

A-589-03  
2004 FCA 365

A-589-03  
2004 CAF 365

**TELUS Communications Inc. (*Appellant*)**

**TELUS Communications Inc. (*appelante*)**

v.

c.

**The Canadian Radio-television and Telecommunications Commission, Delta Cable Communications Ltd., on behalf of itself and Coast Cable Communications Ltd., The Canadian Cable Television Association, and Shaw Communications Inc. (*Respondents*)**

**Le Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes, Delta Cable Communications Ltd., en son propre nom et au nom de Coast Cable Communications Ltd., l'Association canadienne de télévision par câble et Shaw Communications Inc. (*intimés*)**

**INDEXED AS: TELUS COMMUNICATIONS INC. v. CANADA (RADIO-TELEVISION AND TELECOMMUNICATIONS COMMISSION) (F.C.A.)**

**RÉPERTORIÉ: TELUS COMMUNICATIONS INC. c. CANADA (CONSEIL DE LA RADIODIFFUSION ET DES TÉLÉCOMMUNICATIONS) (C.A.F.)**

Federal Court of Appeal, Décary, Létourneau and Nadon J.J.A.—Ottawa, October 12 and 27, 2004.

Cour d'appel fédérale, juges Décary, Létourneau et Nadon, J.C.A.—Ottawa, 12 et 27 octobre 2004.

*Telecommunications — Whether CRTC decision illegal as retroactive rate setting — Rates for certain conduit types owned by TELUS, used as support structure for cable T.V., Internet wires — History of rate setting reviewed — Impugned decision varied previous order eliminating distinct rates for different conduit types, introducing common monthly rate — Restored status quo ante — Earlier decision dealt with numerous difficult issues — Elimination of distinct rates for TELUS conduit perhaps done inadvertently — Had CRTC intended such important change, would have given reasons for decision instead of Order's terse wording — CRTC correct in entertaining objection made outside usual six-month deadline as circumstances exceptional, not demonstrated uniform rate "just and reasonable" as required by Telecommunications Act, s. 27 — CRTC not having fixed rates retroactively — Had previously exceeded jurisdiction in making order unsupported by any evidence — Act, s. 62 empowered CRTC to reconsider previous decisions — CRTC having statutory duty to ensure rates just, reasonable — Can admit earlier decision nullity, adopt corrective measures — Discretionary power under s. 32(d), (e), (f) to suspend, disallow portion of tariff considered inconsistent with s. 27 — Unjust, unreasonable rates compromise Act's objective of reliable, affordable telecommunications — No denial of procedural fairness.*

*Télécommunications — La décision du CRTC était-elle un exercice illégal d'établissement rétroactif de tarifs? — Tarifs appliqués à certains types de conduites appartenant à TELUS et utilisées comme structure de soutien pour la télévision par câble et les services Internet — Examen de l'historique de la fixation des tarifs — La décision contestée modifiait une ordonnance antérieure qui éliminait les tarifs distincts applicables à d'autres types de conduites et qui instituait un tarif mensuel commun — Rétablissement du statu quo — La décision antérieure abordait de nombreux points difficiles — Les tarifs distincts applicables aux conduites de TELUS avaient peut-être été éliminés par inadvertance — Si le CRTC avait voulu un changement aussi important, il aurait motivé sa décision au lieu de rendre une ordonnance formulée brièvement — Le CRTC a eu raison de faire droit à l'objection soulevée en dehors du délai habituel de six mois parce qu'il existait des circonstances exceptionnelles et qu'il n'avait pas été prouvé que le tarif uniforme serait «juste et raisonnable» ainsi que l'exige l'art. 27 de la Loi sur les télécommunications — Le CRTC n'a pas fixé de tarifs rétroactivement — Il avait auparavant outrepassé sa compétence en rendant une ordonnance qui n'était pas appuyée par la preuve — L'art. 62 de la Loi habilite le CRTC à réexaminer ses décisions antérieures — Le CRTC a l'obligation de s'assurer que les tarifs sont justes et raisonnables — Il peut reconnaître la nullité d'une décision antérieure et adopter des mesures correctives — L'art. 32d), e) et f) donne au CRTC le pouvoir discrétionnaire de suspendre ou refuser l'application d'une tarification s'il la juge incompatible avec l'art. 27 — Des tarifs qui sont injustes et déraisonnables compromettent l'objectif de la Loi, à savoir la fourniture de services de télécommunication qui soient fiables et abordables — Il n'y a pas eu déni d'équité procédurale.*

