone companies (see *Barrie Public Utilities v. Canadian Cable Television Assn.*, 2003 SCC 28, [2003] 1 S.C.R. 476).

[6] Rogers and NB Power disputed the rate to be charged for access to NB Power poles for roughly a year and, in May 2005, Rogers applied to the New Brunswick Public Utilities Board, requesting the Board set the rate at \$13.36 per pole. NB Power proposed \$30.61. The Board set the rate at \$18.00, commencing August 1, 2006.

[7] Notwithstanding NB Power's efforts to collect a higher amount beginning in 2004, Rogers continued to pay the Tariff rate of \$9.60 until August 2006, when Rogers was to begin paying the Board rate of \$18.00. As a consequence, Rogers' claim for damages is based on the additional amount it had to pay between August 1, 2006, and May 31, 2007, the final 10 months of the initial five-year term of the SSA. There is no dispute that during this period Rogers paid NB Power \$751,169.60 more than it would have paid to Bell at the Tariff rate.

[8] Rogers claims the SSA is a negotiated contract that obligated Bell to provide it with access to NB Power poles at the \$9.60 Tariff rate until May 31, 2007, notwithstanding NB Power's earlier termination of its agreement with Bell. Rogers alternatively claims that, even if the SSA may be viewed as part of the supply of a mandatory service (pursuant to the Tariff) in connection with Bell's own telephone poles, Bell's obligation under the SSA in connection with the NB Power poles is a distinct contractual obligation, extricable from the SSA – one that may be enforced independent of the Tariff, in accordance with common law contract principles.

[9] Bell submits its obligations to Rogers did not arise under the SSA. Rather, it maintains the decision of the CRTC and the Tariff, both made pursuant to the *Telecommunications Act*, S.C. 1993, c. 38, were the source of its obligation to provide Rogers with access to not only its telephone poles but also NB Power's poles. It points out that the price to be paid for this service is set out in the Tariff, and the definition of "Support Structures", which initially captured the NB Power poles (until NB Power terminated the agreement with Bell), is also set out in the Tariff, not the SSA. Additionally, Bell says the SSA was not negotiated; it entered into the SSA because the Tariff required it to do so. For those reasons, Bell maintains the SSA cannot be interpreted as though it is an independent contract.

[10] The trial judge did not accept Rogers' claim the SSA was a negotiated contract – he found Bell's obligations to Rogers were prescribed by the Tariff, and the SSA represented a part of the CRTC imposed obligation to allow Rogers to access Bell's

poles, pursuant to and in accordance with the Tariff. The trial judge concluded that after NB Power terminated Bell's right to provide third-party access to the NB Power poles, the poles fell outside the Tariff definition of "Support Structures" and Bell's obligation to Rogers with respect to the NB Power poles came to an end. The trial judge also did not accept the SSA created an enforceable contractual obligation in connection with the NB Power's poles, independent of the Tariff.

[11] In my view, Rogers has not established the trial judge committed reversible error and, for the reasons that follow, I would dismiss the appeal.

II. Factual Background

[12] Although Rogers applied to the Board in 2005 to set a rate for access to the NB Power poles, it would be incorrect to assume Rogers abandoned its position that Bell remained obligated to it under the SSA. In fact, since 2004, Rogers made four applications to the CRTC and an application to the Federal Court of Appeal in the pursuit of a remedy against Bell. In 2008, Rogers commenced this proceeding in the Court of Queen's Bench of New Brunswick.

[13] Rogers and Bell submitted an Agreed Statement of Facts to the trial judge, which is substantially reproduced in his decision.

[14] Prior to 1990, both NBTel and NB Power were subject to provincial regulation by the Board. Additionally, they had shared access to each other's poles (and other support structures) for many years prior. The most recent agreements for the sharing of poles were entered into in 1996. These state they replace agreements made in 1967. There is no dispute agreements to share access to poles existed long before 1967. Furthermore, such arrangements were common in provinces across Canada.

[15] At the risk of oversimplification, the 1996 agreements (comprised of a master agreement and several sub-agreements) give Bell and NB Power access to each

other's poles (and other support structures). NB Power attaches its lines and equipment near the top of the telephone/power poles, while Bell attached its own a "safe" distance below. The "Joint Sub-Agreement: Support Structure-Third Party Attachments" dated July 11, 1996 (the "Third Party Attachment Sub-Agreement"), provided both with the authority to grant third parties permission to use the other's poles. That agreement also required Bell to collect the fees from third parties on behalf of NB Power. Third party users of the telephone/power poles included local cable television companies.

[16] The CRTC assumed jurisdiction over NBTel and other provincially operated telephone undertakings, pursuant to federal legislation (initially under the *Railway Act*, R.S.C. 1985, c. R-3 and, since 1993, the *Telecommunications Act*), following the decision of the Supreme Court of Canada in *Alberta Government Telephones v. Canada (Canadian Radio-television and Telecommunications Commission)*, [1989] 2 S.C.R. 225, [1989] S.C.J. No. 84.

[17] In 1995, the CRTC directed provincial telephone companies, including NBTel, to permit cable companies access to their poles (Telecom Decision CRTC 95-13). This ruling was made over the opposition of provincial telephone companies, such as NBTel. In the same decision, the CRTC set the rate payable for cable companies to access poles at \$.80 per month per pole (\$9.60 annually), effective August 1, 1995. The decision states:

In the Commission's view, access to telephone company support structures is a "telecommunications service" within the meaning of the *Act*. [...]

[...]

The Commission finds it reasonable that the telephone companies be required to provide access to their support structures where spare capacity is available. Accordingly, the Commission directs the telephone companies to make their support structures available to telecommunications carriers and cable television undertakings, where spare capacity is available. Should it prove necessary, the

Commission will adjudicate disputes as to access on a case-by-case basis. [paras. 11 and 16]

[Emphasis added.]

[18] In 1996, further to its earlier decision, the CRTC directed the telephone companies, cable companies and other involved parties to negotiate the terms of a tariff and the form of a standard service license agreement, to be presented to it for consideration and approval (Telecom Order CRTC 96-1484).

[19] Ultimately, the CRTC approved the National Services Tariff and the model form of the Support Services Agreement (Telecom Order CRTC 2000-13) in 2000.

[20] Before addressing further the Tariff and the model Support Services Agreement, I will address briefly the ultimately unsuccessful efforts of cable companies, beginning in 1997, to have the CRTC direct that the poles (and support structures) of provincial power utilities be made available to them, on much the same basis as the CRTC required the poles owned or controlled by provincial telephone companies be made available to the cable companies. In 1997 the Canadian Cable Television Association applied to the CRTC seeking orders for access to the poles of provincial power utilities, and the fixing of an acceptable rate for the that access. The application followed the breakdown of negotiations between the Association members and electric power corporations over new agreements for access to power poles (see *Barrie Public Utilities* at para. 5). A sticking point was a demand by the Ontario utilities seeking an increase in the per pole rental rate from \$10.42 to \$40.92. In 1999, the CRTC ordered provincially regulated electric power companies to allow the cable television companies access to their power poles. This decision was the subject of litigation for a further four years. It was successfully appealed by the power utilities to the Federal Court of Appeal (2001 FCA 236, [2001] F.C.J. No. 1150 (QL)). In allowing the appeal in 2001 the court concluded the CRTC did not have jurisdiction over the power poles of provincially regulated electric power companies. In May 2003, the Supreme Court dismissed the Association's appeal (see *Barrie Public Utilities*, cited previously). The decision confirmed the CRTC had no jurisdiction over the poles or structures of the provincial

power utilities, thus bringing its efforts to mandate access (and set rates) to an end. It seems, in 2003, the Association's members were back to where they were in 1996, attempting to negotiate a rate with provincial utilities.

[21] The National Services Tariff and the form of Support Structure Agreement exist in both official languages. The Tariff defines "Support Structures" as follows:

The supporting structures, including poles, Conduits, Strands, anchors and Manholes (but excluding central office vaults and controlled environmental vaults) which the Company owns **or which the Company does not own but for which it has the right to grant Permits thereto.**

[Emphasis Added.]

[22] The Tariff requires cable companies that access support structures to enter into a Support Structures Agreement. It provides:

The Licensee must enter into a Support Structure License Agreement (SSA) with the Company, the form of which has been approved by the Commission and together with this Tariff item make up the Support Structure Service. The terms of the Support Structure Service are governed by this Tariff item. The Tariff item on Support Structures shall prevail in all cases where it conflicts directly with the SSA. Where the General Tariff including the Terms of Service, conflicts directly with the specific Tariff item on Support Structures or the SSA, the aforementioned Tariff item or the SSA as applicable, shall prevail. [Emphasis Added.]

[23] On May 31, 2002, Rogers and Aliant Telecom Inc. signed the SSA. It recites that Rogers (the "Licensee") "desires to place [its equipment] on or in Support Structures in the provinces of Nova Scotia, Newfoundland and New Brunswick" and Bell "will permit, to the extent it may lawfully do so, the placement of [Rogers' equipment] on or in such Support Structures". The SSA acknowledges that the Tariff will prevail where it conflicts with the SSA. In relation to the term of the SSA, it provides:

Subject to the termination provisions of this Agreement, this Agreement shall be effective from the date it is made

and shall continue in force for a period of five (5) years from the date it is made, and thereafter for successive five (5) year terms, unless and until terminated by one year prior notice in writing by either party.

[24] In January 2004, after the 2003 Supreme Court decision in *Barrie Public Utilities*, NB Power gave notice to NBTel it was terminating the Third Party Attachment Sub-Agreement (the 1996 Agreement permitting NBTel to grant permission to third parties to attach equipment to NB Power poles). NB Power also notified Rogers that it had withdrawn the authority previously given to Bell and was seeking to negotiate with Rogers the terms of continued access to its poles. The Agreed Statement of Facts provides:

21. On January 30, 2004, NB Power gave notice to Bell Aliant that it would terminate the Third Party Attachment Sub-Agreement and resume responsibility for billing third parties on joint use poles owned by NB Power. [...]

22. By letter dated April 23, 2004 [...] NB Power advised Rogers that it intended “to move forward with a legal agreement and fee structure that clearly defines the relationships and appropriately recovers costs associated with Third Party attachments”.

[25] The Agreed Statement of Facts indicates the terms of the various 1996 agreements between NB Power and Bell regarding the joint use of poles were not disclosed to Rogers prior to December 2, 2004.

[26] Rogers challenged the right of Bell to terminate the SSA (or to cease providing support structure services on NB Power poles), in an initial application to the CRTC and three subsequent applications, each of which requested the CRTC vary its previous decision(s). The last CRTC decision was made on April 8, 2009 (Telecom Decision CRTC 2009-187). It denied of Rogers’ request to vary an earlier decision (Telecom Decision 2008-62) in which the CRTC determined Bell’s obligation under the SSA ended in March 2004, when NB Power terminated the Third Party Attachment Sub-Agreement. The CRTC determined that, following termination of this agreement with

Bell, NB Power poles ceased to be “Support Structures” within the meaning of the Tariff. In concluding Rogers had failed to demonstrate it erred in its earlier decision, it stated “[a]ny other finding would require the Commission to impose its tariff on NB Power’s grant of access to provincially regulated power poles and would therefore be outside the Commission’s jurisdiction”.

