

FindLaw

WHAT'S YOUR FIRM'S BRAND STRENGTH?

Whether you're a
heavyweight or a flyweight,
your brand is more important
than you think.

TAKE THE FREE QUIZ

FindLaw Caselaw United States US Supreme Court SQUARE D CO. v. NIAGARA FRONTIER TARIFF BUR.

SQUARE D CO. v. NIAGARA FRONTIER TARIFF BUR.

Print

8

Font size:

A

A

Reset

United States Supreme Court

SQUARE D CO. v. NIAGARA FRONTIER TARIFF BUR., (1986)

No. 85-21

Argued: March 3, 1986 Decided: May 27, 1986

Petitioner shippers brought class action in Federal District Court against respondent motor carriers and respondent ratemaking bureau, alleging that during the years 1966 through 1981 respondents engaged in a conspiracy, in violation of the Sherman Act, to fix rates for transporting freight between the United States and Canada without complying with an agreement filed by the bureau with, and approved by, the Interstate Commerce Commission. Petitioners sought treble damages, measured by the difference between the allegedly higher rates they paid and the rates they would have paid in a freely competitive market, and also sought declaratory and injunctive relief. The District Court dismissed the complaints on the authority of *Keogh v. Chicago & Northwestern R. Co.*, 260 U.S. 156, wherein it was held that a private shipper could not recover treble damages under 7 of the Sherman Act in connection with ICC-filed tariffs. The Court of Appeals affirmed the dismissal as to the treble-damages claims.

Held:

Petitioners are not entitled to bring a treble-damages antitrust action. *Keogh*, supra. Pp. 415-423.

(a) Nothing in the Reed-Bulwinkle Act or in its legislative history indicates that Congress intended to change or supplant the *Keogh* rule. Similarly, there is no evidence that Congress in enacting the Motor Carrier Act of 1980 intended to change the *Keogh* rule. And cases like *Carnation Co. v. Pacific Westbound Conference*, 383 U.S. 213, emphasizing the necessity to strictly construe immunity of collective ratemaking activities from antitrust laws, do not render *Keogh* invalid. Pp. 417-422.

(b) The various developments that have occurred since *Keogh* - the development of class actions, the emergence of precedents permitting treble damages even when there is an available regulatory remedy, greater sophistication in evaluating damages, and the development of procedures in which judicial proceedings can be stayed pending regulatory proceedings - are insufficient to overcome the strong presumption of continued validity that adheres in the judicial interpretation of a statute. P. 423.

760 F.2d 1347, affirmed. [476 U.S. 409, 410]

STEVENS, J., delivered the opinion of the Court, in which BURGER, C. J., and BRENNAN, WHITE, BLACKMUN, POWELL, REHNQUIST, and O'CONNOR, JJ., joined. MARSHALL, J., filed a dissenting opinion, post, p. 424.

Douglas V. Rigler argued the cause for petitioners. With him on the briefs were Linda Heller Kamm, Michael Fischer, Joseph E. Zdarsky, H. Laddie Montague, Arnold Levin, and Howard Sedran.

Deputy Solicitor General Wallace argued the cause for the United States as amicus curiae urging reversal. With him on the brief were Solicitor General Fried, Assistant Attorney General Ginsburg, Deputy Assistant Attorney General Cannon, Jerrold J. Ganzfried, Robert B. Nicholson, Robert S. Burk, Henri F. Rush, Timm L. Abendroth, and Jim J. Marquez.

Donald L. Flexner argued the cause for respondents. With him on the brief were Clifton S. Elgarten, Peter A. Greene, Charles L. Freed, John W. Bryant, Bryce Rea, Jr., Donald E. Cross, Lester M. Bridgeman, Louis E. Emery, and Joel B. Harris. *

Needles. It's about time.

Customizable Legal Case Management Software for Law Firms

How Can Needles Increase Your Firm's Bottom Line?

Needles. www.needles.com Click Here NOW!

FindLaw Career Center

Attorney
Corporate Counsel
Academic
Judicial Clerk
Summer Associate
Intern
Law Librarian

[Search Jobs](#)[Post a Job](#) | [View More Jobs](#)[View More](#)

Marriage, Civil Unions, and Alternative Relationships: The Law Today

Rights and responsibilities of marriage. Why same-sex couples still lack access.

BUY NOW

000064

FindLaw's on Facebook!

Like FindLaw now for daily updates on topics for Legal Professionals
facebook.com/findlawlegalprofessionals

Got Gadgets?

Get the latest on legal tech on FindLaw's Technologist blog.
blogs.findlaw.com/technologist

Need a New Take on the Nine?

Read FindLaw's Supreme Court Blog now!
blogs.findlaw.com/supreme_court

[Footnote *] Briefs of amici curiae urging affirmance were filed for the Association of American Railroads by Richard T. Conway, Ralph J. Moore, Jr., John Townsend Rich, Stephen J. Hadley, and Kenneth P. Kolson; and for the National Motor Freight Traffic Association, Inc., et al. by Patrick McEligot, William W. Pugh, and Kevin M. Williams.

Briefs of amici curiae were filed for American Information Technologies Corp. et al. by J. Paul McGrath; for C. D. Ambrosia Trucking Co., Inc., et al. by Lawrence R. Velvel and Bruce J. Ennis, Jr.; and for the Western Fuels Association, Inc., et al. by Frederick L. Miller, Jr.

JUSTICE STEVENS delivered the opinion for the Court.

Petitioners have alleged that rates filed with the Interstate Commerce Commission by respondent motor carriers during the years 1966 through 1981 were fixed pursuant to an agreement forbidden by the Sherman Act, 26 Stat. 209, as amended, 15 U.S.C. 1 et seq. The question presented is whether the carriers are subject to treble-damages liability in a private antitrust action if the allegation is true. [476 U.S. 409, 411]

The question requires us to give careful consideration to the way in which Congress has accommodated the sometimes conflicting policies of the antitrust laws and the Interstate Commerce Act, 49 U.S.C. 10101 et seq. (1982 ed. and Supp. II). Our analysis of the question will include three components: (1) the sufficiency of the complaint allegations in light of the bare language of the relevant statutes; (2) the impact of the Court's decision of an analogous question in 1922 in *Keogh v. Chicago & Northwestern R. Co.*, 260 U.S. 156; and (3) the extent to which the rule of the *Keogh* case remains part of our law today.

I

Two class-action complaints making parallel allegations against the same six defendants were filed in the United States District Court for the District of Columbia and then transferred to Buffalo, New York, where a similar action brought by the United States was pending. The Government case was ultimately settled by the entry of a consent decree; 1 after the two private actions had been consolidated, the District Court granted a motion to dismiss the complaints. We therefore take the well-pleaded facts as true. 2

Five of the respondents are Canadian motor carriers engaged in the transportation of freight between the United States and Canada. They are subject to regulation by the Ontario Highway Transport Board, and by the Interstate [476 U.S. 409, 412] Commerce Commission (ICC). They are all members of the Niagara Frontier Tariff Bureau, Inc. (NFTB), which is also a defendant. NFTB is a nonprofit corporation organized to engage in collective ratemaking activities pursuant to an agreement filed with and approved by the ICC. 3

Petitioners are corporations that have utilized respondents' services to ship goods between the United States and Canada for many years. In their complaints, they allege that, at least as early as 1966 and continuing at least into 1981, respondents engaged in a conspiracy "to fix, raise and maintain prices and to inhibit or eliminate competition for the transportation of freight by motor carrier between the United States and the Province of Ontario, Canada without complying with the terms of the NFTB agreement and by otherwise engaging in conduct that either was not or could not be approved by the ICC." 4

The complaints allege five specific actions in furtherance of this conspiracy. First, senior management officials of the NFTB used a "Principals Committee," which was not authorized by the NFTB agreement, to set rates and to inhibit competition. 5 Second, respondents set and controlled NFTB rate levels without complying with the notice, publication, public hearing, and recordkeeping requirements of the NFTB agreement and ICC regulations. 6 Third, respondents planned threats, retaliation, and coercion against NFTB members to inhibit independent actions. 7 Fourth, respondents actually used pressures, threats, and retaliation to interfere [476 U.S. 409, 413] with independent actions. 8 Finally, still in furtherance of the conspiracy, respondents filed tariffs with the ICC. 9

Because of respondents' unlawful conduct, the complaints continue, petitioners and the members of the large class of shippers that they represent have paid higher rates for motor carrier freight transport than they would have paid in a freely competitive market. 10 They seek treble damages measured by that difference, as well as declaratory and injunctive relief.

The legal theory of the complaints is that respondents' conspiracy is not exempted from a private antitrust, treble-damages action even though the rates that respondents charged were filed with the ICC, as required by law. The complaints note that the ICC requires motor carriers to file tariffs containing all their rates, to make the tariffs available for public inspection, and to give advance notice of any changes in the filed rates. 11 Although the ICC has the power to determine those rates, the rates are set by the carriers, not the ICC, in the first instance. 12 The Reed-Bulwinkle Act, enacted in 1948, expressly authorizes the ICC to grant approval to agreements establishing rate bureaus for the purpose of setting rates collectively. 13 The joint setting of rates pursuant to such agreements is exempted from the antitrust laws, but the statute strictly limits the exemption to actions that conform to the terms of the agreement approved by the [476 U.S. 409, 414] ICC. 14 In this case, according to the theory of the complaints, the activities of respondents were not authorized by the NFTB agreement; hence the alleged conspiracy was not exempt from the antitrust laws, and, indeed, blatantly violated those laws.

000065

Under the plain language of the relevant statutes, it would appear that petitioners have alleged a valid antitrust action. The stated activities are clearly within the generally applicable language of the antitrust laws; 15 nothing in the language of the Interstate Commerce Act, moreover, necessarily precludes a private antitrust treble-damages remedy for actions that are not specifically immunized within the terms of the Reed-Bulwinkle Act. 16

The District Court nevertheless dismissed the complaints on the authority of the Keogh case. 596 F. Supp. 153 (WDNY 1984). The Court of Appeals for the Second Circuit affirmed insofar as the District Court's judgment dismissed the claims for treble damages based on respondents' filed rates, but remanded for a further hearing to determine whether petitioners are entitled to injunctive relief and to give them an opportunity to amend their complaints to state possible claims for damages not arising from the filed tariffs. 760 F.2d 1347 (1985). We granted certiorari to consider whether the rule of the Keogh case was correctly applied in barring a treble-damages action based on the filed tariffs, and, [476 U.S. 409, 415] if so, whether that case should be overruled. 474 U.S. 815 (1985).

II

In Keogh, as in this case, a shipper's complaint alleged that rates filed with the ICC by the defendants had been fixed pursuant to an agreement prohibited by the Sherman Act. The rates had been set by an agreement among executives of railroad companies "which would otherwise be competing carriers," 260 U.S. at 160. They were "higher than the rates would have been if competition had not been thus eliminated." Ibid. The shipper claimed treble damages measured by the difference between the rates set pursuant to agreement and those that had previously been in effect.

In their special plea, defendants averred that every rate complained of had been filed with the ICC and that, after hearings in which Keogh had participated, the rates had been approved by the Commission. That approval established that the fixed rates were "reasonable and non-discriminatory," id., at 161, but it did not foreclose the possibility that slightly lower rates would also have been within the zone of reasonableness that the Commission would also have found lawful under the Interstate Commerce Act. Nor did the ICC's approval require rejection of Keogh's contention that the combination among the railroads violated the Sherman Act. 17 The Court nevertheless held that Keogh, a private shipper, could not "recover damages under 7 because he lost the benefit [476 U.S. 409, 416] of rates still lower, which, but for the conspiracy, he would have enjoyed." Id., at 162.

The Court reasoned that the ICC's approval had, in effect, established the lawfulness of the defendant's rates, 18 and that the legal right of the shippers against the carrier had to be measured by the published tariff. It therefore concluded that the shipper could not have been "injured in his business or property" within the meaning of 7 of the Sherman Act by paying the carrier the rate that had been approved by the ICC. Justice Brandeis explained:

"Section 7 of the Anti-Trust Act gives a right of action to one who has been 'injured in his business or property.' Injury implies violation of a legal right. The legal rights of shipper as against carrier in respect to a rate are measured by the published tariff. Unless and until suspended or set aside, this rate is made, for all purposes, the legal rate, as between carrier and shipper. The [476 U.S. 409, 417] rights as defined by the tariff cannot be varied or enlarged by either contract or tort of the carrier. *Texas & Pacific R. R. Co. v. Mugg*, 202 U.S. 242; *Louisville & Nashville R. R. Co. v. Maxwell*, 237 U.S. 94; *Atchison, Topeka & Santa Fe Ry. Co. v. Robinson*, 233 U.S. 173; *Dayton Iron Co. v. Cincinnati, New Orleans & Texas Pacific Ry. Co.*, 239 U.S. 446; *Erie R. R. Co. v. Stone*, 244 U.S. 332. And they are not affected by the tort of a third party. Compare *Pittsburgh, Cincinnati, Chicago & St. Louis Ry. Co. v. Fink*, 250 U.S. 577. This stringent rule prevails, because otherwise the paramount purpose of Congress - prevention of unjust discrimination - might be defeated." Id., at 163.

In this case, unlike Keogh, respondents' rates, established in the tariffs that had been filed with the ICC, were not challenged in a formal ICC hearing before they were allowed to go into effect. They were, however, duly submitted, lawful rates under the Interstate Commerce Act in the same sense that the rates filed in Keogh were lawful. Under the Court's holding in that case, it therefore follows that petitioners may not bring a treble-damages antitrust action. 19 The question, then, is whether we should continue to respect the rule of Keogh.

III

Petitioners, supported by the Solicitor General of the United States, ask us to overrule Keogh. They submit that [476 U.S. 409, 418] Keogh was implicitly rejected in the Reed-Bulwinkle Act and in the Motor Carrier Act of 1980, Pub. L. 96-296, 94 Stat. 793; that Keogh in effect created an implied immunity from the antitrust laws and that its reasoning is thus inconsistent with later cases, particularly *Carnation Co. v. Pacific Westbound Conference*, 383 U.S. 213 (1966); and that the rationales of the Keogh decision are no longer valid.

Petitioners argue that the Reed-Bulwinkle Act, by delineating an antitrust immunity for specific ratemaking activities, 20 repudiated Keogh's holding that shippers may not bring treble-damages actions in connection with ICC-filed tariffs. In our view, however, it is not proper to read that statute as supplanting the Keogh rule with a narrow, express exemption from the antitrust laws.

000066

The legislative history of Reed-Bulwinkle explains that it was enacted, at least in part, in response to this Court's decision in *Georgia v. Pennsylvania R. Co.*, 324 U.S. 439 (1945).²¹ In that case, after restating the holding in *Keogh*, the Court held that, although Georgia could not maintain a suit under the antitrust laws to obtain damages, it could obtain injunctive relief against the collective ratemaking procedures employed by the railroads.²² The Reed-Bulwinkle Act [476 U.S. 409, 419] thus created an absolute immunity from the antitrust laws for approved collective ratemaking activities.

Nothing in the Act or in its legislative history, however, indicates that Congress intended to change or supplant the *Keogh* rule that other tariff-related claims, while subject to governmental and injunctive antitrust actions, did not give rise to treble-damages antitrust actions. On the contrary, the House Report expressly stated that, except for creating the new exemption, the bill left the antitrust laws applicable to carriers unchanged "so far as they are now applicable."²³ Particularly because the legislative history reveals clear congressional awareness of *Keogh*,²⁴ far from supporting petitioners' position, the fact that Congress specifically addressed this area and left *Keogh* undisturbed lends powerful support to *Keogh*'s continued viability.

Similarly, petitioners and the Solicitor General argue that private treble-damages actions would further the congressional policy of promoting competition in the transportation industry reflected in the Motor Carrier Act of 1980.²⁵ We [476 U.S. 409, 420] may assume that this is the case - indeed, we may assume that petitioners are correct in arguing that the *Keogh* decision was unwise as a matter of policy - but it nevertheless remains true that Congress must be presumed to have been fully cognizant of this interpretation of the statutory scheme,²⁶ which had been a significant part of our settled law for over half a century, and that Congress did not see fit to change it when Congress carefully reexamined this area of the law in 1980. Petitioners have pointed to no specific statutory provision or legislative history indicating a specific congressional intention to overturn the longstanding *Keogh* construction;²⁷ harmony with the general legislative purpose is inadequate for that formidable task.

Petitioners' reliance on *Carnation Co. v. Pacific Westbound Conference*, 383 U.S. 213 (1966), is also unavailing. In *Carnation*, a shipper of evaporated milk brought an antitrust treble-damages action against an association of shipping companies that had established higher rates for transportation between the west coast of the United States and the Philippine Islands. The defendants contended that the Shipping Act of 1916 had repealed all antitrust regulation of ratemaking activities in the shipping industry. Section 15 of the Shipping Act did create an express exemption for collective [476 U.S. 409, 421] ratemaking pursuant to agreements that had been approved by the Federal Maritime Commission, but the defendants had not obtained any such approval. They nevertheless contended that the structure of the entire Shipping Act, read against its legislative history, demonstrated an intent to free the ratemaking activities of the shipping industry from the antitrust laws. The Court unanimously rejected the argument, explaining:

"We recently said: 'Repeals of the antitrust laws by implication from a regulatory statute are strongly disfavored, and have only been found in cases of plain repugnancy between the antitrust and regulatory provisions.' *United States v. Philadelphia National Bank*, 374 U.S. 321, 350-351. We have long recognized that the antitrust laws represent a fundamental national economic policy and have therefore concluded that we cannot lightly assume that the enactment of a special regulatory scheme for particular aspects of an industry was intended to render the more general provisions of the antitrust laws wholly inapplicable to that industry. We have, therefore, declined to construe special industry regulations as an implied repeal of the antitrust laws even when the regulatory statute did not contain an accommodation provision such as the exemption provisions of the Shipping and Agricultural Acts. See, e. g., *United States v. Philadelphia National Bank*, *supra*." *Id.*, at 217-218.

Petitioners correctly point out that cases like *Carnation* make it clear that collective ratemaking activities are not immunized from antitrust scrutiny simply because they occur in a regulated industry, and that exemptions from the antitrust laws are strictly construed and strongly disfavored. Nevertheless, even if we agreed that *Keogh* should be viewed as an "antitrust immunity" case, we would not conclude that later cases emphasizing the necessity to strictly construe such immunity rendered *Keogh* invalid. For *Keogh* represents [476 U.S. 409, 422] a longstanding statutory construction that Congress has consistently refused to disturb, even when revisiting this specific area of law.

We disagree, however, with petitioners' view that the issue in *Keogh* and in this case is properly characterized as an "immunity" question. The alleged collective activities of the defendants in both cases were subject to scrutiny under the antitrust laws by the Government and to possible criminal sanctions or equitable relief. *Keogh* simply held that an award of treble damages is not an available remedy for a private shipper claiming that the rate submitted to, and approved by, the ICC was the product of an antitrust violation. Such a holding is far different from the creation of an antitrust immunity,²⁸ and makes the challenge to *Keogh*'s role in the settled law of this area still more doubtful.²⁹ [476 U.S. 409, 423]

Finally, petitioners point to various developments, discussed by the Court of Appeals, that seem to undermine some of the reasoning in Justice Brandeis' *Keogh* opinion - the development of class actions, which might alleviate the expressed concern about unfair rebates;³⁰ the emergence of precedents permitting treble-damages remedies even when there is a regulatory remedy available;³¹ the greater sophistication in evaluating damages, which might mitigate the expressed fears about the speculative nature of such damages;³² and the

290000

[Footnote 17] "All the rates fixed were reasonable and non-discriminatory. That was settled by the proceedings before the Commission. *Los Angeles Switching Case*, 234 U.S. 294 . But under the Anti-Trust Act, a combination of carriers to fix reasonable and non-discriminatory rates may be illegal; and if so, the Government may have redress by criminal proceedings under 3, by injunction under 4, and by forfeiture under 6. That was settled by *United States v. Trans-Missouri Freight Association*, 166 U.S. 290 , and *United States v. Joint Traffic Association*, 171 U.S. 505 . The fact that these rates had been approved by the Commission would not, it seems, bar proceedings by the Government." 260 U.S., at 161 -162.

[Footnote 18] "A rate is not necessarily illegal because it is the result of a conspiracy in restraint of trade in violation of the Anti-Trust Act. What rates are legal is determined by the Act to Regulate Commerce. Under 8 of the latter act the exaction of any illegal rate makes the carrier liable to the 'person injured thereby for the full amount of damages sustained in consequence of any such violation' together with a reasonable attorney's fee. Section 9 and 16 provide for the recovery of such damages either by complaint before the Commission or by an action in a federal court. If the conspiracy here complained of had resulted in rates which the Commission found to be illegal because unreasonably high or discriminatory, the full amount of the damages sustained, whatever their nature, would have been recoverable in such proceedings. *Louisville & Nashville R. R. Co. v. Ohio Valley Tie Co.*, 242 U.S. 288 . Can it be that Congress intended to provide the shipper, from whom illegal rates have been exacted, with an additional remedy under the Anti-Trust Act? See *Meeker v. Lehigh Valley R. R. Co.*, 162 Fed. 354. And if no remedy under the Anti-Trust Law is given where the injury results from the fixing of rates which are illegal, because too high or discriminatory, may it be assumed that Congress intended to give such a remedy where, as here, the rates complained of have been found by the Commission to be legal and while in force had to be collected by the carrier?" *Id.*, at 162.

[Footnote 19] In their brief, petitioners argue that, even under *Keogh*, their treble-damages action should not have been dismissed because there was no ICC hearing in this case and because *Keogh* did not involve allegations of the type of covert legal violations at issue here. Brief for Petitioners 10-11. The Court of Appeals, however, properly concluded that *Keogh* was not susceptible to such a narrow reading: "Rather than limiting its holding to cases where, as in *Keogh*, rates had been investigated and approved by the ICC, the Court said broadly that shippers could not recover treble-damages for overcharges whenever tariffs have been filed." 760 F.2d, at 1351.

[Footnote 20] See ch. 491, 62 Stat. 472, now codified at 49 U.S.C. 10706(b).

[Footnote 21] See, e. g., H. R. Rep. No. 1100, 80th Cong., 1st Sess., 4 (1947) (citing "[t]he Georgia suit" and other cases, and emphasizing "[t]hese developments have caused grave concern among all those having direct interest in transportation, who see in the situation a threat to long-standing practices in the transportation industry that were developed in cooperation with the shippers and have proved their worth"). See also 760 F.2d, at 1356-1360 (reviewing legislative history of *Reed-Bulwinkle Act*).

[Footnote 22] "We think it is clear from the *Keogh* case alone that Georgia may not recover damages even if the conspiracy alleged were shown to exist. That was a suit for damages under 7 of the Sherman Act. 26 Stat. 210. The Court recognized that although the rates fixed had been found reasonable and non-discriminatory by the Commission, the United States was not barred from enforcing the remedies of the Sherman Act. 260 U.S. pp. 161-162. It held, however, that for purposes of a suit for damages a rate was not necessarily illegal because it was the result of a conspiracy in restraint of trade. The legal rights of a shipper against a carrier in respect [476 U.S. 409, 419] to a rate are to be measured by the published tariff. That rate until suspended or set aside was for all purposes the legal rate as between shipper and carrier and may not be varied or enlarged either by the contract or tort of the carrier. . . . The reasoning and precedent of that case apply with full force here. But it does not dispose of the main prayer of the bill, stressed at the argument, which asks for relief by way of injunction." 324 U.S., at 453 .

[Footnote 23] "The bill here reported leaves the antitrust laws to apply with full force and effect to carriers, so far as they are now applicable, except as to such joint agreements or arrangements between them as may have been submitted to the Interstate Commerce Commission and approved by that body upon a finding that, by reason of furtherance of the national transportation policy as declared in the Interstate Commerce Act, relief from the antitrust laws should be granted." H. R. Rep. No. 1100, 80th Cong., 2d Sess., 5 (1947) (emphasis added).

[Footnote 24] See 760 F.2d, at 1359-1360 (reviewing attention to *Keogh* in the congressional consideration of the *Reed-Bulwinkle Act*).

[Footnote 25] As we recently pointed out, the "legislative history of the Act is clear that, beyond the bounds of immunity granted in 10706(b)(3), Congress wanted the forces of competition to determine motor-carrier tariffs." *ICC v. American Trucking Assns., Inc.*, 467 U.S. 354, 367 (1984). See also [476 U.S. 409, 420] H. R. Rep. No. 96-1069, pp. 27-28 (1980); 126 Cong. Rec. 7777 (1980) (statement of Sen. Cannon).

[Footnote 26] See *Cannon v. University of Chicago*, 441 U.S. 677, 696 -697 (1979) ("It is always appropriate to assume that our elected representatives, like other citizens, know the law"). See also *Director, OWCP v. Perini*

696666

development of procedures in which judicial proceedings can be stayed pending regulatory proceedings.³³ Even if it is true that these developments cast Justice Brandeis' reasons in a different light, however, it is also true that the Keogh rule has been an established guidepost at the intersection of the antitrust and interstate commerce statutory regimes for some 6 1/2 decades. The emergence of subsequent procedural and judicial developments does not minimize Keogh's role as an essential element of the settled legal context in which Congress has repeatedly acted in this area.

IV

The Court of Appeals, in Judge Friendly's characteristically thoughtful and incisive opinion, suggested that, in view [476 U.S. 409, 424] of subsequent developments, this Court might be prepared to overrule Keogh. We conclude, however, that the developments in the six decades since Keogh was decided are insufficient to overcome the strong presumption of continued validity that adheres in the judicial interpretation of a statute.³⁴ As Justice Brandeis himself observed, a decade after his Keogh decision, in commenting on the presumption of stability in statutory interpretation: "Stare decisis is usually the wise policy because in most matters, it is more important that the applicable rule of law be settled than that it be settled right. . . . This is commonly true, even where the error is a matter of serious concern, provided correction can be had by legislation."³⁵ We are especially reluctant to reject this presumption in an area that has seen careful, intense, and sustained congressional attention. If there is to be an overruling of the Keogh rule, it must come from Congress, rather than from this Court.

The judgment of the Court of Appeals is affirmed.

It is so ordered.

Footnotes

[Footnote 1] The consent decree enjoins respondents from "harassing, discouraging, coercing, or threatening in any way any motor carrier to withdraw, forbear from filing, or modify in any way said carrier's planned or actual independent rates," and from discussing rates except "within an authorized ratemaking body of a rate bureau with a rate agreement." *United States v. Niagara Frontier Tariff Bureau, Inc.*, 1984-2 Trade Cases § 66,167, pp. 66,533-66,535 (WDNY 1984).

[Footnote 2] See *Hishon v. King & Spalding*, 467 U.S. 69, 73 (1984); *McLain v. Real Estate Bd. of New Orleans*, 444 U.S. 232, 246 (1980); *Hospital Building Co. v. Trustees of Rex Hospital*, 425 U.S. 738, 746 (1976); *Scheuer v. Rhodes*, 416 U.S. 232, 236 (1974); *Conley v. Gibson*, 355 U.S. 41, 45-46 (1957).

[Footnote 3] See *Niagara Frontier Tariff Bureau, Inc. - Agreement*, 297 I. C. C. 494 (1955).

[Footnote 4] Square D complaint, § 22, App. 11; Big D complaint, § 19, App. 24.

[Footnote 5] Square D complaint, § 23(a), App. 12; Big D complaint, § 20(a), App. 24.

[Footnote 6] Square D complaint, § 23(b), App. 12; Big D complaint, § 20(b), App. 24.

[Footnote 7] Square D complaint, § 23(c), App. 12; Big D complaint, § 20(c), App. 24.

[Footnote 8] Square D complaint, § 23(d), App. 12; Big D complaint, § 20(d), App. 25.

[Footnote 9] Square D complaint, § 23(e), App. 12; Big D complaint, § 20(e), App. 25.

[Footnote 10] Square D complaint, §§ 24(a)-(d), App. 12-13; Big D complaint, §§ 21(a)-(c), App. 25.

[Footnote 11] Square D complaint, § 16, App. 9 (citing 49 U.S.C. 10762); Big D complaint, § 13, App. 22 (same).

[Footnote 12] Square D complaint, § 16, App. 9 (citing 49 U.S.C. 10704); Big D complaint, § 13, App. 22 (same).

[Footnote 13] Square D complaint, § 17, App. 10 (citing 49 U.S.C. 5b, now codified at 49 U.S.C. 10706(b)(2)); Big D complaint, § 14, App. 22 (same).

[Footnote 14] Under the Reed-Bulwinkle Act, as currently codified, "[i]f the [Interstate Commerce] Commission approves the agreement, it may be made and carried out under its terms and under the conditions required by the Commission, and the antitrust laws, as defined in the first section of the Clayton Act (15 U.S.C. 12), do not apply to parties and other persons with respect to making or carrying out the agreement." 49 U.S.C. 10706(b) (2).

[Footnote 15] See, e. g., 15 U.S.C. 1 ("Every contract, combination in the form of trust or otherwise, or conspiracy, in restraint of trade or commerce among the several States, or with foreign nations, is declared to be illegal").

[Footnote 16] See n. 14, *supra*.

000068

North River Associates, 459 U.S. 297, 319 (1983); Merrill Lynch, Pierce, Fenner & Smith, Inc. v. Curran, 456 U.S. 353, 379 (1982); Albemaz v. United States, 450 U.S. 333, 341 (1981).

[Footnote 27] The Motor Carrier Act did change the terms of the Reed-Bulwinkle Act in significant respects, see ICC v. American Trucking Assns., Inc., 467 U.S., at 356-357, but it did not address the Keogh rule. For the same reasons that the creation of the Reed-Bulwinkle exemption did not affect Keogh, the reworking of that exemption in the Motor Carrier Act also did not affect the rule of that case.

[Footnote 28] In so characterizing the issue, we do not minimize the powerful role of the private treble-damages action in the structure of the Nation's antitrust laws. See, e. g., Mitsubishi Motors Corp. v. Soler Chrysler-Plymouth, Inc., 473 U.S. 614, 635 (1985) ("The treble-damages provision wielded by the private litigant is a chief tool in the antitrust enforcement scheme, posing a crucial deterrent to potential violators"). Granting this role its due respect, however, a critical distinction remains between an absolute immunity from all antitrust scrutiny and a far more limited nonavailability of the private treble-damages remedy. The consent decree in this case, n. 1, supra, as well as the unchallenged Court of Appeals decision to remand on the question of injunctive and declaratory relief for antitrust violations highlight this distinction: respondents' conduct has consistently been within the reach of the generally applicable antitrust laws.

[Footnote 29] The specific Keogh holding, moreover, was not even implicated in Carnation Co. v. Pacific Westbound Conference, 383 U.S. 213 (1966), because the ratemaking agreements challenged in that case had not been approved by, or filed with, the Federal Maritime Commission. *Id.*, at 215. Indeed, the Shipping Act gives the Federal Maritime Commission far more limited authority over rates than the Interstate Commerce Act gives the ICC. See 760 F.2d, at 1363 ("Although the [Federal Maritime Commission] can and does take effects on competition into account in approving conference agreements under 46 U.S.C. 814, . . . the Shipping Act does not give the Commission any mandate to regulate rate competition and, indeed, the [476 U.S. 409, 423] statutory scheme was designed to minimize the role of the FMC in this regard").

[Footnote 30] See *id.*, at 1352 (discussing development of class actions in view of the Keogh concern about antitrust litigation operating as a discriminatory rebate).

[Footnote 31] See *id.*, at 1354 (noting that "[t]he Court has subsequently found that activity could be challenged under the antitrust laws despite the existence of an administrative agency with authority to regulate the activity").

[Footnote 32] See *id.*, at 1353 ("The Supreme Court has . . . rejected the argument that a plaintiff cannot recover damages it was able to pass on to its customers in the antitrust context").

[Footnote 33] See *ibid.* (referring to "the many later cases in which the Supreme Court has directed the suspension of judicial proceedings pending the referral of similar issues to the ICC" in view of the Keogh concern about the need for the ICC to determine the propriety of a lower rate).

[Footnote 34] See, e. g., NLRB v. Longshoremen, 473 U.S. 61, 84 (1985) ("[W]e should follow the normal presumption of stare decisis in cases of statutory interpretation"); Illinois Brick Co. v. Illinois, 431 U.S. 720, 736 (1977) ("[W]e must bear in mind that considerations of stare decisis weigh heavily in the area of statutory construction, where Congress is free to change this Court's interpretation of its legislation"). See also Levi, An Introduction to Legal Reasoning, 15 U. Chi. L. Rev. 501, 540 (1948) ("The doctrine of finality for prior decisions setting the course for the interpretation of a statute is not always followed. . . . Nevertheless, the doctrine remains as more than descriptive. More than any other doctrine in the field of precedent, it has served to limit the freedom of the court. It marks an essential difference between statutory interpretation on the one hand and case law and constitutional interpretation on the other").

[Footnote 35] *Burnet v. Coronado Oil & Gas Co.*, 285 U.S. 393, 406 (1932) (dissenting).

JUSTICE MARSHALL, dissenting.

In his opinion for the Court of Appeals, Judge Friendly cogently and comprehensively explained why the reasoning [476 U.S. 409, 425] of *Keogh v. Chicago & Northwestern R. Co.*, 260 U.S. 156 (1922), has been rendered obsolete by subsequent developments in the law. He demonstrated that Keogh should be overruled, and I am persuaded by his analysis. I therefore dissent. [476 U.S. 409, 426]

RESEARCH THE LAW

MANAGE YOUR PRACTICE

MANAGE YOUR CAREER

NEWS AND COMMENTARY

GET LEGAL FORMS

ABOUT US

FIND US ON

Cases & Codes / Opinion Summaries / Sample Business Contracts / Research An Attorney or Law Firm

Law Technology / Law Practice Management / Law Firm Marketing Services / Corporate Counsel Center

Legal Career Job Search / Online CLE / Law Student Resources

Legal News Headlines / Law Commentary / Featured Documents / Newsletters / Blogs / RSS Feeds

Legal Forms for Your Practice

Company History / Media Relations / Contact Us / Privacy / Advertising / Jobs

00000



Copyright © 2015 FindLaw, a Thomson Reuters business. All rights reserved.

090771

Superior Court of Pennsylvania.

WEST PENN POWER CO. V. NAT. MUT. INS. CO

209 Pa. Super. 509 (Pa. Super. Ct. 1967)

West Penn Power Company v. Nationwide Mutual Insurance Company, Appellant.

Superior Court of Pennsylvania.

November 16, 1966.

March 23, 1967.

Public Utilities — Rates — Demanding or receiving greater or lesser rate than specified in tariff — Act of May 28, 1937, P.L. 1053 — Erroneous monthly statements for lesser amounts than, due — Accord and satisfaction — Absence of dispute — Statement of account not working an estoppel.

1. In an action in assumpsit by a public utility company for electric service supplied to defendant, an insurance company, over a period of thirty-one months, in which it appeared that because of an error in billing or inadvertence on the part of plaintiff, the customer was billed for less than the amount of electric service supplied and that the customer paid the bills as presented; and that the action was brought for the difference between that billed and paid and the amount that should have been billed and paid based on the quantities actually supplied; it was *Held* that preliminary objections in the nature of a demurrer to defendant's answer and new matter were properly sustained and judgment entered for plaintiff.