*Administrative Law — Statutory Appeals — Whether Canadian Radio-television and Telecommunications Commission decision illegal retroactive rate setting — CRTC had not fixed rates retroactively — Set aside portion of earlier decision which exceeded jurisdiction as rendered in absence of any supporting evidence — Courts having “quietly abandoned” law that tribunal does not exceed jurisdiction in basing decision on finding of fact unsupported by evidence — “No evidence” elevated to independent ground of review having essential characteristics of jurisdictional error — Judicial review in such case not ousted by preclusive clause — Such decision is nullity, reviewable as arbitrary — Tribunals may have implied power to reconsider to discharge statutory duties — In instant case, such power expressly conferred by statute — CRTC given broad discretionary powers to further objectives of legislation — No denial of procedural fairness as appellant afforded chance to argue retroactivity issue — In circumstances, CRTC correct in entertaining objection made outside normal limitation period.*

The issue upon this appeal was whether Telecom Decision CRTC 2003-54 was illegal as retroactive rate setting or merely the restoration of the *status quo ante* of rates applicable to certain conduit types owned by TELUS Communications, the appellant? A conduit is a support structure for wires which deliver cable television and high-speed Internet services to subscribers. Appellant argued that even if not illegal, the decision was still unreasonable and that appellant had been denied procedural fairness. Finally, it submitted that the CRTC improperly exercised its discretion in permitting a challenge to Order CRTC 2000-13 almost two years after it was made.

TELUS, successor to BC TEL, is an Incumbent Local Exchange Carrier while respondents, Delta, Coast Cable and Shaw, are cable companies which utilize TELUS conduit for their cable infrastructure. Between 1978 and 1983, the CRTC had approved rates for four types of conduit (Type A to D, according to who paid for the installation) provided by BC TEL. In 1994, following a review of the use and costs sharing of telephone company structures, the CRTC approved interim rates for Type B to D and in 1995 it approved a uniform national monthly rate for conduit. But, because BC TEL had more than one type of conduit, the CRTC indicated the uniform rate would apply only to its Type A conduit and directed BC Tel to make specific submissions covering the

*Droit administratif — Appels prévus par la Loi — La décision du Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes était-elle un exercice illégal d'établissement rétroactif de tarifs? — Le CRTC n'avait pas fixé de tarifs rétroactivement — Il avait annulé en partie une décision antérieure qui outrepassait sa compétence et qui avait été rendue en l'absence de toute preuve à l'appui — Les cours de justice ont «discrètement abandonné» le principe selon lequel un tribunal administratif n'excède pas sa compétence simplement parce qu'il fonde sa décision sur une conclusion de fait qui n'est pas appuyée par la preuve — «L'absence de preuves» est élevée au statut de motif autonome de contrôle présentant les caractéristiques essentielles de l'erreur de compétence — Le contrôle judiciaire dans un tel cas ne saurait être empêché par une clause d'exclusion — Une telle décision est nulle et sujette à révision en tant que décision arbitraire — Les tribunaux administratifs peuvent avoir un pouvoir implicite de réexamen pour qu'ils puissent s'acquitter des fonctions qui leur sont dévolues par la loi — En l'espèce, un tel pouvoir est expressément conféré par la loi — Le CRTC dispose de larges pouvoirs discrétionnaires pour donner effet aux objectifs de la loi — Il n'y a pas eu déni d'équité procédurale puisque l'appelante a eu la possibilité de plaider la question de la rétroactivité — Eu égard aux circonstances, le CRTC a eu raison de faire droit à l'objection soulevée en dehors du délai habituel de prescription.*

Le point soulevé dans le présent appel était celui de savoir si la Décision Télécom CRTC 2003-54 était un exercice illégal d'établissement rétroactif de tarifs ou si elle visait plutôt simplement à rétablir le statu quo pour les tarifs applicables à certains types de conduites appartenant à TELUS Communications, l'appelante. Une conduite est une structure de soutien conçue pour loger les fils qui servent à livrer aux abonnés la télévision par câble et les services d'Internet à haut débit. L'appelante faisait valoir que, même si la décision n'était pas illégale, elle demeurait déraisonnable et qu'elle-même, avait été victime d'une injustice procédurale. Finalement, selon l'appelante, le CRTC avait irrégulièrement exercé son pouvoir discrétionnaire lorsqu'il avait permis que soit contestée son Ordonnance CRTC 2000-13 près de deux ans après que cette ordonnance eut été rendue.