[27] Rogers appealed CRTC Decision 2009-187 to the Federal Court of Appeal (see *Rogers Cable Communications Inc. and Bell Alliant Regional Communications*, 2010 FCA 115, [2010] F.C.J. No. 566 (QL)). In dismissing Rogers’ appeal, on April 27, 2010, the court said:

We agree with the jurisdictional rulings made by the Commission. When N.B. Power revoked the respondent’s right to grant permits, “support structures” were no longer being provided by the respondent, a federally-regulated carrier, and so there was no “telecommunications service” within section 2 of the *Act*. Instead, a provincially-regulated utility, N.B. Power, was offering the use of its provincially-regulated power poles. Under *Barrie Public Utilities v. Canadian Cable Television Association*, [2003] 1 S.C.R. 476, the Commission does not have the jurisdiction to regulate the terms of access to power poles owned by a provincially-regulated utility. The Commission so found, and correctly held that it lost jurisdiction.

In our view, the Commission, like all administrative tribunals, was entitled to rule on its own jurisdiction, in particular, in this case, whether the respondent still had the right to grant permits concerning N.B. Power’s power poles. It was entitled to examine the agreements among the parties to determine that issue, but only for the purpose of determining its jurisdiction, not determining the rights and obligations of the parties under the common law of contract. To the extent that the comments and observations made by the Commission in its decisions can be read as doing this, they were beyond its jurisdiction and should be disregarded. [paras. 12-13]

[Emphasis added.]

[28] In dismissing Rogers' claim in the New Brunswick Court of Queen's Bench for breach of contract, the trial judge rejected Rogers' assertion the SSA was a negotiated contract, to be interpreted according to common law contract principles and giving rise to obligations on the part of Bell that were distinct from Bell's obligations under the Tariff. He said:

I therefore find that the SSA is not a contract but rather an approved model document governing a mandatory supply of service in accordance with a tariff in a regulated industry. Consequently it must be interpreted not in accordance with the principles of contract interpretation but rather in accordance with the principles of statutory interpretation. [para. 21]

[29] Having concluded Bell's obligation to Rogers was not merely contractual, the trial judge concluded that Bell's obligation regarding the NB Power poles ended with NB Power's termination of the Third Party Attachment Sub-Agreement. He explained:

When NB Power terminated its agreement with Bell Aliant in relation to its poles Bell Aliant no longer had the right to grant a permit to those support structures as defined in the SSA. Moreover, the tariff on which Rogers' claim is based in this action ceased to apply to the NB Power support structures. I find that when the NB Power poles no longer fell within the definition of support structures under the SSA and the NST Bell Aliant's obligations under the SSA with respect to those poles came to an end because the service it agreed to supply was no longer one that it could lawfully supply.

[...]

Applying the approach set out in [*Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27, [1998] S.C.J. No. 2 (QL)], I find that when read in its entire context the SSA is not simply an agreement to supply a service for five years. Rather it is a mandatory agreement that requires Bell Aliant to supply a specific service to Rogers on support structures as defined in the NST at the rate set out in the NST for a five year period. Once Bell Aliant no longer had the right to grant permits to the NB Power poles the rate set out in the tariff ceased to apply as did the CRTC's authority to mandate

that it supply this service to Rogers in the first place. I further find that these are essential elements of the SSA and that once they ceased to exist the SSA and the NST no longer had any legal effect in respect to the NB Power poles. [paras. 24 and 26]

III. Grounds of Appeal

[30] The grounds of appeal are as follows:

- A. The trial judge erred in law in finding that the Support Structure Agreement is not a contract but rather a regulatory-approved model document.
- B. The trial judge erred in law in interpreting the SSA in accordance with principles of statutory interpretation instead of principles of contractual interpretation.
- C. The trial judge erred in law in finding that NB Power's termination of the Third Party Attachment Sub-Agreement terminated the Respondent's obligations under the SSA.

IV. Standard of Review

[31] Rogers' grounds of appeal all assert errors in law. The standard of review on questions of law is correctness: *Housen v. Nikolaisen*, 2002 SCC 33, [2002] 2 S.C.R. 235, para. 8. Bell argues, relying on *Sattva Capital Corp. v. Creston Moly Corp.*, 2014 SCC 53, [2014] 2 S.C.R. 633, questions involving contractual interpretation involve issues of mixed fact and law, unless it is possible to identify an extricable question of law. Clearly, however, the application of an incorrect principle, the failure to consider a required element of a legal test, or the failure to consider a relevant factor may amount to an error of law.

[32] The trial judge's decision may only be interfered with if it is the product of an error of law, an error in the application of the governing principles or a palpable and

overriding error in the assessment of the evidence or if it is unreasonable, in the sense that nothing in the record can justify it.

V. Analysis

A. *The First and Second Grounds of Appeal*

[33] In relation to the first and second grounds of appeal Rogers make the following submissions:

- the Third Party Attachment Sub-Agreement between Bell and NB Power was a voluntary, unregulated contract;
- the trial judge erred in failing to find the SSA between Bell and Rogers is a negotiated contract, not a regulatory approved model document; and
- the trial judge erred in failing to apply contractual interpretation principles to the SSA.

[34] The first of these submissions is not contentious; there is no suggestion the trial judge misapprehended the nature of the Third Party Attachment Sub-Agreement between Bell and NB Power. The Sub-Agreement was the source of Bell's authority to grant access to NB Power poles to Rogers or any other third party and there is no dispute relating to NB Power's termination of that agreement. In explaining that the SSA, not the Sub-Agreement, is at the heart of Rogers' claim, the trial judge noted, in connection with NB Power's decision to terminate the Sub-Agreement in 2004, "[t]here is no suggestion by the parties to this action that NB Power was not acting in accordance with the terms of that sub-agreement when it did so". He then stated: "Where they part company, however, is on the issue of the impact of NB Power's termination of the sub-agreement on the SSA, i.e. Bell Alliant says that it terminated the SSA while Rogers says Bell Alliant's

obligations under the SSA remained in effect for the duration of that agreement” (para. 5).

[35] Rogers’ second and third submissions, which mirror the first and second grounds of appeal, take issue with the trial judge’s rejection of Rogers’ claim the SSA is a negotiated contract, the interpretation of which is simply a matter of contract law.

[36] Rogers submits the trial judge erred, first, by finding Bell’s obligation arose under “an approved model document governing a mandatory supply of service in accordance with a tariff in a regulated industry” and, second, by finding Bell’s obligation under the SSA and Tariff must be interpreted in accordance with principles of statutory interpretation and not principles of contract interpretation. In making these submissions, Rogers repeats many of the arguments it made before the CRTC, the Federal Court of Appeal and the trial judge. Naturally, I accept Rogers’ submission that the findings in these other proceedings do not bind this Court. I reference the repetition only to point out the issues before the trial judge were very clear. As a result, Rogers’ submission to this Court is essentially the trial judge erred in law by failing to accept Rogers’ assertion that Bell’s obligations stood to be determined on the basis of the SSA, as an agreement enforceable pursuant to common law contract principles.

[37] The objective of and process for the interpretation of legislation and contracts is similar; however, there are important differences. As Drapeau C.J.N.B. stated in *Robichaud et al. v. Pharmacie Acadienne de Beresford Ltée et al.*, 2008 NBCA 12, 328 N.B.R. (2d) 205:

The objective of contractual interpretation is the identification of the true intent of the parties at the time they entered into the contract. That intention must be ascertained by reference to the meaning of the words as used by the contracting parties (see *Eli Lilly & Co. v. Novopharm Ltd.*, [1998] 2 S.C.R. 129, [1998] S.C.J. 59 (QL) and *MacNeil (Jerry) Architects Ltd. v. Roman Catholic Archbishop of Moncton et al.*, [2001] N.B.R. (2d) (Supp.) No. 67, [2001] N.B.J. No. 296 (QL), 2001 NBQB

135, at paras. 29-33, where Justice Rideout canvasses the jurisprudence on point). More often than not, the context plays an influential role in shaping that meaning (see *Controls & Equipment Ltd. v. Ramco Contractors Ltd.*, at para. 13, and *Stenstrom v. McCain Foods Ltd.* (2000), 230 N.B.R. (2d) 234, [2000] N.B.J. No. 379 (QL), 2000 NBCA 13, at para. 16).

For all intents and purposes, the very same process is applied to the interpretation of legislation. The words at issue “are to be read in their entire context and in their grammatical and ordinary sense harmoniously with the scheme of the *Act*, the object of the *Act*, and the intention of Parliament” (see Elmer Driedger in *Construction of Statutes*, 2nd ed. (Toronto: Butterworths, 1983), at p. 87 and *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27, [1998] S.C.J. No. 2 (QL), at para. 21). In fact, the law has evolved to the point where it is widely accepted that, as a general rule, the processes of contractual and legislative interpretation bring into play a common bundle of influential considerations. [paras. 18-19]

[Emphasis added.]

[38] I accept Rogers’ submission; a key difference between contractual and legislative interpretation is that, in the former, ascertaining the intent of the parties is the objective, while in the latter, ascertaining the intent of the legislator is the objective.

[39] In submitting the trial judge erred, Rogers argues, as it did before the trial judge, the SSA “was negotiated by Bell Aliant and Rogers”. This assertion of fact is not supported by the record. It is clear the SSA was not directly negotiated between Rogers and Bell. Rogers maintains the form of SSA presented for approval by the CRTC arose through negotiation between the industry players, including Rogers and Bell, who were expected to become parties to the agreement. The trial judge’s finding that the SSA was not negotiated, but rather mandatory and not voluntary, is factually unassailable. The CRTC ordered that telephone companies make their poles available to the cable companies and, subsequently, it mandated the parties to negotiate, for its approval, the terms of a tariff and a model form of agreement. It was clear the CRTC would decide any disputes resulting from this effort with the benchmark for deciding disputed issues being

the spirit of its initial orders requiring access. Also, while it might be said that engaging the Tariff and entering into the approved form of agreement was voluntary on the part of a cable company seeking access to poles, as was found by the trial judge, it cannot be said allowing access was voluntary on the part of a telephone company. A telephone company was required to provide access to a cable company, on the terms set out in the Tariff and the SSA (provided it had surplus capacity). At best, Rogers' submission the SSA is a negotiated agreement is overly simplistic. The execution of the SSA does not reflect a negotiated bargain between the parties.

[40] Rogers submits the trial judge erred in relying on *Halifax Harbour Services Limited v. Maritime Telegraph & Telephone*, [1980] N.S.J. No. 457 (QL), as authority for concluding Bell's obligations, imposed by the Tariff and the SSA, are not merely contractual in nature. In making this submission, Rogers does not rely on any reported decision respecting a mandatory supply of service or a regulated utility. Rather, by analogy, it relies on decisions that have interpreted, according to contract law principles, agreements which incorporate legislated obligations.

[41] The Nova Scotia Court of Appeal in *Halifax Harbour Services Limited* noted the absence of relevant Canadian law respecting the nature of the relationship between parties whose conduct is governed or prescribed by a mandatory tariff. The Court of Appeal cited with approval American decisions which concluded that mandatory obligations pursuant to legislative authority, are obligations of law and not matters of contract. Cooper J.A.'s summary of the jurisprudence included the following:

I first refer to *Western Union Telegraph Co. v. Esteve Bros. & Co.* (1921), 256 U.S. 566 (United States Supreme Court).
[...]