2. A utility can charge the customer only the lawful rate as tariffed; it cannot demand or receive directly or indirectly a greater or lesser rate than specified in its tariff: § 303, Act of May 28, 1937, P.L. 1053.

3. It was *Held* that the fact that the erroneous monthly statements were paid by checks which contained an

endorsement that the payee's endorsement constituted a receipt and release in full for all accounts and claims mentioned in the attached statement did not constitute, under the facts in this case, an accord and satisfaction, since there was no dispute during the period that the utility was accepting and endorsing the checks for the account as billed.

4. A dispute is an essential element of accord and satisfaction.

5. The statement of an account does not work an estoppel.

Before ERVIN, P.J., WRIGHT, WATKINS, MONTGOMERY, JACOBS, HOFFMAN, and SPAULDING, JJ.

Appeal, No. 182, April T., 1966, from order of Court of Common Pleas of Butler County, Sept. T., 1964, No. 151, in case of West Penn Power Company v. Nationwide Mutual Insurance Company. Order affirmed.

Assumpsit.

Plaintiff's preliminary objections to defendant's answer sustained with judgment for plaintiff, opinion by KIESTER, J. Defendant appealed.

Lee C. McCandless, for appellant.

William C. Robinson, with him *James F. Boyer*, and *Heninger Robinson*, for appellee.

Argued November 16, 1966.

OPINION BY WATKINS, J., March 23, 1967:

This is an appeal from an order of the Court of Common Pleas of Butler County sustaining preliminary objections to appellant's new matter and striking as impertinent to the issue new matter in appellant's amended answer.

This action in assumpsit was brought by West Penn Power Company, the appellee, a public utility company, for electric service supplied to Nationwide Mutual Insurance Company, a corporation, the appellant, over a period of 31 months, beginning March 10, 1961, and ending September 10, 1963. Because of an error in billing or inadvertence on the part of the appellee, the customer was billed for less than the amount of electric service supplied and the customer paid the bills as presented. This action is for the difference between that billed and paid and the amount that should have been billed and paid based on the quantities (KWHRS) actually supplied.

The appellant in its answer, under new matter, averred facts to constitute defenses of accord and satisfaction, payment, estoppel, and breach of contract.

The appellee filed preliminary objections in the nature of motions to strike and in the nature of a demurrer, alleging that the only issue that the court could consider was the amount or quantity of service rendered by the public utility and whether or not payment for said service had been made in accordance with the effective tariff of the public utility as filed with the Public Utility Commission. The court below sustained the motions to strike and the demurrer and permitted the appellant twenty days to file amendment to the new matter.

The appellant filed an amendment and the appellee again filed preliminary objections in the nature of a motion to strike and in the nature of a demurrer, and alleged, inter alia, that the amended answer merely restated portions of the original answer and new mat-

ter which had been struck by the court's order. The court below agreed with the appellee and granted the motions and sustained the demurrer stating: "The only issue presented by the pleadings relates to the quantity of electricity (KWHRS) served by plaintiff to defendant during the 31 month period. The tariff or rate is established by law. The amount paid during the 31 month period is admitted. The alleged additional service above that originally billed by plaintiff is denied by defendant. This creates the issue."

We agree with the court below that the only issue is whether the appellant has paid in full for electricity furnished it by the utility. A utility can only charge the customer the lawful rate as tarified. It cannot make a special contract with the customer. There can be no favored treatment for a customer. It cannot demand or receive directly or indirectly a greater or lesser rate than specified in its tariff. Section 303, Act of May 28, 1937, P.L. 1053 (66 PS 1143).

This Court said in *Scranton Elec. Co. v. Avoca School Dist.*, 155 Pa. Super. 270, 37 A.2d 725 (1944), that: "... Plaintiff's established rates apply to defendant the same as to other consumers notwithstanding the existence of any contract providing for a different rate or for free service." The Court also said in this case, at page 273: "... But, regardless of the source of the alleged rights, the granting of free service to defendant was discriminatory, and a violation of the Public Service Company Law and of the Public Utility Law."

In the above case a school district was involved, governed by the laws of the Commonwealth concerning public schools and subject to a yearly budget fixing the tax levy and setting forth income and expenditures. The fact that the appellant here is subject to the regulation of the Insurance Department of Pennsylvania in the fixing of premiums, is no different.

The fact that the erroneous monthly statements were paid by checks endorsed "Your endorsement hereon constitutes a receipt and release in full for all accounts and claims mentioned in the attached statement" does

not constitute, under the facts in this case, an accord and satisfaction. The dispute arose as a result of re-billing at the end of the 31 month period. There was no dispute during the period that the utility was accepting and endorsing the checks for the account as billed. A dispute is an essential element of accord and satisfaction. There was no dispute here over an unliquidated claim and the appellee is not estopped from correcting an error in billing. *Melnick v. National Air Lines*, 189 Pa. Super. 316, 150 A.2d 566 (1959); *Law v. Mackie*, 373 Pa. 212, 95 A.2d 656 (1953).

"The statement of an account does not work an estoppel. It is prima facie an accurate showing of the standing of the parties as to a particular matter, but it has never been held to be so conclusive that one is bound to an account shown to be unjust or fraudulent . . . If the meter showed that the defendant consumed the amount of electricity now alleged by the plaintiff the latter's right is unquestionable . . ." *Allegheny County v. Thoma*, 31 Pa. Super. 102 (1906).

The *Thoma* case, supra, held that where a customer of a utility had received monthly bills which, through a mistake of a clerk, were much less in amount than the contract called for, and has paid such bills, he cannot set up such bills as an account stated in an action against him to recover the difference between the amount of the bills and the amount due under the contract. It also held that an account may be opened or falsified on proof of mistake. Such an account is only prima facie evidence of its correctness and may be impeached by clear, precise and satisfactory evidence either of unfairness or mistake.

Order affirmed.

426060

**Canadian Cable Television
Association** *Appellant*

v.

Barrie Public Utilities, Essex Public Utilities Commission, Guelph Hydro, Innisfil Hydro, Leamington Public Utilities Commission, Markham Hydro Electric Commission, Mississauga Hydro Electric Commission, Niagara-on-the-Lake Hydro Electric Commission, The Hydro Electric Commission of North Bay, Oakville Hydro, Orillia Water, Light and Power, Perth Public Utilities Commission, Richmond Hill Hydro Electric Commission, Shelburne Hydro, Stoney Creek Hydro-Electric Commission, Stratford Public Utility Commission, Toronto Hydro-Electric Commission (formerly Hydro Electric Commission of the City of North York and Public Utilities Commission of the City of Scarborough), Waterloo North Hydro and Kitchener-Wilmot Hydro *Respondents*

and

Attorney General of Canada, Attorney General of Ontario, Attorney General of Quebec, Attorney General of New Brunswick, Attorney General of Manitoba, Attorney General of British Columbia, Attorney General for Saskatchewan, Attorney General of Alberta, Saskatchewan Power Corporation, Federation of Canadian Municipalities, GT Group Telecom Services Corp., Aliant Telecom Inc., AT & T Canada, Bell Canada, Bell West Inc., MTS Communications Inc. and TELUS Communications Inc. *Interveners*

INDEXED AS: BARRIE PUBLIC UTILITIES v. CANADIAN CABLE TELEVISION ASSN.

Neutral citation: 2003 SCC 28.

File No.: 28826.

**Association canadienne de télévision par
câble** *Appelante*

c.

Barrie Public Utilities, Essex Public Utilities Commission, Guelph Hydro, Innisfil Hydro, Leamington Public Utilities Commission, Markham Hydro Electric Commission, Mississauga Hydro Electric Commission, Niagara-on-the-Lake Hydro Electric Commission, The Hydro Electric Commission of North Bay, Oakville Hydro, Orillia Water, Light and Power, Perth Public Utilities Commission, Richmond Hill Hydro Electric Commission, Shelburne Hydro, Stoney Creek Hydro-Electric Commission, Stratford Public Utility Commission, Toronto Hydro-Electric Commission (autrefois Hydro Electric Commission of the City of North York et Public Utilities Commission of the City of Scarborough), Waterloo North Hydro et Kitchener-Wilmot Hydro *Intimées*

et

Procureur général du Canada, procureur général de l'Ontario, procureur général du Québec, procureur général du Nouveau-Brunswick, procureur général du Manitoba, procureur général de la Colombie-Britannique, procureur général de la Saskatchewan, procureur général de l'Alberta, Saskatchewan Power Corporation, Fédération canadienne des municipalités, GT Group Telecom Services Corp., Aliant Telecom Inc., AT & T Canada, Bell Canada, Bell West Inc., MTS Communications Inc. et TELUS Communications Inc. *Intervenants*

RÉPERTORIÉ : BARRIE PUBLIC UTILITIES c. ASSOC. CANADIENNE DE TÉLÉVISION PAR CÂBLE

Référence neutre : 2003 CSC 28.

N° du greffe : 28826.

52666

2003: February 19; 2003: May 16.

Present: McLachlin C.J. and Gonthier, Major, Bastarache, Arbour, LeBel and Deschamps JJ.

ON APPEAL FROM THE FEDERAL COURT OF APPEAL

Administrative law — Judicial review — Standard of review — Canadian Radio-television and Telecommunications Commission — Commission ordering provincially regulated electric power companies to grant cable television companies access to their power poles — Whether Court of Appeal properly reviewed Commission's decision on correctness standard — Telecommunications Act, S.C. 1993, c. 38, s. 43(5).

Broadcasting — Telecommunications — Access to power poles — Canadian Radio-television and Telecommunications Commission ordering provincially regulated electric power companies to grant cable television companies access to their power poles — Whether phrase "the supporting structure of a transmission line" in s. 43(5) of Telecommunications Act includes power poles of provincially regulated electric power companies — Telecommunications Act, S.C. 1993, c. 38, s. 43(5).

The appellant CCTA seeks access to the power poles of the respondent power utilities for the purpose of supporting cable television transmission lines. In the past, the CCTA's members have rented space from the utilities under private contract. Since 1996, the parties have been unable to reach agreement. The CCTA obtained an order from the CRTC requiring the utilities to grant it access to their power poles on terms stipulated by the CRTC. The CRTC found that the phrase "the supporting structure of a transmission line" in s. 43(5) of the *Telecommunications Act*, read in context and in the light of telecommunications and broadcasting policy objectives, was broad enough to grant it authority over the utilities' power poles. The CRTC found that this interpretation was *intra vires* Parliament under s. 91 of the *Constitution Act, 1867*. The utilities successfully appealed this order to the Federal Court of Appeal, which reviewed the decision on a correctness standard and held that s. 43(5), properly interpreted, does not give the CRTC jurisdiction over the power poles of provincially regulated electric power companies.

2003 : 19 février; 2003 : 16 mai.

Présents : La juge en chef McLachlin et les juges Gonthier, Major, Bastarache, Arbour, LeBel et Deschamps.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL FÉDÉRALE

Droit administratif — Contrôle judiciaire — Norme de contrôle — Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes — Ordonnance du Conseil enjoignant aux entreprises d'électricité réglementées par la province de donner aux câblodistributeurs l'accès à leurs poteaux électriques — La Cour d'appel a-t-elle appliqué à bon droit la norme de la décision correcte pour le contrôle de la décision du Conseil? — Loi sur les télécommunications, L.C. 1993, ch. 38, art. 43(5).

Radiodiffusion — Télécommunications — Accès aux poteaux électriques — Ordonnance du Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes enjoignant aux entreprises d'électricité réglementées par la province de donner aux câblodistributeurs l'accès à leurs poteaux électriques — Le membre de phrase « la structure de soutien d'une ligne de transmission » à l'art. 43(5) de la Loi sur les télécommunications englobe-t-il les poteaux électriques des entreprises d'électricité relevant de la province? — Loi sur les télécommunications, L.C. 1993, ch. 38, art. 43(5).

L'appelante l'ACTC demande l'accès aux poteaux électriques des services publics d'électricité intimés afin d'y installer ses lignes de transmission. Par le passé, les membres de l'ACTC ont loué de l'espace aux services publics par contrat privé. Depuis 1996, les parties n'ont pas réussi à parvenir à une entente. L'ACTC a obtenu une ordonnance du CRTC enjoignant aux services publics de lui donner accès à leurs poteaux aux conditions fixées par le CRTC. Le CRTC a conclu que le membre de phrase « la structure de soutien d'une ligne de transmission » au par. 43(5) de la *Loi sur les télécommunications*, interprété dans son contexte et selon les objectifs de la politique de télécommunication et de la politique de radiodiffusion, avait un sens suffisamment large pour englober les poteaux électriques des services publics. Le CRTC a conclu que, selon cette interprétation, le pouvoir en question est *intra vires* du Parlement en vertu de l'art. 91 de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Les services publics ont avec succès interjeté appel de cette ordonnance devant la Cour d'appel fédérale, qui a examiné la décision au regard de la norme de la décision correcte et a conclu que le par. 43(5), correctement interprété, ne confère pas au CRTC la compétence voulue en ce qui concerne les poteaux d'entreprises d'électricité réglementées par la province.

920000

Held (Bastarache J. dissenting): The appeal should be dismissed.

Per McLachlin C.J. and Gonthier, Major, Arbour, LeBel and Deschamps JJ.: The standard of review applicable to the CRTC's decision is correctness. All four factors of the pragmatic and functional approach point to that conclusion. Section 64(1) of the *Telecommunications Act* grants a right of appeal to the Federal Court of Appeal with leave of that court on any question of law or of jurisdiction. While the presence of a statutory right of appeal is not decisive of a correctness standard, it is a factor suggesting a more searching standard of review. With respect to relative expertise, deference to the decision maker is called for only when it is in some way more expert than the court and the question under consideration is one that falls within the scope of its greater expertise. The proper interpretation of the phrase "the supporting structure of a transmission line" in s. 43(5) is not a question that engages the CRTC's special expertise in the regulation and supervision of Canadian broadcasting and telecommunications. Rather, it is a purely legal question and is therefore ultimately within the province of the judiciary. The court's expertise in matters of pure statutory interpretation is superior to that of the CRTC, which suggests a less deferential approach. The purposes of the legislation and the provision in particular also point to a less deferential standard of review. While much of the CRTC's work involves the elaboration and implementation of telecommunications policy, s. 43(5) accords the CRTC the essentially adjudicative role of considering applications from, and providing redress to, public service providers who cannot gain access to the supporting structure of a transmission line on terms acceptable to them. Finally, regarding the nature of the problem, even pure questions of law may be granted a wide degree of deference where other factors suggest the legislature so intended. But that is not the case here.

Section 43(5) cannot bear the broad meaning given to it by the CRTC and advanced by the CCTA. Looking for the moment at the subsection alone, three points arise. First, the phrase "a person who provides services to the public" in s. 43(5) includes but is broader than the phrase "Canadian carrier or distribution undertaking" found elsewhere in the section. Second, the phrase

Arrêt (le juge Bastarache est dissident) : Le pourvoi est rejeté.

La juge en chef McLachlin et les juges Gonthier, Major, Arbour, LeBel et Deschamps : La norme de contrôle applicable aux décisions du CRTC est la norme de la décision correcte. Les quatre facteurs de la démarche pragmatique et fonctionnelle pointent vers cette conclusion. Le paragraphe 64(1) de la *Loi sur les télécommunications* prévoit qu'avec son autorisation, il peut être interjeté appel devant la Cour d'appel fédérale sur des questions de droit ou de compétence. Bien que la présence d'un droit d'appel dans la loi ne permette pas de conclure que la norme à appliquer est celle de la décision correcte, c'est un facteur qui indique qu'une norme plus stricte s'impose. En ce qui concerne l'expertise relative, la cour de révision doit faire preuve de retenue uniquement lorsque l'organisme décisionnel possède, de quelque façon, une plus grande expertise qu'elle et que la question visée relève de cette plus grande expertise. L'interprétation qu'il convient de donner au membre de phrase « la structure de soutien d'une ligne de transmission » au par. 43(5) n'est pas une question faisant appel à l'expertise particulière du CRTC en matière de réglementation et de supervision de la radiodiffusion et des télécommunications au Canada. Il s'agit plutôt d'une question purement de droit, qui relève en dernière analyse de la compétence des cours de justice. L'expertise de la cour sur les questions d'interprétation législative pure est supérieure à celle du CRTC. Ce facteur implique une norme de retenue moins élevée. Les objets de la loi dans son ensemble et de la disposition en cause impliquent également une norme de retenue moins élevée. Bien qu'une bonne partie du travail du CRTC consiste à élaborer et à mettre en œuvre une politique de télécommunication, le par. 43(5) confère au CRTC la fonction essentiellement juridictionnelle d'examiner les demandes des fournisseurs de services au public ne pouvant pas avoir accès à la structure de soutien d'une ligne de transmission à des conditions qui leur sont acceptables et de leur accorder un redressement. Enfin, pour ce qui est de la nature du problème, il peut convenir de faire preuve d'un degré élevé de retenue même à l'égard de questions purement de droit, si d'autres facteurs semblent indiquer que cela correspond à l'intention du législateur. Ce n'est pas le cas en l'espèce.

Le paragraphe 43(5) ne peut avoir le sens général que lui donne le CRTC et qu'avance l'ACTC. Si l'on interprète ce paragraphe isolément, trois questions se posent. Premièrement, le membre de phrase « le fournisseur de services au public » au par. 43(5) est plus général que le membre de phrase « l'entreprise canadienne [ou] l'entreprise de distribution » ailleurs dans l'article.

“constructed on a highway or other public place” qualifies the phrase “transmission line” and therefore, the CRTC may not grant access to transmission lines situated on private land. The utilities’ power poles sometimes stand on private land pursuant to public utility rights-of-way. Third, the subsection speaks of “transmission lines” rather than “distribution lines”. The utilities’ power poles support distribution lines, not transmission lines. Parliament should be taken to know this distinction. Had Parliament intended to submit the utilities’ power poles to the jurisdiction of the CRTC, it would have referred to distribution lines. Looking next to s. 43 as a whole, the CRTC’s interpretation of subs. (5) is at odds with the rest of the section. The phrase “transmission lines” may not be given a broader meaning in subs. (5) than occurs in the rest of the section. The absence of the phrase “Canadian carrier or distribution undertaking” in subs. (5) does not justify such a broader interpretation. The definition of “transmission facility” in s. 2 must also be taken into account. A transmission facility is defined as a facility for the transmission of “intelligence”. The utilities’ power poles do not serve to transmit intelligence. They serve to transmit electricity. One must conclude that the “transmission lines” referred to in s. 43(5) are the same as those constructed, maintained and operated pursuant to s. 43(2) to (4). They do not include the utilities’ power poles.

The CRTC’s heavy reliance on the policy objectives of the *Telecommunications Act* and the *Broadcasting Act* was in error. The consideration of legislative objectives is one aspect of the modern approach to statutory interpretation. Yet the CRTC relied on policy objectives to set aside Parliament’s discernible intent as revealed by the plain meaning of s. 43(5), s. 43 generally and the Act as a whole.

Per Bastarache J. (dissenting): The constitutional question whether s. 43(5), as construed by the CRTC, is *ultra vires* Parliament has been important at every level of this case. The CRTC canvassed the issue thoroughly in its reasons. The Federal Court of Appeal referred to the constitutional issue. The Chief Justice of this Court certified a constitutional question. The Federal Court of Appeal erred by failing to separate the constitutional

Deuxièmement, le membre de phrase « construite sur une voie publique ou un autre lieu public » précise le sens du terme « ligne de transmission ». En conséquence, le CRTC ne peut pas permettre l’accès à des lignes de transmission situées sur des terrains privés. Les poteaux électriques des services publics se trouvent parfois sur des terrains privés en vertu de droits de passage d’utilité publique. Troisièmement, il est question dans ce paragraphe de « lignes de transmission » et non de « lignes de distribution ». Les poteaux électriques des services publics servent de structure de soutien aux lignes de distribution et non aux lignes de transmission. Il faut présumer que le législateur connaissait cette distinction. S’il avait voulu que les poteaux électriques des services publics relèvent de la compétence du CRTC, il aurait utilisé le terme « ligne de distribution ». Il ressort de l’analyse de l’art. 43 dans son ensemble que l’interprétation que le CRTC donne au par. (5) ne cadre pas avec le reste de l’article. L’expression « lignes de transmission » ne peut recevoir un sens plus large au par. (5) que dans le reste de l’article. L’absence du membre de phrase « l’entreprise canadienne ou l’entreprise de distribution » au par. (5) ne justifie pas une interprétation aussi large. Il faut aussi tenir compte de la définition d’« installation de transmission » à l’art. 2. Une installation de transmission est définie comme étant une installation servant à la transmission de « renseignements ». Les poteaux électriques des services publics ne servent pas à transmettre des renseignements. Ils servent à transmettre de l’électricité. Il faut conclure que les « lignes de transmission » dont il est question au par. 43(5) sont les mêmes que celles qui sont construites, entretenues et exploitées conformément aux par. 43(2) à (4). Elles n’englobent pas les poteaux électriques des services publics.

Le CRTC s’est à tort fondé essentiellement sur les objectifs de politique de la *Loi sur les télécommunications* et de la *Loi sur la radiodiffusion*. La prise en considération des objectifs législatifs est l’un des aspects de l’approche moderne en matière d’interprétation des lois. Cependant, le CRTC s’est fondé sur les objectifs de politique pour écarter l’intention du législateur qui ressort clairement du sens ordinaire du par. 43(5), de l’art. 43 dans son ensemble et de la Loi considérée comme un tout.

Le juge Bastarache (dissident) : La question constitutionnelle de savoir si le par. 43(5), tel qu’il est interprété par le CRTC, est *ultra vires* du Parlement a été importante devant toutes les juridictions. Le CRTC a analysé la question en détail dans ses motifs. La Cour d’appel fédérale parle de la question constitutionnelle. La Juge en chef de notre Cour certifie une question constitutionnelle. La Cour d’appel fédérale a commis

8
u
u
u
u
u

the pragmatic and functional approach suggest that the legislature intends such deference.

Construing s. 43(5) so as to allow the CRTC to permit access to the poles of provincially regulated utilities would not render the provision *ultra vires* Parliament. The CRTC therefore decided correctly that this construction of s. 43(5) is constitutionally valid.

The CRTC's interpretation of s. 43(5) stands up to scrutiny and is therefore reasonable. It is unnecessary to determine whether the CRTC's contextual approach to "public place" is correct, but it is at least reasonable. Furthermore, the CRTC's decision was supported by reasons that could stand up to a somewhat probing examination. Since the CRTC's order was reasonable, the Federal Court of Appeal erred in allowing the appeal.

Cases Cited

By Gonthier J.

Applied: *Pushpanathan v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1998] 1 S.C.R. 982; **referred to:** *Dr. Q v. College of Physicians and Surgeons of British Columbia*, [2003] 1 S.C.R. 226, 2003 SCC 19; *Canada (Deputy Minister of National Revenue) v. Mattel Canada Inc.*, [2001] 2 S.C.R. 100, 2001 SCC 36; *British Columbia Telephone Co. v. Shaw Cable Systems (B.C.) Ltd.*, [1995] 2 S.C.R. 739; *Ross v. New Brunswick School District No. 15*, [1996] 1 S.C.R. 825; *Bell ExpressVu Limited Partnership v. Rex*, [2002] 2 S.C.R. 559, 2002 SCC 42.

By Bastarache J. (dissenting)

Dr. Q v. College of Physicians and Surgeons of British Columbia, [2003] 1 S.C.R. 226, 2003 SCC 19; *Pushpanathan v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1998] 1 S.C.R. 982; *Westcoast Energy Inc. v. Canada (National Energy Board)*, [1998] 1 S.C.R. 322; *U.F.C.W., Local 1518 v. KMart Canada Ltd.*, [1999] 2 S.C.R. 1083; *Cooper v. Canada (Human Rights Commission)*, [1996] 3 S.C.R. 854; *Ross v. New Brunswick School District No. 15*, [1996] 1 S.C.R. 825; *Tétreault-Gadoury v. Canada (Employment and Immigration Commission)*, [1991] 2 S.C.R. 22; *Cuddy Chicks Ltd. v. Ontario (Labour Relations Board)*, [1991]

spécialisé, qui est à même d'apprécier les conséquences réelles pour d'autres dispositions de la loi. La nature du problème donne à penser, de prime abord, qu'il faut faire preuve d'une moins grande retenue. Il est établi, toutefois, qu'il peut convenir de faire preuve de retenue même à l'égard de pures questions de droit, si d'autres facteurs de l'analyse pragmatique et fonctionnelle semblent indiquer que cela correspond à l'intention du législateur.

Interpréter le par. 43(5) de façon à permettre au CRTC d'autoriser l'accès aux poteaux des services publics réglementés par la province ne rendrait pas cette disposition *ultra vires* du Parlement. Le CRTC a donc décidé à bon droit que cette interprétation du par. 43(5) est valide du point de vue constitutionnel.

L'interprétation que le CRTC donne au par. 43(5) résiste à un examen minutieux et est donc raisonnable. Il n'est pas nécessaire de déterminer si l'approche contextuelle adoptée par le CRTC pour l'interprétation de « lieu public » est correcte, mais elle est à tout le moins raisonnable. De plus, la décision du CRTC était étayée par des motifs capables de résister à un examen assez poussé. L'ordonnance du CRTC étant raisonnable, la Cour d'appel fédérale a commis une erreur en faisant droit à l'appel.

Jurisprudence

Citée par le juge Gonthier

Arrêt appliqué : *Pushpanathan c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1998] 1 R.C.S. 982; **arrêts mentionnés :** *Dr Q c. College of Physicians and Surgeons of British Columbia*, [2003] 1 R.C.S. 226, 2003 CSC 19; *Canada (Sous-ministre du Revenu national) c. Mattel Canada Inc.*, [2001] 2 R.C.S. 100, 2001 CSC 36; *British Columbia Telephone Co. c. Shaw Cable Systems (B.C.) Ltd.*, [1995] 2 R.C.S. 739; *Ross c. Conseil scolaire du district n° 15 du Nouveau-Brunswick*, [1996] 1 R.C.S. 825; *Bell ExpressVu Limited Partnership c. Rex*, [2002] 2 R.C.S. 559, 2002 CSC 42.

Citée par le juge Bastarache (dissident)

Dr Q c. College of Physicians and Surgeons of British Columbia, [2003] 1 R.C.S. 226, 2003 CSC 19; *Pushpanathan c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1998] 1 R.C.S. 982; *Westcoast Energy Inc. c. Canada (Office national de l'énergie)*, [1998] 1 R.C.S. 322; *T.U.A.C., section locale 1518 c. KMart Canada Ltd.*, [1999] 2 R.C.S. 1083; *Cooper c. Canada (Commission des droits de la personne)*, [1996] 3 R.C.S. 854; *Ross c. Conseil scolaire du district n° 15 du Nouveau-Brunswick*, [1996] 1 R.C.S. 825; *Tétreault-Gadoury c. Canada (Commission de l'emploi et de l'immigration)*, [1991] 2 R.C.S. 22; *Cuddy Chicks Ltd.*

2 S.C.R. 5; *Douglas/Kwantlen Faculty Assn. v. Douglas College*, [1990] 3 S.C.R. 570; *Slaight Communications Inc. v. Davidson*, [1989] 1 S.C.R. 1038; *Moreau-Bérubé v. New Brunswick (Judicial Council)*, [2002] 1 S.C.R. 249, 2002 SCC 11; *Canada (Director of Investigation and Research) v. Southam Inc.*, [1997] 1 S.C.R. 748; *Bell Canada v. Canada (Canadian Radio-television and Telecommunications Commission)*, [1989] 1 S.C.R. 1722; *British Columbia Telephone Co. v. Shaw Cable Systems (B.C.) Ltd.*, [1995] 2 S.C.R. 739; *Federation of Canadian Municipalities v. AT&T Canada Corp.*, [2002] F.C.J. No. 1777 (QL), 2002 FCA 500; *Canadian Union of Public Employees, Local 301 v. Montreal (City)*, [1997] 1 S.C.R. 793; *Royal Oak Mines Inc. v. Canada (Labour Relations Board)*, [1996] 1 S.C.R. 369; *Pezim v. British Columbia (Superintendent of Brokers)*, [1994] 2 S.C.R. 557; *Canada (Deputy Minister of National Revenue) v. Mattel Canada Inc.*, [2001] 2 S.C.R. 100, 2001 SCC 36; *National Corn Growers Assn. v. Canada (Import Tribunal)*, [1990] 2 S.C.R. 1324; *Société Radio-Canada v. Métromédia CMR Montréal Inc.* (1999), 254 N.R. 266; *Canadian Union of Public Employees, Local 963 v. New Brunswick Liquor Corp.*, [1979] 2 S.C.R. 227; *Canada (Attorney General) v. Mossop*, [1993] 1 S.C.R. 554; *U.E.S., Local 298 v. Bibeault*, [1988] 2 S.C.R. 1048; *Ivanhoe inc. v. UFCW, Local 500*, [2001] 2 S.C.R. 565, 2001 SCC 47; *Sept-Îles (City) v. Quebec (Labour Court)*, [2001] 2 S.C.R. 670, 2001 SCC 48; *Canadian Broadcasting Corp. v. Canada (Labour Relations Board)*, [1995] 1 S.C.R. 157; *Toronto Catholic District School Board v. Ontario English Catholic Teachers' Assn. (Toronto Elementary Unit)* (2001), 55 O.R. (3d) 737, leave to appeal refused, [2002] 2 S.C.R. ix; *Gould v. Yukon Order of Pioneers*, [1996] 1 S.C.R. 571; *University of British Columbia v. Berg*, [1993] 2 S.C.R. 353; *Zurich Insurance Co. v. Ontario (Human Rights Commission)*, [1992] 2 S.C.R. 321; *Bell ExpressVu Limited Partnership v. Rex*, [2002] 2 S.C.R. 559, 2002 SCC 42; *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27; *Chieu v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2002] 1 S.C.R. 84, 2002 SCC 3; *Pasiechnyk v. Saskatchewan (Workers' Compensation Board)*, [1997] 2 S.C.R. 890; *Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 2 S.C.R. 817; *Ward v. Canada (Attorney General)*, [2002] 1 S.C.R. 569, 2002 SCC 17; *Reference re Firearms Act (Can.)*, [2000] 1 S.C.R. 783, 2000 SCC 31; *Global Securities Corp. v. British Columbia (Securities Commission)*, [2000] 1 S.C.R. 494, 2000 SCC 21; *General Motors of Canada Ltd. v. City National Leasing*, [1989] 1 S.C.R. 641; *Saumur v. City of Quebec*, [1953] 2 S.C.R. 299; *R. v. Morgentaler*, [1993] 3 S.C.R. 463; *Attorney-General for Alberta v. Attorney-General for Canada*, [1939] A.C. 117; *Toronto Corporation v. Bell Telephone Co. of Canada*, [1905] A.C. 52; *Attorney-General for British Columbia v.*

c. Ontario (Commission des relations de travail), [1991] 2 R.C.S. 5; *Douglas/Kwantlen Faculty Assn. c. Douglas College*, [1990] 3 R.C.S. 570; *Slaight Communications Inc. c. Davidson*, [1989] 1 R.C.S. 1038; *Moreau-Bérubé c. Nouveau-Brunswick (Conseil de la magistrature)*, [2002] 1 R.C.S. 249, 2002 CSC 11; *Canada (Directeur des enquêtes et recherches) c. Southam Inc.*, [1997] 1 R.C.S. 748; *Bell Canada c. Canada (Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes)*, [1989] 1 R.C.S. 1722; *British Columbia Telephone Co. c. Shaw Cable Systems (B.C.) Ltd.*, [1995] 2 R.C.S. 739; *Fédération canadienne des municipalités c. AT&T Canada Corp.*, [2002] A.C.F. n° 1777 (QL), 2002 CAF 500; *Syndicat canadien de la fonction publique, section locale 301 c. Montréal (Ville)*, [1997] 1 R.C.S. 793; *Royal Oak Mines Inc. c. Canada (Conseil des relations du travail)*, [1996] 1 R.C.S. 369; *Pezim c. Colombie-Britannique (Superintendent of Brokers)*, [1994] 2 R.C.S. 557; *Canada (Sous-ministre du Revenu national) c. Mattel Canada Inc.*, [2001] 2 R.C.S. 100, 2001 CSC 36; *National Corn Growers Assn. c. Canada (Tribunal des importations)*, [1990] 2 R.C.S. 1324; *Société Radio-Canada c. Métromédia CMR Montréal Inc.*, [1999] A.C.F. n° 1637 (QL); *Syndicat canadien de la Fonction publique, section locale 963 c. Société des alcools du Nouveau-Brunswick*, [1979] 2 R.C.S. 227; *Canada (Procureur général) c. Mossop*, [1993] 1 R.C.S. 554; *U.E.S., local 298 c. Bibeault*, [1988] 2 R.C.S. 1048; *Ivanhoe inc. c. TUAC, section locale 500*, [2001] 2 R.C.S. 565, 2001 CSC 47; *Sept-Îles (Ville) c. Québec (Tribunal du travail)*, [2001] 2 R.C.S. 670, 2001 CSC 48; *Société Radio-Canada c. Canada (Conseil des relations du travail)*, [1995] 1 R.C.S. 157; *Toronto Catholic District School Board c. Ontario English Catholic Teachers' Assn. (Toronto Elementary Unit)* (2001), 55 O.R. (3d) 737, autorisation de pourvoi refusée, [2002] 2 R.C.S. ix; *Gould c. Yukon Order of Pioneers*, [1996] 1 R.C.S. 571; *Université de la Colombie-Britannique c. Berg*, [1993] 2 R.C.S. 353; *Zurich Insurance Co. c. Ontario (Commission des droits de la personne)*, [1992] 2 R.C.S. 321; *Bell ExpressVu Limited Partnership c. Rex*, [2002] 2 R.C.S. 559, 2002 CSC 42; *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27; *Chieu c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2002] 1 R.C.S. 84, 2002 CSC 3; *Pasiechnyk c. Saskatchewan (Workers' Compensation Board)*, [1997] 2 R.C.S. 890; *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817; *Ward c. Canada (Procureur général)*, [2002] 1 R.C.S. 569, 2002 CSC 17; *Renvoi relatif à la Loi sur les armes à feu (Can.)*, [2000] 1 R.C.S. 783, 2000 CSC 31; *Global Securities Corp. c. Colombie-Britannique (Securities Commission)*, [2000] 1 R.C.S. 494, 2000 CSC 21; *General Motors of Canada Ltd. c. City National Leasing*, [1989] 1 R.C.S.

Canadian Pacific Railway Co., [1906] A.C. 204; *City of Toronto v. Grand Trunk Railway Co. of Canada* (1906), 37 S.C.R. 232; *Friends of the Oldman River Society v. Canada* (Minister of Transport), [1992] 1 S.C.R. 3; *Alberta Government Telephones v. Canada* (Canadian Radio-television and Telecommunications Commission), [1989] 2 S.C.R. 225; *Law Society of New Brunswick v. Ryan*, [2003] 1 S.C.R. 247, 2003 SCC 20; *Domtar Inc. v. Quebec* (Commission d'appel en matière de lésions professionnelles), [1993] 2 S.C.R. 756; *Canada (Attorney General) v. Public Service Alliance of Canada*, [1993] 1 S.C.R. 941; *Fraser v. Public Service Staff Relations Board*, [1985] 2 S.C.R. 455; *Committee for the Equal Treatment of Asbestos Minority Shareholders v. Ontario* (Securities Commission), [2001] 2 S.C.R. 132, 2001 SCC 37; *Trinity Western University v. British Columbia College of Teachers*, [2001] 1 S.C.R. 772, 2001 SCC 31.