[...]

It is apparent from the opinion of Mr. Justice Brandeis that prior to the *Act* of June 18, 1910, a telegraph company to succeed on a limitation of liability clause would have had to prove that it had been assented to as a matter of contract between the company and its customer. The passage of that

Act making telegraph and cable companies subject to the Act to Regulate Commerce had the result of making what had been a matter of contract one of law. After stating that the limitation of liability was an inherent part of the lawful rate established after June 18, 1910, Mr. Justice Brandeis at pp. 571,2 stated:

“The act of 1910 introduced a new principle into the legal relations of the telegraph companies with their patrons which dominated and modified the principles previously governing them. Before the act the companies had a common law liability from which they might or might not extricate themselves according to views of policy prevailing in the several states. Thereafter, for all messages sent in interstate or foreign commerce, the outstanding consideration became that of uniformity and equality of rates. Uniformity demanded that the rate represent the whole duty and the whole liability of the company. It could not be varied by agreement; still less could it be varied by lack of agreement. The rate became, not as before a matter of contract by which a legal liability could be modified, but a matter of law by which a uniform liability was imposed. Assent to the terms of the rate was rendered immaterial, because when the rate is used, dissent is without effect.”

The *Esteve* case has been referred to and its principles followed in subsequent cases where telephone and not telegraph service was the subject of litigation. In *William A. Warner and B.D. Warner, doing business as Warner Oil Company v. Southwestern Bell Telephone Company* (1968), 428 S.W.(2d) 596 (Supreme Court of Missouri), there had been errors in listings in telephone directories. The defendant company as stated by Eager, J., who delivered the judgment of the court, was subject to the provisions of the law of Missouri establishing the Public Service Commission and to its lawful regulations insofar as its intrastate business is concerned. “It is specifically required to file its rate schedule, Section 392.220, sometimes referred to as a ‘General Exchange Tariff.’” There was a limitation of liability clause relied upon by the telephone company included in defendant’s filed tariff or schedules. It limited recovery to the amount paid for service in all claims for “errors or omissions in the making up or printing of its

directories or in accepting listings ...”. Eager, J., said in the course of his judgment:

“[5-8] We find that by the weight of authority such limitations of liability are upheld as binding upon subscribers, chiefly upon the theory that when so filed under authority of law, and unless found to be unreasonable, they become a part of the law. In this view it makes no difference whether the customer knows of the limitation or not. The cases further reason that, since the utility is strictly regulated in its rights and privileges, it should likewise be regulated to some extent in its liabilities, and that such limitations are at least indirectly considered and involved in establishing its rates. ...”

[...]

I refer also to *Trammell v. Western Union Telegraph Co.* (1976), 57 Cal. App.(3d) 537 (Court of Appeal, First District, Division 2). The plaintiff Trammell’s employer sent him a telegram recalling him to work. It was never delivered to Trammell and as a consequence Trammell lost his employment. He brought action against Western Union for loss of wages and for punitive damages. A jury awarded him the sum of \$ 13,540.00 plus punitive damages in the sum of \$ 50,000.00. A limitation of liability clause providing for maximum recovery of \$ 500.00 in the circumstances of the case was included in Western Union’s standard form of message contract filed with the California Public Utilities Commission as part of its tariff provisions. The appeal court held that the limitation of liability tariff provisions were an inherent part of the established rates and had the force and effect of law. They were applicable to the addressee of the telegram whether or not he knew of or assented to them. Bray, Associate Justice, said:

“The limitation of liability was an inherent part of the rate. The company could no more depart from it than it could depart from the amount charged for the service rendered.” [paras. 18, 20-22]

[42] Rogers draws the Court’s attention to three cases in support of its argument “[t]he Support Structure Agreement, although based upon the Tariff, is a contract and not a regulatory-approved model document”: *Davis v. Wawanesa Mutual*

Insurance Company, 2015 ONSC 6624, [2015] O.J. No. 5571 (QL); *Imperial Tobacco Canada Limited et al. v. Her Majesty the Queen in Right of the Province of New Brunswick*, 2010 NBCA 35, 357 N.B.R. (2d) 160; and *Diotte v. ICBC*, 2000 BCSC 1779, [2000] B.C.J. No. 2476 (QL).

[43] In *Davis*, the primary issue was whether a regulatory change regarding benefits payable for attendant care services was intended to be applied retrospectively. In that case, an accident occurred before the new regulation came into force, but the insurance claim was filed after. Rogers cites this case for the proposition that while contracts, in that case a contract of insurance, often contain statutorily mandated terms, they remain contracts nonetheless and are not statutory instruments.

[44] A similar situation arises in *Imperial Tobacco*, where the validity of a contingency fee agreement for legal counsel entered into by the Province of New Brunswick was at issue. The parties to such an agreement participate voluntarily, regardless of regulatory standards that place some restrictions on the agreement.

[45] The *Diotte* case concerned a document described as a “Power of Attorney and Undertaking” or “PAU”. These were documents filed pursuant to s. 134(9) of the *Insurance Act*, R.S.B.C. 1996, c. 226 by extraprovincial insurers who did not do business in the Province of British Columbia to indicate they would provide coverage to motorists while they were driving in B.C.; by issuing a PAU, an insurer would consent to be bound by B.C.’s no-fault and minimum liability automobile insurance legislation. Rogers noted in its submissions the British Columbia Supreme Court found these powers of attorney were not “statutory in nature” once executed, though they were “based upon a standard form power of attorney contained in provincial regulation”. Again, as in the previous two cases, *Diotte* presents a situation that was entirely voluntary on the part of the insurer. Indeed, Cohen J. recognized the insurer’s filing of a PAU was “voluntary” but once filed, its effect was the “insurer is bound by the terms of the PAU from setting up a defence to a claim, action, or proceeding initiated in [B.C.], which might not be set up if the contract of insurance had been issued in this province” (para. 18, see also para. 57). In other

words, the insurer was under no obligation to issue a PAU agreeing to provide coverage for the insured while in B.C and the province would not be able to impose statutory restrictions on an insurer outside its jurisdiction.

[46] It is my view that the circumstances in each of these cases are readily distinguishable from those in this case. In sum, these decisions all concern the voluntary formation of agreements. This case does not. The voluntary formation of a contract that includes provisions which meet statutory standards for the supply of the contracted service is an entirely different matter from the imposition of an obligation pursuant to the CRTC's authority under the *Telecommunications Act*, even when the parties execute an agreement in furtherance of that obligation, such as the SSA.

[47] Following *Halifax Harbour Services Limited* and rejecting Rogers' submissions, by the analogy to insurance contracts, leases, etc., the trial judge concluded:

In my view the same can be said of a regulated and imposed relationship such as that created by the CRTC between Rogers and Bell Aliant as evidenced by the SSA and the NST. While the parties may have agreed on the drafting of certain provisions of the SSA, it was nevertheless a model agreement, the entirety of which had to be approved by the CRTC, which imposed a uniform liability. It is clear from the evidence, and I find, that Bell Aliant only became a party the SSA pursuant to the order of the CRTC. [para. 19]

[48] I do not agree the trial judge erred in law in his characterization of the relationship between Bell and Rogers under the Tariff and/or SSA. Rogers' assertion its claim must be assessed on the basis of the SSA as a "negotiated" agreement, subject only to principles of contract law, disregards the reality surrounding the formation of Bell's obligations to Rogers under the Tariff and its ongoing obligations under the regime established by the Tariff.

[49] For these reasons, I would dismiss the first two grounds of appeal.

B. *The Third Ground of Appeal*

[50] In its third ground of appeal Rogers maintains the trial judge erred in law when he found the termination of the Third Party Attachment Sub-Agreement terminated Bell's obligations under the SSA.

[51] As noted earlier, there is no dispute respecting NB Power's termination of the Third Party Attachment Sub-Agreement. It was capable of being terminated on 30 days advance notice.

[52] Rogers submits that the permits Bell issued for NB Power poles prior to the termination of the Third Party Attachment Sub-Agreement remained in effect. The factual basis for this argument is not clear. If it was the various letters and emails exchanged between the parties and NB Power, written post termination, a more objective characterization of that evidence would be, as submitted by Bell, that, after the termination of the agreement with Bell, NB Power was content to have Rogers continue the existing access to its poles, subject to and/or on the assumption NB Power and Rogers would negotiate a new rate (or, as was the actual case, a new rate would be established by the Public Utilities Board). In any event, on the record, there is no error in finding the termination of the Third Party Attachment Sub-Agreement ended Bell's ability to grant access to NB Power poles.

[53] In addressing the question of whether the loss of Bell's ability to grant access to NB Power poles ended Bell's obligation to Rogers respecting the NB Power poles, the trial judge concluded that once Bell ceased to have "the right to grant permits" to NB Power poles, they ceased to be "Support Structures" as defined in the Tariff. As a consequence, he concluded the mandatory obligation under the Tariff for Bell to provide access to NB Power poles ended.

[54] I find no reversible error in the trial judge's finding. The CRTC did not have the jurisdiction to make orders respecting the NB Power poles. On the assumption

the CRTC had the authority to effectively do so while Bell had the right to grant access to NB Power poles (which is not in issue), the CRTC did not have the authority and the Tariff ceased to apply, when Bell lost the right to grant access. Rogers makes a number of arguments, in support of a finding that Bell was obligated to perform respecting the NB Power poles to 2007; however, there is no basis to find within the SSA an intent by Bell to assume a greater obligation than that imposed by the Tariff.

[55] As noted above, as an alternative to Rogers' principal assertion the SSA is a negotiated contract, Rogers asserts that, if the SSA is part of a mandated supply of service pursuant to the Tariff, this relates only to Bell's poles, not the NB Power poles. It submits Bell's obligation under the SSA, respecting the NB Power poles, is a contractual obligation in addition to and extricable from Bell's Tariff obligations, independently enforceable by Rogers based on contract law principles. This submission was made both at trial and in this appeal. In explaining why he did not agree, the trial judge stated:

Rogers further submits that the regulated portion of the contract only applies to the poles owned by Bell Aliant not those owned by NB Power which are the subject of this action. The difficulty with that submission, however, is that if that were the case then Rogers' action would be doomed to fail because what it seeks, in effect, to enforce in this action is the National Services Tariff ("the NST") in respect to the NB Power poles. [para. 10]

[56] It is my opinion Rogers' alternative assertion is not tenable. This is not to say there cannot be a claim for damages arising out of the SSA or the Tariff. In this case, however, as the trial judge found, Bell was required to provide access to its poles, and to poles over which it had the power to grant access. Pursuant to this obligation, it signed the SSA. Reading into the SSA an intention to contract or otherwise voluntarily assume an independent contractual obligation unique to the NB Power poles is inconsistent with the terms of the SSA and the surrounding circumstances (in relation to the significance of the surrounding circumstances, see *Sattva Capital Corp.; Prenn v. Simmonds*, [1971] 3 All E.R. 237 (H.L.); and *Reardon Smith Line Ltd. v. Hansen-Tangen*, [1976] 3 All E.R. 570 (H.L.)). In the absence of a very clear intention to create a contractual obligation, in

relation to NB Power poles, in addition to and independent of the tariffed obligation, it is not possible to interpret the SSA as argued by Rogers. In the context in which the relationship arose, there is no error in the trial judge's conclusion that the SSA did not reflect an intention to create an independent contractual obligation.

[57] For these reasons I would dismiss the third ground of appeal.

[58] It is unnecessary to address Rogers' submissions respecting the trial judge's finding that, if his decision is wrong and SSA is a contract, the SSA was frustrated as a consequence of NB Power's termination of the Third Party Attachment Sub-Agreement.

VI. Disposition

[59] For these reasons I would dismiss the appeal

[60] I would order Rogers pay costs of \$10,000.

LE JUGE FRENCH

I. Introduction

- [1] Rogers Communications Partnership sollicite de Bell Aliant Communications Régionales, société en commandite (à laquelle a succédé, depuis le procès, Bell Canada) des dommages-intérêts pour violation de contrat. Rogers prétend que Bell était tenue, par voie de contrat, de lui donner le droit de raccorder son matériel de transmission à des structures de soutènement appartenant à la Société d'énergie du Nouveau-Brunswick (savoir principalement des poteaux électriques) et à Bell (savoir principalement des poteaux téléphoniques) moyennant un tarif de 9,60 \$ le poteau, jusqu'au 31 mai 2007. Malgré cela, à partir d'août 2006, Rogers a dû payer à Énergie NB directement, pour avoir accès à ses poteaux, un tarif beaucoup plus élevé, savoir 18 \$ par poteau par année. Rogers réclame la différence de Bell.
- [2] La façon dont Rogers a initialement obtenu le droit de raccorder son équipement aux poteaux d'Énergie NB, en vertu d'une convention passée avec Bell en 2002 (ou plus précisément une prédécesseure de Bell) et a pourtant dû, en 2006, traiter directement avec Énergie NB pour avoir le droit de conserver cet accès, moyennant un tarif plus élevé, nécessite certaines explications.
- [3] Le Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes (le « CRTC »), dans sa décision intitulée *Accès aux structures de soutènement des compagnies de téléphone, Décision Télécom CRTC 95-13*, a obligé les compagnies de téléphone provinciales à permettre à des entreprises de télédistribution et de télécommunications d'avoir accès à leurs poteaux de téléphone (et autres structures de soutènement). Le CRTC a également fixé à 9,60 \$ le tarif annuel exigible par poteau. Environ cinq ans plus tard, en l'an 2000, dans son ordonnance intitulée *Fixation des tarifs relatifs à l'accès aux structures de soutènement des compagnies de téléphone*,

Ordonnance CRTC 2000-13, le CRTC a approuvé le Tarif des services nationaux et une formule de contrat de licence relatif aux structures de soutènement qui, collectivement, précisaient les modalités de cet accès. Selon la définition qu'en donne le Tarif des services nationaux (le « Tarif »), le terme « structures de soutènement » désigne non seulement les structures qui appartiennent à une compagnie, mais aussi celles à l'égard desquelles la compagnie « a le droit d'émettre des permis » d'utilisation. Cette définition est essentielle pour ce qui concerne l'obligation de Bell de donner à Rogers accès aux poteaux d'Énergie NB.

[4] En application du Tarif, les parties qui agissent conformément à celui-ci doivent conclure un contrat relatif aux structures de soutènement en la forme approuvée par le CRTC. Le contrat prévoit notamment une durée de cinq ans renouvelable automatiquement, à moins qu'un avis contraire ne soit remis. Le 31 mai 2002, Rogers et la prédécesseure de Bell, Aliant Telecom Inc., ont signé un « Contrat de licence relatif aux structures de soutènement » en la forme approuvée par le CRTC (le « CLRSS »). C'est là le contrat que Bell aurait violé selon ce que prétend Rogers.

[5] Longtemps avant l'adoption du Tarif et la passation du CLRSS, Énergie NB et The New Brunswick Telephone Company, Limited (« NBTel », prédécesseure de Bell) avaient conclu des contrats prévoyant le partage de l'accès aux poteaux de l'une et de l'autre. En vertu de ces contrats, NBTel avait le pouvoir d'accorder à des tiers l'accès aux poteaux d'Énergie NB et l'obligation de percevoir des droits relativement à cet accès. Nul ne conteste le fait que lorsque le CLRSS a été signé en 2002, Bell avait le pouvoir d'accorder à Rogers l'accès aux poteaux d'Énergie NB. En 2004, toutefois, Énergie NB a résilié ce contrat et a avisé Rogers qu'elle devait maintenant traiter directement avec Énergie NB en ce qui concernait l'accès à ses poteaux. Dans le cadre de ce nouvel arrangement, Énergie NB a sollicité de Rogers un tarif de 18,91 \$ le poteau, à compter du 1^{er} mai 2004. L'initiative d'Énergie NB en vue de passer un arrangement directement avec Rogers est venue dans la foulée d'une décision de la Cour suprême du Canada rendue en 2003 et confirmant que le CRTC n'avait pas la compétence voulue pour enjoindre aux entreprises d'électricité réglementées par une

province de donner aux câblodistributeurs l'accès à leurs poteaux électriques, compétence que possède le CRTC sur les poteaux (et autres structures de soutènement) des compagnies de téléphone (voir l'arrêt *Barrie Public Utilities c. Assoc. canadienne de télévision par câble*, 2003 CSC 28, [2003] 1 R.C.S. 476).

[6] Rogers et Énergie NB se sont disputées à propos du tarif qui devait être demandé pour l'accès aux poteaux d'Énergie NB pendant environ un an puis, en mai 2005, Rogers a déposé une demande devant la Commission des entreprises de service public du Nouveau-Brunswick afin que celle-ci fixe le tarif à 13,36 \$ le poteau. Énergie NB a proposé un tarif de 30,61 \$. La Commission a fixé le tarif à 18,00 \$, tarif qui devait entrer en vigueur le 1^{er} août 2006.

[7] Malgré les tentatives d'Énergie NB en vue de percevoir un montant plus élevé à compter de 2004, Rogers a continué de payer le tarif de 9,60 \$ établi dans le Tarif jusqu'en août 2006; elle a alors commencé à payer le tarif de 18 \$ fixé par la Commission. Il s'ensuit que la demande en dommages-intérêts de Rogers est fondée sur le montant additionnel qu'elle a dû payer entre le 1^{er} août 2006 et le 31 mai 2007, soit pendant les dix derniers mois de la durée initiale de cinq ans du CLRSS. Nul ne conteste que pendant cette période, Rogers a payé à Énergie NB 751 169,60 \$ de plus que ce qu'elle aurait payé à Bell conformément au Tarif.

[8] Rogers prétend que le CLRSS est un contrat négocié qui obligeait Bell à lui donner accès aux poteaux d'Énergie NB au tarif de 9,60 \$ jusqu'au 31 mai 2007, malgré la résiliation anticipée par Énergie NB du contrat qu'elle avait passé avec Bell. Rogers prétend subsidiairement que même si le CLRSS peut être considéré comme faisant partie de la prestation d'un service obligatoire (conformément au Tarif) relativement aux poteaux de téléphone appartenant à Bell, l'obligation dont Bell est tenue en application du CLRSS relativement aux poteaux d'Énergie NB est une obligation contractuelle distincte, isolée du CLRSS – savoir une obligation dont l'exécution peut être forcée indépendamment du Tarif, conformément aux principes de common law qui régissent les contrats.

[9] Bell prétend que ses obligations envers Rogers ne découlent pas du CLRSS. Elle maintient plutôt que son obligation de donner à Rogers accès non seulement à ses poteaux de téléphone mais aussi aux poteaux d'Énergie NB découlait de la décision du CRTC et du Tarif, décision qui a été prise et Tarif qui a été établi conformément à la *Loi sur les télécommunications*, L.C. 1993, ch. 38. Elle souligne que le prix exigible pour ce service est fixé dans le Tarif et la définition du terme « structures de soutènement », qui englobait initialement les poteaux d'Énergie NB (jusqu'à ce qu'Énergie NB mette fin au contrat passé avec Bell), est également énoncée dans le Tarif, pas dans le CLRSS. Bell affirme en outre que le CLRSS n'a pas été négocié; si elle a passé ce contrat, c'est parce que le Tarif l'y obligeait. Pour ces raisons, Bell fait valoir que le CLRSS ne saurait être interprété comme s'il s'agissait d'un contrat indépendant.

[10] Le juge du procès n'a pas souscrit à la prétention de Rogers selon laquelle le CLRSS était un contrat négocié – il a conclu que les obligations de Bell envers Rogers étaient prescrites par le Tarif et que le CLRSS représentait une partie de l'obligation imposée par le CRTC de permettre à Rogers d'avoir accès aux poteaux de Bell, en application du Tarif et conformément à celui-ci. Le juge du procès a conclu qu'après qu'Énergie NB a mis fin au droit de Bell d'accorder à des tiers l'accès aux poteaux d'Énergie NB, les poteaux ne relevaient plus de la définition du terme « structures de soutènement » énoncée dans le Tarif et l'obligation de Bell envers Rogers en ce qui concernait les poteaux d'Énergie NB s'est éteinte. Le juge du procès n'a pas non plus reconnu que le CLRSS avait créé, relativement aux poteaux d'Énergie NB, une obligation contractuelle exécutoire indépendante du Tarif.

[11] J'estime que Rogers n'a pas établi que le juge du procès a commis une erreur justifiant l'infirmité de sa décision et, pour les motifs qui suivent, je suis d'avis de rejeter l'appel.

II. Contexte factuel

[12] Bien que Rogers ait présenté une demande à la Commission, en 2005, afin qu'elle fixe le tarif pour l'accès aux poteaux d'Énergie NB, il serait incorrect de tenir pour acquis que Rogers a renoncé à soutenir que Bell demeurerait obligée envers elle au titre du CLRSS. En fait, depuis 2004, Rogers a fait quatre demandes au CRTC et déposé une demande devant la Cour d'appel fédérale en vue d'obtenir des mesures de redressement de la part de Bell. En 2008, Rogers a engagé la présente instance devant la Cour du Banc de la Reine du Nouveau-Brunswick.

[13] Rogers et Bell ont déposé un exposé conjoint des faits devant le juge du procès. Cet exposé est en grande partie reproduit dans sa décision.

[14] Avant 1990, NBTel et Énergie NB étaient toutes deux assujetties à la réglementation provinciale qui relevait de la Commission. De plus, elles jouissaient alors d'un accès partagé à leurs poteaux (et autres structures de soutènement) respectifs depuis plusieurs années. Les plus récents accords prévoyant le partage des poteaux ont été passés en 1996. On peut lire dans ces accords qu'ils remplacent des accords passés en 1967. Nul ne conteste qu'il existait des accords prévoyant le partage de l'accès aux poteaux bien avant 1967. De plus, ce genre d'accords était fréquent dans toutes les provinces du Canada.

[15] Au risque de simplifier exagérément, mentionnons que les accords passés en 1996 (lesquels comprenaient un contrat-cadre et plusieurs ententes ou accords auxiliaires) accordent à Bell et à Énergie NB l'accès à leurs poteaux (et aux autres structures de soutènement) respectifs. Énergie NB raccorde ses câbles et son équipement près de l'extrémité supérieure des poteaux de téléphone ou d'électricité, tandis que Bell raccorde les siens plus bas à une distance [TRADUCTION] « de sécurité ». L'[TRADUCTION] « accord d'utilisation conjointe : Structures de soutènement – Installations de tiers » daté du 11 juillet 1996 (l'[TRADUCTION] « entente auxiliaire sur les installations de tiers ») conférait aux deux sociétés le droit d'accorder à des tiers la

permission d'utiliser les poteaux de l'autre. Cette entente obligeait également Bell à percevoir les droits auprès des tiers au nom d'Énergie NB. Des câblodistributeurs locaux faisaient notamment partie des tiers qui utilisaient les poteaux de téléphone et d'électricité.