Statutes and Regulations Cited

Broadcasting Act, S.C. 1991, c. 11, ss. 2(1) "distribution undertaking", 3.
Canadian Radio-television and Telecommunications Commission Act, R.S.C. 1985, c. C-22, s. 3(2) [rep. & sub. 1991, c. 11, s. 76], (3) [*idem*].
Constitution Act, 1867, s. 92(10), (13).
Interpretation Act, R.S.C. 1985, c. I-21, s. 12.
Telecommunications Act, S.C. 1993, c. 38, ss. 2(1) "Canadian carrier", "transmission facility", 7, 43, 44, 45, 52(1), 64(1).

Authors Cited

Driedger, Elmer A. *Construction of Statutes*, 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1983.
 Dyzenhaus, David. "The Politics of Deference: Judicial Review and Democracy", in Michael Taggart, ed., *The Province of Administrative Law*. Oxford: Hart Publishing, 1997, 279.
 Harvison Young, Alison. "Human Rights Tribunals and the Supreme Court of Canada: Reformulating Deference" (1993), 13 Admin. L.R. (2d) 206.
 Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, vol. 1, loose-leaf ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 1992 (updated 2002, release 1).

641; *Saumur c. City of Quebec*, [1953] 2 R.C.S. 299; *R. c. Morgentaler*, [1993] 3 R.C.S. 463; *Attorney-General for Alberta c. Attorney-General for Canada*, [1939] A.C. 117; *Toronto Corporation c. Bell Telephone Co. of Canada*, [1905] A.C. 52; *Attorney-General for British Columbia c. Canadian Pacific Railway Co.*, [1906] A.C. 204; *City of Toronto c. Grand Trunk Railway Co. of Canada* (1906), 37 R.C.S. 232; *Friends of the Oldman River Society c. Canada* (Ministre des Transports), [1992] 1 R.C.S. 3; *Alberta Government Telephones c. Canada* (Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes), [1989] 2 R.C.S. 225; *Barreau du Nouveau-Brunswick c. Ryan*, [2003] 1 R.C.S. 247, 2003 CSC 20; *Domtar Inc. c. Québec* (Commission d'appel en matière de lésions professionnelles), [1993] 2 R.C.S. 756; *Canada (Procureur général) c. Alliance de la Fonction publique du Canada*, [1993] 1 R.C.S. 941; *Fraser c. Commission des relations de travail dans la Fonction publique*, [1985] 2 R.C.S. 455; *Comité pour le traitement égal des actionnaires minoritaires de la Société Asbestos ltée c. Ontario* (Commission des valeurs mobilières), [2001] 2 R.C.S. 132, 2001 CSC 37; *Université Trinity Western c. British Columbia College of Teachers*, [2001] 1 R.C.S. 772, 2001 CSC 31.

Lois et règlements cités

Loi constitutionnelle de 1867, art. 92(10), (13).
Loi d'interprétation, L.R.C. 1985, ch. I-21, art. 12.
Loi sur la radiodiffusion, L.C. 1991, ch. 11, art. 2(1) « entreprise de distribution », 3.
Loi sur le Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes, L.R.C. 1985, ch. C-22, art. 3(2) [abr. & rempl. 1991, ch. 11, art. 76], (3) [*idem*].
Loi sur les télécommunications, L.C. 1993, ch. 38, art. 2(1) « entreprise canadienne », « installation de transmission », 7, 43 [mod. 1999, ch. 31, art. 204], 44, 45 [*idem*, art. 205], 52(1), 64(1) [*idem*, art. 206].

Doctrine citée

Driedger, Elmer A. *Construction of Statutes*, 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1983.
 Dyzenhaus, David. « The Politics of Deference: Judicial Review and Democracy », in Michael Taggart, ed., *The Province of Administrative Law*. Oxford: Hart Publishing, 1997, 279.
 Harvison Young, Alison. « Human Rights Tribunals and the Supreme Court of Canada: Reformulating Deference » (1993), 13 Admin. L.R. (2d) 206.
 Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, vol. 1, loose-leaf ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 1992 (updated 2002, release 1).

Macdonald, Roderick A. "On the Administration of Statutes" (1987), 12 *Queen's L.J.* 488.

Ryder, Bruce. "Family Status, Sexuality and 'The Province of the Judiciary': The Implications of *Mossop v. A.-G. Canada*" (1993), 13 *Windsor Y.B. Access Just.* 3.

Sullivan, Ruth. *Driedger on the Construction of Statutes*, 3rd ed. Toronto: Butterworths, 1994.

APPEAL from a judgment of the Federal Court of Appeal, [2001] 4 F.C. 237, 202 D.L.R. (4th) 272, 273 N.R. 291, [2001] F.C.J. No. 1150 (QL), 2001 FCA 236, setting aside the Telecom Decision CRTC 99-13. Appeal dismissed, Bastarache J. dissenting.

Neil Finkelstein and Catherine Beagan Flood, for the appellant.

Alan Mark and Peter Ruby, for the respondents.

*Brian J. Saunders and Peter Southey, for the
intervener the Attorney General of Canada.*

Michel Y. Hélie, for the intervener the Attorney General of Ontario.

Alain Gingras, for the intervener the Attorney General of Quebec.

Gaétan Migneault, for the intervener the Attorney General of New Brunswick.

Cynthia Devine, for the intervener the Attorney General of Manitoba.

Nancy E. Brown, for the intervener the Attorney General of British Columbia.

Robert G. Richards, Q.C., for the intervener the Attorney General for Saskatchewan.

Roderick S. Wiltshire, for the intervener the Attorney General of Alberta.

Written submissions only by *Robert G. Richards, Q.C.*, for the intervener the Saskatchewan Power Corporation.

Written submissions only by *Christian S. Tacit*,
for the intervener the Federation of Canadian
Municipalities.

Macdonald, Roderick A. « On the Administration of Statutes » (1987), 12 *Queen's L.J.* 488.

Ryder, Bruce. « Le statut familial, la sexualité et "le domaine de la magistrature", les suites de *Mossop* c. l'A.-G. du Canada » (1993), 13 *Windsor Y.B. Access Just.* 3.

Sullivan, Ruth. *Driedger on the Construction of Statutes*, 3rd ed. Toronto : Butterworths, 1994.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel fédérale, [2001] 4 C.F. 237, 202 D.L.R. (4th) 272, 273 N.R. 291, [2001] A.C.F. n° 1150 (QL), 2001 CAF 236, qui a infirmé la décision Télécom CRTC 99-13. Pourvoi rejeté, le juge Bastarache est dissident.

Neil Finkelstein et Catherine Beagan Flood, pour l'appelante.

Alan Mark et Peter Ruby, pour les intimes.

Brian J. Saunders et Peter Southey, pour l'intervenant le procureur général du Canada.

Michel Y. Hélie, pour l'intervenant le procureur général de l'Ontario.

Alain Gingras, pour l'intervenant le procureur
général du Québec.

Gaétan Migneault, pour l'intervenant le procureur général du Nouveau-Brunswick.

Cynthia Devine, pour l'intervenant le procureur
général du Manitoba.

Nancy E. Brown, pour l'intervenant le procureur général de la Colombie-Britannique.

Robert G. Richards, c.r., pour l'intervenant le procureur général de la Saskatchewan.

Roderick S. Wiltshire, pour l'intervenant le procureur général de l'Alberta.

Argumentation écrite seulement par *Robert G. Richards, c.r.*, pour l'intervenante Saskatchewan Power Corporation.

Argumentation écrite seulement par *Christian S. Tacit*, pour l'intervenante la Fédération canadienne des municipalités.

Written submissions only by *Seumas Woods* and *Charlotte Kanya-Forstner*, for the intervener GT Group Telecom Services Corp.

Written submissions only by *Thomas G. Heintzman, Q.C.*, *Susan L. Gratton* and *Genevieve Currie*, for the interveners Aliant Telecom Inc., AT & T Canada, Bell Canada, Bell West Inc., MTS Communications Inc. and TELUS Communications Inc.

The judgment of McLachlin C.J. and Gonthier, Major, Arbour, LeBel and Deschamps JJ. was delivered by

1 GONTHIER J. — The appellant, Canadian Cable Television Association (“CCTA”), seeks access to the power poles of the respondent power utilities (“Utilities”) for the purpose of supporting cable television transmission lines. In the past, the CCTA’s members have rented space from the Utilities under private contract. Since 1996, however, the parties have been unable to reach agreement. The CCTA sought and obtained an order from the Canadian Radio-television and Telecommunications Commission (“CRTC”) requiring the Utilities to grant it access to their power poles on terms stipulated by the CRTC. The Utilities successfully appealed this order before the Federal Court of Appeal. The CCTA now appeals that decision.

2 The CRTC purported to make its order against the Utilities pursuant to s. 43(5) of the *Telecommunications Act*, S.C. 1993, c. 38 (“Act”). The Federal Court of Appeal held that s. 43(5), properly interpreted, does not give the CRTC jurisdiction over the power poles of provincially regulated electric power companies such as the Utilities. I agree with this finding and would dismiss the appeal.

3 I. Facts

The members of the CCTA provide cable television services throughout Canada by means of cable transmission lines. In Ontario, these transmission lines are commonly carried on telephone and power

Argumentation écrite seulement par *Seumas Woods* et *Charlotte Kanya-Forstner*, pour l’intervenant GT Group Telecom Services Corp.

Argumentation écrite seulement par *Thomas G. Heintzman, c.r.*, *Susan L. Gratton* et *Genevieve Currie*, pour les intervenantes Aliant Telecom Inc., AT & T Canada, Bell Canada, Bell West Inc., MTS Communications Inc. et TELUS Communications Inc.

Version française du jugement de la juge en chef McLachlin et des juges Gonthier, Major, Arbour, LeBel et Deschamps rendu par

LE JUGE GONTHIER — L’appelante, l’Association canadienne de télévision par câble (« ACTC »), demande l’accès aux poteaux électriques des services publics d’électricité intimés (« Services publics ») afin d’y installer ses lignes de transmission. Par le passé, les membres de l’ACTC ont loué de l’espace aux Services publics par contrat privé. Depuis 1996, toutefois, les parties n’ont pas réussi à parvenir à une entente. L’ACTC a sollicité et obtenu une ordonnance du Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes (« CRTC ») enjoignant aux Services publics de lui donner accès à leurs poteaux aux conditions fixées par le CRTC. Les Services publics ont avec succès interjeté appel de cette ordonnance devant la Cour d’appel fédérale. L’ACTC se pourvoit maintenant contre l’arrêt de la Cour d’appel fédérale.

Le CRTC a affirmé avoir rendu son ordonnance contre les Services publics en application du par. 43(5) de la *Loi sur les télécommunications*, L.C. 1993, ch. 38 (« Loi »). La Cour d’appel fédérale a conclu que le par. 43(5), correctement interprété, ne confère pas au CRTC la compétence voulue en ce qui concerne les poteaux d’entreprises d’électricité réglementées par la province, comme les Services publics. Je souscris à cette conclusion et je suis d’avis de rejeter le pourvoi.

I. Les faits

Les membres de l’ACTC fournissent des services de câblodistribution partout au Canada au moyen de lignes de transmission par câble. En Ontario, les poteaux téléphoniques et électriques servent

56666

poles. The CCTA claims to use over 300 000 power poles for this purpose in Ontario alone. By renting space on the poles of other providers, the CCTA avoids the expense, inconvenience and duplication of erecting its own poles.

The Utilities are provincially regulated electric power providers. The power poles by which they and other power utilities distribute electricity are a familiar sight throughout the country. In Ontario, the Utilities' poles are erected on both public and private property. It is not disputed that the Utilities are subject to the legislative jurisdiction of the Province of Ontario.

In 1996 the parties began negotiating a new rental agreement to replace the one that would soon expire. The Utilities demanded an increase in the rental rate from \$10.42 to \$40.92 per pole. The CCTA refused and the existing rental agreement expired. On February 13, 1997, the CCTA applied to the CRTC for final and interim relief.

II. Procedural History

The CRTC issued Telecom Decision CRTC 99-13 on September 28, 1999. It found that s. 43(5) of the Act granted it authority over the Utilities' power poles. In particular, the CRTC found that the phrase "the supporting structure of a transmission line", read in context and in the light of telecommunications and broadcasting policy objectives, was broad enough to include the Utilities' power poles. It ordered the Utilities to grant the CCTA access to their power poles at the annual rate of \$15.89 per pole.

The Federal Court of Appeal granted leave to appeal the CRTC's decision under s. 64(1) of the Act. Rothstein J.A. for the court allowed the appeal. He found that the CRTC's decision was reviewable on a correctness standard. He agreed with the CCTA that "the supporting structure of a

généralement de support à ces lignes de transmission. L'ACTC prétend qu'elle utilise plus de 300 000 poteaux électriques à cette fin rien qu'en Ontario. En louant de l'espace sur les poteaux d'autres fournisseurs, l'ACTC évite les dépenses, les inconvénients et le double emploi qu'entraînerait l'installation de ses propres poteaux.

Les Services publics sont des fournisseurs d'électricité réglementés par la province. Les poteaux servant à la distribution d'électricité font partie du paysage canadien. En Ontario, les poteaux des Services publics sont installés tant sur des terrains publics que sur des terrains privés. Il n'est pas contesté que les Services publics relèvent de la compétence de l'Ontario.

En 1996, les parties ont commencé à négocier un nouveau contrat de location pour remplacer celui qui devait expirer sous peu. Les Services publics ont exigé une augmentation du tarif de location, le faisant passer de 10,42 \$ à 40,92 \$ par poteau. L'ACTC a refusé et le contrat de location est expiré. Le 13 février 1997, l'ACTC a demandé au CRTC un redressement définitif et un redressement provisoire.

II. Historique des procédures judiciaires

Le CRTC a rendu la décision Télécom CRTC 99-13 le 28 septembre 1999. Il a conclu que le par. 43(5) de la Loi lui conférait la compétence voulue en ce qui concerne les poteaux électriques des Services publics. En particulier, il a conclu que le membre de phrase « la structure de soutien d'une ligne de transmission », interprété dans son contexte et selon les objectifs de la politique de télécommunication et de la politique de radiodiffusion, avait un sens suffisamment large pour englober les poteaux électriques des Services publics. Il a donc ordonné aux Services publics de donner à l'ACTC l'accès à leurs poteaux électriques au tarif annuel de 15,89 \$ par poteau.

La Cour d'appel fédérale a accordé l'autorisation d'interjeter appel de la décision du CRTC, en application du par. 64(1) de la Loi. Au nom de la cour, le juge Rothstein a accueilli l'appel. Il a conclu que la décision du CRTC était susceptible de contrôle au regard de la norme de la décision correcte.

4

5

6

7

960006

transmission line”, read literally and in isolation, was capable of bearing a broad enough meaning to include power poles. Read in the context of the section as a whole, however, such an interpretation was inconsistent and unworkable. Rothstein J.A. rejected the CRTC’s reliance on policy objectives to inform its interpretation of s. 43(5), observing that the policies themselves do not confer jurisdiction on the CRTC and cannot be used as a basis for exercising a power the Act does not grant it.

III. Relevant Statutory Provisions

8

Telecommunications Act, S.C. 1993, c. 38

2. (1) In this Act,

. . . .

“Canadian carrier” means a telecommunications common carrier that is subject to the legislative authority of Parliament;

. . . .

“transmission facility” means any wire, cable, radio, optical or other electromagnetic system, or any similar technical system, for the transmission of intelligence between network termination points, but does not include any exempt transmission apparatus.

43. (1) In this section and section 44, “distribution undertaking” has the same meaning as in subsection 2(1) of the *Broadcasting Act*.

(2) Subject to subsections (3) and (4) and section 44, a Canadian carrier or distribution undertaking may enter on and break up any highway or other public place for the purpose of constructing, maintaining or operating its transmission lines and may remain there for as long as is necessary for that purpose, but shall not unduly interfere with the public use and enjoyment of the highway or other public place.

(3) No Canadian carrier or distribution undertaking shall construct a transmission line on, over, under or along a highway or other public place without the consent of the municipality or other public authority having jurisdiction over the highway or other public place.

Il a convenu avec l’ACTC que le membre de phrase « la structure de soutien d’une ligne de transmission », interprété littéralement et isolément, pouvait avoir un sens suffisamment large pour englober les poteaux électriques. Toutefois, dans le contexte de l’article pris dans son ensemble, une telle interprétation était illogique et irréalisable. Le juge Rothstein a estimé que le CRTC n’aurait pas dû se fonder sur les objectifs des politiques pour l’interprétation du par. 43(5), soulignant que les politiques elles-mêmes ne confèrent pas la compétence voulue au CRTC et qu’elles ne peuvent pas servir à fonder l’exercice d’un pouvoir que la Loi ne lui confère pas.

III. Les dispositions législatives pertinentes

Loi sur les télécommunications, L.C. 1993, ch. 38

2. (1) Les définitions qui suivent s’appliquent à la présente loi.

. . . .

« entreprise canadienne » Entreprise de télécommunication qui relève de la compétence fédérale.

. . . .

« installation de transmission » Tout système électromagnétique — notamment fil, câble ou système radio ou optique — ou tout autre procédé technique pour la transmission d’information entre des points d’arrivée du réseau, à l’exception des appareils de transmission exclus.

43. (1) Au présent article et à l’article 44, « entreprise de distribution » s’entend au sens du paragraphe 2(1) de la *Loi sur la radiodiffusion*.

(2) Sous réserve des paragraphes (3) et (4) et de l’article 44, l’entreprise canadienne et l’entreprise de distribution ont accès à toute voie publique ou tout autre lieu public pour la construction, l’exploitation ou l’entretien de leurs lignes de transmission, et peuvent y procéder à des travaux, notamment de creusage, et y demeurer pour la durée nécessaire à ces fins; elles doivent cependant dans tous les cas veiller à éviter toute entrave abusive à la jouissance des lieux par le public.

(3) Il est interdit à l’entreprise canadienne et à l’entreprise de distribution de construire des lignes de transmission sur une voie publique ou dans tout autre lieu public — ou au-dessus, au-dessous ou aux abords de ceux-ci — sans l’agrément de l’administration municipale ou autre administration publique compétente.

000087

(4) Where a Canadian carrier or distribution undertaking cannot, on terms acceptable to it, obtain the consent of the municipality or other public authority to construct a transmission line, the carrier or distribution undertaking may apply to the Commission for permission to construct it and the Commission may, having due regard to the use and enjoyment of the highway or other public place by others, grant the permission subject to any conditions that the Commission determines.

(5) Where a person who provides services to the public cannot, on terms acceptable to that person, gain access to the supporting structure of a transmission line constructed on a highway or other public place, that person may apply to the Commission for a right of access to the supporting structure for the purpose of providing such services and the Commission may grant the permission subject to any conditions that the Commission determines.

45. On application by a municipality or other public authority, or by an owner of land, the Commission may authorize the construction of drainage works or the laying of utility pipes on, over, under or along a transmission line of a Canadian carrier or any lands used for the purposes of a transmission line, subject to any conditions that the Commission determines.

64. (1) An appeal from a decision of the Commission on any question of law or of jurisdiction may be brought in the Federal Court of Appeal with the leave of that Court.

Broadcasting Act, S.C. 1991, c. 11

2. (1) In this Act,

“distribution undertaking” means an undertaking for the reception of broadcasting and the retransmission thereof by radio waves or other means of telecommunication to more than one permanent or temporary residence or dwelling unit or to another such undertaking;

IV. Analysis

A. *Standard of Review*

I agree with the Federal Court of Appeal that correctness is the appropriate standard of review in this case.

(4) Dans le cas où l'administration leur refuse l'agrément ou leur impose des conditions qui leur sont inacceptables, l'entreprise canadienne ou l'entreprise de distribution peuvent demander au Conseil l'autorisation de construire les lignes projetées; celui-ci peut, compte tenu de la jouissance que d'autres ont des lieux, assortir l'autorisation des conditions qu'il juge indiquées.

(5) Lorsqu'il ne peut, à des conditions qui lui sont acceptables, avoir accès à la structure de soutien d'une ligne de transmission construite sur une voie publique ou un autre lieu public, le fournisseur de services au public peut demander au Conseil le droit d'y accéder en vue de la fourniture de ces services; le Conseil peut assortir l'autorisation des conditions qu'il juge indiquées.

45. Sur demande d'une administration municipale ou de toute autre administration publique, ou du propriétaire d'un terrain, le Conseil peut permettre, aux conditions qu'il estime indiquées, des travaux de drainage ou de canalisation sur le terrain servant aux lignes de transmission d'une entreprise canadienne ou les terrains servant à leur exploitation, ou au-dessus, au-dessous ou aux abords de ces terrains.

64. (1) Avec son autorisation, il peut être interjeté appel devant la Cour d'appel fédérale, sur des questions de droit ou de compétence, des décisions du Conseil.

Loi sur la radiodiffusion, L.C. 1991, ch. 11

2. (1) Les définitions qui suivent s'appliquent à la présente loi.

« entreprise de distribution » Entreprise de réception de radiodiffusion pour retransmission, à l'aide d'ondes radioélectriques ou d'un autre moyen de télécommunication, en vue de sa réception dans plusieurs résidences permanentes ou temporaires ou locaux d'habitation, ou en vue de sa réception par une autre entreprise semblable.

IV. Analyse

A. *Norme de contrôle*

Je conviens avec la Cour d'appel fédérale que la norme de contrôle à appliquer en l'espèce est celle de la décision correcte.

that the reviewing court owes the CRTC deference on the specific terms of an order and therefore the standard of review of the specific terms of the decision in question is reasonableness *simpliciter*.

The standard of review for the CRTC's interpretation of s. 43(5) is also reasonableness *simpliciter*. While a statutory right of appeal suggests a more searching standard of review and militates against deference, it is necessary to consider the other factors before making the final determination of the degree of deference. Expertise is the most important of the factors that a court must consider in settling on a standard of review. Expertise is to be understood as a relative, not an absolute concept. The court is perhaps better positioned than the CRTC to interpret general legal terms of wide usage; however, the CRTC will have greater expertise *vis-à-vis* the reviewing court for technical and policy-related matters, including determination of legal questions associated with the specialized statutes enabling the CRTC. The meaning of "the supporting structure of a transmission line" is a technical question best answered by the specialized agency in whose enabling legislation it arises. When its enabling legislation is in issue, a specialized agency will be better equipped than a court to interpret words in their entire context in harmony with the Act, the object of the Act, and the intention of Parliament. On even a purely legal question within its expertise, the CRTC is owed deference. The CRTC would have been significantly better positioned than the court to assess the alternatives and the consequences for the broader scheme of each possible interpretation of s. 43(5). If knowledge of all the technical meanings of terms such as "transmission" and the factual situation of poles are relevant, the issue appears no longer to be a pure question of statutory interpretation. Instead, it is one deeply enmeshed in the context and the domain of the CRTC's expertise. Therefore, determining the definition of "the supporting structure of a transmission line" falls squarely within the CRTC's expertise. The purpose of the Act as a whole and the provision in particular also suggest substantial deference. The purpose of s. 43(5), as evident from its inclusion with the other subsections of s. 43, is clearly to provide an alternative to the construction of new structures on public land. This suggests deference to the extent that the question is one best answered by the expert tribunal in appreciation of the real-life consequences for other provisions in the statute. The nature of the problem suggests, at first blush, less deference. It is established, however, that even pure questions of law may be granted deference where other factors of

particulier de la décision. Il s'agit ici d'une question mixte de droit et de fait. Il est incontesté que la cour de révision doit faire preuve de retenue à l'égard du contenu particulier des ordonnances du CRTC et que la norme de contrôle applicable au contenu particulier de la décision est donc fondée sur la décision raisonnable *simpliciter*.

La norme de contrôle applicable à l'interprétation donnée par le CRTC au par. 43(5) est donc aussi fondée sur la décision raisonnable *simpliciter*. Bien que la présence d'une clause autorisant les appels donne à penser qu'une norme de contrôle plus stricte s'applique et milite contre la retenue judiciaire, il est nécessaire de prendre en considération les autres facteurs applicables avant de rendre une décision définitive quant au degré de retenue nécessaire. L'expertise est le facteur le plus important qu'une cour doit examiner pour arrêter la norme de contrôle applicable. L'expertise est une notion relative et non absolue. La cour est peut-être mieux placée que le CRTC pour interpréter des termes juridiques généraux d'usage courant. Toutefois, le CRTC aura une plus grande expertise que la cour de révision pour des questions techniques et des questions de politique, notamment des questions de droit se rapportant aux lois spécialisées qui l'habilitent. Le sens de l'expression « la structure de soutien d'une ligne de transmission » est une question technique et c'est l'organisme spécialisé dont la loi habilitante fait état de cette question qui est le mieux placé pour y répondre. Lorsque sa loi habilitante est en cause, l'organisme spécialisé sera plus qualifié que la cour pour interpréter les termes dans leur contexte global en leur donnant un sens qui s'harmonise avec l'esprit de la loi, l'objet de la loi et l'intention du législateur. Il faut faire preuve de retenue à l'égard des décisions du CRTC même sur des questions purement de droit relevant de son expertise. Le CRTC aurait été beaucoup mieux placé que la cour pour évaluer les autres interprétations possibles du par. 43(5) et les conséquences de chacune d'elles. Si la connaissance de tous les sens techniques de termes comme « transmission » et la situation de fait des poteaux sont pertinentes, il ne s'agit plus d'une pure question d'interprétation législative. Il s'agit plutôt d'une question très embrouillée dans le contexte et le domaine d'expertise du CRTC. Par conséquent, déterminer le sens de l'expression « la structure de soutien d'une ligne de transmission » relève directement du champ d'expertise du CRTC. L'objet de la Loi dans son ensemble et celui de la disposition en particulier indiquent qu'il faut faire preuve d'une grande retenue. L'objet du par. 43(5), qui ressort de son inclusion dans l'art. 43, est clairement de fournir une solution de rechange à la construction de nouvelles structures sur des terrains publics. Cela indique qu'il faut faire preuve de retenue dans la mesure où le décideur le mieux placé pour répondre à cette question est le tribunal

question from the statutory interpretation question. Judicial review of the CRTC's order requires a separation of that decision into two main questions. One is the constitutional question, which is whether any interpretation argued for s. 43(5) of the Act would make that provision *ultra vires* Parliament. The other is the more general question of the CRTC's interpretation of s. 43(5) and exercise of its power in issuing its decision. Combining a constitutional question and a statutory interpretation question may skew the standard of review for an agency's decision. In addition, where a constitutional question is raised, reviewing the agency's ordinary statutory interpretation without isolating the constitutional question can limit the agency's ability to give the legislation at issue the full import intended by the legislature. The Federal Court of Appeal did not rule on the constitutionality of the CRTC's interpretation of s. 43(5), but was clearly concerned by the possibility that it might be *ultra vires*. This concern was erroneous. According to the doctrine of the presumption of constitutionality, a statute should be presumed constitutional unless proven unconstitutional. Where a statute is ambiguous and more than one construction is possible, the presumption of constitutionality does not empower a decision maker to reject a plausible construction on the basis that it may be unconstitutional or that its unconstitutionality has been merely alleged. Before rejecting the CRTC's interpretation of s. 43(5), the Federal Court of Appeal should have ruled on the constitutional question.

It is settled law that application of the pragmatic and functional approach to a question of constitutional law will yield a correctness standard and therefore the CRTC's constitutional determination is reviewable on that standard. However, in the present appeal, the main question was the appropriateness of the CRTC's access order issued under s. 43(5). The constitutional question was raised only as an attack on the CRTC's order. If the allegation the provision is unconstitutional is meritless, the constitutional question should not serve nevertheless to dictate the level of scrutiny by the court reviewing the administrative decision.

Review of the administrative decision itself consists of two questions. The first is the CRTC's interpretation of s. 43(5). This is a question of law. The second is the appropriateness of the specific terms of the decision, which is a question of mixed law and fact. It is uncontroversial

une erreur en ne séparant pas la question constitutionnelle de la question d'interprétation des lois. Le contrôle judiciaire de l'ordonnance du CRTC comporte l'examen de deux questions principales. La première est la question constitutionnelle, qui consiste à se demander si une des interprétations avancées à l'égard du par. 43(5) de la Loi rendrait cette disposition *ultra vires* du Parlement. La deuxième est la question plus générale de l'interprétation du par. 43(5) par le CRTC et de l'exercice qu'il a fait de son pouvoir lorsqu'il a rendu la décision. La combinaison d'une question constitutionnelle et d'une question d'interprétation des lois risque de fausser la norme de contrôle applicable à la décision d'un organisme. De plus, lorsqu'une question constitutionnelle est soulevée, contrôler l'interprétation législative ordinaire de l'organisme sans isoler la question constitutionnelle peut restreindre la capacité de l'organisme de donner à la loi en cause toute la portée que voulait lui donner le législateur. La Cour d'appel fédérale n'a pas statué sur la constitutionnalité de l'interprétation que le CRTC donne au par. 43(5), mais se demande manifestement si elle rend cette disposition *ultra vires*. Cette crainte est non fondée. Selon le principe d'interprétation de la présomption de constitutionnalité, il faut présumer qu'une loi est constitutionnelle sauf preuve contraire. Lorsqu'une loi est ambiguë et qu'il y a plusieurs interprétations possibles, la présomption de constitutionnalité ne donne pas au décideur le pouvoir de rejeter une interprétation plausible au motif qu'elle peut être inconstitutionnelle ou que son inconstitutionnalité est simplement alléguée. Avant de rejeter l'interprétation donnée par le CRTC au par. 43(5), la Cour d'appel fédérale aurait dû statuer sur la question constitutionnelle.

Il est bien établi en droit que l'application de la démarche pragmatique et fonctionnelle à une question de droit constitutionnel mène à l'application de la norme de la décision correcte. La décision d'ordre constitutionnel du CRTC est donc susceptible de contrôle au regard de cette norme. Cependant, en l'espèce, la question principale porte sur l'opportunité de l'ordonnance d'accès que le CRTC a prise en application du par. 43(5). La question constitutionnelle n'a été soulevée que comme moyen de contestation de l'ordonnance du CRTC. Si l'allégation que cette disposition est inconstitutionnelle est sans fondement, elle ne devrait pas servir à dicter la norme que la cour chargée de contrôler la décision administrative doit appliquer.

Le contrôle de la décision administrative elle-même comporte l'examen de deux questions. La première question porte sur l'interprétation donnée par le CRTC au par. 43(5). Il s'agit d'une question de droit. La deuxième question porte sur le bien-fondé du contenu

10

As is well known, Canadian courts take a pragmatic and functional approach to the review of administrative decisions. The leading statement on determining the applicable standard of review within the pragmatic and functional approach is found in the reasons of Bastarache J. in *Pushpanathan v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1998] 1 S.C.R. 982; see also *Dr. Q v. College of Physicians and Surgeons of British Columbia*, [2003] 1 S.C.R. 226, 2003 SCC 19. Bastarache J. identified four factors to be taken into account: (1) the presence or absence of a privative clause or statutory right of appeal; (2) the expertise of the tribunal relative to that of the reviewing judge on the issue in question; (3) the purposes of the legislation and the provision in particular; and (4) the nature of the problem.

(1) Privative Clauses and Statutory Rights of Appeal

11

Section 64(1) of the Act grants a right of appeal in the following terms:

An appeal from a decision of the Commission on any question of law or of jurisdiction may be brought in the Federal Court of Appeal with the leave of that Court.

While the presence of a statutory right of appeal is not decisive of a correctness standard (*Canada (Deputy Minister of National Revenue) v. Mattel Canada Inc.*, [2001] 2 S.C.R. 100, 2001 SCC 36, at para. 27), it is a factor suggesting a more searching standard of review (*Pushpanathan*, *supra*, at para. 30).

(2) Relative Expertise

12

The proper concern of the reviewing court is not the expertise of the decision maker in general, but its expertise relative to that of the court itself *vis-à-vis* the particular issue (*Pushpanathan*, at para. 33). The reviewing court must also bear in mind that in determining the standard of review, the focus of the inquiry is on the particular provision being invoked and interpreted by the tribunal; some provisions within the same Act may require greater curial deference than others (*Pushpanathan*, at para. 28).

Il est bien connu que les cours de justice canadiennes adoptent une démarche pragmatique et fonctionnelle pour le contrôle des décisions administratives. L'énoncé de principe sur la détermination de la norme de contrôle à appliquer dans le cadre de la démarche pragmatique et fonctionnelle est exposé par le juge Bastarache dans *Pushpanathan c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1998] 1 R.C.S. 982; voir également *Dr Q c. College of Physicians and Surgeons of British Columbia*, [2003] 1 R.C.S. 226, 2003 CSC 19. Selon le juge Bastarache, il faut prendre quatre facteurs en considération : (1) la présence ou l'absence dans la loi d'une clause privative ou d'un droit d'appel; (2) l'expertise du tribunal par rapport à celle du juge de révision sur la question en litige; (3) les objets de la loi dans son ensemble et de la disposition en cause et (4) la nature du problème.

(1) Clauses privatives et droits d'appel prévus par la loi

Le paragraphe 64(1) de la Loi énonce ainsi le droit d'appel :

Avec son autorisation, il peut être interjeté appel devant la Cour d'appel fédérale, sur des questions de droit ou de compétence, des décisions du Conseil.

Bien que la présence d'un droit d'appel dans la loi ne permette pas de conclure que la norme à appliquer est celle de la décision correcte (*Canada (Sous-ministre du Revenu national) c. Mattel Canada Inc.*, [2001] 2 R.C.S. 100, 2001 CSC 36, par. 27), c'est un facteur qui indique qu'une norme plus stricte s'impose (*Pushpanathan*, précité, par. 30).

(2) Expertise relative

La cour de révision doit examiner non pas l'expertise du décideur de façon générale, mais bien son expertise par rapport à celle de la cour elle-même en ce qui concerne la question en cause (*Pushpanathan*, par. 33). Elle doit également se rappeler que, dans la détermination de la norme de contrôle, l'accent est mis sur la disposition particulière invoquée et interprétée par le tribunal; certaines dispositions d'une même loi peuvent exiger plus de retenue que d'autres (*Pushpanathan*, par. 28).

681000

These points are illustrated by L'Heureux-Dubé J.'s discussion of the standard of review in *British Columbia Telephone Co. v. Shaw Cable Systems (B.C.) Ltd.*, [1995] 2 S.C.R. 739. There, L'Heureux-Dubé J. aptly described the CRTC as "a specialized administrative tribunal . . . which possesses considerable expertise over the subject matter of its jurisdiction" yet found that it was reviewable on a correctness standard "as regards jurisdictional questions and questions of law outside the CRTC's area of expertise" (paras. 30-31). To ascertain the CRTC's relative expertise for the purpose of this appeal, I must consider the particular provision at issue and the nature of the CRTC's expertise.

The provision at issue is s. 43(5). More particularly, the question before the Court in this appeal is whether the phrase "the supporting structure of a transmission line" in s. 43(5) includes the Utilities' power poles. This phrase has no technical meaning beyond the ken of a reviewing court. Indeed, it appears to have no stand-alone meaning at all, but only the meaning given to it by the Act itself. In short, we are faced with a question of statutory interpretation.

The CRTC's expertise lies in the regulation and supervision of Canadian broadcasting and telecommunications. In particular, the CRTC is charged with the implementation of Canada's telecommunications policy as enunciated in s. 7 of the Act.

Deference to the decision maker is called for only when it is in some way more expert than the court and the question under consideration is one that falls within the scope of its greater expertise (*Dr. Q*, at para. 28). In my view, this is not such a case. The proper interpretation of the phrase "the supporting structure of a transmission line" in s. 43(5) is not a question that engages the CRTC's special expertise in the regulation and supervision of Canadian broadcasting and telecommunications. This is not a question of telecommunications policy, or one which requires an understanding of technical language. Rather, it is a purely legal question and is therefore,

La juge L'Heureux-Dubé a illustré ces points lors de l'examen de la norme de contrôle dans *British Columbia Telephone Co. c. Shaw Cable Systems (B.C.) Ltd.*, [1995] 2 R.C.S. 739. Dans cet arrêt, la juge L'Heureux-Dubé a décrit avec justesse le CRTC comme étant un « tribunal administratif spécialisé [. . .] [qui] possède une vaste expertise dans son domaine de compétence », mais elle a conclu que les décisions du CRTC étaient susceptibles de contrôle selon la norme de la décision correcte « en ce qui concerne les questions de compétence et les questions de droit étrangères à l'expertise du CRTC » (par. 30-31). Pour établir l'expertise relative du CRTC dans le cadre du présent pourvoi, je dois examiner la disposition en cause et la nature de l'expertise du CRTC.

La disposition en cause est le par. 43(5). Plus particulièrement, il s'agit de savoir en l'espèce si le membre de phrase « la structure de soutien d'une ligne de transmission » au par. 43(5) englobe les poteaux électriques des Services publics. Ces termes n'ont aucun sens technique hors de la portée de la cour de révision. En fait, ils paraissent n'avoir aucun sens distinct, mais seulement celui que leur donne la Loi. En bref, la Cour est saisie d'une question d'interprétation législative.

L'expertise du CRTC réside dans la réglementation et la supervision de la radiodiffusion et des télécommunications au Canada. Notamment, le CRTC est chargé de la mise en œuvre de la politique canadienne de télécommunication énoncée à l'art. 7 de la Loi.

La cour de révision doit faire preuve de retenue uniquement lorsque l'organisme décisionnel possède, de quelque façon, une plus grande expertise qu'elle et que la question visée relève de cette plus grande expertise (*Dr Q*, par. 28). À mon avis, ce n'est pas le cas en l'espèce. L'interprétation qu'il convient de donner au membre de phrase « la structure de soutien d'une ligne de transmission » au par. 43(5) n'est pas une question faisant appel à l'expertise particulière du CRTC en matière de réglementation et de supervision de la radiodiffusion et des télécommunications au Canada. Il ne s'agit pas non plus d'une question de politique de

13

14

15

16

000090

in the words of La Forest J., “ultimately within the province of the judiciary” (*Ross v. New Brunswick School District No. 15*, [1996] 1 S.C.R. 825, at para. 28). This Court’s expertise in matters of pure statutory interpretation is superior to that of the CRTC. This factor suggests a less deferential approach.

(3) Purposes of the Legislation and Provision

17

Much of the CRTC’s work involves the elaboration and implementation of telecommunications policy. I consider the policy objectives of the Act below. I note, however, that this policy function is much less in evidence in s. 43(5) than elsewhere in the Act. Rather, s. 43(5) accords the CRTC the essentially adjudicative role of considering applications from, and providing redress to, public service providers who cannot gain access to the supporting structure of a transmission line on terms acceptable to them. The proper interpretation of s. 43(5) at issue in this case is not a “polycentric” question. It is a question of whether s. 43(5), properly construed, gives the CRTC jurisdiction to hear the parties’ dispute. Again, this factor points to a less deferential standard of review.

(4) Nature of the Problem

18

As I noted in my consideration of relative expertise, above, the problem before us is a purely legal one: what did Parliament intend by the phrase “the supporting structure of a transmission line”? This is a question of general importance to the telecommunications and electricity industries. I note Bastarache J.’s observation in *Pushpanathan* (at para. 37) that even pure questions of law may be granted a wide degree of deference where other factors suggest the legislature so intended. That is not the case here.

télécommunication ou d’une question qui exige la compréhension de termes techniques. Il s’agit plutôt d’une question purement de droit, qui relève donc, pour reprendre les propos du juge La Forest, « en dernière analyse de la compétence des cours de justice » (*Ross c. Conseil scolaire du district n° 15 du Nouveau-Brunswick*, [1996] 1 R.C.S. 825, par. 28). L’expertise de la Cour sur les questions d’interprétation législative pure est supérieure à celle du CRTC. Ce facteur implique une norme de retenue moins élevée.

(3) Objets de la loi et de la disposition en cause

Une bonne partie du travail du CRTC consiste à élaborer et à mettre en œuvre une politique de télécommunication. J’examinerai plus loin les objectifs de politique de la Loi. Je note toutefois que cette fonction de politique ressort beaucoup moins au par. 43(5) qu’ailleurs dans la Loi. Le paragraphe 43(5) confère plutôt au CRTC la fonction essentiellement juridictionnelle d’examiner les demandes des fournisseurs de services au public ne pouvant pas avoir accès à la structure de soutien d’une ligne de transmission à des conditions qui leur sont acceptables et de leur accorder un redressement. L’interprétation à donner au par. 43(5), qui est en cause en l’espèce, n’est pas une question « polycentrique ». Il s’agit de se demander si le par. 43(5), correctement interprété, confère au CRTC la compétence voulue pour connaître du litige des parties. Encore une fois, ce facteur indique une norme de retenue moins élevée.

(4) Nature du problème

Comme je l’ai mentionné au sujet de l’expertise relative, la question dont la Cour est saisie est une question purement de droit : que voulait dire « la structure de soutien d’une ligne de transmission » pour le législateur? Il s’agit là d’une question d’une importance générale pour les secteurs de l’électricité et des télécommunications. Je souligne l’observation du juge Bastarache dans *Pushpanathan* (au par. 37), selon laquelle il peut convenir de faire preuve d’un degré élevé de retenue même à l’égard de questions purement de droit, si d’autres facteurs semblent indiquer que cela correspond à l’intention du législateur. Ce n’est pas le cas en l’espèce.

000091

Applying the pragmatic and functional approach to the circumstances of this appeal, I conclude that all four factors point to a correctness standard of review. This is therefore not a case calling for deference to the decision of the CRTC on this issue.

B. *The Meaning of Section 43(5)*

(1) The Modern Approach

The starting point for statutory interpretation in Canada is E. A. Driedger's definitive formulation in his *Construction of Statutes* (2nd ed. 1983), at p. 87:

Today there is only one principle or approach, namely, the words of an Act 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.

In the case of federal legislation such as the Act in question, this modern approach to statutory interpretation is confirmed by s. 12 of the *Interpretation Act*, R.S.C. 1985, c. I-21, which provides that every enactment "is deemed remedial, and shall be given such fair, large and liberal construction and interpretation as best ensures the attainment of its objects" (see *Bell ExpressVu Limited Partnership v. Rex*, [2002] 2 S.C.R. 559, 2002 SCC 42, at para. 26, per Iacobucci J.).

(2) The Grammatical and Ordinary Meaning of Section 43(5)

The disputed subsection reads as follows:

Where a person who provides services to the public cannot, on terms acceptable to that person, gain access to the supporting structure of a transmission line constructed on a highway or other public place, that person may apply to the Commission for a right of access to the supporting structure for the purpose of providing such services and the Commission may grant the permission subject to any conditions that the Commission determines.

Lorsqu'il ne peut, à des conditions qui lui sont acceptables, avoir accès à la structure de soutien d'une ligne de transmission construite sur une voie publique ou un autre lieu public, le fournisseur de services au public peut demander au Conseil le droit d'y accéder en vue

Appliquant la démarche pragmatique et fonctionnelle aux circonstances de l'espèce, je conclus que les quatre facteurs indiquent que c'est la norme de la décision correcte qui s'impose. Il n'y a donc pas lieu de faire preuve de retenue à l'égard de la décision du CRTC sur la question en cause.

B. *Le sens du par. 43(5)*

(1) L'approche moderne

L'extrait suivant de E. A. Driedger dans son ouvrage *Construction of Statutes* (2^e éd. 1983), p. 87, constitue le point de départ pour l'interprétation des lois au Canada.

[TRADUCTION] Aujourd'hui il n'y a qu'un seul principe ou solution : il faut lire les termes d'une loi 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.

Dans le cas d'une loi fédérale comme la loi en l'espèce, cette approche moderne d'interprétation des lois est confirmée par l'art. 12 de la *Loi d'interprétation*, L.R.C. 1985, ch. I-21, qui dispose que tout texte « est censé apporter une solution de droit et s'interprète de la manière la plus équitable et la plus large qui soit compatible avec la réalisation de son objet » (voir *Bell ExpressVu Limited Partnership c. Rex*, [2002] 2 R.C.S. 559, 2002 CSC 42, par. 26, le juge Iacobucci).

(2) Le sens ordinaire et grammatical du par. 43(5)

Texte du paragraphe contesté :

Lorsqu'il ne peut, à des conditions qui lui sont acceptables, avoir accès à la structure de soutien d'une ligne de transmission construite sur une voie publique ou un autre lieu public, le fournisseur de services au public peut demander au Conseil le droit d'y accéder en vue de la fourniture de ces services; le Conseil peut assortir l'autorisation des conditions qu'il juge indiquées.

Where a person who provides services to the public cannot, on terms acceptable to that person, gain access to the supporting structure of a transmission line constructed on a highway or other public place, that person may apply to the Commission for a right of access to the

19

20

21

000092

de la fourniture de ces services; le Conseil peut assortir l'autorisation des conditions qu'il juge indiquées.

In my view, there is no important difference between the English and French versions. Nor have the parties suggested otherwise.

22 Looking for the moment at the subsection alone, in its grammatical and ordinary meaning, three points arise.

23 First, it is clear that the phrase "a person who provides services to the public" in s. 43(5) includes, but is broader than, the phrase "Canadian carrier or distribution undertaking" found elsewhere in the section. Any provider of services to the public, it seems, may apply to the CRTC to gain access to the supporting structure of a transmission line constructed on a highway or other public place.

24 Second, the phrase "constructed on a highway or other public place" qualifies the phrase "transmission line". Therefore, on the grammatical and ordinary meaning of the provision, the CRTC may not grant access to transmission lines situated on private land. In its decision, the CRTC found otherwise, saying that the contextual approach to statutory interpretation requires the interpreter to presume that Parliament knew that some support structures — not those constructed pursuant to s. 43, but others such as those owned by the Utilities — are located on public utility rights-of-way. This conclusion begs the question, for it assumes that "transmission line" includes the Utilities' power poles. If we refrain from that assumption, the grammatical and ordinary meaning of s. 43(5) is that the CRTC may not grant access to supporting structures located on private land.

25 Third, the phrase used in s. 43(5) and throughout s. 43 is "transmission line". The Utilities submit that a transmission line is to be distinguished from a distribution line. A transmission line carries

supporting structure for the purpose of providing such services and the Commission may grant the permission subject to any conditions that the Commission determines.

À mon avis, il n'y a pas de différence importante entre le texte français et le texte anglais. Les parties n'ont pas non plus prétendu le contraire.

Si j'interprète ce paragraphe isolément et dans son sens ordinaire et grammatical, trois questions se posent.

Premièrement, il est clair que le membre de phrase « le fournisseur de services au public » au par. 43(5) est plus général que le membre de phrase « l'entreprise canadienne [ou] l'entreprise de distribution » ailleurs dans l'article. Tout fournisseur de services au public, semble-t-il, peut demander au CRTC le droit d'accéder à la structure de soutien d'une ligne de transmission construite sur une voie publique ou un autre lieu public.

Deuxièmement, le membre de phrase « construite sur une voie publique ou un autre lieu public » précise le sens du terme « ligne de transmission ». En conséquence, selon le sens ordinaire et grammatical de cette disposition, le CRTC ne peut pas permettre l'accès à des lignes de transmission situées sur des terrains privés. Dans sa décision, le CRTC est arrivé à une autre conclusion, affirmant que l'approche contextuelle applicable en matière d'interprétation des lois exige que l'interprète présume que le législateur savait que certaines structures de soutien — non pas celles construites conformément à l'art. 43, mais d'autres structures, comme celles appartenant aux Services publics — sont situées sur des terrains grevés de droits de passage d'utilité publique. Cette conclusion élude la question, car elle part du principe que le terme « ligne de transmission » englobe les poteaux électriques des Services publics. Si nous faisons abstraction de ce principe, le sens ordinaire et grammatical du par. 43(5) est que le CRTC ne peut pas permettre l'accès à des structures de soutien situées sur des terrains privés.

Troisièmement, au par. 43(5) et dans tout l'art. 43, on parle de « ligne de transmission ». Les Services publics soutiennent qu'il faut distinguer les lignes de transmission des lignes de distribution. Une ligne

electricity over large distances with minimum losses. A distribution line carries less than 50kV of electricity over short distances. The power poles to which the CCTA seeks access are not transmission lines but distribution lines. Parliament, say the Utilities, must be taken to have known of this distinction. Had Parliament intended to submit the Utilities' power poles to the jurisdiction of the CRTC by means of s. 43(5), it would have employed the phrase "distribution line".

In the Court of Appeal, Rothstein J.A. was of the view that the phrase "transmission line", read literally and in isolation, was capable of including distribution lines, but that analysis of the statutory context proved otherwise. I would go further. I am inclined to agree with the Utilities' submission that Parliament should be taken to know the distinction between transmission and distribution lines. I also agree that Parliament should be taken to know that some power poles are situated on private land and therefore cannot be captured by a provision referring to supporting structures "constructed on a highway or other public place". Even a literal and isolated reading of s. 43(5) raises some doubt about the correctness of the CRTC's decision.

(3) The Context: Section 43

The disputed subsection is one of five provisions that make up s. 43. The entire section must be considered. The section is mainly concerned with the construction, maintenance and operation of transmission lines.

Section 43(1) adopts for the purposes of ss. 43 and 44 the definition of "distribution undertaking" set out in the *Broadcasting Act*, S.C. 1991, c. 11, namely "an undertaking for the reception of broadcasting and the retransmission thereof . . .". The other defined term of note when reading s. 43 is "Canadian carrier", defined in s. 2(1) of the Act as "a telecommunications common carrier that is subject to the legislative authority of Parliament". Section 43(2) grants "a Canadian carrier or

de transmission transporte l'électricité sur de grandes distances avec des pertes mineures alors qu'une ligne de distribution transporte moins de 50kV d'électricité sur de courtes distances. Les poteaux électriques auxquels l'ACTC veut avoir accès ne sont pas des lignes de transmission, mais des lignes de distribution. Selon les Services publics, il faut présumer que le législateur connaissait cette distinction. S'il avait voulu que les poteaux électriques des Services publics relèvent de la compétence du CRTC par application du par. 43(5), le législateur aurait utilisé le terme « ligne de distribution ».

À la Cour d'appel, le juge Rothstein a estimé que le terme « ligne de transmission », interprété littéralement et isolément, pouvait englober les lignes de distribution, mais que l'analyse du contexte législatif indiquait le contraire. J'irais plus loin. Je suis enclin à accepter l'argument des Services publics qu'il faut présumer que le législateur connaît la distinction entre les lignes de transmission et les lignes de distribution. Je conviens également qu'il faut présumer que le législateur sait que certains poteaux électriques sont situés sur des terrains privés et qu'ils ne peuvent donc pas être visés par une disposition qui traite de structures de soutien « construite[s] sur une voie publique ou un autre lieu public ». Même le fait d'interpréter littéralement et isolément le par. 43(5) soulève des doutes quant au caractère correct de la décision du CRTC.

(3) Le contexte : l'article 43

Le paragraphe contesté est l'un des cinq paragraphes de l'art. 43. Il faut examiner l'article dans son ensemble. Il porte principalement sur la construction, l'exploitation et l'entretien de lignes de transmission.

Le paragraphe 43(1) adopte, pour l'application des art. 43 et 44, la définition d'« entreprise de distribution » énoncée dans la *Loi sur la radiodiffusion*, L.C. 1991, ch. 11, à savoir une « [e]ntreprise de réception de radiodiffusion pour retransmission . . . ». L'autre définition importante pour l'interprétation de l'art. 43 est celle d'« entreprise canadienne », qui figure au par. 2(1) de la Loi et selon laquelle il s'agit d'une « [e]ntreprise de télécommunication qui relève de la compétence

26

27

28

t6luc

distribution undertaking” the power to “enter on and break up any highway or other public place for the purpose of constructing, maintaining or operating its transmission lines”. Section 43(3) requires the consent of “the municipality or other public authority” in such cases. Section 43(4) provides that where a Canadian carrier or distribution undertaking cannot gain such consent on terms acceptable to it, it may apply to the CRTC for permission.

29 It is at this point in the section that s. 43(5) appears. The terminology and subject matter of this subsection are a notable break from the rest of s. 43. Rather than addressing the construction, maintenance and operation of transmission lines, s. 43(5) is concerned with gaining access to the supporting structures of pre-existing transmission lines. Rather than referring to “a Canadian carrier or distribution undertaking”, the subsection empowers “a person who provides services to the public” to apply to the CRTC for “a right of access”.

30 The CCTA submits that the differences between s. 43(5) and the other subsections reveal Parliament’s intent to empower the CRTC to grant cable service providers access to the Utilities’ power poles. Elsewhere in s. 43, the phrase “transmission line” clearly means the transmission line of a Canadian carrier or distribution undertaking. But the phrase “Canadian carrier or distribution undertaking” is absent from s. 43(5). The CCTA says this means that the transmission lines referred to in s. 43(5) are not only the telecommunications and cable transmission lines of Canadian carriers and distribution undertakings, but also the electric power transmission lines of power providers such as the Utilities. The Court of Appeal erred in the CCTA’s submission by reading the phrase “Canadian carrier or distribution undertaking” back in to s. 43(5) when Parliament clearly left it out.

fédérale ». Selon le par. 43(2), « l’entreprise canadienne et l’entreprise de distribution ont accès à toute voie publique ou tout autre lieu public pour la construction, l’exploitation ou l’entretien de leurs lignes de transmission, et peuvent y procéder à des travaux, notamment de creusage ». Le paragraphe 43(3) exige l’agrément de « l’administration municipale ou autre administration publique » dans de tels cas. Le paragraphe 43(4) prévoit que, dans le cas où l’administration leur refuse l’agrément ou leur impose des conditions qui leur sont inacceptables, l’entreprise canadienne ou l’entreprise de distribution peuvent demander une autorisation au CRTC.

C’est à ce moment qu’apparaît le par. 43(5). La terminologie et l’objet de cette disposition diffèrent notablement du reste de l’art. 43. Dans le par. 43(5), il est plutôt question d’accès aux structures de soutien de lignes de transmission préexistantes que de construction, d’exploitation et d’entretien de lignes de transmission. Au lieu de viser « l’entreprise canadienne et l’entreprise de distribution », le par. 43(5) autorise le « fournisseur de services au public » à demander au CRTC un « droit d’accès ».

L’ACTC soutient que les différences entre le par. 43(5) et les autres paragraphes révèlent l’intention du législateur d’autoriser le CRTC à donner aux câblodistributeurs le droit d’accéder aux poteaux électriques des Services publics. Ailleurs au par. 43, l’expression « ligne de transmission » s’entend clairement de la ligne de transmission d’une entreprise canadienne ou d’une entreprise de distribution. Mais le membre de phrase « l’entreprise canadienne ou l’entreprise de distribution » ne figure pas au par. 43(5). Selon l’ACTC, cela signifie que les lignes de transmission dont il est question dans le par. 43(5) sont non seulement les lignes de transmission de télécommunications et les lignes de transmission par câble des entreprises canadiennes et des entreprises de distribution, mais aussi les lignes de transmission de fournisseurs d’électricité comme les Services publics. L’ACTC prétend que la Cour d’appel a commis une erreur en interprétant le par. 43(5) comme s’il comprenait le membre de phrase « l’entreprise canadienne ou l’entreprise de distribution » alors que le législateur l’a clairement exclu de cette disposition.

The Utilities deny that the omission of “Canadian carrier or distribution undertaking” in s. 43(5) has such significance. That phrase, as it is used in s. 43(2) to (4), identifies who may construct transmission lines and under what terms; it does not, in the Utilities’ submission, identify the owner of existing transmission lines. Therefore, the absence of the phrase “Canadian carrier or distribution undertaking” and the presence of the broader phrase “a person who provides services to the public” in s. 43(5) reveal nothing about the meaning of “the supporting structure of a transmission line”. The broader wording indicates only that the applicant for access to the supporting structure of a transmission line under s. 43(5) need not be a “Canadian carrier or distribution undertaking” but may be any person providing services to the public. By contrast, it is not any service provider who may construct, maintain or operate transmission lines by virtue of s. 43(2), (3) and (4); only Canadian carriers and distribution undertakings may do so. In short, the subject of s. 43(5), i.e., the applicant for access, is different but the object, i.e., transmission lines constructed pursuant to this section, remains the same.

I agree with this construction of the section. I would also observe that ss. 43(1) to 43(4) are entirely concerned with telecommunications matters and not at all concerned with other supporting structures such as the Utilities’ power poles. For s. 43(5) to encompass power poles would be a surprising departure from the otherwise harmonious meaning of the section as a whole. This analysis of s. 43 as a whole raises further doubts as to the correctness of the CRTC’s decision.

(4) The Context: Other Provisions

Other provisions of the Act may shed light on the meaning of s. 43(5). The phrase “transmission facility” is defined in s. 2(1) of the Act as follows:

Les Services publics nient que l’absence du membre de phrase « l’entreprise canadienne ou l’entreprise de distribution » au par. 43(5) ait une telle importance. Ce membre de phrase, aux par. 43(2) à (4), précise qui peut installer des lignes de transmission et à quelles conditions; il n’indique pas, selon les Services publics, qui est propriétaire des lignes de transmission existantes. Au paragraphe 43(5), l’absence de ce membre de phrase et la présence de l’expression plus générale « le fournisseur de services au public » n’indiquent donc rien quant à la signification de « structure de soutien d’une ligne de transmission ». L’expression plus générale utilisée indique uniquement que le demandeur d’un droit d’accès à la structure de soutien d’une ligne de transmission en application du par. 43(5) n’a pas besoin d’être une « entreprise canadienne » ou une « entreprise de distribution » et que tout fournisseur de services au public peut présenter une telle demande. Par contre, ce n’est pas tout fournisseur de services qui peut construire, exploiter ou entretenir des lignes de transmission aux termes des par. 43(2), (3) et (4); seules les entreprises canadiennes et les entreprises de distribution sont autorisées à le faire. En bref, le groupe visé au par. 43(5), à savoir les demandeurs d’un droit d’accès, est différent, mais l’objet, c’est-à-dire les lignes de transmission construites conformément à cette disposition, reste le même.

Je souscris à cette interprétation de l’art. 43. Je ferais également remarquer que les par. 43(1) à (4) portent exclusivement sur des questions de télécommunications et ne s’appliquent pas du tout à d’autres structures de soutien comme les poteaux électriques des Services publics. Pour que le par. 43(5) englobe les poteaux électriques, il faudrait s’écarter de façon surprenante de l’homogénéité de sens de l’article dans son ensemble. Cette analyse de l’art. 43 dans son ensemble soulève d’autres doutes quant au caractère correct de la décision du CRTC.

(4) Le contexte : autres dispositions

D’autres dispositions de la Loi peuvent éclairer le sens à donner au par. 43(5). L’expression « installation de transmission » est définie au par. 2(1) de la Loi :

31

32

33

“transmission facility” means any wire, cable, radio, optical or other electromagnetic system, or any similar technical system, for the transmission of intelligence between network termination points, but does not include any exempt transmission apparatus.

A transmission facility is therefore a facility for the transmission of “intelligence”. The phrase “transmission facility” does not, of course, occur in s. 43(5). Yet, the Utilities submit that the term “transmission” in s. 43(5) must be read harmoniously with the definition of “transmission facility” so that in both provisions the thing being transmitted is “intelligence”. The Utilities’ power poles do not serve to transmit intelligence. They serve to transmit electricity.

34 I agree with the Utilities that a harmonious interpretation of these two provisions is to be preferred. While I do not consider this point to be conclusive, it is another factor suggesting that s. 43(5) does not encompass the Utilities’ power poles.

35 In support of its approach, the CCTA relies on s. 45:

On application by a municipality or other public authority, or by an owner of land, the Commission may authorize the construction of drainage works or the laying of utility pipes on, over, under or along a transmission line of a Canadian carrier or any lands used for the purposes of a transmission line, subject to any conditions that the Commission determines.

The CCTA points to this provision as an example of Parliament specifying that the transmission line in question must be that of a Canadian carrier. The CCTA says that had Parliament intended to impose a similarly narrow interpretation on the phrase “transmission line” in s. 43(5), it could easily have done so.

36 I read s. 45 rather differently. While most of s. 43 qualifies the phrase “transmission line” with the defined terms “Canadian carrier” and “distribution undertaking”, s. 45 leaves “distribution undertaking” out. (Indeed, s. 43(1) defines “distribution undertaking” for the purposes of ss. 43 and

« installation de transmission » Tout système électromagnétique — notamment fil, câble ou système radio ou optique — ou tout autre procédé technique pour la transmission d’information entre des points d’arrivée du réseau, à l’exception des appareils de transmission exclus.

Une installation de transmission permet donc la transmission d’« information ». L’expression « installation de transmission » ne figure pas, bien sûr, au par. 43(5). Pourtant, selon les Services publics, le mot « transmission » au par. 43(5) doit être interprété en harmonie avec la définition d’« installation de transmission », de sorte que les deux dispositions traitent de transmission d’« information ». Les poteaux des Services publics servent non pas à transmettre de l’information, mais de l’électricité.

Je conviens avec les Services publics qu’il faut opter pour une interprétation harmonieuse de ces deux dispositions. Bien qu’à mon avis cet élément ne soit pas concluant, il s’agit d’un autre facteur indiquant que le par. 43(5) n’englobe pas les poteaux électriques des Services publics.

L’ACTC invoque l’art. 45 à l’appui de son interprétation :

Sur demande d’une administration municipale ou de toute autre administration publique, ou du propriétaire d’un terrain, le Conseil peut permettre, aux conditions qu’il estime indiquées, des travaux de drainage ou de canalisation sur le terrain servant aux lignes de transmission d’une entreprise canadienne ou les terrains servant à leur exploitation, ou au-dessus, au-dessous ou aux abords de ces terrains.

L’ACTC souligne que cette disposition est un exemple où le législateur précise que la ligne de transmission en question doit appartenir à une entreprise canadienne. L’ACTC affirme que si le législateur avait voulu imposer une interprétation aussi restrictive à l’expression « ligne de transmission » au par. 43(5), il aurait pu facilement le faire.

J’interprète l’art. 45 d’une tout autre façon. Bien que la plus grande partie de l’art. 43 précise le sens de l’expression « ligne de transmission » à l’aide des termes définis « entreprise canadienne » et « entreprise de distribution », l’art. 45 ne parle pas des « entreprises de distribution ». (En fait, le par. 43(1)

76000

44 only.) The effect is that a municipality or other public authority, or an owner of land, may apply to the Commission as specified in s. 45 only in respect of a Canadian carrier's transmission line — not in respect of a distribution undertaking's transmission line. The meaning of s. 45 has not yet been judicially considered, and this is not the case to consider it. I am satisfied, however, that s. 45 does not assist the CCTA in this case.

(5) Policy Objectives

In its decision, the CRTC relied heavily on the policy objectives enunciated by Parliament in s. 7 of the Act and s. 3 of the *Broadcasting Act*. These objectives help elucidate the purpose of the statutory regime as a whole and will often be relevant to the CRTC's decision making.

Section 7 of the Act sets out the objectives of Canadian telecommunications policy. The relevant objectives, in my view, are “the orderly development throughout Canada of a telecommunications system” (s. 7(a)), “reliable and affordable telecommunications services” (s. 7(b)), “efficiency and competitiveness . . . of Canadian telecommunications” (s. 7(c)), “efficient and effective” regulation where required (s. 7(f)), and responsiveness to “the economic and social requirements of users of telecommunications services” (s. 7(h)). In short, the purpose of the *Telecommunications Act* is to encourage and regulate the development of an orderly, reliable, affordable and efficient telecommunications infrastructure for Canada.

Section 3(1)(r)(ii) of the *Broadcasting Act* provides another relevant policy objective: “distribution undertakings . . . should provide efficient delivery of programming at affordable rates, using the most effective technologies available at reasonable cost”. (The *Broadcasting Act* is not directly applicable to this appeal but is nevertheless relevant because it is

définit l'expression « entreprise de distribution » pour l'application des art. 43 et 44 uniquement.) En conséquence, une administration municipale, toute autre administration ou le propriétaire d'un terrain peuvent présenter au CRTC des demandes fondées sur l'art. 45 uniquement lorsqu'elles se rapportent à des lignes de transmission d'entreprises canadiennes — et non pas lorsqu'elles se rapportent à des lignes de transmission d'entreprises de distribution. Les tribunaux ne se sont pas encore penchés sur le sens à donner à l'art. 45 et il n'y a pas lieu d'examiner cette question en l'espèce. Je suis convaincu, cependant, que l'art. 45 n'est d'aucune utilité pour l'ACTC en l'espèce.

(5) Les objectifs de politique

Dans sa décision, le CRTC s'est en grande partie fondé sur les objectifs de politique énoncés par le législateur à l'art. 7 de la Loi et à l'art. 3 de la *Loi sur la radiodiffusion*. Ces objectifs précisent dans une certaine mesure l'objectif du cadre législatif dans son ensemble et sont souvent pertinents pour la prise des décisions du CRTC.

L'article 7 de la Loi énonce les objectifs de la politique canadienne de télécommunication. À mon avis, les objectifs pertinents sont les suivants : « le développement ordonné des télécommunications partout au Canada en un système » (al. 7a)), « l'accès [. . .] à des services de télécommunication sûrs [et] abordables » (al. 7b)), « l'efficacité et la compétitivité [. . .] des télécommunications canadiennes » (al. 7c)), « l'efficacité de la réglementation, dans le cas où celle-ci est nécessaire » (al. 7f)), et la satisfaction « [d]es exigences économiques et sociales des usagers des services de télécommunication » (al. 7h)). En bref, la *Loi sur les télécommunications* vise à promouvoir et à réglementer le développement ordonné au Canada d'une infrastructure de télécommunications fiable, abordable et efficace.

Le sous-alinéa 3(1)(r)(ii) de la *Loi sur la radiodiffusion* énonce un autre objectif de politique pertinent : « les entreprises de distribution [. . .] devraient assurer efficacement, à l'aide des techniques les plus efficaces, la fourniture de la programmation à des tarifs abordables ». (La *Loi sur la radiodiffusion* ne s'applique pas directement au présent pourvoi, mais

37

38

39

866060

the main statutory authority for the CRTC's regulatory powers over cable television.)

elle est néanmoins pertinente parce qu'elle constitue le principal fondement législatif des pouvoirs de réglementation du CRTC en matière de câblodistribution.)

40

Considerations of efficiency and affordability played a significant part in the CRTC's decision. The CRTC was anxious to avoid an interpretation of s. 43(5) that would require the CCTA or others to construct their own supporting structures because they could not gain access to the Utilities' power poles. Such a result was described by the CRTC (at para. 126) as inconsistent with the orderly development of the Canadian telecommunications system, ultimately costly to end-users, a potential disincentive to new entrants into the telecommunications marketplace and inconvenient to the public. The CRTC concluded (at para. 131) that "an approach that forces each operator to construct its own duplicate infrastructure is not in the public interest".

Des considérations relatives à l'efficacité et au coût abordable des services ont joué un rôle important dans la décision du CRTC. Le CRTC tenait beaucoup à éviter de donner au par. 43(5) une interprétation qui exigerait de l'ACTC ou d'autres fournisseurs de services au public qu'ils construisent leurs propres structures de soutien parce qu'ils ne pourraient accéder aux poteaux électriques des Services publics. Selon le CRTC, un tel résultat est incompatible avec le développement ordonné des télécommunications du Canada, est coûteux pour l'utilisateur final, risque de nuire à l'entrée sur le marché des télécommunications et est néfaste pour le public (par. 126). Il a conclu qu'« une approche qui contraint chaque exploitant à construire sa propre infrastructure n'est pas dans l'intérêt du public » (par. 131).

41

I need not disagree with that conclusion. I do disagree, however, with the assumption that founds it. It is not at all clear to me that the erection of a province-wide duplicate infrastructure of cable television poles is the necessary or even the likely result of finding that the CRTC lacks jurisdiction over power poles. The CCTA originally sought access to the Utilities' power poles by contract. When it could not reach terms agreeable to it by those means, it opted for the untested avenue of a CRTC regulatory solution. If that avenue proves unavailable, there may yet be other avenues, be they contractual or regulatory.

Je ne rejette pas cette conclusion. Je ne souscris toutefois pas à l'hypothèse sur laquelle elle repose. Il n'est pas du tout clair pour moi que la conclusion que le CRTC n'a pas la compétence voulue relativement aux poteaux électriques entraînerait nécessairement ou même vraisemblablement l'installation en parallèle d'une infrastructure de poteaux de télévision par câble dans l'ensemble de la province. L'ACTC a initialement cherché à obtenir un droit d'accès aux poteaux électriques des Services publics par voie contractuelle. Quand elle n'a pu parvenir à une entente à des conditions qui lui étaient acceptables, elle a demandé au CRTC, ce qui n'avait jamais été fait auparavant, de trouver une solution par voie réglementaire. Si cette voie s'avérait sans issue, elle envisagerait d'autres solutions, qu'elles soient par voie contractuelle ou réglementaire.

42

The consideration of legislative objectives is one aspect of the modern approach to statutory interpretation. Yet, courts and tribunals must invoke statements of legislative purpose to elucidate, not to frustrate, legislative intent. In my view, the CRTC relied on policy objectives to set aside Parliament's discernable intent as revealed by the plain meaning

La prise en considération des objectifs législatifs est l'un des aspects de l'approche moderne en matière d'interprétation des lois. Cependant, les cours de justice et les tribunaux administratifs doivent avoir recours aux énoncés d'intention pour établir, et non pas pour contrecarrer l'intention du législateur. À mon avis, le CRTC s'est fondé sur

660060

of s. 43(5), s. 43 generally and the Act as a whole. In effect, the CRTC treated these objectives as power-conferring provisions. This was a mistake.

les objectifs de politique pour écarter l'intention du législateur qui ressort clairement du sens ordinaire du par. 43(5), de l'art. 43 dans son ensemble et de la Loi considérée comme un tout. En effet, le CRTC a considéré les dispositions énonçant ces objectifs comme étant des dispositions attributives de pouvoir. C'était une erreur.

(6) Conclusion

Section 43(5) cannot bear the broad meaning given to it by the CRTC. The subsection, taken alone, does not on its face include the Utilities' power distribution lines. Seen in the light of the rest of s. 43, the CRTC's broad interpretation is at odds with the scheme of the section. Likewise, such an interpretation is inexplicably inconsistent with the definition of "transmission facility" in s. 2(1). Nothing in s. 7 of the Act, or in the policy objectives of the *Broadcasting Act*, meets these objections.