[16] NBTel et d'autres compagnies de téléphone exploitées dans les provinces relevaient de la compétence du CRTC, conformément à la législation fédérale (initialement en vertu de la *Loi sur les chemins de fer*, L.R.C. 1985, ch. R-3, et, depuis 1993, de la *Loi sur les télécommunications*), à la suite de la décision de la Cour suprême du Canada dans l'affaire *Alberta Government Telephones c. Canada (Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes)*, [1989] 2 R.C.S. 225, [1989] A.C.S. n° 84.

[17] En 1995, le CRTC a enjoint aux compagnies de téléphone provinciales, y compris NBTel, de permettre aux entreprises de câblodistribution d'avoir accès à leurs poteaux (Décision Télécom CRTC 95-13). Cette décision a été rendue malgré l'opposition des compagnies de téléphone provinciales, notamment NBTel. Dans la même décision, le CRTC a fixé à 0,80 \$ par mois et par poteau (soit 9,60 \$ par année) le tarif que devaient payer les câblodistributeurs pour avoir accès aux poteaux à compter du 1^{er} août 1995. Il est indiqué ce qui suit dans la décision :

De l'avis du Conseil, l'accès aux structures de soutènement des compagnies de téléphone est un « service de télécommunications » au sens de la *Loi*. [...]

[...]

Le Conseil juge raisonnable que les compagnies de téléphone soient tenues de fournir l'accès à leurs structures de soutènement lorsqu'une capacité de réserve est disponible. Il ordonne donc aux compagnies de téléphone de mettre leurs structures de soutènement à la disposition des entreprises de télécommunications et de télédistribution, lorsqu'une capacité de réserve est disponible. Au besoin, le Conseil réglera sur une base

individuelle les différends concernant l'accès. [Par. 11 et 16]

[C'est moi qui souligne.]

[18] En 1996, à la suite de sa décision antérieure, le CRTC a ordonné aux compagnies de téléphone et de câblodistribution ainsi qu'à d'autres parties concernées de négocier les clauses d'un Tarif et d'une formule de contrat de licence de services et de les lui présenter pour examen et approbation (Ordonnance Télécom CRTC 96-1484).

[19] Finalement, le CRTC a approuvé le Tarif des services nationaux et la formule de contrat de licence de services (Ordonnance Télécom CRTC 2000-13) en l'an 2000.

[20] Avant d'examiner davantage la question du Tarif et de la formule de contrat de licence relatif aux structures de soutènement, j'examinerai brièvement les efforts, qui ont finalement été infructueux, qu'ont faits les compagnies de câblodistribution, à compter de 1997, afin d'amener le CRTC à ordonner que les poteaux (et structures de soutènement) des compagnies d'électricité provinciales soient mis à leur disposition, tout comme le CRTC obligeait les compagnies de téléphone provinciales de mettre à la disposition de compagnies de câblodistribution les poteaux leur appartenant ou les poteaux contrôlés par elles. En 1997, l'Association canadienne de télévision par câble a présenté au CRTC une demande dans laquelle elle sollicitait des ordonnances accordant l'accès aux poteaux des entreprises d'électricité provinciales et l'établissement d'un tarif acceptable relativement à cet accès. Cette demande a été déposée à la suite de la rupture des négociations entre les membres de l'Association et les entreprises d'électricité en vue de la conclusion de nouvelles ententes concernant l'accès aux poteaux électriques (voir l'arrêt *Barrie Public Utilities*, au par. 5). Un des points de désaccord était une exigence des services publics ontariens qui voulaient que le tarif de location soit majoré et passe de 10,42 \$ à 40,92 \$ le poteau. En 1999, le CRTC a ordonné aux entreprises d'électricité réglementées par les provinces de permettre aux câblodistributeurs d'avoir accès à leurs poteaux électriques. Cette décision a fait l'objet d'un litige qui a duré quatre autres années. Les services publics d'électricité ont interjeté

appel de la décision à la Cour d'appel fédérale, appel qui a été accueilli (2001 CAF 236, [2001] A.C.F. n° 1150 (QL)). Lorsqu'elle a accueilli l'appel en 2001, la Cour a conclu que les poteaux électriques des entreprises d'électricité réglementées par les provinces ne relevaient pas de la compétence du CRTC. En mai 2003, la Cour suprême a rejeté l'appel de l'Association (voir l'arrêt *Barrie Public Utilities*, précité). La décision a confirmé que les poteaux ou les structures des services publics d'électricité provinciaux ne relevaient pas de la compétence du CRTC, ce qui a mis fin à ses tentatives en vue de rendre l'accès obligatoire (et d'établir les tarifs). Il semble qu'en 2003, les membres de l'Association se sont retrouvés au même point qu'en 1996, savoir qu'ils essayaient de négocier un tarif avec les entreprises de service public provinciales.

[21] Le Tarif des services nationaux et la formule de contrat de licence relatif aux structures de soutènement existent dans les deux langues officielles. Le Tarif définit ainsi le terme « structures de soutènement » :

Structures de soutènement, y compris les poteaux, les Conduites, les Torons, les ancrages et les Puits d'accès (exclusion faite des chambres de câbles d'un central et des chambres à atmosphère contrôlée) qui appartiennent à la Compagnie ou, si celle-ci n'en est pas propriétaire, à l'égard desquelles la compagnie a le droit d'émettre des Permis.

[C'est moi qui souligne.]

[22] Le Tarif oblige les câblodistributeurs qui ont accès à des structures de soutènement à passer un contrat de licence relatif aux structures de soutènement. Il prévoit ce qui suit :

Le Titulaire doit conclure avec la Compagnie un Contrat de licence relatif aux Structures de soutènement (CLRSS) dont la forme a été approuvée par le Conseil et qui, de concert avec le présent article du Tarif, définit le service de Structures de soutènement. Les modalités du service de Structures de soutènement sont régies par le présent article du Tarif. L'article tarifaire concernant les structures de soutènement doit prévaloir en cas de conflit direct avec le CLRSS. Lorsque le Tarif général incluant les Modalités de

service entre directement en conflit avec un article tarifaire particulier sur les structures de soutènement ou le CLRSS, l'article tarifaire ou le CLRSS susmentionné, selon le cas, doit prévaloir.

[C'est moi qui souligne.]

[23] Le 31 mai 2002, Rogers et Aliant Telecom Inc. ont signé le CLRSS. On y lit que Rogers (la « titulaire ») [TRADUCTION] « souhaite installer [son équipement] sur ou dans des structures de soutènement sises dans les provinces de la Nouvelle-Écosse, de Terre-Neuve et du Nouveau-Brunswick » et que Bell [TRADUCTION] « autorisera, dans la mesure où elle peut légalement le faire, l'installation de [l'équipement de Rogers] sur ou dans les structures de soutènement en question ». Le CLRSS reconnaît que le Tarif prévaut lorsqu'il entre en conflit avec le CLRSS. Pour ce qui concerne sa durée, le CLRSS contient la disposition suivante :

[TRADUCTION] Sous réserve des dispositions relatives à la résiliation du présent contrat, ce dernier prend effet à la date de signature. Il demeure en vigueur pour une période de cinq (5) ans à partir de la date de la signature et il est subséquentment renouvelé pour des périodes successives de cinq (5) années, à moins d'un préavis écrit de résiliation d'un an signifié à l'autre partie.

[24] En janvier 2004, après qu'a été rendue la décision de la Cour suprême dans l'affaire *Barrie Public Utilities*, Énergie NB a avisé NBTel qu'elle résiliait l'entente auxiliaire sur les installations de tiers (l'entente passée en 1996 qui autorisait NBTel à accorder à des tiers la permission de raccorder de l'équipement aux poteaux d'Énergie NB). Énergie NB a également avisé Rogers qu'elle avait retiré l'autorisation précédemment accordée à Bell et qu'elle souhaitait négocier avec Rogers les conditions du maintien de l'accès à ses poteaux. On peut lire ceci dans l'exposé conjoint des faits :

[TRADUCTION]

21. Le 30 janvier 2004, Énergie NB a donné à Bell Aliant un avis de son intention de résilier l'entente auxiliaire sur les installations de tiers et de facturer de nouveau elle-même les tiers qui utilisaient des poteaux communs appartenant à Énergie NB[.]

22. Dans une lettre datée du 23 avril 2004 [...], Énergie NB a informé Rogers qu'elle entendait [TRADUCTION] « aller de l'avant avec un accord juridique et une tarification qui définissent clairement les relations des parties et permettent de recouvrer convenablement les frais associés aux installations de tiers ».

[25] L'exposé conjoint des faits indique que les clauses des différentes ententes intervenues en 1996 entre Énergie NB et Bell concernant l'utilisation conjointe des poteaux n'ont pas été divulguées à Rogers avant le 2 décembre 2004.

[26] Rogers a contesté le droit de Bell de résilier le CLRSS (ou de cesser de fournir des services de structures de soutènement sur les poteaux d'Énergie NB), dans une demande initiale puis dans trois demandes subséquentes déposées devant le CRTC dans lesquelles elle demandait au CRTC de modifier ses décisions antérieures. La dernière décision du CRTC a été rendue le 8 avril 2009 (Décision de télécom CRTC 2009-187). Elle rejetait la demande de Rogers afin que soit modifiée une décision antérieure (Décision de télécom CRTC 2008-62) dans laquelle le CRTC avait conclu que l'obligation de Bell en application du CLRSS avait pris fin en mars 2004, au moment où Énergie NB avait résilié l'entente auxiliaire sur les installations de tiers. Le CRTC a estimé qu'à la suite de la résiliation de cette entente conclue avec Bell, les poteaux appartenant à Énergie NB ne faisaient plus partie des « structures de soutènement » au sens du Tarif. Le CRTC a conclu que Rogers n'avait pas établi qu'il avait commis une erreur dans sa décision antérieure et il a dit ceci : « Toute autre conclusion aurait exigé que le Conseil fixe des tarifs pour l'accès aux poteaux appartenant à Énergie NB, soit une compagnie de ressort provincial, ce qui ne relève pas de sa compétence. »

[27] Rogers a interjeté appel de la Décision de télécom CRTC 2009-187 devant la Cour d'appel fédérale (voir l'arrêt *Communications Rogers Câble Inc. c. Bell Aliant Communications Régionales, société en commandite*, 2010 CAF 115, [2010] A.C.F. n° 566 (QL)). La Cour a rejeté l'appel de Rogers le 27 avril 2010 et elle a dit ce qui suit :

La Cour souscrit aux décisions en matière de compétence rendues par le Conseil. Quand Énergie NB a révoqué le

droit de l'intimée d'accorder des permis, les « structures de soutènement » n'étaient désormais plus fournies par l'intimée, une entreprise de télécommunications sous réglementation fédérale, et il n'y avait donc plus de « service de télécommunication » au sens de la partie II de la *Loi*. C'était plutôt un service public sous réglementation provinciale, Énergie NB, qui offrait l'utilisation de ses poteaux électriques réglementés par la province. Conformément à l'arrêt *Barrie Public Utilities c. Association canadienne de télévision par câble*, [2003] 1 R.C.S. 476, le Conseil n'a pas la compétence voulue pour statuer sur les conditions d'accès aux poteaux électriques appartenant à un service public sous réglementation provinciale. Le Conseil a donc décidé et conclu à bon droit qu'il n'avait plus compétence.