(6) Conclusion

Le paragraphe 43(5) ne peut avoir le sens général que lui donne le CRTC. Pris isolément, il n'englobe pas en soi les lignes de distribution d'électricité des Services publics. Compte tenu du reste de l'art. 43, l'interprétation libérale du CRTC ne cadre pas avec l'objet de cette disposition. En outre, une telle interprétation est inexplicablement incompatible avec la définition d'« installation de transmission » au par. 2(1). Rien dans l'art. 7 de la Loi ni dans les objectifs de politique de la *Loi sur la radiodiffusion* ne répond à ces objections.

As this appeal turns on a straightforward statutory interpretation of s. 43, I decline to address the constitutionality of any similar law purporting to grant the CRTC the authority to grant access rights to, or otherwise regulate, property within provincial jurisdiction, such as electrical poles.

Comme le présent pourvoi est entièrement centré sur l'interprétation de l'art. 43, je n'examine pas la constitutionnalité de toute disposition analogue visant à accorder au CRTC le pouvoir d'autoriser l'accès aux biens relevant de la compétence provinciale, comme les poteaux électriques, ou autrement de les réglementer.

V. Disposition

I would dismiss the appeal with costs.

The following are the reasons delivered by

BASTARACHE J. (dissenting) — I have read the reasons of my colleague Justice Gonthier. I am, however, unable to agree with his analysis and his conclusion. I am also concerned that his reasons fail to address and correct errors made by the Federal Court of Appeal. I have two main concerns with the proposed disposition of this appeal.

V. Dispositif

Je suis d'avis de rejeter le pourvoi avec dépens.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE BASTARACHE (dissident) — J'ai pris connaissance des motifs de mon collègue le juge Gonthier. Je ne puis toutefois accepter son analyse et sa conclusion. Je crains aussi que ses motifs indirectement ne confirment les erreurs de la Cour d'appel fédérale. J'ai deux objections majeures quant à la façon dont il propose de trancher le présent pourvoi.

First, the Court of Appeal erred by failing to separate the constitutional question from the statutory interpretation question. As I shall explain below, the constitutional question haunted Rothstein J.A.'s reasons and affected their outcome. More specifically,

Premièrement, la Cour d'appel a commis une erreur en ne séparant pas la question constitutionnelle de la question d'interprétation des lois. Comme je l'expliquerai plus loin, la question constitutionnelle a imprégné les motifs du juge Rothstein.

43

44

45

46

47

in my view, the constitutional question inappropriately influenced the Court of Appeal's determination of the standard of review and of the interpretation of s. 43(5) of the *Telecommunications Act*, S.C. 1993, c. 38 ("Act").

48 Second, treatment of the constitutional question aside, I believe that both the Court of Appeal and my colleague Gonthier J. erred in their determination of the standard of review. An expert tribunal interpreting a technical provision of its enabling legislation is entitled to some deference.

49 I am concerned that the reasoning in this appeal, in both respects I have mentioned, will influence judges in future cases. In what follows, I set out my understanding of the correct approach to determining the standard of review in this appeal. Then I apply what I find to be the appropriate standards of review to the questions. Finally, I discuss what I fear will be the effects of Gonthier J.'s reasoning. Since he does not criticize or reject the reasoning of the Court of Appeal, Rothstein J.A.'s approach is implicitly affirmed as correct, at least in cases where one party raises a constitutional concern.

50 In my view, the critical issues in this appeal come into focus only on reading Rothstein J.A.'s decision in the Court of Appeal. I thus begin there.

I. The Court of Appeal's Approach, [2001] 4 F.C. 237, 2001 FCA 236

51 Concerns about the jurisdiction of the Canadian Radio-television and Telecommunications Commission ("CRTC") and the legislative competence of Parliament appear throughout Rothstein J.A.'s reasons.

A. *Standard of Review*

52 In his discussion of the standard of review, Rothstein J.A. writes that the interpretation of s. 43(5) "involves the scope of the CRTC's regulatory authority" (para. 13). If "transmission line" includes

Plus précisément, elle a, à mon avis, influencé de façon inappropriée la Cour d'appel dans son choix de la norme de contrôle et dans son interprétation du par. 43(5) de la *Loi sur les télécommunications*, L.C. 1993, ch. 38 (« Loi »).

Deuxièmement, abstraction faite du traitement accordé à la question constitutionnelle, je crois que la Cour d'appel et mon collègue le juge Gonthier ont commis une erreur lorsqu'ils ont déterminé la norme de contrôle. Il convient de faire preuve de retenue à l'égard de l'interprétation que donne un tribunal spécialisé à une disposition technique de sa loi habilitante.

Je crains que, sous ces deux rapports, le raisonnement suivi en l'espèce n'influence les juges dans d'autres affaires. Dans les lignes qui suivent, j'exposerai la façon dont il convient, à mon avis, de déterminer la norme de contrôle applicable en l'espèce. J'appliquerai ensuite aux questions en litige ce que j'estime être cette norme de contrôle. Enfin, j'analyserai les répercussions qu'aura, je le crains, le raisonnement du juge Gonthier. Comme il ne critique pas et ne rejette pas le raisonnement de la Cour d'appel, le juge Gonthier confirme implicitement le bien-fondé de l'approche suivie par le juge Rothstein, du moins dans les affaires où l'une des parties soulève une question constitutionnelle.

À mon avis, seule la lecture de la décision du juge Rothstein de la Cour d'appel fait ressortir les questions fondamentales en l'espèce. Je commencerai donc par là.

I. L'approche de la Cour d'appel, [2001] 4 C.F. 237, 2001 CAF 236

Tout au long de ses motifs, le juge Rothstein a exprimé ses réserves en ce qui concerne la compétence du Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes (« CRTC ») et la compétence législative du Parlement.

A. *Norme de contrôle*

Dans son analyse de la norme de contrôle, le juge Rothstein écrit que l'interprétation du par. 43(5) « met en cause l'étendue du pouvoir de réglementation du CRTC » (par. 13). Il ajoute que si

000101

all transmission lines, irrespective of ownership, he went on to say, s. 43(5) would “extend to transmission lines of power utilities and others not otherwise subject to the jurisdiction of the CRTC” (para. 13).

This is a peculiar concern. Sections 43(2) and 43(4), immediately preceding the provision at issue in this appeal, empower the CRTC to grant a Canadian carrier or distribution undertaking permission to “enter on and break up any highway or other public place” for construction, maintenance, and operation purposes. That power is granted irrespective of the ownership of the particular highway or public place. Indeed, the Act merely contemplates, broadly, that the land in question will be under the jurisdiction of some municipality or other public authority. There is thus no sense in which there is an identifiable set of parties who may be “subject to the jurisdiction of the CRTC” as it exercises its powers under s. 43.

Rothstein J.A. writes that the interpretation of s. 43(5) will have precedential importance. On the basis of the precedential importance of a decision potentially “extending” the CRTC’s jurisdiction, he concluded that Parliament did not intend to leave determination of such a question to the exclusive decision of the CRTC (para. 13).

Rothstein J.A. then turned more specifically to the factors in the pragmatic and functional approach. He noted the statutory right of appeal with leave in s. 64(1) of the Act. On expertise, the most important of the factors, he said this, at para. 15:

I accept that the CRTC has expertise with respect to telecommunications and broadcasting and that with respect to technical matters within that expertise, the CRTC may be better suited than the Court to interpret technical laws. However, there is no indication that the expertise of the CRTC is involved in the determination of the question at issue in this case.

l’expression « ligne de transmission » comprend toutes les lignes de transmission, indépendamment de la question de savoir à qui elles appartiennent, le par. 43(5) « s’étendra aux lignes de transmission des services publics d’électricité et d’autres entreprises qui ne seraient pas par ailleurs assujettis à la compétence du CRTC » (par. 13).

C’est une observation étrange. Les paragraphes 43(2) et (4), qui précèdent la disposition en cause dans le présent pourvoi, autorisent le CRTC à permettre à une entreprise canadienne ou à une entreprise de distribution d’« acc[éder] à toute voie publique ou tout autre lieu public » pour la construction, l’exploitation ou l’entretien, et d’« y procéder à des travaux, notamment de creusage ». Ils lui confèrent ce pouvoir indépendamment de la question de savoir à qui appartient la voie publique ou le lieu public en question. En fait, la Loi prévoit seulement de façon générale que le terrain en question relèvera de la compétence d’une administration municipale ou d’une autre administration publique. Il n’y a donc en aucune manière un groupe identifiable de parties « assujett[ies] à la compétence du CRTC » dans l’exercice des pouvoirs que lui confère l’art. 43.

Le juge Rothstein écrit que l’interprétation du par. 43(5) aura une importance en tant que précédent. Compte tenu de l’importance en tant que précédent d’une décision susceptible d’« élargir » la compétence du CRTC, il a conclu que le Parlement n’avait pas l’intention de laisser cette question à la discrétion du CRTC (par. 13).

Le juge Rothstein a ensuite examiné plus particulièrement les facteurs de la démarche pragmatique et fonctionnelle. Il a pris acte du droit d’appel avec autorisation prévu au par. 64(1) de la Loi. Au sujet de l’expertise, facteur le plus important, il écrit (au par. 15) :

Je reconnais que le CRTC a l’expertise voulue à l’égard des télécommunications et de la radiodiffusion et qu’en ce qui concerne les questions techniques relevant de cette expertise, le CRTC est peut-être mieux placé que la Cour pour interpréter des lois techniques. Toutefois, rien n’indique que l’expertise du CRTC se rapporte à la détermination de la question ici en cause.

53

54

55

2016060

I will return below to the question of the CRTC's expertise on the question at issue.

B. *Statutory Interpretation*

56

On the basis of his finding of a correctness standard of review, Rothstein J.A. approached the review of statutory interpretation from the question of what was the correct interpretation. It is unnecessary to undergo a thorough analysis of Rothstein J.A.'s approach to the statutory interpretation question. I wish here to focus on the extent to which constitutional concerns tainted his conclusions.

57

The possibility that s. 43(5), depending on its construction, might exceed Parliament's constitutional boundaries clearly troubled Rothstein J.A. He wrote at para. 21:

Read literally, subsection 43(5) might be interpreted as conferring on the CRTC, the jurisdiction to grant to all persons who provide services to the public, access to support structures of all transmission lines, whether they are part of an undertaking that falls under federal jurisdiction or provincial jurisdiction. Such an interpretation would imply that Parliament was purporting to confer jurisdiction on the CRTC, not only outside Parliament's legislative jurisdiction under the *Constitution Act, 1867* . . . but also, well beyond the mandate of the CRTC to regulate telecommunications and broadcasting under the *Canadian Radio-television and Telecommunications Commission Act*, R.S.C. 1985, c. C-22.

He also noted that the CRTC rejected one possible reading of s. 43(5) so as to limit its effects to circumstances within federal and CRTC jurisdiction (paras. 22 and 24). Much later in his reasons, Rothstein J.A. returned to the question of provincial jurisdiction and constitutional limits. In the context of his discussion of the legislative history, he wrote, at para. 65:

I find it hard to believe that if it had been the Government's intention that subsection 43(5) should confer jurisdiction on the CRTC over access by Canadian carriers or distribution undertakings to the support structures of the

Je reviendrai plus tard sur la question de l'expertise du CRTC relativement à la question en cause.

B. *Interprétation des lois*

Ayant conclu que la décision correcte est la norme de contrôle applicable, le juge Rothstein a examiné la question de l'interprétation des lois en se demandant quelle était l'interprétation correcte. Il n'est pas nécessaire de faire une analyse approfondie de la façon dont le juge Rothstein a abordé la question d'interprétation des lois. Je veux me concentrer sur la mesure dans laquelle ses préoccupations d'ordre constitutionnel ont vicié ses conclusions.

La possibilité que le par. 43(5), selon l'interprétation qu'on lui donne, transgresse les limites imposées par la Constitution au Parlement a clairement préoccupé le juge Rothstein. Il écrit au par. 21 :

S'il est interprété littéralement, le paragraphe 43(5) pourrait être interprété comme conférant au CRTC la compétence voulue pour accorder à tous les fournisseurs de services au public l'accès aux structures de soutènement de toutes les lignes de transmission, et ce, peu importe qu'elles fassent partie d'une entreprise relevant de la compétence fédérale ou d'une entreprise relevant de la compétence provinciale. Pareille interprétation donnerait à entendre que le Parlement voulait conférer la compétence voulue au CRTC, non seulement indépendamment de la compétence législative conférée au Parlement en vertu de la *Loi constitutionnelle de 1867* [. . .], mais aussi indépendamment du mandat que possède le CRTC en vue de réglementer les télécommunications et la radiodiffusion en vertu de la *Loi sur le Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes*, L.R.C. (1985), ch. C-22.

Il a également souligné que le CRTC avait rejeté l'une des interprétations possibles du par. 43(5) de façon qu'il s'applique uniquement aux circonstances relevant de la compétence du fédéral et du CRTC (par. 22 et 24). Beaucoup plus loin dans ses motifs, le juge Rothstein est revenu à la question de la compétence provinciale et des limites constitutionnelles. Dans le cadre de son analyse de l'historique législatif, il écrit (au par. 65) :

Il m'est difficile de croire que si le gouvernement avait voulu que le paragraphe 43(5) confère au CRTC la compétence sur l'accès par les entreprises canadiennes ou les entreprises de distribution aux structures de soutènement

000103

transmission lines of utilities subject to provincial jurisdiction, that such intent would not have been expressly made known and submissions invited. I do not say that Parliament could not enact such a provision; nor need I make any determination as to whether such a provision would be within the constitutional jurisdiction of Parliament. However, I would not attribute to the federal government or to Parliament an intention to confer such jurisdiction on a federal regulatory tribunal through the guise of an ambiguous provision that was enacted without express notice to the provinces or their utilities of such an intention.

Having set out this brief overview of Rothstein J.A.'s approach, I turn to what would have been the correct approach.

II. Determination of the Standard of Review

Judicial review of the CRTC's order requires a separation of that decision into two main questions. One is the constitutional question. The constitutional question is whether any interpretation argued for s. 43(5) of the Act would make that provision *ultra vires* the Parliament of Canada. The other is the more general question of the CRTC's interpretation of s. 43(5) and exercise of its power in issuing Telecom Decision CRTC 99-13.

Separating the two main questions is crucial. Failure to distinguish and resolve separately the two questions frustrates the appropriate process of judicial review in at least two ways. It may also, consequently, frustrate Parliament's intent.

First, combining a constitutional question and a statutory interpretation question may skew the standard of review for an agency's decision. As I shall develop below, a question with constitutional overtones will inevitably drive towards the correctness standard. Yet, where the constitutional argument is without merit, the agency's decision should not be viewed globally as a constitutional matter.

Second, where a constitutional question is raised, reviewing the agency's ordinary statutory

des lignes de transmission de services publics assujettis à la compétence provinciale, il n'aurait pas expressément fait connaître cette intention et n'aurait pas invité les intéressés à présenter des observations. Je ne dis pas que le Parlement ne pouvait pas édicter pareille disposition; je n'ai pas non plus à déterminer si pareille disposition relèverait de la compétence constitutionnelle du Parlement. Toutefois, je n'attribuerais pas au gouvernement fédéral ou au Parlement l'intention de conférer pareille compétence à un tribunal fédéral de réglementation sous la forme d'une disposition ambiguë édictée sans qu'un avis de cette intention soit expressément donné aux provinces ou à leurs services publics.

Après ce bref aperçu de l'approche adoptée par le juge Rothstein, je vais maintenant présenter ce qui m'apparaît être la bonne approche.

II. L'établissement de la norme de contrôle

Le contrôle judiciaire de l'ordonnance du CRTC comporte l'examen de deux questions principales. La première est la question constitutionnelle, qui consiste à se demander si une des interprétations avancées à l'égard du par. 43(5) de la Loi rendrait cette disposition *ultra vires* du Parlement du Canada. La deuxième est la question plus générale de l'interprétation du par. 43(5) par le CRTC et de l'exercice qu'il a fait de son pouvoir lorsqu'il a rendu la décision Télécom CRTC 99-13.

Il est essentiel de distinguer ces deux questions principales et d'y répondre séparément. Sinon le processus normal de contrôle judiciaire se trouve vicié d'au moins deux façons. L'intention du Parlement peut aussi s'en trouver contrecarrée.

Premièrement, la combinaison d'une question constitutionnelle et d'une question d'interprétation des lois risque de fausser la norme de contrôle applicable à la décision d'un organisme. Comme je l'expliquerai plus loin, une question ayant des connotations constitutionnelles tendra inévitablement à l'application de la norme de la décision correcte. Toutefois, lorsque l'argument constitutionnel est sans fondement, la décision de l'organisme ne devrait pas être envisagée globalement sous l'angle constitutionnel.

Deuxièmement, lorsqu'une question constitutionnelle est soulevée, contrôler l'interprétation

58

59

60

000104

62

interpretation without isolating the constitutional question can limit the agency's ability to give the legislation at issue the full import intended by the legislature. The mere unproven argument that one reading of a statute is unconstitutional may impel the decision maker erroneously to eliminate that reading by applying the interpretive doctrine of the presumption of constitutionality.

législative ordinaire de l'organisme sans isoler la question constitutionnelle peut restreindre la capacité de l'organisme de donner à la loi en cause toute la portée que voulait lui donner le législateur. Le simple argument non prouvé qu'une interprétation de la loi en cause est inconstitutionnelle peut pousser le décideur à éliminer à tort cette interprétation par application du principe d'interprétation de la présomption de constitutionnalité.

63 I turn now to the question of the standards of review for the two principal questions in this appeal.

Je vais maintenant examiner la question des normes de contrôle applicables aux deux questions principales soulevées en l'espèce.

A. *Constitutional Question*

A. *Question constitutionnelle*

64 On October 29, 2002, the Chief Justice stated the following constitutional question: "Is s. 43(5) of the *Telecommunications Act*, S.C. 1993, c. 38, *intra vires* Parliament pursuant to the *Constitution Act, 1867*?"

Le 29 octobre 2002, la Juge en chef a formulé la question constitutionnelle suivante : « Le paragraphe 43(5) de la *Loi sur les télécommunications*, L.C. 1993, ch. 38, relève-t-il de la compétence que la *Loi constitutionnelle de 1867* confère au Parlement? »

65 For present purposes, the constitutional question is better phrased as whether any interpretation argued for s. 43(5) of the Act would be *ultra vires* Parliament. In other words, is there a plausible construction of s. 43(5) that, instead of being valid federal legislation, would amount to legislation in relation to property and civil rights within a province under s. 92(13) of the *Constitution Act, 1867*?

En l'espèce, la question constitutionnelle est mieux formulée si on se demande s'il est possible d'interpréter le par. 43(5) de la Loi comme outrepassant la compétence du Parlement. Autrement dit, est-il possible de considérer que le par. 43(5), au lieu d'être une mesure législative fédérale valide, équivaudrait à une mesure législative relative à la propriété et aux droits civils dans une province au sens du par. 92(13) de la *Loi constitutionnelle de 1867*?

66 The pragmatic and functional approach applies to this question, as it does to all matters of judicial review and all appeals from administrative tribunals: *Dr. Q v. College of Physicians and Surgeons of British Columbia*, [2003] 1 S.C.R. 226, 2003 SCC 19; *Pushpanathan v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1998] 1 S.C.R. 982. It is settled law, however, that application of the pragmatic and functional approach to a question of constitutional law will yield a correctness standard. As Iacobucci and Major JJ. wrote in *Westcoast Energy Inc. v. Canada (National Energy Board)*, [1998] 1 S.C.R. 322, at para. 40, "[i]t seems reasonable to accept the proposition that courts are in a better position than administrative tribunals to adjudicate constitutional questions". That appeal addressed the degree of deference due a decision by a specialized agency,

La démarche pragmatique et fonctionnelle s'applique à cette question, comme elle s'applique à tous les contrôles judiciaires et à tous les appels de décisions de tribunaux administratifs : *Dr Q c. College of Physicians and Surgeons of British Columbia*, [2003] 1 R.C.S. 226, 2003 CSC 19; *Pushpanathan c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1998] 1 R.C.S. 982. Il est bien établi en droit, cependant, que l'application de la démarche pragmatique et fonctionnelle à une question de droit constitutionnel mène à l'application de la norme de la décision correcte. Comme l'ont écrit les juges Iacobucci et Major dans *Westcoast Energy Inc. c. Canada (Office national de l'énergie)*, [1998] 1 R.C.S. 322, par. 40, « [i]l semble raisonnable d'accepter la proposition que les cours sont mieux placées que les tribunaux administratifs pour statuer

the National Energy Board. That agency had determined that certain gathering pipeline and processing plant facilities were not federal works or undertakings under s. 92(10)(a) of the *Constitution Act, 1867*. As a division of powers question, the issue in *Westcoast* thus resembles that in the present appeal. The same point is also made frequently when a tribunal answers a question relating to the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*: *U.F.C.W., Local 1518 v. KMart Canada Ltd.*, [1999] 2 S.C.R. 1083; *Cooper v. Canada (Human Rights Commission)*, [1996] 3 S.C.R. 854; *Ross v. New Brunswick School District No. 15*, [1996] 1 S.C.R. 825; *Tétreault-Gadoury v. Canada (Employment and Immigration Commission)*, [1991] 2 S.C.R. 22; *Cuddy Chicks Ltd. v. Ontario (Labour Relations Board)*, [1991] 2 S.C.R. 5; *Douglas/Kwantlen Faculty Assn. v. Douglas College*, [1990] 3 S.C.R. 570; *Slaight Communications Inc. v. Davidson*, [1989] 1 S.C.R. 1038. The CRTC's constitutional determination is therefore reviewable by a correctness standard.

I turn now to the second question, the standard of review of the CRTC's decision, constitutional matters aside.

B. *The CRTC's Decision*

In determining the standard of review for the order, I note that it is important to distinguish the present case from one where an administrative agency simply applies the Constitution. Sometimes the sole question before an agency will be constitutional. For example, in *KMart Canada*, *supra*, the entire question was whether the statutory definition of "picketing" in a provincial labour code was unconstitutional as contrary to the *Charter*. Cory J. wrote for the Court, at para. 69:

sur des questions constitutionnelles ». Ce pourvoi portait sur le degré de retenue nécessaire à l'égard d'une décision d'un organisme spécialisé, l'Office national de l'énergie. Cet organisme avait décidé que certaines installations de collecte et de traitement ne constituaient pas des ouvrages ou entreprises de nature fédérale au sens de l'al. 92(10)a) de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Pour ce qui est du partage des compétences, la question soulevée dans *Westcoast* ressemble donc à celle qui se pose en l'espèce. Le même point est également fréquemment soulevé lorsque le tribunal est appelé à trancher une question relative à la *Charte canadienne des droits et libertés* : *T.U.A.C., section locale 1518 c. KMart Canada Ltd.*, [1999] 2 R.C.S. 1083; *Cooper c. Canada (Commission des droits de la personne)*, [1996] 3 R.C.S. 854; *Ross c. Conseil scolaire du district n° 15 du Nouveau-Brunswick*, [1996] 1 R.C.S. 825; *Tétreault-Gadoury c. Canada (Commission de l'emploi et de l'immigration)*, [1991] 2 R.C.S. 22; *Cuddy Chicks Ltd. c. Ontario (Commission des relations de travail)*, [1991] 2 R.C.S. 5; *Douglas/Kwantlen Faculty Assn. c. Douglas College*, [1990] 3 R.C.S. 570; *Slaight Communications Inc. c. Davidson*, [1989] 1 R.C.S. 1038. La décision d'ordre constitutionnel du CRTC est donc susceptible de contrôle au regard de la norme de la décision correcte.

Je vais maintenant examiner la deuxième question, soit la norme de contrôle applicable à la décision du CRTC, abstraction faite des questions constitutionnelles.

B. *Décision du CRTC*

Pour la détermination de la norme de contrôle applicable à l'ordonnance, je souligne qu'il est important de distinguer la présente affaire de celles où l'organisme administratif ne fait qu'appliquer la Constitution. Parfois, la seule question dont est saisi l'organisme est une question constitutionnelle. Par exemple, dans *KMart Canada*, précité, il s'agissait uniquement de déterminer si la définition de « picketage » prévue dans un code du travail provincial était inconstitutionnelle au motif qu'elle contrevenait à la *Charte*. Au nom de la Cour, le juge Cory écrit au par. 69 :

67

68

000106

It has been recognized that where a Labour Board is acting within its jurisdiction its decision can only be overturned if it is patently unreasonable. However where the Board interpreted or applied the *Charter* the standard of review must be that of correctness.

Likewise, in *Cooper, supra*, the question before the Canadian Human Rights Commission was whether a provision in human rights legislation contravened s. 15(1) of the *Charter*. Those cases were very different from the present appeal. In the present appeal, the main question was the appropriateness of the CRTC's access order issued under s. 43(5). The constitutional question was raised only as an attack on the CRTC's order. If the constitutional question is meritless, it should not serve nevertheless to dictate the level of scrutiny by the court reviewing the administrative decision.

Il est reconnu que, lorsqu'une commission des relations du travail agit dans les limites de sa compétence, sa décision ne peut être écartée que si elle est manifestement déraisonnable. Toutefois, lorsque la commission a interprété ou appliqué la *Charte*, la norme de contrôle doit être celle de la décision correcte.

De même, dans *Cooper*, précité, la question dont était saisie la Commission canadienne des droits de la personne était de savoir si une disposition d'une loi sur les droits de la personne contrevenait au par. 15(1) de la *Charte*. Ces affaires sont très différentes du présent pourvoi. En l'espèce, la question principale porte sur l'opportunité de l'ordonnance d'accès que le CRTC a prise en application du par. 43(5). La question constitutionnelle n'a été soulevée que comme moyen de contestation de l'ordonnance du CRTC. Toutefois, si cette question est sans fondement, elle ne devrait pas servir à dicter la norme que la cour chargée de contrôler la décision administrative doit appliquer.

69 This question is more complicated than the standard of review for the constitutional question. It is appropriate to view the CRTC and s. 43(5) through the four factors set out in *Pushpanathan, supra*. Moreover, it is necessary to recognize that review of the administrative decision itself consists properly of two questions: *Moreau-Bérubé v. New Brunswick (Judicial Council)*, [2002] 1 S.C.R. 249, 2002 SCC 11, at para. 41, *per* Arbour J. The first is the CRTC's interpretation of s. 43(5). This is a question of law. As noted by the parties, it will have some precedential value in the CRTC's future cases: *Canada (Director of Investigation and Research) v. Southam Inc.*, [1997] 1 S.C.R. 748, at para. 36, *per* Iacobucci J. The second is the appropriateness of the specific terms in Telecom Decision CRTC 99-13. It is a question of mixed law and fact.

Cette question est plus compliquée que celle de la norme de contrôle applicable à la question constitutionnelle. Il convient de considérer le CRTC et le par. 43(5) par rapport aux quatre facteurs énoncés dans *Pushpanathan*, précité. De plus, il faut reconnaître que le contrôle de la décision administrative elle-même comporte à proprement parler l'examen de deux questions : *Moreau-Bérubé c. Nouveau-Brunswick (Conseil de la magistrature)*, [2002] 1 R.C.S. 249, 2002 CSC 11, par. 41, la juge Arbour. La première question porte sur l'interprétation donnée par le CRTC au par. 43(5). Il s'agit d'une question de droit. Comme l'ont souligné les parties, cette interprétation aura une certaine valeur comme précédent dans les autres affaires dont sera saisi le CRTC : *Canada (Directeur des enquêtes et recherches) c. Southam Inc.*, [1997] 1 R.C.S. 748, par. 36, le juge Iacobucci. La deuxième question porte sur le bien-fondé du contenu particulier de la décision Télécom CRTC 99-13. Il s'agit ici d'une question mixte de droit et de fait.

70 On the basis that the CRTC's interpretation of the enabling provision was incorrect and vitiated the order, Gonthier J. does not review the specific terms or determine their appropriate standard of review. In my view, it is uncontroversial that the reviewing

Considérant que l'interprétation donnée par le CRTC à la disposition habilitante était incorrecte et viciait l'ordonnance, le juge Gonthier n'a pas examiné le contenu particulier de l'ordonnance et n'a pas déterminé la norme de contrôle applicable.

court owes the CRTC deference on the specific terms of an order. Dictation of such terms falls “squarely within its area of expertise”, to use the words of Gonthier J. in reference to other CRTC decisions in *Bell Canada v. Canada (Canadian Radio-television and Telecommunications Commission)*, [1989] 1 S.C.R. 1722, at p. 1746. See also *British Columbia Telephone Co. v. Shaw Cable Systems (B.C.) Ltd.*, [1995] 2 S.C.R. 739; *Federation of Canadian Municipalities v. AT&T Canada Corp.*, [2002] F.C.J. No. 1777 (QL), 2002 FCA 500 (“*Ledcor*”), at para. 30, *per* Létourneau J.A. The standard for review of the specific terms of Telecom Decision CRTC 99-13 is therefore reasonableness *simpliciter*.

It is the standard of review for the CRTC’s interpretation of s. 43(5) that is controversial in this appeal, and for which it is important to apply the four factors from *Pushpanathan* with some care.

(1) Privative Clauses and Statutory Rights of Appeal

No privative clause protects the CRTC’s decision in this case. Indeed, s. 64(1) provides that an appeal from a decision by the CRTC on any question of law or of jurisdiction may be brought in the Federal Court of Appeal with leave. A clause permitting appeals is a factor suggesting a more searching standard of review: *Pushpanathan*, *supra*, at para. 30. While this factor militates against deference, it is necessary to consider the other factors before making the final determination of the degree of deference.

(2) Relative Expertise

The second factor is the expertise of the tribunal. Expertise on the part of the tribunal warrants greater deference:

If a tribunal has been constituted with a particular expertise with respect to achieving the aims of an Act, whether because of the specialized knowledge of its decision-

À mon sens, il est incontesté que la cour de révision doit faire preuve de retenue à l’égard du contenu particulier des ordonnances du CRTC. Le contenu « relèv[e] parfaitement de son champ d’expertise », pour reprendre les termes utilisés par le juge Gonthier relativement à d’autres décisions du CRTC dans *Bell Canada c. Canada (Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes)*, [1989] 1 R.C.S. 1722, p. 1746. Voir également *British Columbia Telephone Co. c. Shaw Cable Systems (B.C.) Ltd.*, [1995] 2 R.C.S. 739; *Fédération canadienne des municipalités c. AT&T Canada Corp.*, [2002] A.C.F. n° 1777 (QL), 2002 CAF 500 (« *Ledcor* »), par. 30, le juge Létourneau. La norme de contrôle applicable au contenu particulier de la décision Télécom CRTC 99-13 est donc la décision raisonnable *simpliciter*.

Le présent pourvoi porte sur la norme de contrôle applicable à l’interprétation donnée par le CRTC au par. 43(5) et, à cet égard, il est important d’appliquer avec soin les quatre facteurs énoncés dans *Pushpanathan*.

(1) Clauses privatives et droits d’appel prévus par la loi

Aucune clause privative ne protège la décision du CRTC en l’espèce. En fait, le par. 64(1) prévoit qu’avec l’autorisation de la cour, il peut être interjeté appel devant la Cour d’appel fédérale, sur des questions de droit ou de compétence, des décisions du CRTC. La présence d’une clause autorisant les appels est un facteur qui donne à penser qu’une norme de contrôle plus stricte s’applique : *Pushpanathan*, précité, par. 30. Bien que ce facteur milite contre la retenue judiciaire, il est nécessaire de prendre en considération les autres facteurs applicables avant de rendre une décision définitive quant au degré de retenue nécessaire.

(2) Expertise relative

L’expertise du tribunal est le deuxième facteur applicable. Elle justifie une plus grande retenue :

Si le tribunal est doté d’une certaine expertise quant à la réalisation des objectifs d’une loi, que ce soit en raison des connaissances spécialisées de ses membres,

71

72

73

811000

makers, special procedure, or non-judicial means of implementing the Act, then a greater degree of deference will be accorded.

(*Pushpanathan*, *supra*, at para. 32)

L'Heureux-Dubé J. explained the rationale for deference to expertise, writing for the Court in *Canadian Union of Public Employees, Local 301 v. Montreal (City)*, [1997] 1 S.C.R. 793, at para. 17:

These bodies play a very important and special role in regulating social, economic, and political activities and relationships within an increasingly complex society. The administrative tribunal, with its specialized expertise, accumulated experience, and sensitivity as regards problems which arise in a particular field, is essential to the effective and fair implementation of state policy aimed at addressing these concerns.

Cory J. has written, similarly, that the basis for deference is that "administrative tribunals are set up to replace courts in areas where specific expertise and experience are required" (*Royal Oak Mines Inc. v. Canada (Labour Relations Board)*, [1996] 1 S.C.R. 369, at para. 53; see also *Bell Canada*, *supra*, at p. 1746, *per* Gonthier J.).

74

It was largely on this justification that Iacobucci J. described expertise as "the most important of the factors that a court must consider in settling on a standard of review" (*Southam*, *supra*, at para. 50, cited in *Pushpanathan*, *supra*, at para. 32). This justification can apply even where there is a statutory right of appeal: see *Pezim v. British Columbia (Superintendent of Brokers)*, [1994] 2 S.C.R. 557, at p. 591.

75

Recall that expertise is to be understood as a relative, not an absolute, concept. In other words, is the tribunal expert *vis-à-vis* the reviewing court concerning the particular issue before it? *Pushpanathan*, *supra*, at para. 33.

76

I plan to assess the CRTC's expertise in three steps, using the approach suggested in *Pushpanathan*, at para. 33:

de sa procédure spéciale ou de moyens non judiciaires d'appliquer la loi, il y a lieu de faire preuve de plus de retenue.

(*Pushpanathan*, *précité*, par. 32)

Au nom de la Cour dans *Syndicat canadien de la fonction publique, section locale 301 c. Montréal (Ville)*, [1997] 1 R.C.S. 793, par. 17, la juge L'Heureux-Dubé a expliqué comme suit la raison d'être de la retenue dont il faut faire preuve à l'égard de l'expertise :

Ces organismes jouent un rôle très important et très spécial dans la régulation des activités et des rapports sociaux, économiques et politiques dans une société de plus en plus complexe. Avec ses connaissances spécialisées, son expérience accumulée et sa sensibilisation aux problèmes qui se posent dans un domaine particulier, un tribunal administratif joue un rôle essentiel dans l'application efficace et équitable de la politique de l'État sur ces questions.

Dans la même veine, le juge Cory a écrit que la retenue repose sur le fait que « les tribunaux administratifs ont été créés pour remplacer les cours de justice à l'égard d'affaires qui exigent des compétences et une expérience particulières » (*Royal Oak Mines Inc. c. Canada (Conseil des relations du travail)*, [1996] 1 R.C.S. 369, par. 53; voir aussi *Bell Canada*, *précité*, p. 1746, le juge Gonthier).

C'est en grande partie pour cette raison que le juge Iacobucci a décrit l'expertise comme étant le « facteur le plus important qu'une cour doit examiner pour arrêter la norme de contrôle applicable » (*Southam*, *précité*, par. 50, cité dans *Pushpanathan*, *précité*, par. 32). Ce raisonnement peut s'appliquer même lorsque la loi prévoit un droit d'appel : voir *Pezim c. Colombie-Britannique (Superintendent of Brokers)*, [1994] 2 R.C.S. 557, p. 591.

Il faut se rappeler que l'expertise doit être tenue pour une notion relative et non absolue. Autrement dit, comparativement à la cour de révision, le tribunal a-t-il une expertise en ce qui concerne la question précise dont il a été saisi? *Pushpanathan*, *précité*, par. 33.

Je me propose d'évaluer l'expertise du CRTC en appliquant la démarche en trois étapes proposée dans *Pushpanathan*, par. 33 :

000109

Making an evaluation of relative expertise has three dimensions: the court must characterize the expertise of the tribunal in question; it must consider its own expertise relative to that of the tribunal; and it must identify the nature of the specific issue before the administrative decision-maker relative to this expertise.

First, what is the CRTC's expertise? This Court has recognized the CRTC as an expert body. In *Shaw, supra*, at para. 30, L'Heureux-Dubé J. characterized the CRTC as "a specialized administrative tribunal . . . which possesses considerable expertise over the subject matter of its jurisdiction". She also noticed "the broad and important policy mandate of the CRTC" (para. 43). As Major J. noted for the Court in *Canada (Deputy Minister of National Revenue) v. Mattel Canada Inc.*, [2001] 2 S.C.R. 100, 2001 SCC 36, at para. 28, a tribunal's role in policy development is a significant factor in considering its expertise and the deference appropriate. See also Wilson J.'s reference to the "specialized understanding" of administrative tribunals in the fields of labour relations, telecommunications, financial markets, and international economic relations: *National Corn Growers Assn. v. Canada (Import Tribunal)*, [1990] 2 S.C.R. 1324, at p. 1336, cited by Iacobucci J. in *Pezim, supra*, at p. 593. For the telecommunications field, Wilson J. was clearly referring to the CRTC. The Federal Court of Appeal has also noted that the "CRTC is a specialized, independent agency to which, precisely because of its expertise, Parliament has granted extensive powers for the supervision and regulation of the Canadian broadcasting system" (*Société Radio-Canada v. Métromédia CMR Montréal Inc.* (1999), 254 N.R. 266, at para. 2, *per* Létourneau J.A.).

I agree with Gonthier J. that the "CRTC's expertise lies in the regulation and supervision of Canadian broadcasting and telecommunications" (para. 15). We seem to differ, however, as to the extent to which this expertise extends generally to the CRTC's interpretation of its enabling legislation. (While it is the *Canadian Radio-television*

L'évaluation de l'expertise relative comporte trois dimensions : la cour doit qualifier l'expertise du tribunal en question; elle doit examiner sa propre expertise par rapport à celle du tribunal; et elle doit identifier la nature de la question précise dont était saisi le tribunal administratif par rapport à cette expertise.

Premièrement, quelle est l'expertise du CRTC? La Cour a reconnu que le CRTC est un organisme spécialisé. Dans *Shaw*, précité, par. 30, la juge L'Heureux-Dubé a dit que le CRTC est un « tribunal administratif spécialisé [. . .] [qui] possède une vaste expertise dans son domaine de compétence ». Elle a également constaté « le mandat fondamental et général du CRTC » (par. 43). Comme l'a souligné le juge Major, au nom de la Cour, dans *Canada (Sous-ministre du Revenu national) c. Mattel Canada Inc.*, [2001] 2 R.C.S. 100, 2001 CSC 36, par. 28, la participation du tribunal à l'élaboration de politiques est un facteur important à prendre en considération lorsqu'il s'agit d'établir son expertise et le degré de retenue dont il convient de faire preuve à l'égard de ses décisions. Voir également les propos de la juge Wilson sur la « connaissance spécialisée » des tribunaux administratifs dans le domaine des relations du travail, des télécommunications, des marchés financiers et des relations économiques internationales : *National Corn Growers Assn. c. Canada (Tribunal des importations)*, [1990] 2 R.C.S. 1324, p. 1336, mentionnés par le juge Iacobucci dans *Pezim*, précité, p. 593. Pour ce qui est du domaine des télécommunications, la juge Wilson faisait clairement référence au CRTC. La Cour d'appel fédérale a également noté que le « CRTC est un organisme spécialisé autonome à qui le Parlement a confié, précisément à cause de son expertise, de vastes pouvoirs pour assurer la réglementation et la surveillance du système de radio-diffusion canadienne » (*Société Radio-Canada c. Métromédia CMR Montréal Inc.*, [1999] A.C.F. n° 1637 (QL), par. 2, le juge Létourneau).

Je conviens avec le juge Gonthier que l'« expertise du CRTC réside dans la réglementation et la supervision de la radiodiffusion et des télécommunications au Canada » (par. 15). Nous semblons différer d'opinion, toutefois, quant à savoir dans quelle mesure cette expertise permet au CRTC d'interpréter sa loi habilitante. (Bien que le CRTC

and *Telecommunications Commission Act*, R.S.C. 1985, c. C-22, that established the CRTC, in the present context the *Telecommunications Act* is appropriately viewed as the enabling legislation, since the CRTC purported to act under s. 43(5) of that statute.) Gonthier J. suggests that the CRTC's special expertise in the regulation and supervision of Canadian broadcasting and telecommunications does not apply to statutory interpretation of the Act. In contrast, I am more inclined to think that interpretation of enabling legislation by a specialized tribunal is more akin to administration of that statute, a core part of the tribunal's mandate. As Dickson J., as he then was, wrote in *Canadian Union of Public Employees, Local 963 v. New Brunswick Liquor Corp.*, [1979] 2 S.C.R. 227, at pp. 235-36:

The labour board is a specialized tribunal which administers a comprehensive statute regulating labour relations. In the administration of that regime, a board is called upon not only to find facts and decide questions of law, but also to exercise its understanding of the body of jurisprudence that has developed around the collective bargaining system, as understood in Canada, and its labour relations sense acquired from accumulated experience in the area.

See also the discussion of how specialized agencies develop their own body of law and policy, arguably equivalent to a court's development of the common law, in R. A. Macdonald, "On the Administration of Statutes" (1987), 12 *Queen's L.J.* 488.

soit établi en vertu de la *Loi sur le Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes*, L.R.C. 1985, ch. C-22, la *Loi sur les télécommunications* est à juste titre considérée comme étant la loi habilitante dans le présent contexte, puisque le CRTC a déclaré s'être fondé sur le par. 43(5) de cette loi.) Le juge Gonthier laisse entendre que l'interprétation de la Loi ne relève pas de l'expertise particulière du CRTC en matière de réglementation et de supervision de la radiodiffusion et des télécommunications au Canada. Je suis plus porté à croire au contraire que l'interprétation donnée par un tribunal spécialisé à sa loi habilitante tient de l'application de cette loi, une composante essentielle de son mandat. Comme l'a écrit le juge Dickson (plus tard Juge en chef) dans *Syndicat canadien de la Fonction publique, section locale 963 c. Société des alcools du Nouveau-Brunswick*, [1979] 2 R.C.S. 227, p. 235-236 :

La commission est un tribunal spécialisé chargé d'appliquer une loi régissant l'ensemble des relations de travail. Aux fins de l'administration de ce régime, une commission n'est pas seulement appelée à constater des faits et à trancher des questions de droit, mais également à recourir à sa compréhension du corps jurisprudentiel qui s'est développé à partir du système de négociation collective, tel qu'il est envisagé au Canada, et à sa perception des relations de travail acquise par une longue expérience dans ce domaine.

Voir aussi dans R. A. Macdonald, « On the Administration of Statutes » (1987), 12 *Queen's L.J.* 488, l'analyse de la question de savoir comment les organismes spécialisés établissent leur propre ensemble de règles de droit et de politiques, processus qui, peut-on soutenir, s'apparente à celui par lequel les cours établissent les règles de common law.

Le CRTC n'est manifestement pas une commission des relations du travail et la politique de télécommunication ne relève pas des relations du travail. Néanmoins, le principe général s'applique. D'ailleurs, lorsque les faits particuliers d'un régime administratif et son tribunal le justifient, la Cour a écarté explicitement son approche générale fondée sur la retenue, approche mise au point initialement pour les commissions des relations du travail : *Canada (Procureur général) c. Mossop*, [1993] 1

The CRTC is obviously not a labour board, and telecommunications policy is not labour relations. Nevertheless, the general rationale applies. Indeed, where the particular facts of an administrative scheme and its tribunal warrant, this Court has explicitly distinguished its general deferential approach, developed initially in the context of labour boards: *Canada (Attorney General) v. Mossop*, [1993] 1 S.C.R. 554, at pp. 583-85, per La Forest J. But in the present appeal Gonthier J.

11100

distinguishes neither labour boards nor the general rule of deference to a specialized tribunal.

The CRTC may, in exercising its powers and performing its duties, determine any question of law or fact: s. 52(1) of the Act. CRTC members exercise their understanding of the body of decisions that has developed in the telecommunications field. Members will inevitably acquire a familiarity with technical terms and concepts prevalent in the telecommunications field. Moreover, the renewable five-year terms of CRTC members (*Canadian Radio-television and Telecommunications Commission Act*, ss. 3(2) and 3(3)) make clear that it is not only institutional, but also personal experience on the part of individual members that accumulates during the CRTC's work. CRTC members are thus sharply distinguishable from members of *ad hoc* tribunals in other domains.

I agree with Rothstein J.A. and Gonthier J. that the policy objectives of the relevant legislation are not *per se* power-conferring provisions. That said, I believe that the CRTC has expertise in advancing those policies and in administering the enabling statutes in furtherance of those policies. CRTC members, working full time with those policies and statutes, will acquire an expertise superior to that of generalist judges who from time to time sit in judicial review of telecommunications matters.

Second, what is the expertise of the court relative to that of the CRTC? The court has general expertise at statutory interpretation. The court is perhaps better positioned than the CRTC to interpret general legal terms of wide usage. See *Mattel*, *supra*, at para. 33, *per* Major J., where a critical factor in reaching the standard of correctness was that the question related to concepts intrinsic to

R.C.S. 554, p. 583-585, le juge La Forest. Mais, en l'espèce, le juge Gonthier n'a fait de distinction ni d'avec les commissions des relations du travail ni d'avec la règle générale selon laquelle il faut faire preuve de retenue à l'égard des décisions d'un tribunal spécialisé.

Le CRTC connaît, dans l'exercice de ses pouvoirs et fonctions, aussi bien des questions de droit que des questions de fait : par. 52(1) de la Loi. Les membres du CRTC (les « conseillers ») sont appelés à recourir à leur interprétation du corps jurisprudentiel qui s'est développé dans le domaine des télécommunications. Ils se familiarisent inévitablement avec les termes techniques et les notions courantes dans ce domaine. De plus, le mandat renouvelable de cinq ans des conseillers (*Loi sur le Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes*, par. 3(2) et (3)) indique clairement que, durant leur mandat, les conseillers acquièrent non seulement une expérience institutionnelle, mais aussi une expérience personnelle. Ils peuvent donc se distinguer nettement des membres de tribunaux *ad hoc* dans d'autres domaines.

Je conviens avec le juge Rothstein et le juge Gonthier que les dispositions énonçant les objectifs de politique de la loi pertinente ne sont pas en soi des dispositions attributives de pouvoir. Cela dit, je crois que le CRTC a l'expertise nécessaire pour développer les politiques en question et pour appliquer ses lois habilitantes de façon à mettre en œuvre ces politiques. Les conseillers, qui se réfèrent continuellement à ces politiques et à ces lois dans l'exercice de leurs fonctions, acquerront une expertise supérieure à celle des juges généralistes qui, de temps en temps, sont appelés à se prononcer sur une demande de contrôle judiciaire en matière de télécommunications.

Deuxièmement, quelle est l'expertise de la cour par rapport à celle du CRTC? La cour possède une expertise générale en matière d'interprétation des lois. La cour est peut-être mieux placée que le CRTC pour interpréter des termes juridiques généraux d'usage courant. Voir *Mattel*, précité, par. 33, le juge Major; dans cette affaire, le fait que la question avait trait à des concepts inhérents au

80

81

82

basic commercial law. See also *U.E.S., Local 298 v. Bibeault*, [1988] 2 S.C.R. 1048, at p. 1097, *per* Beetz J., where a labour board had no relative expertise respecting alienation and operation by another, which are general concepts of the civil law. (But for the suggestion that once a board has developed sufficient expertise, it is due deference on precisely the same general legal concepts, see *Ivanhoe inc. v. UFCW, Local 500*, [2001] 2 S.C.R. 565, 2001 SCC 47; *Sept-Îles (City) v. Québec (Labour Court)*, [2001] 2 S.C.R. 670, 2001 SCC 48.) A court may also have relative expertise where interpretation of an external statute, one that the specialized agency does not routinely administer, is at issue: *Canadian Broadcasting Corp. v. Canada (Labour Relations Board)*, [1995] 1 S.C.R. 157. Even this point is nuanced, however, and Iacobucci J. contemplates that an agency may develop expertise respecting the legal interpretation of an external statute linked to the tribunal's mandate and frequently encountered by it (*Canadian Broadcasting Corp.*, at para. 48). See *Toronto Catholic District School Board v. Ontario English Catholic Teachers' Assn. (Toronto Elementary Unit)* (2001), 55 O.R. (3d) 737 (C.A.), leave to appeal refused, [2002] 2 S.C.R. ix. The point, however, is that the CRTC will have greater expertise *vis-à-vis* the reviewing court for technical and policy-related matters, including determination of legal questions, associated with the specialized statutes enabling the CRTC.

droit commercial de base a été un facteur crucial dont on a tenu compte pour conclure à l'application de la norme de la décision correcte. Voir aussi *U.E.S., local 298 c. Bibeault*, [1988] 2 R.C.S. 1048, p. 1097, le juge Beetz, où on a jugé qu'une commission des relations du travail n'avait aucune expertise relative en ce qui concerne les concepts de l'aliénation et de la concession, qui sont des notions générales de droit civil. (Toutefois, pour ce qui est de l'affirmation selon laquelle une fois que l'organisme a acquis une expertise suffisante, il faut faire preuve de retenue à l'égard des décisions qu'il rend sur ces mêmes notions générales de droit, voir *Ivanhoe inc. c. TUAC, section locale 500*, [2001] 2 R.C.S. 565, 2001 CSC 47; *Sept-Îles (Ville) c. Québec (Tribunal du travail)*, [2001] 2 R.C.S. 670, 2001 CSC 48.) La cour peut également posséder une expertise relative lorsqu'elle est appelée à interpréter une loi autre qu'une loi constitutive, soit une loi que l'organisme spécialisé n'applique pas couramment : *Société Radio-Canada c. Canada (Conseil des relations du travail)*, [1995] 1 R.C.S. 157. Toutefois, même ce point est nuancé et le juge Iacobucci envisage la possibilité que l'organisme acquière une expertise pour l'interprétation d'une loi non constitutive qui a un lien avec son mandat et qu'il est souvent appelé à examiner (*Société Radio-Canada*, par. 48). Voir *Toronto Catholic District School Board c. Ontario English Catholic Teachers' Assn. (Toronto Elementary Unit)* (2001), 55 O.R. (3d) 737 (C.A.), autorisation de pourvoi refusée, [2002] 2 R.C.S. ix. En définitive, le CRTC aura une plus grande expertise que la cour de révision sur des questions techniques et des questions de politique, notamment des questions de droit qui se rapportent aux lois spécialisées qui l'habilitent.

83

For judicial determinations that the CRTC is due deference on legal questions within its expertise, see *Shaw, supra*; *Ledcor, supra*; *Métromédia, supra*. These authorities are relevant only insofar as the question at issue turns out to be one within the CRTC's expertise. They stand, however, as a corrective against the reliance Gonthier J. places on the statutory interpretation character of the question and the courts' general expertise at that exercise.

Pour ce qui est de l'obligation de faire preuve de retenue à l'égard des décisions du CRTC sur des questions de droit relevant de son expertise, voir *Shaw*, précité, *Ledcor*, précité, et *Métromédia*, précité. Ces arrêts sont pertinents dans la seule mesure où la question litigieuse relève de l'expertise du CRTC. Ils diminuent toutefois l'importance que le juge Gonthier accorde au fait que la question litigieuse est une question d'interprétation des lois à l'égard de laquelle les cours possèdent une expertise générale.

000113

The third inquiry here is this: What is the nature of the specific issue before the administrative decision maker relative to its expertise? To Gonthier J., the bare question “[W]hat did Parliament intend by the phrase ‘the supporting structure of a transmission line’?” is a pure legal question best suited to final resolution by the courts, one that does not draw on the CRTC’s core expertise. I cannot agree. In my view, the specific issue draws heavily on the CRTC’s specialized expertise, indicating that deference is required.

The phrase “the supporting structure of a transmission line” in s. 43(5) is not one familiar to lawyers or judges. It has no standard legal meaning independent of the Act. Unlike concepts intrinsic to commercial law (“sale of goods for export to Canada”, “condition of the sale of the goods”: *Mattel*, *supra*) or to the civil law (“alienation”, “operation by another”: *Bibeault*, *supra*), the meaning of “the supporting structure of a transmission line” is not one that lawyers or judges would ever have thought about or on which they would have any opinions. Nor does it derive from an area of law where the tribunal has been held to have no greater expertise than the court, as for example human rights: *Gould v. Yukon Order of Pioneers*, [1996] 1 S.C.R. 571, at para. 46, *per* La Forest J., and at para. 3, *per* Iacobucci J.; *University of British Columbia v. Berg*, [1993] 2 S.C.R. 353; *Mossop*, *supra*; *Zurich Insurance Co. v. Ontario (Human Rights Commission)*, [1992] 2 S.C.R. 321. Commentators have criticized the determination that tribunals do not have greater expertise than courts on matters of human rights law: D. Dyzenhaus, “The Politics of Deference: Judicial Review and Democracy”, in M. Taggart, ed., *The Province of Administrative Law* (1997), 279, at p. 279; B. Ryder, “Family Status, Sexuality and ‘The Province of the Judiciary’: The Implications of *Mossop v. A.-G. Canada*” (1993), 13 *Windsor Y.B. Access Just.* 3; A. Harvison Young, “Human Rights Tribunals and the Supreme Court of Canada: Reformulating Deference” (1993), 13 *Admin. L.R.* (2d) 206. I need not address those criticisms here. I simply note that it strikes me as

Troisièmement, il faut se poser la question suivante : Quelle est la nature de la question particulière dont est saisi l’organisme administratif par rapport à son expertise? Pour le juge Gonthier, la simple question de savoir ce « que voulait dire “la structure de soutien d’une ligne de transmission” pour le législateur » est une pure question de droit, une question qui ne relève pas du domaine d’expertise fondamentale du CRTC et sur laquelle les cours sont les mieux placées pour statuer de façon définitive. Je ne suis pas d’accord. À mon avis, cette question fait appel largement aux connaissances spécialisées du CRTC, ce qui indique qu’il faut faire preuve de retenue.

Le membre de phrase « la structure de soutien d’une ligne de transmission » au par. 43(5) n’est pas familier aux avocats et aux juges. Il n’a pas de sens courant en droit autre que celui que lui donne la Loi. Contrairement à ce qu’il en est pour les concepts inhérents au droit commercial (« vente de marchandises pour exportation au Canada », « condition de la vente des marchandises » : *Mattel*, précité) ou au droit civil (« aliénation », « concession » : *Bibeault*, précité), le sens de l’expression « la structure de soutien d’une ligne de transmission » n’est pas une question à laquelle les avocats ou les juges sont censés s’arrêter ou sur laquelle ils sont censés avoir une opinion. Cette expression n’appartient pas non plus à un domaine du droit où il a été jugé que le tribunal ne possède pas une plus grande expertise que la cour, comme par exemple le domaine des droits de la personne : *Gould c. Yukon Order of Pioneers*, [1996] 1 R.C.S. 571, par. 46, le juge La Forest, et par. 3, le juge Iacobucci; *Université de la Colombie-Britannique c. Berg*, [1993] 2 R.C.S. 353; *Mossop*, précité; *Zurich Insurance Co. c. Ontario (Commission des droits de la personne)*, [1992] 2 R.C.S. 321. Des auteurs ont critiqué la prise de position selon laquelle les tribunaux n’ont pas une plus grande expertise que les cours en matière de droits de la personne : D. Dyzenhaus, « The Politics of Deference : Judicial Review and Democracy », dans M. Taggart, dir., *The Province of Administrative Law* (1997), 279, p. 279; B. Ryder, « Le statut familial, la sexualité et “le domaine de la magistrature” », les suites de *Mossop c. l’A.-G. du Canada* » (1993), 13 *Windsor Y.B. Access Just.* 3;

84

85

11000

inadvisable to develop, in this appeal, the notion that courts have general expertise respecting telecommunications support structures and Parliament's policy intentions for the telecommunications domain.

A. Harvison Young, « Human Rights Tribunals and the Supreme Court of Canada : Reformulating Deference » (1993), 13 Admin. L.R. (2d) 206. Je n'ai pas besoin d'examiner ces critiques en l'espèce. Je souligne simplement qu'il m'apparaît contre-indiqué d'établir, dans le présent pourvoi, le principe que les cours ont une expertise générale relativement aux structures de soutien servant aux télécommunications et relativement aux objectifs de politique du Parlement en matière de télécommunication.

86

In contrast with these examples of general questions or questions within the courts' expertise, the meaning of "the supporting structure of a transmission line" is a technical question best answered by the specialized agency in whose enabling legislation it arises. The question is not simply one "of statutory interpretation" (as *per* Gonthier J., at para. 14). Indeed, to characterize it so, and therefore to conclude that the court's expertise in matters of pure statutory interpretation exceeds the CRTC's, undermines the basis for deference to agencies in administration of their enabling legislation. Wilson J. made the point nicely in *National Corn Growers*, *supra*, at p. 1336:

Courts have also come to accept that they may not be as well qualified as a given agency to provide interpretations of that agency's constitutive statute that make sense given the broad policy context within which that agency must work.

This comment relates well to the definitive formulation of the modern approach to statutory interpretation:

Today there is only one principle or approach, namely, the words of an Act 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.

(E. A. Driedger, *Construction of Statutes* (2nd ed. 1983), at p. 87, cited in *Bell ExpressVu Limited Partnership v. Rex*, [2002] 2 S.C.R. 559, 2002 SCC 42, at para. 26; *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27, at para. 21)

Contrairement à ces exemples de questions générales ou de questions relevant de l'expertise des cours, le sens de l'expression « la structure de soutien d'une ligne de transmission » est une question technique et c'est l'organisme spécialisé dont la loi habilitante fait état de cette question qui est le mieux placé pour y répondre. Il ne s'agit pas uniquement d'une question « d'interprétation législative » (le juge Gonthier, par. 14). En fait, qualifier cette question ainsi et conclure par voie de conséquence que les cours ont une plus grande expertise que le CRTC en matière d'interprétation législative pure sape les fondements de la retenue dont il faut faire preuve à l'égard des décisions que rendent les organismes dans l'application de leur loi habilitante. La juge Wilson l'a bien fait remarquer dans *National Corn Growers*, précité, p. 1336 :

Les cours de justice ont également fini par se faire à l'idée qu'elles ne sont peut-être pas aussi bien qualifiées qu'un organisme administratif déterminé pour donner à la loi constitutive de cet organisme des interprétations qui ont du sens compte tenu du contexte des politiques générales dans lequel doit fonctionner cet organisme.

Ce commentaire cadre bien avec l'approche moderne suivante qui fait autorité en matière d'interprétation des lois :

[TRADUCTION] Aujourd'hui il n'y a qu'un seul principe ou solution : il faut lire les termes d'une loi 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.

(E. A. Driedger, *Construction of Statutes* (2^e éd. 1983), p. 87, cité dans *Bell ExpressVu Limited Partnership c. Rex*, [2002] 2 R.C.S. 559, 2002 CSC 42, par. 26; *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27, par. 21)

516

In other words, the broad policy context of a specialized agency infuses the exercise of statutory interpretation such that application of the enabling statute is no longer a matter of “pure statutory interpretation”. When its enabling legislation is in issue, a specialized agency will be better equipped than a court to interpret words in “their entire context” in harmony with the Act, “the object of the Act, and the intention of Parliament”.

I note several difficulties with Gonthier J.’s approach to the assessment of the specific issue *vis-à-vis* expertise. First, it prematurely introduces subsequent conclusions into the determination of the standard of review. Gonthier J. holds, at para. 16, that the CRTC’s expertise is not engaged because the “proper interpretation of the phrase” does not require “an understanding of technical language”. As he puts it, at para. 14, “[t]his phrase has no technical meaning beyond the ken of a reviewing court”. Yet, Gonthier J. rejected the finding by Rothstein J.A. that an ordinary construction of the phrase would include the respondents’ poles (para. 26). Moreover, the statement that the phrase has no technical meaning is only a conclusion that can be reached after canvassing all possible interpretations of the phrase, presumably some technical, some not. Identifying all the possible interpretations of the phrase “the supporting structure of a transmission line” and then discriminating amongst them requires expertise. The standard of review cannot be contingent on what the reviewing court determines to be the correct interpretation.

Second, the degree of deference must be discerned from the question to be resolved, not the tools that the reviewing court has already used to reach the answer. In particular, this Court has already determined “that the CRTC is entitled to curial deference with respect to questions of law within its area of jurisdiction and expertise” (*Shaw, supra*, at para. 31, *per* L’Heureux-Dubé J.). Given *Pushpanathan*, the focus on reading that

Autrement dit, le large contexte d’élaboration de politiques de l’organisme spécialisé inspire sa démarche d’interprétation législative, de sorte que l’application de sa loi habilitante n’est plus une question d’« interprétation législative pure ». Lorsque sa loi habilitante est en cause, l’organisme spécialisé sera plus qualifié que la cour pour interpréter les termes dans « leur contexte global » en leur donnant un sens qui s’harmonise avec l’esprit de la loi, « l’objet de la loi et l’intention du législateur ».

À mon sens, l’approche adoptée par le juge Gonthier pour l’appréciation de la question litigieuse de l’expertise présente plusieurs difficultés. Premièrement, elle introduit prématurément des conclusions ultérieures pour l’établissement de la norme de contrôle. Le juge Gonthier affirme au par. 16 que l’expertise du CRTC n’entre pas en jeu parce que l’« interprétation qu’il convient de donner au membre de phrase » n’exige pas « la compréhension de termes techniques ». Selon lui, « [c]es termes n’ont aucun sens technique hors de la portée de la cour de révision » (par. 14). Cependant, le juge Gonthier a rejeté la conclusion du juge Rothstein qu’une interprétation de ces termes suivant leur sens ordinaire engloberait les poteaux des intimes (par. 26). De plus, l’affirmation que ces termes n’ont aucun sens technique est une conclusion qu’on peut tirer uniquement après avoir examiné toutes leurs interprétations possibles, dont certaines pourraient être techniques, d’autres non. Recenser toutes les interprétations possibles des termes « la structure de soutien d’une ligne de transmission » pour ensuite faire des distinctions exige une certaine expertise. La norme de contrôle ne peut dépendre de ce que la cour de révision estime être l’interprétation correcte.

Deuxièmement, le degré de retenue dont il faut faire preuve doit être distingué de la question sur laquelle il faut statuer, et non pas des outils dont s’est déjà servie la cour de révision pour trouver la réponse à cette question. Plus particulièrement, la Cour a déjà conclu que « les cours de justice doivent faire preuve de retenue à l’égard du CRTC relativement aux questions de droit qui relèvent de son champ de compétence et d’expertise » (*Shaw*,

87

88

000116

statement should shift towards the question of expertise. Indeed, Létourneau J.A. takes precisely this approach in citing the *Shaw* case in *Ledcor*, *supra*, at para. 30: "Consequently, this means the applicable standard of review of the CRTC's legal conclusions on matters within its expertise is that of reasonableness". The reasonableness standard on questions of law means that the CRTC is entitled to err in law in the exercise of its jurisdiction (*Ledcor*, at para. 30). Given the general rule that an expert tribunal will be due deference on its determinations of questions of law relating to its enabling statute (see *Tétreault-Gadoury*, *supra*, at p. 33, *per* La Forest J.) and this Court's specific conclusion that the CRTC is entitled to deference on its answers to legal questions within its expertise, it is insufficient and, indeed, unhelpful to note that the interpretation of s. 43(5) is "a purely legal question" (as *per* Gonthier J., at para. 16). For tribunals expert at making legal determinations, such an observation adds little and need not, without more, drive towards correctness review. For example, in *Chieu v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2002] 1 S.C.R. 84, 2002 SCC 3, at para. 24, it was the fact of the decision maker's lack of expertise as to the substantive issue that indicated correctness review, not a lack of expertise regarding legal questions as such. In the case of tribunals or administrative decision makers not empowered to make determinations of law, for example, or lacking expertise, the fact that a question is purely legal will of course be more significant. Yet, on purely legal questions within its expertise, the CRTC is owed deference. The analytical work in this appeal arises when determining whether the particular legal question is within the agency's expertise.

précité, par. 31, la juge L'Heureux-Dubé). Compte tenu de *Pushpanathan*, il faudrait mettre l'accent sur la question de l'expertise lorsqu'on lit cette affirmation. D'ailleurs, le juge Létourneau adopte précisément ce point de vue lorsqu'il cite *Shaw* dans *Ledcor*, précité, par. 30 : « Par conséquent, cela signifie que la norme de contrôle applicable aux conclusions juridiques du CRTC sur des questions qui relèvent de son expertise est celle du caractère raisonnable ». L'application de la norme du caractère raisonnable relativement aux questions de droit signifie que le CRTC est autorisé à commettre des erreurs de droit dans l'exercice de sa compétence (*Ledcor*, par. 30). Compte tenu de la règle générale selon laquelle il faut faire preuve de retenue à l'égard des décisions d'un tribunal spécialisé sur des questions de droit se rapportant à sa loi habilitante (voir *Tétreault-Gadoury*, précité, p. 33, le juge La Forest), et de la conclusion expresse de la Cour qu'il faut faire preuve de retenue à l'égard des décisions du CRTC sur des questions de droit relevant de son expertise, il ne suffit pas et il est en fait inutile de noter que l'interprétation du par. 43(5) est une « question purement de droit » (le juge Gonthier, par. 16). Pour les tribunaux qui statuent régulièrement sur des questions de droit, une telle observation n'ajoute pas grand-chose et n'exige pas à elle seule l'application de la norme de la décision correcte. À titre d'exemple, dans *Chieu c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2002] 1 R.C.S. 84, 2002 CSC 3, par. 24, c'était le manque d'expertise du décideur relativement à la question de fond qui donnait à penser que la norme de la décision correcte s'appliquait, et non pas son manque d'expertise sur les questions de droit en tant que telles. Dans le cas de tribunaux ou décideurs administratifs qui, par exemple, ne sont pas habilités à tirer des conclusions de droit ou qui manquent d'expertise, le fait qu'il s'agit d'une pure question de droit sera bien entendu plus important. Il faut toutefois faire preuve de retenue à l'égard des décisions du CRTC sur des questions purement de droit relevant de son expertise. Le travail d'analyse en l'espèce commence lorsqu'il s'agit de déterminer si la question de droit en cause relève de l'expertise de l'organisme.

Third, by effectively holding that no deference is due where an ordinary, rather than technical, meaning prevails, Gonthier J. substantially reduces the likelihood that the pragmatic and functional approach will indicate deference to expert decision makers. As noted above, the correct approach to statutory interpretation requires that words be read “in their grammatical and ordinary sense”. Gonthier J.’s approach suggests that a court will generally be as well equipped as a specialized agency to read words in their ordinary sense, in effect, most of the time.

Fourth, in his own analysis, Gonthier J. engages in technical reasoning of the kind he says is unwarranted by the question. While noting that consideration of legislative objectives is one aspect of the modern approach to statutory interpretation, Gonthier J. makes a policy assessment that there may be other avenues available to the appellant for access to the respondents’ poles, “contractual or regulatory” (para. 41). This indicates that the exercise is not a “pure” one best suited to judges. The CRTC would have been significantly better positioned than the court to assess the alternatives and the consequences of each possible interpretation of s. 43(5). Moreover, he determines that the interpretive exercise is aided by assuming that Parliament knew — and thus that the reviewing court knows — the technical distinctions between transmission and distribution lines, and that some power poles are situated on private land (para. 26). The distinction, as Gonthier J. notes (at para. 25), is that a transmission line carries electricity over large distances with minimum losses. In contrast, a distribution line carries less than 50kV of electricity over short distances. It strikes me that the distinction between transmission lines and distribution lines is not one to which any lawyer or judge, not having previously litigated or adjudicated in the telecommunications or energy sectors, would ever have turned his or her mind. It is a distinction with which the CRTC, as a specialized body regularly issuing orders respecting transmission facilities and transmission lines, is much more familiar

Troisièmement, en concluant effectivement qu’il n’y a pas lieu de faire preuve de retenue lorsque le sens ordinaire, et non le sens technique, l’emporte, le juge Gonthier réduit considérablement la probabilité qu’on fasse preuve de retenue à l’égard des décisions d’organismes spécialisés par suite de l’application de la démarche pragmatique et fonctionnelle. Comme nous l’avons noté précédemment, l’approche correcte en matière d’interprétation des lois consiste à lire les termes de la loi « en suivant le sens ordinaire et grammatical ». L’approche du juge Gonthier donne à penser que les cours seront généralement, si ce n’est pas la plupart du temps, aussi qualifiées que les organismes spécialisés pour interpréter les termes de la loi selon leur sens ordinaire.

Quatrièmement, selon la propre analyse du juge Gonthier, la question soulevée ne justifie pas le type de raisonnement technique auquel il se livre. Bien qu’il note que la prise en considération des objectifs législatifs est l’un des aspects de l’approche moderne en matière d’interprétation des lois, le juge Gonthier déclare que l’appelante dispose d’autres solutions pour accéder aux poteaux des intimés, « par voie contractuelle ou réglementaire » (par. 41). Cela montre qu’il ne s’agit pas d’un exercice d’interprétation législative « pure » que les juges sont les plus en mesure d’effectuer. Le CRTC aurait été beaucoup mieux placé que la cour pour évaluer les autres interprétations possibles du par. 43(5) et les conséquences de chacune d’elles. En outre, selon le juge Gonthier, la présomption que le législateur connaissait — donc que la cour de révision connaît — les distinctions techniques entre les lignes de transmission et les lignes de distribution et qu’il sait que certains poteaux d’électricité sont situés sur des terrains privés facilite cet exercice d’interprétation (par. 26). Le juge Gonthier explique ainsi cette distinction : une ligne de transmission transporte l’électricité sur de grandes distances avec des pertes mineures alors qu’une ligne de distribution transporte moins de 50kV d’électricité sur de courtes distances (par. 25). À mon avis, cette distinction n’est pas une question sur laquelle s’arrêterait un avocat ou un juge qui n’a jamais plaidé ou jugé dans le domaine des télécommunications ou de l’énergie. Il s’agit d’une distinction que le CRTC,

89

90

030118

than any judge. The CRTC, better than any judge, would know the extent to which Parliament regularly demonstrates its knowledge of technical distinctions in its legislation respecting the telecommunications sector. Reliance on these technical distinctions and facts further indicates how far the question is from a general question of law. If knowledge of all the technical meanings of terms such as “transmission” and the factual situation of poles is relevant, the issue appears no longer to be a pure question of statutory interpretation. Instead, it is one deeply enmeshed in the context and the domain of the CRTC’s expertise.

en tant qu’organisme spécialisé appelé régulièrement à prendre des ordonnances relatives à des installations de transmission et à des lignes de transmission, connaît beaucoup mieux que n’importe quel juge. Le CRTC sait mieux que n’importe quel juge dans quelle mesure le Parlement fait régulièrement preuve de connaissances d’ordre technique dans sa législation sur les télécommunications. En outre, le fait qu’on se fonde sur de telles distinctions techniques et sur de tels faits révèle également à quel point la question est loin d’être une question générale de droit. Si la connaissance de tous les sens techniques de termes comme « transmission » et la situation de fait des poteaux sont pertinentes, il ne s’agit plus d’une pure question d’interprétation législative. Il s’agit plutôt d’une question très embrouillée dans le contexte et le domaine d’expertise du CRTC.