De l'avis de la Cour, le Conseil, comme tous les tribunaux administratifs, pouvait se prononcer sur sa propre compétence, et plus particulièrement en l'espèce, sur la question de savoir si l'intimée avait encore le droit d'accorder des permis d'utilisation des poteaux électriques appartenant à Énergie NB. Il avait le droit d'examiner les contrats conclus entre les parties pour trancher la question, mais à seule fin de statuer sur sa compétence, et non pour décider des droits et des obligations des parties en vertu des règles de common law en matière de contrats. Dans la mesure où les observations et les commentaires que le Conseil a formulés dans sa décision peuvent être interprétés comme si le Conseil décidait des droits et des obligations des parties, qui ne relèvent pas de la compétence du Conseil, ces observations et commentaires doivent être écartés. [Par. 12 et 13]

[C'est moi qui souligne.]

[28] En rejetant la demande que Rogers avait déposée devant la Cour du Banc de la Reine du Nouveau-Brunswick pour violation de contrat, le juge du procès a rejeté la prétention de Rogers selon laquelle le CLRSS était un contrat négocié, qui devait être interprété conformément aux principes de common law régissant les contrats et qui imposait à Bell des obligations distinctes de celles dont elle était tenue en application du Tarif. Il a dit ce qui suit :

[TRADUCTION]

Je conclus donc que le CLRSS n'est pas un contrat au sens propre du terme, mais plutôt un document type approuvé qui régit une prestation obligatoire de services conformément à une tarification dans une industrie réglementée. Il en découle qu'il doit être interprété non pas en fonction des principes d'interprétation des contrats, mais plutôt selon les principes d'interprétation des lois. [Par. 21]

[29] Après avoir conclu que l'obligation de Bell envers Rogers n'était pas simplement contractuelle, le juge du procès a conclu que l'obligation de Bell relativement aux poteaux appartenant à Énergie NB avait pris fin au moment où Énergie NB avait résilié l'entente auxiliaire sur les installations de tiers. Il s'est expliqué :

[TRADUCTION]

Lorsqu'Énergie NB a résilié son entente avec Bell Aliant relativement aux poteaux lui appartenant, Bell Aliant n'avait plus le droit d'accorder un permis relativement à ces structures de soutènement au sens du CLRSS. De plus, le tarif sur lequel est fondée la demande formée par Rogers en l'espèce avait cessé de s'appliquer aux structures de soutènement d'Énergie NB. Je conclus qu'une fois que les poteaux d'Énergie NB n'ont plus été couverts par la définition du terme « structures de soutènement » donnée dans le CLRSS et le tarif, les obligations que le CLRSS imposait à Bell Aliant relativement à ces poteaux ont pris fin puisque le service qu'elle avait convenu de fournir n'en était plus un qu'elle pouvait légalement offrir.

[...]

La démarche énoncée dans l'arrêt [*Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27, [1998] A.C.S. n° 2 (QL)] me porte à conclure que lorsqu'on le lit dans son contexte global, le CLRSS n'est pas une simple entente de prestation d'un service pendant cinq ans. Il s'agit plutôt d'une entente obligatoire qui impose à Bell Aliant l'obligation de fournir à Rogers un service spécifique relativement aux structures de soutènement au sens du tarif, au prix fixé par le tarif, pendant une période de cinq ans. Une fois que Bell Aliant a perdu le droit d'émettre des permis d'utilisation des poteaux d'Énergie NB, cela a mis un terme au prix fixé dans le tarif, tout comme au pouvoir du CRTC de lui ordonner de fournir ce service à Rogers. Je conclus en outre

que ce sont-là des éléments essentiels du CLRSS et qu'une fois qu'ils ont cessé d'exister, le CLRSS et le tarif n'avaient plus aucun effet juridique relativement aux poteaux d'Énergie NB. [Par. 24 et 26]

III. Moyens d'appel

[30] Les moyens d'appel sont les suivants :

- A. Le juge du procès a commis une erreur de droit en concluant que le contrat de licence relatif aux structures de soutènement n'est pas un contrat au sens propre du terme, mais plutôt un document type approuvé [par un organisme de réglementation].
- B. Le juge du procès a commis une erreur de droit en interprétant le CLRSS conformément aux principes d'interprétation des lois plutôt qu'aux principes d'interprétation des contrats.
- C. Le juge du procès a commis une erreur de droit en concluant que la résiliation de l'entente auxiliaire sur les installations de tiers par Énergie NB a mis fin aux obligations dont l'intimée était tenue en vertu du CLRSS.

IV. Norme de contrôle

[31] Tous les moyens d'appel de Rogers font état d'une erreur de droit. La norme de contrôle applicable à une question de droit est celle de la décision correcte : *Housen c. Nikolaisen*, 2002 CSC 33, [2002] 2 R.C.S. 235, par. 8. Bell prétend, en invoquant à cet égard l'arrêt *Sattva Capital Corp. c. Creston Moly Corp.*, 2014 CSC 53, [2014] 2 R.C.S. 633, qu'une question concernant l'interprétation d'un contrat soulève des questions mixtes de fait et de droit, sauf s'il se révèle possible de dégager ou d'isoler une pure question de droit. Il est clair, cependant, que peuvent constituer des erreurs de droit le fait d'appliquer le mauvais principe, le fait de négliger d'examiner un élément essentiel d'un critère juridique ou le fait de négliger d'examiner un facteur pertinent.

[32] La décision du juge du procès ne peut être modifiée que si elle est le fruit d'une erreur de droit, d'une erreur dans l'application des principes directeurs ou d'une erreur manifeste et dominante dans l'évaluation de la preuve, ou encore si elle est déraisonnable, en ce sens qu'il n'y a rien dans le dossier qui puisse la justifier.

V. Analyse

A. *Les premier et deuxième moyens d'appel*

[33] En ce qui concerne les premier et deuxième moyens d'appel, Rogers formule les prétentions suivantes :

- l'entente auxiliaire sur les installations de tiers intervenue entre Bell et Énergie NB était un contrat volontaire, non réglementé;
- le juge du procès a commis une erreur en ne concluant pas que le CLRSS intervenu entre Bell et Rogers est un contrat négocié, pas un document type approuvé par un organisme de réglementation;
- le juge du procès a commis une erreur en n'appliquant pas les principes de l'interprétation des contrats au CLRSS.

[34] La première de ces prétentions n'est pas litigieuse; nul ne laisse entendre que le juge du procès aurait mal interprété la nature de l'entente auxiliaire sur les installations de tiers intervenue entre Bell et Énergie NB. L'entente auxiliaire était la source du pouvoir de Bell d'autoriser Rogers et d'autres tiers à avoir accès aux poteaux d'Énergie NB et la résiliation de cette entente par Énergie NB ne fait l'objet d'aucun différend. En expliquant que le CLRSS, non pas l'entente auxiliaire, est au cœur de la demande de Rogers, le juge du procès a souligné, en ce qui concerne la décision d'Énergie NB de résilier l'entente auxiliaire en 2004, que [TRADUCTION] « [I]es parties à la présente action ne laissent pas entendre qu'Énergie NB n'agissait pas

conformément aux clauses de cette entente auxiliaire lorsqu'elle a pris sa décision ». Il a ensuite ajouté ceci : [TRADUCTION] « Toutefois, elles ne partagent pas le même point de vue au sujet des conséquences de la résiliation par Énergie NB de l'entente auxiliaire sur le CLRSS, Bell Aliant affirmant qu'elle a résilié le CLRSS tandis que Rogers soutient que les obligations que le CLRSS imposait à Bell Aliant s'appliquaient pendant toute la durée de cette entente auxiliaire » (par. 5).

[35] Dans ses deuxième et troisième observations, qui correspondent aux premier et deuxième moyens d'appel, Rogers conteste le rejet par le juge du procès de sa prétention selon laquelle le CLRSS est un contrat négocié, dont l'interprétation relève tout simplement du droit des contrats.

[36] Rogers prétend que le juge du procès a commis une erreur, en premier lieu, en concluant que l'obligation de Bell a pris naissance par application d'un [TRADUCTION] « document type approuvé qui régit une prestation obligatoire de services conformément à une tarification dans une industrie réglementée » et, en second lieu, en concluant que l'obligation dont Bell était tenue en application du CLRSS et du Tarif devait être interprétée conformément aux principes d'interprétation des lois et non aux principes d'interprétation des contrats. En formulant ces observations et prétentions, Rogers se trouve à répéter une grande partie de l'argumentation qu'elle a présentée devant le CRTC, la Cour d'appel fédérale et le juge du procès. Naturellement, je souscris à la prétention de Rogers selon laquelle les conclusions tirées dans ces autres instances ne lient pas notre Cour. Je ne mentionne la répétition des arguments que pour souligner que les questions dont le juge du procès était saisi étaient très claires. Il s'ensuit que la prétention que formule Rogers devant notre Cour est essentiellement que le juge du procès a commis une erreur de droit en ne souscrivant pas à son allégation selon laquelle l'obligation de Bell devait être déterminée en fonction du CLRSS, celui-ci étant une entente exécutoire conformément aux principes de common law en matière de contrats.

[37] L'objectif et le processus de l'interprétation sont semblables pour les lois et les contrats, mais il existe toutefois des différences importantes. Comme l'a écrit le

juge Drapeau, J.C.N.-B., dans l'arrêt *Robichaud et al. c. Pharmacie Acadienne de Beresford Ltée et autre*, 2008 NBCA 12, 328 R.N.-B. (2e) 205 :

L'interprétation d'un contrat a pour but de déterminer quelle était l'intention véritable des parties au moment de sa passation. La Cour doit établir cette intention en examinant le sens des termes que les parties contractantes ont employés (voir *Eli Lilly & Co. c. Novopharm Ltd.*, [1998] 2 R.C.S. 129, [1998] A.C.S. n° 59 (QL), et *MacNeil (Jerry) Architects Ltd. c. Roman Catholic Archbishop of Moncton et al.*, [2001] N.B.R. (2d) (Supp.) No. 67, [2001] A.N.-B. n° 296 (QL), 2001 NBBR 135, aux par. 29 à 33, une décision dans laquelle le juge Rideout passe en revue la jurisprudence sur ce point). Le plus souvent, le contexte joue un rôle important dans la détermination du sens (voir *Controls & Equipment Ltd. c. Ramco Contractors Ltd.*, au par. 13, et *Stenstrom c. McCain Foods Ltd.* (2000), 230 R.N.-B. (2^e) 234, [2000] A.N.-B. n° 379 (QL), 2000 NBCA 13, au par. 16).