91 In conclusion, this second factor militates for deference. Determining the definition of “the supporting structure of a transmission line” falls squarely within the CRTC’s expertise.

Il faut conclure que ce deuxième facteur milite pour la retenue judiciaire. Déterminer le sens de l’expression « la structure de soutien d’une ligne de transmission » relève directement du champ d’expertise du CRTC.

(3) Purpose of the Act as a Whole, and the Provision in Particular

(3) Objets de la loi dans son ensemble et de la disposition en particulier

92 The purpose of the Act as a whole is to advance the “essential role in the maintenance of Canada’s identity and sovereignty” of telecommunications and to advance certain specified objectives: s. 7. The CRTC, as a specialized agency, plays a crucial role in this scheme. Nevertheless, as noted above, the provision for an appeal on questions of law or jurisdiction with leave indicates that, under the Act, the CRTC is less clearly the final and exclusive decision maker than expert agencies fully shielded by privative clauses under other regimes, such as labour boards. I have several comments as to the provision in particular.

Dans son ensemble, la loi vise à promouvoir le « caractère essentiel des télécommunications pour l’identité et la souveraineté canadiennes » ainsi que certains objectifs précis : art. 7. Le CRTC, en tant qu’organisme spécialisé, joue un rôle crucial à cet égard. Néanmoins, comme je l’ai souligné précédemment, la disposition qui prévoit qu’avec une autorisation, il peut être interjeté appel sur des questions de droit ou de compétence montre que la Loi confère moins clairement au CRTC le pouvoir de rendre des décisions définitives et péremptoires que ne le font d’autres régimes, où l’organisme spécialisé (une commission des relations du travail, par exemple) est protégé par une clause privative intégrale. J’ai plusieurs commentaires à formuler sur cette disposition en particulier.

93 First, Gonthier J. suggests, at para. 17, that interpretation of s. 43(5) is a jurisdictional question: “It is a question of whether s. 43(5), properly construed, gives the CRTC jurisdiction to hear the

Premièrement, le juge Gonthier laisse entendre que l’interprétation du par. 43(5) est une question de compétence : « Il s’agit de se demander si le par. 43(5), correctement interprété, confère

parties' dispute." Such an observation hints at the defunct notion of the jurisdictional question as such. Yet, according to this Court's recent jurisprudence, the fact that a provision seems to limit a tribunal's powers does not lead to a less deferential standard of review. Rather, "the functional and pragmatic approach for determining the legislator's intent should be applied equally to questions which, at first blush, appear to limit a tribunal's jurisdiction" (*Canadian Union of Public Employees v. Montreal*, *supra*, at para. 19, *per* L'Heureux-Dubé J.). See also *Pushpanathan*, *supra*, at para. 28: "But it should be understood that a question which 'goes to jurisdiction' is simply descriptive of a provision for which the proper standard of review is correctness, based upon the outcome of the pragmatic and functional analysis." See also *Pasiechnyk v. Saskatchewan (Workers' Compensation Board)*, [1997] 2 S.C.R. 890, at paras. 18-19, *per* Sopinka J., which also makes clear that a "jurisdictional question" is one that the legislator did not intend to leave to the board, not one that on its face defines the board's powers.

Second, Gonthier J. finds that the CRTC's telecommunications policy function is much less in evidence in s. 43(5) than elsewhere in the Act. He notes that s. 43(5) accords the CRTC "the essentially adjudicative role of considering applications from, and providing redress to, public service providers who cannot gain access to the supporting structure of a transmission line on terms acceptable to them" (para. 17). This subsection is not unique in this respect. Indeed, s. 43(4), in a strikingly similar way, empowers the CRTC to grant a Canadian carrier or distribution undertaking permission to enter on and break up any highway or other public place for the purpose of constructing a transmission line. Section 43(4) is triggered only where the Canadian carrier or distribution undertaking has failed to obtain the consent of the municipality or other public authority,

au CRTC la compétence voulue pour connaître du litige des parties. » (par. 17). Cette observation fait allusion à la notion désuète de la question de compétence en tant que telle. Pourtant, selon la jurisprudence récente de la Cour, le fait qu'une disposition semble limiter la compétence du tribunal administratif ne conduit pas à l'application d'une norme de contrôle faisant appel à une moins grande retenue. Au contraire, « la démarche pragmatique et fonctionnelle à suivre pour déterminer l'intention du législateur devrait s'appliquer aussi aux questions qui, de [prime] abord, semblent limiter la compétence d'un tribunal administratif » (*Syndicat canadien de la fonction publique c. Montréal*, précité, par. 19, la juge L'Heureux-Dubé). Voir aussi *Pushpanathan*, précité, par. 28 : « Mais il faut bien comprendre qu'une question qui "touche la compétence" s'entend simplement d'une disposition à l'égard de laquelle la norme de contrôle appropriée est celle de la décision correcte, en fonction du résultat de l'analyse pragmatique et fonctionnelle. » Voir également *Pasiechnyk c. Saskatchewan (Workers' Compensation Board)*, [1997] 2 R.C.S. 890, par. 18-19, le juge Sopinka, qui explique aussi clairement qu'une « question de compétence » est une question que le législateur n'avait pas l'intention de laisser à l'appréciation de la commission, et non pas une question qui à première vue définit les pouvoirs de la commission.

Deuxièmement, le juge Gonthier estime que la fonction du CRTC en ce qui touche la politique de télécommunication ressort beaucoup moins au par. 43(5) qu'ailleurs dans la Loi. Il souligne que le par. 43(5) confère au CRTC « la fonction essentiellement juridictionnelle d'examiner les demandes des fournisseurs de services au public ne pouvant pas avoir accès à la structure de soutien d'une ligne de transmission à des conditions qui leur sont acceptables et de leur accorder un redressement » (par. 17). Cette disposition n'est pas unique à cet égard. En fait, le par. 43(4), de façon étonnamment semblable, habilite le CRTC à permettre à une entreprise canadienne ou à une entreprise de distribution d'accéder à toute voie publique ou tout autre lieu public pour la construction de lignes de transmission, et d'y procéder à des travaux, notamment de creusement.

according to s. 43(3). Thus, s. 43(4) has an equivalent “adjudicative” role.

Le paragraphe 43(4) ne s’applique que lorsque l’entreprise canadienne ou l’entreprise de distribution n’a pas obtenu le consentement de l’administration municipale ou autre administration publique, conformément au par. 43(3). Le paragraphe 43(4) a donc une fonction « juridictionnelle » équivalente.

95

More important, however, is the point that it is impossible to extricate this question of whether the CRTC was statutorily authorized to hear the parties’ dispute from matters of policy. The reach of the CRTC’s power to grant permission under s. 43(5) connects directly with the CRTC’s ability to implement its policy objectives. I disagree with Gonthier J. that the proper interpretation of s. 43(5) is not a “polycentric” question (para. 17). Obviously the question affects, bilaterally, the parties in this appeal. But the question reaches much further. In interpreting and applying s. 43(5), the CRTC is required to advance the complex policy objectives set out in s. 7 of the Act. The Federal Court of Appeal has observed the polycentric character of the CRTC’s role in implementing similarly complex legislative objectives set out in s. 3 of the *Broadcasting Act*, S.C. 1991, c. 11: *Métromédia*, *supra*, at paras. 3-5, *per* Létourneau J.A. Moreover, Canadian telecommunications policy in s. 7 of the Act indicates that Canadians generally — by virtue of the role of telecommunications respecting Canada’s identity and sovereignty — have a stake in the effectiveness of the tools given the CRTC. Parliament has made a determination that ordinary citizens are stakeholders in Canada’s telecommunications policy. This indirect involvement by citizens thus distinguishes the present situation from a case in which, say, a public corporation and thus its shareholders are involved. Furthermore, the proper interpretation of s. 43(5) affects the municipalities and other public authorities, whose land may be broken up for the construction of duplicative transmission structures under s. 43(4). This is because, in practical terms, an order under s. 43(5) is an alternative to an order under s. 43(4). Therefore, in interpreting s. 43(5), as in exercising its discretion under s. 43(4), “the CRTC has to strike a delicate balance between public, private and municipal interests” (*Ledcor*, *supra*, at para. 28, *per* Létourneau J.A.). The environmental repercussions flowing from construction of such duplicative

Le plus important, toutefois, est qu’il est impossible de séparer des questions de politique la question de savoir si la loi habilitait le CRTC à connaître du litige des parties. La portée du pouvoir du CRTC de conférer un droit par application du par. 43(5) est directement liée à son pouvoir de mettre en œuvre ses objectifs de politique. Je ne suis pas d’accord avec le juge Gonthier pour dire que l’interprétation à donner au par. 43(5) n’est pas une question « polycentrique » (par. 17). Manifestement, la question touche les deux parties au présent pourvoi. Mais la question va beaucoup plus loin. Dans l’interprétation et l’application du par. 43(5), le CRTC est tenu de promouvoir les objectifs de politique complexes énoncés à l’art. 7 de la Loi. La Cour d’appel fédérale a souligné le caractère polycentrique du rôle du CRTC dans la mise en œuvre d’objectifs législatifs tout aussi complexes énoncés à l’art. 3 de la *Loi sur la radio-diffusion*, L.C. 1991, ch. 11 : *Métromédia*, précité, par. 3-5, le juge Létourneau. En outre, la politique canadienne de télécommunication énoncée à l’art. 7 de la Loi donne à penser que, de façon générale, les Canadiens — compte tenu du rôle des télécommunications en ce qui touche l’identité et la souveraineté canadiennes — sont concernés par l’efficacité des outils fournis au CRTC. Le législateur a décidé que les citoyens ordinaires ont un intérêt dans la politique canadienne de télécommunication. Cette participation indirecte des citoyens distingue donc la présente situation de celle où, disons, une société d’État et par le fait même ses actionnaires sont touchés. En outre, l’interprétation qu’il convient de donner au par. 43(5) touche les administrations municipales et autres administrations publiques dont les terrains peuvent faire l’objet de creusage pour la construction en parallèle de structures de transmission, conformément au par. 43(4). C’est parce que, en pratique, l’ordonnance fondée sur le par. 43(5) est une solution de rechange à l’ordonnance fondée sur le par. 43(4).

structures may have an impact upon those municipalities and their residents more generally. Indeed, the legislative history of s. 43 indicates the multiple complex concerns implicated. Interpretation of the CRTC's scope to issue orders under s. 43(5) implicates much more than the private rights of the two parties. Compare cases where instead of a polycentric balancing of competing interests, the decision maker was required to resolve an issue in which an individual's rights were at stake *vis-à-vis* the state: *Chieu, supra*, at para. 26, *per* Iacobucci J.; *Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 2 S.C.R. 817, at para. 60, *per* L'Heureux-Dubé J.

The purpose of s. 43(5), as evident from its inclusion with the other subsections of s. 43, is clearly to provide an alternative to the construction of new structures on public land. At this stage, in determining the standard of review, this does not on its own dictate a substantive outcome. It suggests, nonetheless, deference to the extent that the question is one best answered by the expert tribunal in appreciation of the real-life consequences for other provisions in the statute.

(4) The "Nature of the Problem": A Question of Law or Fact?

I agree with Gonthier J. that the interpretation of s. 43(5) is a question of law. The nature of the problem thus suggests, at first blush, less deference. It is established, however, that even pure questions of law may be granted deference where other factors of the pragmatic and functional approach suggest that the legislature intends such deference (*Pushpanathan, supra*, at para. 37).

Par conséquent, dans l'interprétation du par. 43(5) tout comme dans l'exercice du pouvoir discrétionnaire que lui confère le par. 43(4), « le CRTC doit trouver un équilibre délicat entre les intérêts publics, privés et municipaux » (*Ledcor*, précité, par. 28, le juge Létourneau). Les répercussions environnementales découlant de la construction en parallèle de telles structures peuvent avoir une incidence sur les municipalités en cause et sur leurs résidents en général. En fait, l'historique législatif de l'art. 43 montre la multitude et la complexité des considérations en jeu. L'interprétation de la portée du pouvoir qu'a le CRTC de prendre des ordonnances en vertu du par. 43(5) implique beaucoup plus que les droits individuels des deux parties. Il faut comparer avec des affaires où, au lieu d'être appelé à effectuer une pondération polycentrique d'intérêts opposés, le décideur a eu à trancher une question de droits individuels par rapport à l'État : *Chieu*, précité, par. 26, le juge Iacobucci; *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817, par. 60, la juge L'Heureux-Dubé.

L'objet du par. 43(5), qui ressort de son inclusion dans l'art. 43, est clairement de fournir une solution de rechange à la construction de nouvelles structures sur des terrains publics. À cette étape de la détermination de la norme de contrôle, cela ne dicte pas en soi un résultat quant au fond. Cela indique toutefois qu'il faut faire preuve de retenue dans la mesure où le décideur le mieux placé pour répondre à cette question est le tribunal spécialisé, qui est à même d'apprécier les conséquences réelles pour d'autres dispositions de la loi.

(4) « Nature du problème » : Une question de droit ou une question de fait?

Je conviens avec le juge Gonthier que l'interprétation du par. 43(5) est une question de droit. La nature du problème donne donc à penser, de prime abord, qu'il faut faire preuve d'une moins grande retenue. Il est établi, toutefois, qu'il peut convenir de faire preuve de retenue même à l'égard de pures questions de droit, si d'autres facteurs de l'analyse pragmatique et fonctionnelle semblent indiquer que cela correspond à l'intention du législateur (*Pushpanathan*, précité, par. 37).

96

97

000122

98

To sum up, two factors suggest a low degree of deference, the statutory appeal and the legal nature of the problem. Two factors suggest substantial deference, the CRTC's relative expertise on an issue drawing on its technical knowledge and role in policy development and the purpose of the provision and the Act as a whole. I have already noted this Court's determination that expertise is the most compelling of the factors in arriving at the appropriate standard of review (*Southam, supra*). I conclude that the appropriate standard is reasonableness *simpliciter*.

III. Application of Standards of Review

A. Constitutional Question

99

If the provision at issue has only one plausible construction, the constitutional question is simple: is the provision *ultra vires* its legislator? If the provision is genuinely ambiguous, however, greater care is required. The presumption of compliance with constitutional norms is a well-established principle of statutory interpretation, but it does not apply unless one possible interpretation would render the legislation invalid: R. Sullivan, *Driedger on the Construction of Statutes* (3rd ed. 1994), at p. 322. Iacobucci J. makes a similar point about the use of *Charter* values in *Bell ExpressVu, supra*. In other words, where an interpreter is choosing between versions, neither one of which is constitutionally invalid, there is no reason to prefer one over the other.

100

Rothstein J.A. read s. 43(5) restrictively so as to avoid possible unconstitutionality. He did not, however, make a prior determination that the possible interpretation he was excluding would, in fact, have rendered the legislation unconstitutional.

101

The interpretation Rothstein J.A. eliminated was the one that had been selected by the CRTC in its decision below, and is the one sought by the appellant before this Court. This is the construction of

En résumé, deux facteurs donnent à penser qu'il faut appliquer un faible degré de retenue, soit le droit d'appel prévu par la loi et la nature juridique du problème. Deux autres facteurs mèneraient plutôt à la conclusion qu'il faut faire preuve d'une très grande retenue, soit l'expertise relative du CRTC sur les questions faisant appel à ses connaissances techniques et à son rôle en matière d'élaboration des politiques, ainsi que l'objet de la disposition et celui de la Loi dans son ensemble. J'ai déjà souligné que la Cour a jugé que l'expertise est le facteur le plus concluant pour la détermination de la norme de contrôle applicable (*Southam, précité*). Je conclus que la norme de contrôle applicable est celle de la décision raisonnable *simpliciter*.

III. L'application des normes de contrôle

A. Question constitutionnelle

Si la disposition en cause a une seule interprétation plausible, la question constitutionnelle est simple : la disposition outrepassait-elle la compétence du législateur? Toutefois, si la disposition est véritablement ambiguë, il faut faire preuve de plus de prudence. La présomption de respect des normes constitutionnelles est un principe bien établi d'interprétation des lois, mais il ne s'applique pas à moins qu'il existe une interprétation possible selon laquelle la loi est invalide : R. Sullivan, *Driedger on the Construction of Statutes* (3^e éd. 1994), p. 322. Le juge Iacobucci fait une remarque semblable relativement à l'utilisation des valeurs de la *Charte* dans *Bell ExpressVu, précité*. Autrement dit, lorsqu'un interprète doit choisir entre deux versions, qui ne sont ni l'une ni l'autre inconstitutionnelles, il n'y a aucune raison de préférer l'une à l'autre.

Le juge Rothstein donne une interprétation restrictive au par. 43(5) de façon à éviter toute conclusion d'inconstitutionnalité. Toutefois, il ne s'est pas demandé au préalable si l'interprétation qu'il excluait aurait, de fait, rendu la loi inconstitutionnelle.

L'interprétation éliminée par le juge Rothstein est celle qu'avait retenue le CRTC et que l'appelante demande à la Cour de rétablir. C'est l'interprétation du par. 43(5) qui permet au CRTC de prendre

s. 43(5) that permits the CRTC to order access, for a federal undertaking, to poles owned by provincially regulated electric companies. The best approach is to determine whether that interpretation would render s. 43(5) *ultra vires* Parliament. As nobody argued for it, it is unnecessary to access a construal by which a "person who provides [a] servic[e] to the public" could mean poles of a competing provincial hydro company. Without reference to constitutional precepts, the basic contextual approach to statutory interpretation would appear to rule out such a construction of the federal *Telecommunications Act*.

Gonthier J. declines to address the constitutional question. Nevertheless, I propose to answer the question briefly. The CRTC undertook a thorough constitutional analysis, spreading over some 70 paragraphs in its decision, and for future cases it may assist the CRTC to have comments from this Court on its reasoning. Moreover, my analysis may be helpful to Parliament should it decide, in light of the majority's decision, to amend s. 43(5).

In my view, the CRTC decided correctly that this construction of s. 43(5) is constitutionally valid (Telecom Decision CRTC 99-13, at paras. 89-106).

There are two stages to the division of powers analysis. The first step asks: What is the essential character of the law? The second step asks whether that character relates to an enumerated head of power granted to the enacting legislature by the *Constitution Act, 1867*. If it does, the law is valid: *Ward v. Canada (Attorney General)*, [2002] 1 S.C.R. 569, 2002 SCC 17; *Reference re Firearms Act (Can.)*, [2000] 1 S.C.R. 783, 2000 SCC 31; *Global Securities Corp. v. British Columbia (Securities Commission)*, [2000] 1 S.C.R. 494, 2000 SCC 21; *General Motors of Canada Ltd. v. City National Leasing*, [1989] 1 S.C.R. 641.

First, what is the pith and substance, or essential character, of the impugned law? Here we are seeking the "true meaning or dominant feature" of s. 43(5):

une ordonnance accordant aux entreprises fédérales l'accès aux poteaux des entreprises d'électricité relevant de la province. La meilleure approche consiste à déterminer si cette interprétation rendrait le par. 43(5) *ultra vires* du Parlement. Personne ne l'ayant demandé, il n'est pas nécessaire d'examiner une interprétation par laquelle la notion de « fournisseur de services au public » pourrait englober les poteaux appartenant à une entreprise concurrente d'hydroélectricité au palier provincial. Abstraction faite des préceptes constitutionnels, l'approche contextuelle de base applicable à l'interprétation des lois paraîtrait exclure une telle interprétation de la *Loi sur les télécommunications* fédérale.

Le juge Gonthier refuse d'aborder la question constitutionnelle. Je me propose toutefois d'y répondre brièvement. Le CRTC s'est livré à une analyse constitutionnelle approfondie, qui s'étend sur environ 70 paragraphes, et il peut lui être utile, pour les autres affaires dont il sera saisi, que la Cour commente le raisonnement qu'il a suivi. Mon analyse peut également être utile au Parlement s'il décide, vu la décision des juges majoritaires, de modifier le par. 43(5).

À mon avis, le CRTC a décidé à bon droit que cette interprétation du par. 43(5) est valide du point de vue constitutionnel (décision Télécom CRTC 99-13, par. 89-106).

L'analyse du partage des compétences comporte deux étapes. Premièrement, il faut se demander quel est le caractère essentiel de la loi. Deuxièmement, il faut se demander si ce caractère se rapporte à l'un des chefs de compétence attribués au législateur par la *Loi constitutionnelle de 1867*. Si c'est le cas, la loi est valide : *Ward c. Canada (Procureur général)*, [2002] 1 R.C.S. 569, 2002 CSC 17; *Renvoi relatif à la Loi sur les armes à feu (Can.)*, [2000] 1 R.C.S. 783, 2000 CSC 31; *Global Securities Corp. c. Colombie-Britannique (Securities Commission)*, [2000] 1 R.C.S. 494, 2000 CSC 21; *General Motors of Canada Ltd. c. City National Leasing*, [1989] 1 R.C.S. 641.

Premièrement, quel est le caractère véritable ou essentiel de la mesure législative contestée? Il s'agit de chercher « le sens véritable ou la caractéristique

102

103

104

105

000124

Ward, supra, at para. 17, per McLachlin C.J. "The effects of the legislation may also be relevant to the validity of the legislation in so far as they reveal its pith and substance": *Global Securities, supra*, at para. 23; see also *Saumur v. City of Quebec*, [1953] 2 S.C.R. 299. Indeed, in some cases, the effects of the law suggest a purpose other than that stated in the law: *R. v. Morgentaler*, [1993] 3 S.C.R. 463; *Attorney-General for Alberta v. Attorney-General for Canada*, [1939] A.C. 117 (P.C.). In other words, a law may say that it intends to do one thing and actually do something else: *Firearms Reference, supra*, at para. 18. Here, for example, the respondents argue that the pith and substance of s. 43(5) is actually the minimization of disruption of roadways.

dominante » du par. 43(5) : *Ward*, précité, par. 17, la juge en chef McLachlin. « Les effets de la mesure législative peuvent également être pertinents pour déterminer si elle est valide, dans la mesure où ils en révèlent le caractère véritable » : *Global Securities*, précité, par. 23; voir aussi *Saumur c. City of Quebec*, [1953] 2 R.C.S. 299. En fait, dans certains cas, les effets d'une mesure législative donnent à penser qu'elle a un autre objet que celui qu'elle prétend avoir : *R. c. Morgentaler*, [1993] 3 R.C.S. 463; *Attorney-General for Alberta c. Attorney-General for Canada*, [1939] A.C. 117 (C.P.). Autrement dit, une loi peut dire qu'elle vise une chose et, en réalité, en viser une autre : *Renvoi sur les armes à feu*, précité, par. 18. En l'espèce, par exemple, les intimés soutiennent que le caractère véritable du par. 43(5) est en fait de minimiser les perturbations routières.

106

In my view, the dominant characteristic is that s. 43(5), construed for argument's sake as suggested by the appellant and as found by the CRTC, empowers the CRTC to aid federal undertakings by granting them access to the infrastructure of provincially regulated utilities when they have otherwise failed to obtain access on acceptable terms. I cannot accept the argument by the respondents and a number of the interveners that the dominant characteristic is that the provision would permit the CRTC to minimize disruption of roadways or to regulate hydro-electricity within a province. Any impact the CRTC can have on a provincially regulated hydro utility arises only through the fact of granting a federal undertaking access to transmission lines in resolution of a particular dispute. This is not a plenary regulatory power. See the relevant discussion of the constitutional validity of s. 43(4) of the Act, which, despite its incidental effects, is not in pith and substance legislation in respect of "control and management of traffic on municipal roadways" (*Ledcor, supra*, at para. 24).

À mon avis, la caractéristique dominante du par. 43(5), interprété, pour les besoins de l'analyse, comme le propose l'appelante et comme l'a conclu le CRTC, est de permettre au CRTC d'aider les entreprises fédérales en leur accordant l'accès aux infrastructures de services publics relevant de la province lorsqu'elles n'ont pu y avoir accès à des conditions qui leur sont acceptables. Je ne puis accepter l'argument des intimés et d'un certain nombre d'intervenants que la caractéristique dominante de cette disposition est de permettre au CRTC de minimiser les perturbations routières ou de réglementer l'hydroélectricité dans la province. La seule incidence que peut avoir le CRTC sur les services publics d'hydroélectricité réglementés par la province découle uniquement de l'octroi à une entreprise fédérale d'un droit d'accès à des lignes de transmission pour la résolution d'un litige donné. Il ne s'agit pas là d'un pouvoir réglementaire absolu. Voir l'analyse pertinente de la constitutionnalité du par. 43(4) de la Loi, qui, malgré ses effets accessoires, n'est pas de par son caractère véritable une mesure législative qui se rapporte à « la gestion et [au] contrôle de la circulation dans les rues appartenant à la municipalité » (*Ledcor*, précité, par. 24).

107

Turning to the second step, it should be obvious that, in my view, the essential character of s. 43(5) relates to an enumerated head of power granted to Parliament by the *Constitution Act, 1867*. The

Pour ce qui est de la deuxième question, il devrait être évident, à mon avis, que le caractère essentiel du par. 43(5) se rapporte à l'un des chefs de compétence attribués au Parlement par la *Loi*

000125

pith and substance of the law is properly assigned to s. 92(10)(a) of the *Constitution Act, 1867*. The impugned provision cannot credibly be described as a law in respect of a provincial matter such as property and civil rights under s. 92(13). According to the authorities of this Court, the analysis stops here: *Firearms Reference, supra*; *GM Canada, supra*. There is no need to consider whether the impugned provision is part of a valid legislative scheme, nor if so, whether it is sufficiently integrated into that legislative scheme. Since the impugned law is valid federal law, incidental effects upon matters of provincial jurisdiction are constitutionally irrelevant.

My conclusion is unsurprising, since the validity of federal laws granting access to or rights upon property otherwise regulated under the head of s. 92(13) for the purposes of federal undertakings is long established. See *Toronto Corporation v. Bell Telephone Co. of Canada*, [1905] A.C. 52 (P.C.); *Attorney-General for British Columbia v. Canadian Pacific Railway Co.*, [1906] A.C. 204 (P.C.); *City of Toronto v. Grand Trunk Railway Co. of Canada* (1906), 37 S.C.R. 232. Indeed, the Federal Court of Appeal recently affirmed the constitutionality of s. 43(4) of the Act, including the power of the CRTC to authorize federal undertakings to enter on and break up municipal highways for their purposes: *Ledcor, supra*.

While my colleague Gonthier J. does not explicitly raise the constitutional issue, he refers indirectly to a misconception of the division of powers raised by several interveners.

The Attorney General of Ontario, the Federation of Canadian Municipalities, and the Attorney General of Alberta appear to believe that, by granting the provinces the exclusive power to make laws in relation to matters within the enumerated classes of subjects, s. 92 of the *Constitution Act, 1867* precludes the federal Parliament from passing

constitutionnelle de 1867. On rattache à bon droit le caractère véritable de la loi à l'al. 92(10)a) de la *Loi constitutionnelle de 1867*. La disposition contestée ne peut vraisemblablement pas être considérée comme une mesure législative visant une matière provinciale telle que la propriété et les droits civils (par. 92(13)). Selon la jurisprudence de la Cour, l'analyse s'arrête ici : *Renvoi sur les armes à feu, précité*; *GM Canada, précité*. Il n'est pas nécessaire de se demander si la disposition contestée fait partie d'un régime législatif valide ni, dans l'affirmative, si elle est suffisamment intégrée à ce régime. Comme la disposition contestée est une loi fédérale valide, ses effets accessoires sur des matières qui relèvent de la compétence provinciale ne sont pas pertinents du point de vue constitutionnel.

Ma conclusion n'est pas surprenante, puisque la validité des lois fédérales donnant aux entreprises fédérales accès à des biens par ailleurs assujettis à la compétence provinciale en vertu du par. 92(13), ou des droits sur ceux-ci, est établie depuis longtemps. Voir *Toronto Corporation c. Bell Telephone Co. of Canada*, [1905] A.C. 52 (C.P.); *Attorney-General for British Columbia c. Canadian Pacific Railway Co.*, [1906] A.C. 204 (C.P.); *City of Toronto c. Grand Trunk Railway Co. of Canada* (1906), 37 R.C.S. 232. En fait, la Cour d'appel fédérale a récemment confirmé la constitutionnalité du par. 43(4) de la Loi, notamment du pouvoir du CRTC de permettre à une entreprise fédérale d'accéder à toute voie publique municipale pour ses propres besoins, et d'y procéder à des travaux, notamment de creusage : *Ledcor, précité*.

Bien que mon collègue le juge Gonthier ne soulevé pas expressément la question constitutionnelle, il parle indirectement de la méconnaissance dont font preuve plusieurs intervenants de la question du partage des compétences.

Le procureur général de l'Ontario, la Fédération canadienne des municipalités et le procureur général de l'Alberta paraissent croire qu'en accordant aux provinces le pouvoir exclusif de légiférer relativement aux matières entrant dans les catégories de sujets énumérés, l'art. 92 de la *Loi constitutionnelle de 1867* empêche le Parlement fédéral d'édicter des

108

109

110

000126

legislation imposing any ancillary effects on matters under s. 92 (Attorney General of Ontario, at para. 7; Federation of Canadian Municipalities, at para. 25; Attorney General of Alberta, at para. 28). This is the only sense to be given to arguments that “jurisdiction over access . . . must also fall within exclusive provincial jurisdiction” (Attorney General of Ontario, at para. 7). Such an argument confuses the doctrine of interjurisdictional immunity protecting federally regulated undertakings with an equivalent doctrine protecting provincially regulated undertakings. The weight of authority is against any such equivalent doctrine protecting provincially regulated undertakings from intrusion (*Friends of the Oldman River Society v. Canada (Minister of Transport)*, [1992] 1 S.C.R. 3, at pp. 68-69, *per* La Forest J.; *Alberta Government Telephones v. Canada (Canadian Radio-television and Telecommunications Commission)*, [1989] 2 S.C.R. 225, at p. 275, *per* Dickson C.J. See also P.W. Hogg, *Constitutional Law of Canada* (loose-leaf ed.), at p. 15-34).

lois ayant quelque effet accessoire que ce soit sur des matières relevant de l’art. 92 (procureur général de l’Ontario, par. 7; Fédération canadienne des municipalités, par. 25; procureur général de l’Alberta, par. 28). C’est le seul sens que l’on peut donner aux arguments que [TRADUCTION] « la compétence quant à l’octroi d’un droit d’accès [. . .] doit également relever de la compétence exclusive des provinces » (procureur général de l’Ontario, par. 7). Un tel argument confond le principe de l’exclusivité des compétences, qui protège les entreprises relevant du fédéral, et son équivalent, qui protège les entreprises relevant de la province. La jurisprudence prépondérante s’oppose à une telle doctrine de l’équivalence qui protégerait les entreprises réglementées par la province contre tout empiètement (*Friends of the Oldman River Society c. Canada (Ministre des Transports)*, [1992] 1 R.C.S. 3, p. 68-69, le juge La Forest; *Alberta Government Telephones c. Canada (Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes)*, [1989] 2 R.C.S. 225, p. 275, le juge en chef Dickson. Voir aussi P.W. Hogg, *Constitutional Law of Canada* (éd. feuilles mobiles), p. 15-34).

111 In his account of the facts, Gonthier J. states that “[i]t is not disputed that the Utilities are subject to the legislative jurisdiction of the Province of Ontario” (para. 4). If no constitutional question lurks, somewhere, it is difficult to understand the significance of this fact. Moreover, even under a constitutional analysis, the fact of provincial legislative jurisdiction is irrelevant. The highways or other public places targeted by ss. 43(2) to 43(4) are, similarly, subject to provincial regulation. To be complete and accurate, Gonthier J.’s factual statement should specify that the Utilities are subject to the legislative jurisdiction of the Province of Ontario for valid provincial purposes and to the legislative jurisdiction of Parliament for valid federal purposes.

Dans son exposé des faits, le juge Gonthier affirme qu’« [i]l n’est pas contesté que les Services publics relèvent de la compétence de l’Ontario » (par. 4). Si aucune question constitutionnelle ne risque de se poser, il est assez difficile de comprendre l’importance de ce fait. De plus, même d’après une analyse constitutionnelle, la compétence législative provinciale n’est pas pertinente. Les voies publiques ou les autres lieux publics visés aux par. 43(2) à (4) sont, de la même façon, soumis à la réglementation provinciale. Pour être complet et exact, le juge Gonthier aurait dû préciser dans son exposé des faits que les Services publics relèvent de la compétence de l’Ontario lorsqu’il s’agit de fins provinciales valides et de la compétence du Parlement lorsqu’il s’agit de fins fédérales valides.

112 In conclusion, construing s. 43(5) so as to allow the CRTC to permit access to the poles of provincially regulated utilities would not render the provision *ultra vires* Parliament.

En conclusion, interpréter le par. 43(5) de façon à permettre au CRTC d’autoriser l’accès aux poteaux de services publics réglementés par la province ne rendrait pas cette disposition *ultra vires* du Parlement.

B. *Review of Statutory Interpretation and the Terms of the Order*

The first question here is whether the CRTC's interpretation of s. 43(5) was reasonable. As Iacobucci J. wrote in *Southam, supra*, at para. 56, "[a]n unreasonable decision is one that, in the main, is not supported by any reasons that can stand up to a somewhat probing examination. Accordingly, a court reviewing a conclusion on the reasonableness standard must look to see whether any reasons support it." Where the appropriate standard is reasonableness *simpliciter*, "a court must not interfere unless the party seeking review has positively shown that the decision was unreasonable" (*Law Society of New Brunswick v. Ryan*, [2003] 1 S.C.R. 247, 2003 SCC 20, at para. 48, *per* Iacobucci J.).

Further, as Iacobucci J. noted in *Southam, supra*, a reviewing court operating on a reasonableness *simpliciter* standard must not intervene on the sole basis that it would have come to a conclusion opposite to or different from the tribunal's (para. 80). The question is not whether I would have reached the same decision, or done so by the same reasoning, but whether the CRTC's decision is reasonable.