Dans la pratique, on applique exactement le même processus pour interpréter une disposition législative. [TRADUCTION] « Il faut lire [les termes en cause] dans leur contexte global en suivant le sens ordinaire et grammatical qui s'harmonise avec l'esprit de la loi, l'objet de la loi et l'intention du législateur » (voir Elmer Driedger dans *Construction of Statutes*, 2^e éd. (Toronto : Butterworths, 1983), à la p. 87 et *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27, [1998] A.C.S. n° 2 (QL), au par. 21). En fait, le droit a évolué au point qu'il est largement reconnu qu'en règle générale, le processus d'interprétation contractuelle et législative met en jeu un même ensemble de considérations importantes. [Par. 18 et 19.]

[C'est moi qui souligne.]

[38] Je souscris à la prétention de Rogers; une des différences importantes entre l'interprétation des contrats et l'interprétation des lois tient au fait que dans le cas de la première, l'objectif consiste à déterminer quelle était l'intention des parties alors que dans le cas de la seconde, l'objectif consiste à déterminer quelle était l'intention du législateur.

[39] En ce qui concerne sa prétention selon laquelle le juge du procès a commis une erreur, Rogers fait valoir, comme elle l'a fait devant le juge du procès, que le CLRSS [TRADUCTION] « a été négocié par Bell Aliant et Rogers ». Cette prétention factuelle ne trouve pas appui dans la preuve. Il est clair que le CLRSS n'a pas été négocié directement entre Rogers et Bell. Rogers affirme que la forme du CLRSS qui a été présentée au CRTC en vue de son approbation est issue des négociations auxquelles ont participé les acteurs de l'industrie, y compris Rogers et Bell, qui devaient devenir parties à l'entente. La conclusion du juge du procès selon laquelle le CLRSS n'a pas été négocié mais a été imposé et n'a pas été passé volontairement est inattaquable quant aux faits. Le CRTC a ordonné aux compagnies de téléphone de mettre leurs poteaux à la disposition de compagnies de câblodistribution et, ultérieurement, il a enjoint aux parties de négocier, afin qu'il les approuve, les clauses d'un Tarif et un modèle d'entente. Il était clair que le CRTC trancherait les différends susceptibles de se faire jour à la suite de cet effort, l'étalon à l'aune duquel il trancherait les questions litigieuses étant l'esprit des ordonnances initiales dans lesquelles il avait prescrit l'accès. De plus, bien que l'on puisse dire que le respect du Tarif et la passation de l'entente type approuvée ont été volontaires de la part des câblodistributeurs souhaitant avoir accès aux poteaux, ainsi que l'a conclu le juge du procès, on ne saurait dire que c'est volontairement qu'une compagnie de téléphone a autorisé l'accès. Une compagnie de téléphone était obligée d'accorder à une compagnie de câblodistribution l'accès à ses poteaux, aux conditions énoncées dans le Tarif et le CLRSS (à la condition qu'elle dispose d'une capacité excédentaire). Au mieux, la prétention de Rogers voulant que le CLRSS soit une entente négociée est exagérément simpliste. La passation du CLRSS n'est pas l'expression d'un marché négocié qu'auraient conclu les parties.

[40] Rogers prétend que le juge du procès a commis une erreur en s'appuyant sur l'arrêt *Halifax Harbour Services Limited c. Maritime Telegraph & Telephone*, [1980] N.S.J. No. 457 (QL), pour conclure que les obligations dont Bell est tenue en application du Tarif et du CLRSS ne sont pas simplement d'ordre contractuel. Pour formuler cette prétention, Rogers ne s'appuie sur aucune décision publiée concernant une prestation obligatoire de services ou une entreprise de services publics réglementée. Au lieu de cela,

par analogie, elle s'appuie sur des décisions où les tribunaux ont interprété, selon les principes du droit des contrats, des conventions ou ententes dans lesquelles étaient incorporées des obligations prescrites par la loi.

[41] Dans l'arrêt *Halifax Harbour Services Limited*, la Cour d'appel de la Nouvelle-Écosse a souligné l'absence, au Canada, de règles de droit pertinentes concernant la nature de la relation entre des parties dont la conduite est régie ou prescrite par un tarif obligatoire. La Cour d'appel a cité, en marquant son approbation, des décisions américaines dans lesquelles les tribunaux ont conclu que des obligations découlant d'un pouvoir d'origine législative sont des obligations imposées par la loi et ne relèvent pas du droit des contrats. On peut notamment lire ce qui suit dans le résumé de la jurisprudence qu'a fait le juge d'appel Cooper :

[TRADUCTION]

Je me reporte tout d'abord à l'arrêt *Western Union Telegraph Co. c. Esteve Bros. & Co.* (1921), 256 U.S. 566 (Cour suprême des États-Unis). [...]

[...]

Il ressort de l'opinion du juge Brandeis qu'avant la *Loi* du 18 juin 1910, une compagnie de télégraphe devait, pour avoir gain de cause relativement à une clause de limitation de responsabilité, prouver que celle-ci avait reçu l'assentiment de la compagnie et de son client dans un cadre contractuel. L'adoption de cette Loi qui a assujéti les compagnies de télégraphe et de câblodistribution à la loi intitulée *Act to Regulate Commerce* a eu pour résultat de faire de ce qui était une question contractuelle une question de droit. Après avoir dit que la limitation de la responsabilité faisait partie intégrante du tarif légal établi après le 18 juin 1910, le juge Brandeis a dit ce qui suit, aux p. 571 et 572 :

[TRADUCTION]

La loi de 1910 a introduit dans les relations juridiques qui existaient entre les compagnies de télégraphe et leurs clients un nouveau principe qui a eu pour effet de supplanter et de modifier les principes qui les régissaient jusque-là. Avant

l'adoption de cette loi, les compagnies avaient une responsabilité en common law à laquelle elles pouvaient ou non se soustraire selon les points de vue en matière de politique générale qui dominaient dans plusieurs États. Par la suite, pour tous les messages envoyés dans le commerce entre États ou avec l'étranger, l'uniformité et l'égalité des tarifs sont devenues la considération dominante. L'uniformité exigeait que le tarif représente la totalité du devoir et de la responsabilité de la compagnie. Il ne pouvait être modifié par une entente, et encore moins par une absence d'entente. Le tarif, qui était auparavant une question contractuelle par laquelle une responsabilité légale pouvait être modifiée, est plutôt devenu une question de droit par laquelle une responsabilité uniforme était imposée. L'acceptation des conditions du taux a perdu sa pertinence étant donné que lorsque le tarif est utilisé, le fait que l'on ne soit pas d'accord est sans effet.

L'arrêt *Esteve* a été mentionné et les principes qui y sont énoncés ont été appliqués dans des instances ultérieures où un service téléphonique et non un service télégraphique était l'objet du litige. Dans l'affaire *William A. Warner and B.D. Warner, doing business as Warner Oil Company c. Southwestern Bell Telephone Company* (1968), 428 S.W.(2d) 596 (Cour suprême du Missouri), des erreurs avaient été commises dans les inscriptions dans des annuaires téléphoniques. La compagnie défenderesse, ainsi que l'a dit le juge Eager, qui a rendu le jugement de la Cour, était assujettie aux dispositions de la loi du Missouri qui avait établi la Public Service Commission et aux règlements pris en application de cette loi pour ce qui concernait ses activités commerciales à l'intérieur de l'État. [TRADUCTION] « Elle est expressément tenue de déposer son tableau des tarifs, article 392.220, parfois appelé le 'Tarif général du service local'. » Une clause de limitation de responsabilité invoquée par la compagnie de téléphone était comprise dans le Tarif ou le tableau des tarifs déposé par la défenderesse. Cette clause limitait le montant de l'indemnisation au montant payé pour le service dans toutes les demandes pour [TRADUCTION] « erreurs ou omissions commises dans l'établissement ou l'impression de ses annuaires ou dans l'acceptation des inscriptions [...] ». Voici ce qu'a dit le juge Eager dans son jugement :

[TRADUCTION]

[5-8] Nous concluons que selon la jurisprudence, ces limitations de responsabilité sont confirmées, les tribunaux estimant qu'elles ont force obligatoire à l'endroit des abonnés, en raison, principalement, du principe qui veut qu'une fois [le Tarif ou le tableau des tarifs] déposés conformément à la loi, et à moins que l'on ne conclue que les clauses sont déraisonnables, elles font partie de la loi. Selon cette optique, il n'importe aucunement que le client soit au courant ou non de la limitation. Il se dégage également de la jurisprudence que puisque l'entreprise de service public est strictement réglementée dans ses droits et privilèges, elle devrait être dans une certaine mesure réglementée dans ses responsabilités, et que les limitations en question sont à tout le moins indirectement prises en compte dans l'établissement des tarifs de l'entreprise. [...]

[...]

Je me reporte également à l'arrêt *Trammell c. Western Union Telegraph Co.* (1976), 57 Cal. App.(3d) 537 (Cour d'appel, Premier district, Division 2). L'employeur du demandeur Trammell lui a envoyé un télégramme le rappelant au travail. Ce télégramme n'a jamais été livré à Trammell, en conséquence de quoi Trammell a perdu son emploi. Il a engagé une action contre la Western Union pour perte de salaire et en dommages-intérêts punitifs. Un jury lui a accordé la somme de 13 540 \$ plus des dommages-intérêts punitifs s'établissant à 50 000 \$. Une clause de limitation de la responsabilité prévoyant une indemnisation maximale de 500 \$ dans les circonstances de l'affaire était comprise dans le contrat type relatif aux messages qui avait été déposé auprès de la California Public Utilities Commission [Commission des entreprises de services publics de la Californie] en même temps que ses dispositions tarifaires. La Cour d'appel a conclu que les dispositions de limitation de responsabilité énoncées dans le tarif faisaient partie intégrante des tarifs établis et avaient la force exécutoire d'une loi. Elles s'appliquaient au destinataire du télégramme, que celui-ci en ait eu ou non connaissance ou y ait ou non donné son assentiment. Le juge puîné Bray a dit ce qui suit :

[TRADUCTION]

La limitation de la responsabilité faisait partie intégrante du tarif. La compagnie ne pouvait pas davantage y renoncer qu'elle pouvait renoncer au montant demandé pour le service rendu. [Par. 18, 20 à 22]

[42] Rogers attire l'attention de la Cour sur trois décisions à l'appui de son argument selon lequel [TRADUCTION] « le contrat de licence relatif aux structures de soutènement, bien que fondé sur le Tarif, est un contrat au sens propre et non un document type approuvé par un organisme de réglementation » : *Davis c. Wawanesa Mutual Insurance Company*, 2015 ONSC 6624, [2015] O.J. No. 5571 (QL); *Imperial Tobacco Compagnie Limitée et autres. c. Sa Majesté la Reine du chef de la Province du Nouveau-Brunswick*, 2010 NBCA 35, 357 R.N.-B. (2^e) 160; et *Diotte c. ICBC*, 2000 BCSC 1779, [2000] B.C.J. No. 2476 (QL).

[43] Dans l'affaire *Davis*, la principale question à trancher consistait à savoir si un changement réglementaire concernant les prestations payables pour les services d'un préposé aux soins devait s'appliquer avec effet rétroactif. Dans cette affaire, un accident s'était produit avant que le nouveau règlement n'entre en vigueur, mais la demande d'indemnité avait été déposée après. Rogers invoque cette décision à l'appui de la proposition voulant que bien que les contrats, dans cette affaire un contrat d'assurance, contiennent souvent des clauses prescrites par la loi, ils n'en demeurent pas moins des contrats et ne sont pas des textes réglementaires.