In my view, it was. The CRTC, in its approximately 250 paragraphs, justified its interpretation of s. 43(5) with reasons that stand up to scrutiny. The CRTC identified the proper approach to statutory interpretation (paras. 107-8). It noted further that s. 12 of the *Interpretation Act*, R.S.C. 1985, c. I-21, mandates the fair, large and liberal construction and interpretation that best attains the remedial character of s. 43(5) (para. 109). The CRTC considered the provision's legislative history, including a government report recognizing the "good economic, environmental and aesthetic reasons for sharing support structures between the telephone and cable industries, as well as others, notably electrical power utilities" (para. 113). It noted reference to the need for regulators to intervene to ensure the development of co-operative

B. *Examen de l'interprétation donnée à la loi et du contenu de l'ordonnance*

La première question est de savoir si l'interprétation donnée par le CRTC au par. 43(5) était raisonnable. Comme le juge Iacobucci l'a écrit dans *Southam*, précité, par. 56, « [e]st déraisonnable la décision qui, dans l'ensemble, n'est étayée par aucun motif capable de résister à un examen assez poussé. En conséquence, la cour qui contrôle une conclusion en regard de la norme de la décision raisonnable doit se demander s'il existe quelque motif étayant cette conclusion. » Lorsque la norme de contrôle applicable est la décision raisonnable *simpliciter*, « la cour ne doit pas intervenir à moins que la partie qui demande le contrôle ait démontré que la décision est déraisonnable » (*Barreau du Nouveau-Brunswick c. Ryan*, [2003] 1 R.C.S. 247, 2003 CSC 20, par. 48, le juge Iacobucci).

En outre, comme le juge Iacobucci l'a souligné dans *Southam*, précité, la cour de révision appelée à appliquer la norme de la décision raisonnable *simpliciter* ne doit pas intervenir pour le seul motif qu'elle aurait tiré une conclusion contraire à celle du tribunal (par. 80). La question n'est pas de savoir si je serais parvenu à la même décision ou si j'aurais suivi le même raisonnement. Je dois plutôt déterminer si la décision du CRTC est raisonnable.

À mon avis, elle l'était. Le CRTC, dans ses quelque 250 paragraphes, a donné à l'appui de son interprétation du par. 43(5) des motifs qui résistent à un examen minutieux. Il a déterminé l'approche qu'il convient d'adopter en matière d'interprétation des lois (par. 107-108). Il a souligné également que l'art. 12 de la *Loi d'interprétation*, L.R.C. 1985, ch. I-21, exige l'interprétation la plus équitable et la plus large qui soit compatible avec la réalisation de l'objectif de réparation du par. 43(5) (par. 109). Il a examiné l'historique législatif de la disposition, notamment un rapport du gouvernement qui reconnaît qu'il y a de « bonnes raisons économiques, environnementales et esthétiques pour partager les structures de soutènement entre les entreprises de téléphone et de câblodistribution, ainsi qu'avec d'autres, notamment les

113

114

115

000128

mechanisms (para. 114). The CRTC interpreted s. 43(5) in light of Canadian telecommunications policy and other public interest concerns (paras. 125 *et seq.*). The CRTC concluded that the construction of duplicative distribution infrastructures was not in the public interest (para. 131). The CRTC then conducted a more detailed interpretive analysis of elements of s. 43(5).

services publics d'électricité » (par. 113). Il a souligné qu'il était question dans le rapport de la nécessité de l'intervention des organismes de réglementation pour que des mécanismes de collaboration soient élaborés (par. 114). Le CRTC a interprété le par. 43(5) en tenant compte de la politique canadienne de télécommunication et d'autres questions d'intérêt public (par. 125 et suiv.). Il a conclu que l'installation en parallèle d'infrastructures de distribution n'était pas dans l'intérêt public (par. 131). Le CRTC a ensuite analysé plus en détail les éléments du par. 43(5).

116 In keeping with the deferential approach to reasonableness review, I will not assess each of the CRTC's reasons in detail. I will instead focus on the most convincing suggestion in Gonthier J.'s analysis that a defect vitiates the reasons supporting the CRTC's decision. I refer to his analysis of the phrase "highway or other public place".

Conformément à l'attitude de retenue applicable à un examen effectué au regard de la décision raisonnable, je n'examinerai pas en détail chacun des motifs du CRTC. Je me concentrerai sur le passage le plus convaincant de l'analyse du juge Gonthier, selon lequel une erreur vicie les motifs de la décision du CRTC. Je me réfère ici à son analyse de « voie publique ou tout autre lieu public ».

117 The CRTC concluded that it had power to grant access to poles located on a public utility easement or right-of-way running across privately owned land (para. 153). It noted that the meaning of "public place" depends on the specific purpose and legislative context (para. 150). The CRTC noted that the majority of utility poles are located on a "highway" or other publicly owned land, interspersed with a minority of poles located on public utility rights-of-way or easements on private land (para. 151). If "highway or other public place" did not reach the poles located on privately owned land, the result would be what it called a "jurisdictional hopscotch" with s. 43(5) applying to the majority of support structures, but not to the exceptional few (para. 151). The CRTC presumed that Parliament would have known that some support structures were located on public utility rights-of-way or easements (para. 151), but would not have wanted its objective to be frustrated. A purposive interpretation of the words "public place" would, arguably, suggest that land over which a public utility has a right-of-way and has built its infrastructure has become a public place for the pursuit of public goals. The CRTC

Le CRTC a conclu qu'il avait le pouvoir d'accorder l'accès aux poteaux érigés sur des terrains privés grevés de servitudes ou de droits de passage d'utilité publique (par. 153). Il a souligné que la signification de « lieu public » dépend de l'objectif précis visé et du contexte législatif (par. 150). Le CRTC a noté que la majorité des poteaux des services publics étaient situés sur des « voie[s] publique[s] » ou sur d'autres terrains publics, et qu'une minorité de poteaux se trouvaient sur des terrains privés grevés de droits de passage ou de servitudes d'utilité publique (par. 151). Si les termes « voie publique ou tout autre lieu public » ne visaient pas les poteaux situés sur des terrains privés, il s'ensuivrait, selon CRTC, une [TRADUCTION] « marelle de champs de compétence » où le par. 43(5) s'appliquerait à la majorité des structures de soutien, mais pas aux quelques exceptions (par. 151). Le CRTC a présumé que le Parlement savait que certaines structures de soutien étaient situées sur des terrains grevés de droits de passage ou de servitudes d'utilité publique (par. 151), mais qu'il ne voulait pas que son objectif soit contrarié. On pourrait prétendre qu'une interprétation téléologique du « lieu public » pourrait mener à la conclusion que les terrains sur lesquels les

therefore concluded that s. 43(5) extended to poles located on private land.

The CRTC's interpretation of the phrase "highway or other public place" was not a justification supporting its conclusion that "transmission line" included the poles of provincially regulated utility companies. That conclusion stands independently of the meaning of "highway or other public place". There are therefore two possibilities: (1) the CRTC's interpretation of "highway or other public place" may be reasonable; (2) the CRTC's interpretation may be unreasonable, such that its decision must be narrowed so as to eliminate the possibility of access to poles on privately owned land. Even an unreasonable interpretation of "highway" cannot spoil the entire decision.

Gonthier J. notes that on the grammatical and ordinary meaning of "constructed on a highway or other public place", the CRTC may not grant access to transmission lines situated on private land (para. 24). He writes that the CRTC's presumption that Parliament knew that some support structures owned by utilities are located on public utility rights-of-way begs the question. In other words, that presumption took for granted that "transmission line" includes utilities' power poles. He writes, at para. 24: "If we refrain from that assumption, the grammatical and ordinary meaning of s. 43(5) is that the CRTC may not grant access to supporting structures located on private land."

Gonthier J. is correct in this limited respect, but he too begs the question. He understands that "transmission line" excludes utilities' power poles. He takes "transmission line" to mean the transmission line of a Canadian carrier or distribution undertaking (paras. 31-32). Assuming that Gonthier J. is correct that the grammatical and ordinary meaning applies to "highway or

services publics ont un droit d'accès et ont construit leur infrastructure sont devenus des lieux publics avec des objectifs publics. Le CRTC a donc conclu que le par. 43(5) visait également les poteaux situés sur des terrains privés.

L'interprétation qu'a donnée le CRTC à « voie publique ou tout autre lieu public » ne justifie pas sa conclusion que « ligne de transmission » englobe les poteaux de services publics relevant de la province. Cette conclusion est indépendante de la signification de « voie publique ou tout autre lieu public ». Il y a donc deux possibilités : (1) l'interprétation du CRTC de « voie publique ou tout autre lieu public » peut être raisonnable; (2) l'interprétation du CRTC peut être déraisonnable, de sorte qu'il faut limiter la portée de sa décision de façon à éliminer la possibilité d'accès aux poteaux situés sur des terrains privés. Même une interprétation déraisonnable de « voie publique » ne saurait vicier toute la décision.

Le juge Gonthier souligne que, suivant le sens ordinaire et grammatical de « construite sur une voie publique ou un autre lieu public », le CRTC ne peut pas permettre l'accès à des lignes de transmission situées sur des terrains privés (par. 24). Il écrit que le CRTC a éludé la question en présumant que le Parlement savait que certaines structures de soutien des services publics étaient situées sur les parties de terrains grevés de droits de passage qui appartiennent à des services publics. Autrement dit, le CRTC a tenu pour acquis que les « lignes de transmission » englobent les poteaux électriques des services publics. Il écrit au par. 24 : « Si nous faisons abstraction de ce principe, le sens ordinaire et grammatical du par. 43(5) est que le CRTC ne peut pas permettre l'accès à des structures de soutien situées sur des terrains privés. »

Le juge Gonthier a raison sur ce point précis, mais lui aussi élude la question. Il comprend que « ligne de transmission » n'englobe pas les poteaux électriques des services publics. Il présume qu'une « ligne de transmission » s'entend de la ligne de transmission d'une entreprise canadienne ou d'une entreprise de distribution (par. 31-32). Supposer que le juge Gonthier a raison

118

119

120

000130

other public place”, this simply excludes from the CRTC’s scope all transmission lines located on private property. It says nothing about whether those transmission lines are themselves owned by federally regulated undertakings or by provincially regulated utilities. If the CRTC is reasonable and “transmission line” includes poles of provincially regulated utilities, utility poles located on private property are excluded. If Gonthier J. is correct and “transmission line” means only structures of federal undertakings, support structures on private property are still excluded. The CRTC could then only order access to transmission lines of federal undertakings located on public property. In effect, there might still be a hopscotch pattern of structures to which access could be granted and structures to which access could not be granted. This time, however, the hopscotch would not be jurisdictional. Rather, it would be one of alternating public and private property. The qualifier “highway or other public place” therefore adds nothing to the debate as to whether “transmission line” includes both federally and provincially regulated support structures or only federally regulated structures. In other words, irrespective of the content given to “transmission line”, there are purposive arguments to be made concerning the purposive definition of “public place”.

121

It remains necessary to consider the reasonableness of the CRTC’s interpretation of “highway or other public place” as including support structures built on private land by virtue of rights-of-way or easements. I have observed that Gonthier J.’s interpretations of “transmission line” and “highway or other public place” still leave open the possibility of only partial, patchwork access to networks of support structures. It is unnecessary to determine whether the CRTC’s contextual approach to “public place” is correct, but on the basis of the pragmatic

de dire qu’il faut interpréter « voie publique ou tout autre lieu public » selon le sens ordinaire et grammatical revient tout simplement à exclure de la compétence du CRTC toutes les lignes de transmission situées sur des terrains privés. On ne sait pas si ces lignes de transmission appartiennent elles-mêmes à des entreprises relevant du fédéral ou à des services publics relevant de la province. Si la décision du CRTC est raisonnable et que « ligne de transmission » englobe les poteaux de services publics réglementés par la province, les poteaux de services publics situés sur des terrains privés sont exclus. Si le juge Gonthier a raison et que « ligne de transmission » vise uniquement les structures d’entreprises fédérales, les structures de soutien sur des terrains privés sont toujours exclues. Le CRTC pourrait alors uniquement ordonner l’accès à des lignes de transmission des entreprises fédérales et qui sont situées sur des terrains publics. En fait, il pourrait toujours y avoir un jeu de marelle de structures auxquelles on pourrait avoir accès et de structures auxquelles on ne pourrait pas avoir accès. Mais cette fois, il ne s’agirait pas d’une marelle de champs de compétence. Il s’agirait plutôt d’une marelle de terrains publics alternant avec des terrains privés. La précision « voie publique ou tout autre lieu public » n’apporte donc rien au débat quant à savoir si « ligne de transmission » englobe tant les structures de soutien relevant du fédéral que celles relevant de la province ou si elle englobe uniquement les structures réglementées au niveau fédéral. En d’autres termes, indépendamment du sens donné à l’expression « ligne de transmission », des arguments téléologiques peuvent être invoqués relativement à la définition téléologique de « lieu public ».

Il reste à se prononcer sur le caractère raisonnable de l’interprétation du CRTC selon laquelle « voie publique ou tout autre lieu public » englobe des structures de soutien construites sur des terrains privés en vertu de droits de passage ou de servitudes. J’ai fait remarquer que, selon l’interprétation du juge Gonthier de « ligne de transmission » et de « voie publique ou tout autre lieu public », il reste possible que l’accès aux réseaux de structures de soutien soit seulement partiel et fragmentaire. Il n’est pas nécessaire de déterminer si l’approche contextuelle

reasons given, I conclude that it is at least reasonable.

The second question is whether the details of the order made, notably the rate, were reasonable. The CRTC ordered access to the respondents' poles at the rate of \$15.89 per year. The previous negotiated rate was \$10.42 per pole. The rental rate paid by cable companies for access to telephone company poles, set by the CRTC in Telecom Decision CRTC 99-13, was \$9.60 per pole in 1997. On the basis of the evidence and arguments submitted in this appeal, I am unable to conclude that the CRTC's decision was not supported by reasons that could stand up to a somewhat probing examination: *Southam, supra*, at para. 56.

I would therefore conclude that the CRTC's order was reasonable, and that the Federal Court of Appeal erred in allowing the appeal.

IV. Effects of the Majority's and Court of Appeal's Approaches

In conducting my analysis, I have already to some extent indicated my general concerns with the approaches taken by Gonthier J. and Rothstein J.A. In light of the importance of these concerns, I will elaborate briefly.

By failing to separate out the constitutional issue from the ordinary judicial review process, Rothstein J.A. introduced constitutional concerns into the standard of review. He held that the question could not have been intended to be left to the exclusive determination of the CRTC because it might extend the CRTC's power to entities not otherwise subject to its jurisdiction. This is a veiled constitutional concern. The result was a determination of a correctness standard for an expert agency's interpretation of its enabling legislation. Neither Rothstein J.A. nor Gonthier J. conducted a full constitutional analysis. Had they done so, they would have concluded that the CRTC's interpretation of s. 43(5) was not *ultra vires* Parliament. In effect, Rothstein J.A.'s decision demonstrates to parties dissatisfied with an

adoptée par le CRTC pour l'interprétation de « lieu public » est correcte, mais, compte tenu des motifs d'ordre pratique que le CRTC a exprimés, je conclus qu'elle est à tout le moins raisonnable.

La deuxième question est de savoir si les particularités de l'ordonnance prise, notamment le tarif fixé, étaient raisonnables. Le CRTC a ordonné l'accès aux poteaux des intimés au tarif annuel de 15,89 \$. L'ancien tarif négocié était de 10,42 \$ par poteau. Le tarif de location payé par les câblodistributeurs pour avoir accès aux poteaux des compagnies de téléphone, fixé par le CRTC dans la décision Télécom CRTC 99-13, était de 9,60 \$ par poteau en 1997. Vu la preuve et les arguments soumis en l'espèce, je ne peux conclure que la décision du CRTC n'était étayée par aucun motif capable de résister à un examen assez poussé : *Southam*, précité, par. 56.

Je suis donc d'avis de conclure que l'ordonnance du CRTC était raisonnable et que la Cour d'appel fédérale a commis une erreur en faisant droit à l'appel.

IV. Répercussions des approches adoptées par les juges majoritaires et la Cour d'appel

Dans mon analyse, j'ai déjà dans une certaine mesure exposé mes craintes générales en ce qui concerne les approches des juges Gonthier et Rothstein. Étant donné l'importance de ces craintes, je préciserai quelques points.

En ne distinguant pas la question constitutionnelle du processus ordinaire de contrôle judiciaire, le juge Rothstein a introduit des considérations d'ordre constitutionnel dans la norme de contrôle. Il a jugé que le législateur ne pouvait avoir voulu laisser la question à l'appréciation exclusive du CRTC parce que cela pourrait étendre sa compétence à des entités qui autrement n'y étaient pas assujetties. Il s'agit là d'une considération constitutionnelle voilée. Il a conclu qu'il convenait d'appliquer la norme de la décision correcte à l'égard de l'interprétation que donne un organisme spécialisé à sa loi habilitante. Ni le juge Rothstein ni le juge Gonthier n'ont fait une analyse constitutionnelle complète. Sinon, ils auraient conclu comme le CRTC que le par. 43(5) n'était pas *ultra vires* du Parlement. En fait, la

122

123

124

125

221000

administrative decision that they need only frame a constitutional argument — it need not be a sound one — in order to have the decision reviewed by a court on a correctness basis. The mere suggestion of unconstitutionality is enough.

décision du juge Rothstein montre aux parties insatisfaites d'une décision administrative qu'elles n'ont qu'à formuler un argument constitutionnel — qui n'a pas besoin d'être solide — pour obtenir le contrôle de leur décision au regard de la norme de la décision correcte. Il leur suffit d'évoquer l'inconstitutionnalité.

126

Worried by the possibility that s. 43(5) might exceed Parliament's legislative competence, Rothstein J.A. eliminated the CRTC's reading of "transmission line" (para. 65). I cited earlier his conclusion that Parliament would not have conferred jurisdiction on the CRTC over the support structures of utilities subject to provincial jurisdiction in an ambiguous provision. I have already noted that the fact that the utilities are subject to provincial jurisdiction for valid provincial purposes is constitutionally irrelevant when they are, incidentally, subject to the effects of valid federal legislation. I note further that ss. 43(2) to (4), the adjacent provisions, give federal undertakings and the CRTC limited power over the structures of provincially regulated highways. What matters here, however, is that if Rothstein J.A. had done a full constitutional analysis and determined that Parliament may authorize the CRTC to grant access to provincially regulated utilities, the alleged ambiguity of the provision would have been irrelevant. Instead, Rothstein J.A. would simply have attempted to find the legislative intent and read the provision as best he could in its context and in light of the *Interpretation Act*. Indeed, had he found a reasonableness standard of review, he would only have examined the CRTC's decision to see if its interpretation was reasonable, rather than attempting to reach his own correct interpretation.

Craignant que le par. 43(5) n'outrepasse la compétence législative du Parlement, le juge Rothstein a éliminé l'interprétation donnée par le CRTC à « ligne de transmission » (par. 65). J'ai mentionné plus haut sa conclusion que le Parlement n'aurait pas conféré au CRTC la compétence sur les structures de soutien de services publics assujettis à la compétence provinciale dans une disposition ambiguë. J'ai déjà souligné que le fait que les services publics relèvent de la compétence provinciale à des fins provinciales valides n'est pas pertinent du point de vue constitutionnel lorsque ces services publics subissent les effets accessoires d'une loi fédérale valide. Je note également que les par. 43(2) à (4), les dispositions adjacentes, confèrent aux entreprises fédérales et au CRTC une certaine compétence relativement aux structures de voies publiques réglementées au palier provincial. Ce qui est important ici, toutefois, c'est que si le juge Rothstein avait fait une analyse constitutionnelle complète et avait conclu que le Parlement pouvait autoriser le CRTC à donner accès à des services publics réglementés par la province, la prétendue ambiguïté de la disposition n'aurait pas été pertinente. Le juge Rothstein aurait plutôt tout simplement essayé d'établir l'intention du législateur et d'interpréter la disposition du mieux qu'il pouvait dans son contexte et selon la *Loi d'interprétation*. En fait, s'il avait conclu à l'application de la norme du caractère raisonnable, il aurait uniquement examiné la décision du CRTC pour déterminer si son interprétation était raisonnable, au lieu de tenter d'établir l'interprétation qu'il estimait correcte.

127

It is a serious mistake to eliminate a possible interpretation of a provision, under the preference for a valid interpretation, where both or all options are constitutionally valid. There are not degrees of constitutional validity, such that a judge in constructing a statute is authorized to choose the

Éliminer une interprétation possible d'une disposition parce qu'on préfère une autre interprétation valide constitue une erreur grave lorsque les deux interprétations ou toutes les interprétations sont valides du point de vue constitutionnel. Il n'y a pas de degrés de validité constitutionnelle, ce qui

200133

interpretation that, while in pith and substance valid legislation *intra vires* its legislator, intrudes incidentally the least in the other legislative domain. Valid legislation is entitled to impose its ancillary effects. Courts do not limit an enacting legislature's jurisdiction by "reading down" to avoid intruding upon areas of jurisdiction of the other legislature. As I noted earlier, favouring one construction as constitutional when the alternative is also constitutional misapplies this Court's recent decision in *Bell ExpressVu*, *supra*. It also denies the legislator the full effect of the legislation it passes. Moreover, if even valid legislation is to be read down, in a misguided effort to render it yet more constitutional, there will be considerable uncertainty on the part of legislators, judges, administrative decision makers, and parties attempting to order their conduct by that legislation.

Finally, the constitutional question aside, in my view the determination that the CRTC's interpretation of its own statute is reviewable on correctness is a regressive step by this Court. It is worth recalling the general rationale for deference to specialized administrative decision makers. L'Heureux-Dubé J. stated this justification helpfully, for a unanimous Court, in *Domtar Inc. v. Québec (Commission d'appel en matière de lésions professionnelles)*, [1993] 2 S.C.R. 756, at pp. 774-75. She is referring to the patently unreasonable test in respect of a specialized agency protected by a privative clause, but this Court's decisions in *Pezim* and *Southam* indicate that her comments apply in the present case, where there is a limited right of appeal.

As it relates to matters within the specialized jurisdiction of an administrative body protected by a privative clause, this standard of review has a specific purpose: ensuring that review of the correctness of an administrative interpretation does not serve, as it has in the past, as a screen for intervention based on the merits of a given decision. The process by which this standard of review

permettrait à un juge appelé à interpréter une loi de choisir l'interprétation qui empiète accessoirement le moins sur l'autre champ de compétence, bien que cette loi de par son caractère véritable relève de la compétence du législateur qui l'a adoptée. Les lois valides peuvent imposer leurs effets accessoires. Les cours ne restreignent pas la compétence du législateur en ayant recours à une « interprétation atténuée » afin d'éviter tout empiètement sur l'autre champ de compétence. Comme je l'ai souligné précédemment, favoriser une interprétation au motif qu'elle est constitutionnelle alors que l'autre interprétation possible est également constitutionnelle constitue une mauvaise application de l'arrêt récent de la Cour dans *Bell ExpressVu*, précité. Cela prive le législateur du plein effet des lois qu'il édicte. De plus, si on donne une interprétation atténuée même aux lois valides, essayant à tort de les rendre plus constitutionnelles, les législateurs, les juges, les décideurs administratifs ainsi que les parties qui essaient de s'y conformer seront dans la plus grande incertitude.

Enfin, abstraction faite de la question constitutionnelle, j'estime qu'en décidant que l'interprétation donnée par le CRTC à sa propre loi est susceptible de contrôle au regard de la norme de la décision correcte, la Cour va à reculons. Il convient de se rappeler la raison d'être générale de la retenue dont il faut faire preuve à l'égard des décisions d'organismes administratifs spécialisés. La juge L'Heureux-Dubé, au nom de la Cour à l'unanimité, a utilement énoncé cette raison d'être dans *Domtar Inc. c. Québec (Commission d'appel en matière de lésions professionnelles)*, [1993] 2 R.C.S. 756, p. 774-775. Elle renvoie au critère de la décision manifestement déraisonnable dans le cas d'un organisme spécialisé protégé par une clause privative, mais les arrêts *Pezim* et *Southam* de la Cour indiquent que ses commentaires s'appliquent en l'espèce, où il y a un certain droit d'appel.

Dans le cadre des questions relevant de la compétence spécialisée d'un organisme administratif protégé par une clause privative, cette norme de contrôle a une finalité précise : éviter qu'un contrôle de la justesse de l'interprétation administrative ne serve de paravent, comme ce fut le cas dans le passé, à un interventionnisme axé sur le bien-fondé d'une décision donnée. Le processus par

has progressively been accepted by courts of law cannot be separated from the contemporary principle of curial deference, which is, in turn, closely linked with the development of extensive administrative justice (see Cory J.'s reasons in *PSAC No. 1* and *PSAC No. 2*, *supra*, and *National Corn Growers Assn. v. Canada (Import Tribunal)*, [1990] 2 S.C.R. 1324 (*per* Wilson J.)). Substituting one's opinion for that of an administrative tribunal in order to develop one's own interpretation of a legislative provision eliminates its decision-making autonomy and special expertise. Since such intervention occurs in circumstances where the legislature has determined that the administrative tribunal is the one in the best position to rule on the disputed decision, it risks, at the same time, thwarting the original intention of the legislature. For the purposes of judicial review, statutory interpretation has ceased to be a necessarily "exact" science and this Court has, again recently, confirmed the rule of curial deference set forth for the first time in *Canadian Union of Public Employees, Local 963 v. New Brunswick Liquor Corp.* . . .

Gonthier J.'s conclusion, at para. 16, that the interpretation of s. 43(5) is a matter of "pure statutory interpretation" unconnected with the general policy informing the entire Act and developed by the CRTC is a setback for this Court's jurisprudence on deference to administrative decision makers. The conclusion that a court's residual expertise at statutory interpretation trumps a specialized agency's interpretation of a provision that on its face has no general legal meaning but is entirely technical and context-specific squares badly with "the reluctance courts should feel in interfering in decisions of administrative tribunals" (*Canada (Attorney General) v. Public Service Alliance of Canada*, [1993] 1 S.C.R. 941, at p. 961, *per* Cory J.) or the "restrained approach to disturbing the decisions of specialized administrative tribunals" (*Fraser v. Public Service Staff Relations Board*, [1985] 2 S.C.R. 455, at p. 464, *per* Dickson C.J.).

lequel cette norme de contrôle a progressivement trouvé droit de cité chez les cours de justice est indissociable du principe contemporain de la retenue judiciaire, étroitement lié, à son tour, au développement d'une justice administrative à grande échelle (voir les motifs du juge Cory dans *AFPC n° 1* et *AFPC n° 2*, précités; *National Corn Growers Assn. c. Canada (Tribunal des importations)*, [1990] 2 R.C.S. 1324 (le juge Wilson)). Substituer son opinion à celle du tribunal administratif afin de dégager sa propre interprétation d'une disposition législative, c'est réduire à néant son autonomie décisionnelle et l'expertise qui lui est propre. Puisqu'une telle intervention surgit dans un contexte où le législateur a déterminé que le tribunal administratif est celui qui est le mieux placé pour se prononcer sur la décision contestée, elle risque de contrecarrer, par la même occasion, son intention première. L'interprétation des lois a cessé, aux fins du contrôle judiciaire, d'être une science nécessairement « exacte » et notre Cour a confirmé, encore récemment, la règle de la retenue judiciaire énoncée pour la première fois dans l'arrêt *Syndicat canadien de la Fonction publique, section locale 963 c. Société des alcools du Nouveau-Brunswick* . . .

La conclusion du juge Gonthier au par. 16 que l'interprétation du par. 43(5) est une question d'« interprétation législative pure » sans rapport avec la politique générale qui sous-tend toute la Loi et qui a été élaborée par le CRTC constitue un recul pour la jurisprudence de la Cour sur la retenue dont il faut faire preuve à l'égard des décideurs administratifs. La conclusion que l'expertise résiduelle de la cour en matière d'interprétation des lois l'emporte sur l'interprétation donnée par l'organisme spécialisé à une disposition qui manifestement n'a aucune signification générale en droit, mais qui est entièrement technique et propre au contexte, cadre mal avec « la réticence que devraient éprouver les cours de justice à toucher aux décisions des tribunaux administratifs » (*Canada (Procureur général) c. Alliance de la Fonction publique du Canada*, [1993] 1 R.C.S. 941, p. 961, le juge Cory) ou avec l'« attitude modérée [dont il faut faire preuve] à l'égard de la modification des décisions des tribunaux administratifs spécialisés » (*Fraser c. Commission des relations de travail dans la Fonction publique*, [1985] 2 R.C.S. 455, p. 464, le juge en chef Dickson).

La Cour a récemment confirmé que l'arrêt *Pushpanathan* n'avait pas modifié ses décisions dans *Pezim* et *Southam* (*Comité pour le traitement égal*

This Court has recently affirmed that *Pushpanathan* did not modify the decisions of this Court in *Pezim* and *Southam* (*Committee for the*

Equal Treatment of Asbestos Minority Shareholders v. Ontario (Securities Commission), [2001] 2 S.C.R. 132, 2001 SCC 37, at para. 48, *per* Iacobucci J.; *Trinity Western University v. British Columbia College of Teachers*, [2001] 1 S.C.R. 772, 2001 SCC 31, at para. 17, *per* Iacobucci and Bastarache JJ.). It is, of course, necessary to read the discussions in those cases about jurisdiction and jurisdictional questions through the lens of *Pushpanathan*. As the context of those remarks makes clear, their thrust was that *Pushpanathan* did not diminish this Court's commitment to the notion of deference to an expert decision maker, even absent a privative clause. This is most obvious in the *Asbestos* case, since, like *Pezim*, that appeal dealt with a provincial securities commission. I am concerned that the reasoning of Gonthier J. in the present appeal does, in fact, indicate a shift in this Court's approach towards lesser deference.

In *New Brunswick Liquor Corp.*, *supra*, Dickson J. stated that courts, in his view, "should not be alert to brand as jurisdictional, and therefore subject to broader curial review, that which may be doubtfully so" (p. 233). Reformulated in light of *Pushpanathan*, the caution would run against branding as reviewable on correctness questions that are doubtfully so. In my view, the majority's approach in this appeal warrants such a caution.

V. Disposition

For the reasons given, I would allow this appeal. I would answer the constitutional question as it was stated by the Chief Justice in the affirmative.

Appeal dismissed with costs, BASTARACHE J. dissenting.

Solicitors for the appellant: Blake, Cassels & Graydon, Toronto.

Solicitors for the respondents: Ogilvy Renault, Toronto; Goodmans, Toronto.

des actionnaires minoritaires de la Société Asbestos ltée c. Ontario (Commission des valeurs mobilières), [2001] 2 R.C.S. 132, 2001 CSC 37, par. 48, le juge Iacobucci; *Université Trinity Western c. British Columbia College of Teachers*, [2001] 1 R.C.S. 772, 2001 CSC 31, par. 17, les juges Iacobucci et Bastarache). Il est, bien entendu, nécessaire de lire les analyses relatives à la compétence et aux questions de compétence dans ces affaires à la lumière de l'arrêt *Pushpanathan*. Comme l'indique clairement leur contexte, l'idée maîtresse de ces observations était que l'arrêt *Pushpanathan* ne diminuait en rien l'attachement de la Cour au principe qu'il faut faire preuve de retenue à l'égard d'un décideur spécialisé, même en l'absence d'une clause privative. Cela ressort très clairement dans *Asbestos*, puisque, comme dans *Pezim*, cette affaire mettait en cause une commission des valeurs mobilières provinciale. Je crains que le raisonnement du juge Gonthier en l'espèce n'indique en fait un virage de la Cour vers une approche faisant appel à une moins grande retenue.

Dans *Société des alcools du Nouveau-Brunswick*, précité, le juge Dickson a affirmé qu'à son avis « les tribunaux devraient éviter de qualifier trop rapidement un point de question de compétence, et ainsi de l'assujettir à un examen judiciaire plus étendu, lorsqu'il existe un doute à cet égard » (p. 233). Reformulée à la lumière de l'arrêt *Pushpanathan*, la mise en garde serait d'éviter d'appliquer trop rapidement la norme de la décision correcte lorsqu'il existe un doute quant à son application. À mon avis, l'approche des juges majoritaires en l'espèce justifie une telle mise en garde.

V. Dispositif

Pour les motifs exposés, je suis d'avis d'accueillir le présent pourvoi. Je répondrais par l'affirmative à la question constitutionnelle formulée par la Juge en chef.

Pourvoi rejeté avec dépens, le juge BASTARACHE est dissident.

Procureurs de l'appelante : Blake, Cassels & Graydon, Toronto.

Procureurs des intimées : Ogilvy Renault, Toronto; Goodmans, Toronto.

130

131

000136

Solicitor for the intervener the Attorney General of Canada : The Deputy Attorney General of Canada, Ottawa.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Ontario: The Attorney General of Ontario, Toronto.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Quebec: The Department of Justice, Sainte-Foy.

Solicitor for the intervener the Attorney General of New Brunswick: The Attorney General of New Brunswick, Fredericton.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Manitoba: The Department of Justice, Winnipeg.

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

Solicitors for the intervener the Attorney General for Saskatchewan: MacPherson Leslie & Tyerman, Regina.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Alberta: Alberta Justice, Edmonton.

Solicitors for the intervener the Saskatchewan Power Corporation: MacPherson Leslie & Tyerman, Regina.

Solicitors for the intervener the Federation of Canadian Municipalities: Nelligan O'Brien Payne, Ottawa.

Solicitors for the intervener GT Group Telecom Services Corp.: Blake, Cassels & Graydon, Toronto.

Solicitors for the interveners Aliant Telecom Inc., AT & T Canada, Bell Canada, Bell West Inc., MTS Communications Inc. and TELUS Communications Inc.: McCarthy Tétrault, Toronto.

Procureur de l'intervenant le procureur général du Canada : Le sous-procureur général du Canada, Ottawa.

Procureur de l'intervenant le procureur général de l'Ontario : Le procureur général de l'Ontario, Toronto.

Procureur de l'intervenant le procureur général du Québec : Le ministère de la Justice, Sainte-Foy.

Procureur de l'intervenant le procureur général du Nouveau-Brunswick : Le procureur général du Nouveau-Brunswick, Fredericton.

Procureur de l'intervenant le procureur général du Manitoba : Le ministère de la Justice, Winnipeg.

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

Procureurs de l'intervenant le procureur général de la Saskatchewan : MacPherson Leslie & Tyerman, Regina.

Procureur de l'intervenant le procureur général de l'Alberta : Alberta Justice, Edmonton.

Procureurs de l'intervenante Saskatchewan Power Corporation : MacPherson Leslie & Tyerman, Regina.

Procureurs de l'intervenante la Fédération canadienne des municipalités : Nelligan O'Brien Payne, Ottawa.

Procureurs de l'intervenante GT Group Telecom Services Corp. : Blake, Cassels & Graydon, Toronto.

Procureurs des intervenantes Aliant Telecom Inc., AT & T Canada, Bell Canada, Bell West Inc., MTS Communications Inc. et TELUS Communications Inc. : McCarthy Tétrault, Toronto.

~~CONFIDENTIAL - SECURITY INFORMATION~~ ~~CONFIDENTIAL - SECURITY INFORMATION~~

[illegible][illegible]

1. The first step in the process of the investigation is the identification of the problem. This is done by the investigator who is responsible for the investigation. The investigator must identify the problem and the scope of the investigation. The investigator must also identify the objectives of the investigation and the methods to be used. The investigator must also identify the resources available for the investigation.

[illegible]

~~CONFIDENTIAL~~

[illegible]

1. The first step is to identify the problem or question that needs to be answered. This involves understanding the context and the specific requirements of the task.

1. Identify the main idea of the passage.
 2. Summarize the passage in your own words.
 3. Identify the author's purpose.
 4. Identify the author's tone.
 5. Identify the author's bias.
 6. Identify the author's point of view.
 7. Identify the author's audience.
 8. Identify the author's style.
 9. Identify the author's language.
 10. Identify the author's structure.

[Faint handwritten notes at the bottom of the page, mostly illegible due to fading.]