[44] Une situation semblable s'est présentée dans l'affaire *Imperial Tobacco*, où la validité d'un accord d'honoraires conditionnels que la Province du Nouveau-Brunswick avait conclu avec ses avocats était en litige. Les parties à un accord de cette nature y prennent part volontairement, quelles que soient les normes réglementaires qui apportent certaines restrictions à l'accord.

[45] L'affaire *Diotte* concernait un document décrit comme étant un [TRADUCTION] « formulaire de procuration et engagements ». Il s'agissait de

documents déposés conformément au par. 134(9) de la loi intitulée *Insurance Act*, R.S.B.C. 1996, ch. 226, par des assureurs de l'extérieur de la province ne faisant pas d'affaires dans la province de la Colombie-Britannique dans lesquels ils s'engageaient à couvrir des automobilistes pendant qu'ils circulaient en Colombie-Britannique; en établissant un formulaire de procuration et engagements, un assureur consentait à être assujéti aux lois de la Colombie-Britannique régissant le régime d'assurance automobile sans égard à la faute et l'assurance responsabilité minimum. Rogers a souligné dans ses observations que la Cour suprême de la Colombie-Britannique a conclu qu'une fois signées, les procurations en question n'étaient pas [TRADUCTION] « d'origine législative, » bien qu'elles fussent [TRADUCTION] « fondées sur une procuration type contenue dans un règlement provincial ». Là encore, comme dans les deux instances précédentes, il s'agissait, dans l'affaire *Diotte*, d'une situation qui dépendait entièrement de la volonté de l'assureur. D'ailleurs, le juge Cohen a reconnu que le dépôt d'un formulaire de procuration et engagements était [TRADUCTION] « volontaire », mais une fois le formulaire déposé il en découlait que [TRADUCTION] « l'assureur [était] lié par les conditions du formulaire de procuration et engagements et ne pouvait présenter dans une demande, une action ou une instance engagée en [Colombie-Britannique] une défense qui n'aurait pas pu être présentée si le contrat d'assurance avait été établi dans notre province » (par. 18; voir aussi le par 57). Autrement dit, l'assureur n'était nullement tenu d'établir un formulaire de procuration et engagements dans lequel il s'engageait à couvrir l'assuré pendant qu'il se trouvait en Colombie-Britannique et la Province n'aurait pas pu imposer des restrictions législatives à un assureur qui aurait échappé à sa compétence.

[46] J'estime que chacune des instances peut être écartée d'emblée d'après ses circonstances. En somme, ces décisions concernent toutes la formation volontaire d'une entente ou d'un accord. Ce n'est pas le cas en l'espèce. La formation volontaire d'un contrat qui incorpore des dispositions qui satisfont aux normes législatives régissant la prestation du service faisant l'objet du contrat est une chose entièrement différente de l'imposition d'une obligation conformément au pouvoir que confère au CRTC la *Loi sur*

les télécommunications, même lorsque les parties passent en exécution de cette obligation une entente comme le CLRSS.

[47] Le juge du procès a suivi l'arrêt *Halifax Harbour Services Limited* puis, rejetant les prétentions de Rogers qui faisait une analogie avec les contrats d'assurance, les baux, etc., il a tiré les conclusions suivantes :

[TRADUCTION]

À mon avis, on peut dire la même chose d'une relation réglementée et imposée comme celle que le CRTC a créée entre Rogers et Bell Aliant, comme en font foi le CLRSS et le tarif. Bien que les parties aient peut-être convenu du libellé de certaines dispositions du CLRSS, il s'agissait néanmoins d'une entente type qui devait être intégralement approuvée par le CRTC, ce qui imposait une responsabilité uniforme. Il ressort clairement de la preuve que Bell Aliant n'est devenue partie au CLRSS que parce que le CRTC le lui avait ordonné, et telle est ma conclusion. [Par. 19]

[48] Je ne suis pas d'accord pour conclure que le juge du procès a commis une erreur de droit dans la façon dont il a qualifié la relation qui unissait Bell et Rogers aux termes du Tarif et du CLRSS. La prétention de Rogers selon laquelle sa demande doit être évaluée en fonction du fait que le CLRSS est une entente [TRADUCTION] « négociée », assujettie uniquement aux principes du droit des contrats, ne tient pas compte de la réalité qui a donné lieu à la formation des obligations de Bell envers Rogers en application du Tarif et aux obligations dont elle demeure tenue en application du régime établi par le Tarif.

[49] Pour les motifs qui précèdent, je serais d'avis de rejeter ce moyen d'appel.

B. *Troisième moyen d'appel*

[50] Dans son troisième moyen d'appel, Rogers affirme que le juge du procès a commis une erreur de droit lorsqu'il a conclu que la résiliation de l'entente auxiliaire sur les installations de tiers a éteint les obligations dont Bell était tenue en application du CLRSS.

[51] Comme nous l'avons souligné, il n'existe aucun différend en ce qui concerne la résiliation de l'entente auxiliaire sur les installations de tiers par Énergie NB. Cette entente pouvait être résiliée sur présentation d'un préavis de 30 jours.

[52] Rogers prétend que les permis d'accès aux poteaux d'Énergie NB que Bell a accordés avant la résiliation de l'entente auxiliaire sur les installations de tiers sont restés en vigueur. Le fondement factuel de cet argument n'est pas clair. Si ce sont les différentes lettres et les différents courriels échangés entre les parties et Énergie NB, qui ont été écrits après la résiliation, on ferait une description plus objective de ces éléments de preuve en disant, comme le prétend Bell, qu'après la résiliation de cette entente, Énergie NB était disposée à laisser Rogers continuer à avoir accès à ses poteaux, à condition ou en se fondant sur l'hypothèse qu'Énergie NB et Rogers négocieraient un nouveau tarif (ou, comme ce fut effectivement le cas, qu'un nouveau tarif serait établi par la Commission des entreprises de service public). Quoi qu'il en soit, d'après le dossier, le juge n'a pas commis d'erreur en concluant que la résiliation de l'entente auxiliaire sur les installations de tiers a mis fin à la capacité de Bell d'autoriser l'accès aux poteaux d'Énergie NB.

[53] Lorsqu'il a examiné la question de savoir si la perte de la capacité de Bell d'accorder l'accès aux poteaux d'Énergie NB a mis fin à l'obligation de Bell envers Rogers pour ce qui concernait les poteaux d'Énergie NB, le juge du procès a conclu que lorsque Bell a perdu « le droit d'émettre des permis » d'utilisation des poteaux d'Énergie NB, ces poteaux ont cessé d'être des « structures de soutènement » au sens du Tarif. Il a

donc conclu que l'obligation que le Tarif imposait à Bell de permettre l'accès aux poteaux d'Énergie NB avait pris fin.

[54] Je ne vois, dans cette conclusion du juge du procès, aucune erreur justifiant l'infirmité de sa décision. Le CRTC n'avait pas la compétence voulue pour rendre des ordonnances concernant les poteaux d'Énergie NB. À supposer que le CRTC ait effectivement eu le pouvoir de rendre des ordonnances de cette nature pendant que Bell avait le pouvoir d'accorder l'accès aux poteaux d'Énergie NB (question qui n'est pas en litige), le CRTC n'avait pas ce pouvoir et le Tarif a cessé de s'appliquer lorsque Bell a perdu le droit d'accorder l'accès. Rogers formule un certain nombre d'arguments à l'appui d'une conclusion selon laquelle Bell était tenue de l'exécution jusqu'en 2007 en ce qui concerne les poteaux d'Énergie NB; toutefois, il n'y a rien qui nous permette de voir dans le CLRSS une intention de Bell d'assumer une obligation plus importante que celle qui était imposée par le Tarif.

[55] Comme nous l'avons souligné, subsidiairement à sa prétention principale selon laquelle le CLRSS est un contrat négocié, Rogers fait valoir que si le CLRSS fait partie de la prestation obligatoire d'un service en application du Tarif, cela ne concerne que les poteaux de Bell, pas ceux d'Énergie NB. Elle prétend que l'obligation dont Bell était tenue en application du CLRSS en ce qui concerne les poteaux d'Énergie NB est une obligation contractuelle qui s'ajoute à ses obligations en application du Tarif et en est isolée, et qui est indépendamment susceptible d'exécution forcée de la part de Rogers suivant les principes du droit des contrats. Cette prétention a été formulée à la fois au procès et dans le présent appel. Aux fins d'expliquer pourquoi il n'y a pas souscrit, le juge a dit ce qui suit :

[TRADUCTION]

Rogers fait en outre valoir que la partie réglementée du contrat ne s'applique qu'aux poteaux appartenant à Bell Aliant et non à ceux dont Énergie NB est propriétaire et qui font l'objet de la présente action. La difficulté que pose cet argument, toutefois, c'est que si tel était le cas, l'action de Rogers serait vouée à l'échec puisque ce qu'elle cherche en réalité au moyen de la présente action, c'est de faire

appliquer le Tarif des services nationaux (le « tarif ») aux poteaux d'Énergie NB. [Par. 10]

[56] Je suis d'avis que la prétention subsidiaire de Rogers est intenable. Cela ne veut pas dire qu'une demande en dommages-intérêts découlant du CLRSS ou du Tarif ne peut être déposée. En l'espèce, toutefois, comme l'a conclu le juge du procès, Bell avait l'obligation de permettre l'accès à ses propres poteaux, ainsi qu'à des poteaux auxquels elle avait le pouvoir d'accorder l'accès. Conformément à cette obligation, elle a signé le CLRSS. Il serait incompatible avec les clauses du CLRSS et les circonstances (pour ce qui concerne l'importance des circonstances, voir les arrêts *Sattva Capital Corp.; Prenn c. Simmonds*, [1971] 3 All E.R. 237 (Ch. des lords); et *Reardon Smith Line Ltd. c. Hansen-Tangen*, [1976] 3 All E.R. 570 (Ch. des lords)) que de considérer qu'une intention de contracter ou d'assumer par ailleurs volontairement une obligation contractuelle indépendante ne se rapportant qu'aux poteaux d'Énergie NB fait implicitement partie du CLRSS. En l'absence d'une intention très nette de créer une obligation contractuelle, relativement aux poteaux d'Énergie NB, en sus et indépendamment de l'obligation prévue au Tarif, il n'est pas possible d'interpréter le CLRSS comme le prétend Rogers. Étant donné le contexte dans lequel la relation a pris naissance, il n'y a aucune erreur dans la conclusion du juge du procès selon laquelle le CLRSS ne révélait pas une intention de créer une obligation contractuelle indépendante.

[57] Pour les motifs qui précèdent, je serais d'avis de rejeter ce moyen d'appel.

[58] Il n'est pas nécessaire d'examiner les prétentions de Rogers concernant la conclusion du juge du procès selon laquelle, pour le cas où sa décision serait erronée et où le CLRSS serait un contrat au sens propre, la résiliation par Énergie NB de l'entente auxiliaire sur les installations de tiers a entraîné l'impossibilité d'exécution du CLRSS.

VI. Dispositif

[59] Pour ces motifs, je serais d'avis de rejeter l'appel.

[60]

Je suis d'avis de condamner Rogers à des dépens de 10 000 \$.