TELUS, qui a succédé à BC TEL, est une entreprise de services locaux titulaire, tandis que les intimées, Delta, Coast Cable et Shaw, sont des câblodistributeurs qui, pour soutenir leur câblo-infrastructure, utilisent des conduites fournies par TELUS. Entre 1978 et 1983, le CRTC avait approuvé divers tarifs pour quatre types de conduites fournies par BC TEL (les conduites des types A à D selon celui qui payait l'installation). En 1994, après avoir examiné l'utilisation des structures des compagnies de téléphone et le partage des coûts de ces structures, le CRTC avait approuvé des tarifs provisoires pour les conduites des types B à D, et en 1995, il avait approuvé un tarif mensuel national uniforme pour les conduites. Mais, comme BC TEL était propriétaire de plus d'un genre de

other three types. Instead, BC Tel issued Tariff Notice 3336 asking for the elimination of the distinction between conduit types and that all of its conduit come under the uniform national rate. The Canadian Cable Television Association (CCTA) objected, its view being that BC TEL should not be permitted to charge as much for conduit obtained free of charge from a developer as for conduit installed at its own expense. Eventually, in 2000, the CRTC allowed the withdrawal of distinct rates for Type B to D conduit. Shaw Communications complained and CRTC staff sought a negotiated resolution to avoid the necessity for further formal CRTC intervention. When this did not work out, Shaw filed a Part VII application under the *CRTC Telecommunications Rules of Procedure* requesting that the CRTC initiate a proceeding to consider Type B to D conduit access rates. In addition, it asked that rates approved in 1995 on a final basis for Types B-D conduit be made interim pending outcome of the proceeding. In its letter of intervention, the CCTA suggested that if Order 2000-13 had actually eliminated the distinction among conduit types and rates, the CRTC should exercise its Act, section 62 discretion to review that decision. Under that section, the Commission is empowered to review, rescind or vary any decision that it has made.

By Telecom Decision CRTC 2003-54 (that under appeal), the Commission varied that part of Order 2000-13 which had eliminated the distinct rates for TELUS' Type A to D conduit and introduced a \$2.25-per-30-metres monthly rate for all of TELUS' conduit. The Order restored the definitions and distinct rates in place prior to the earlier decision. The restoration was retroactive to February 17, 2000. The earlier decision involved issues that were wide-ranging, difficult and controversial; those involving the TELUS conduit were a mere drop in the bucket. In that context, the respondents suggested that if that Order did eliminate the distinct rates for TELUS conduit, it did so through inadvertence.

The CRTC agreed with appellant's interpretation of Order 2000-13, i.e. that it had the effect of approving the withdrawal of distinct rates while introducing a uniform monthly rate. The Court's view was that Type B to D conduit got caught by inadvertence, the intention in issuing the Order having been to deal only with Type A conduit. The provision in the Order at

conduites, le CRTC avait indiqué que le tarif uniforme ne s'appliquerait qu'à sa conduite de type A, et il avait demandé à BC TEL de présenter des conclusions distinctes pour les trois autres types de conduites. Au lieu de cela, BC Tel avait émis l'avis de modification tarifaire 3336, dans lequel elle demandait que la distinction entre genres de conduites soit éliminée et que toutes ses conduites relèvent du tarif national uniforme. L'Association canadienne de télévision par câble (ACTC) avait formulé une objection, car selon elle, BC TEL ne devait pas être autorisée à demander le même prix pour une conduite qu'elle acquiert gratuitement d'un promoteur que pour une conduite qu'elle installe à ses propres frais. Finalement, en 2000, le CRTC autorisait le retrait des tarifs distincts pour les conduites des types B à D. Shaw Communications s'est plainte de cette décision et le personnel du CRTC a recherché une solution négociée, afin d'éviter la nécessité d'une intervention plus officielle du CRTC. Ce processus s'étant finalement révélé inutile, Shaw a déposé, en application de la partie VII des *Règles de procédure du CRTC en matière de télécommunications*, une demande qui invitait le CRTC à ouvrir une instance où seraient examinés les tarifs de l'accès aux conduites des types B à D. Shaw priait aussi le CRTC de déclarer provisoires, jusqu'à l'issue de ladite instance, les tarifs approuvés à titre définitif en 1995 pour les conduites des types B à D. Dans sa lettre d'intervention, l'ACTC faisait valoir que, si l'Ordonnance 2000-13 avait réellement éliminé la distinction parmi les types de conduites et les tarifs, alors le CRTC devrait exercer le pouvoir discrétionnaire que lui confère l'article 62 de la Loi, c'est-à-dire le pouvoir de réviser cette décision. Cet article donne au CRTC le pouvoir de réviser, d'annuler ou de modifier ses décisions.

Par sa Décision Télécom CRTC 2003-54 (la décision visée par l'appel), le CRTC a modifié la portion de son Ordonnance 2000-13 qui avait éliminé les tarifs distincts applicables aux conduites des types A à D de TELUS et qui avait institué un tarif mensuel de 2,25 \$ les 30 mètres pour toutes les conduites de TELUS. L'ordonnance rétablissait les définitions et tarifs distincts en vigueur avant la décision antérieure. Le rétablissement avait pris effet le 17 février 2000. La décision antérieure faisait intervenir une vaste gamme de points difficiles et controversés; ceux qui concernaient les conduites de TELUS n'étaient qu'une goutte d'eau dans un océan. C'est sur cette toile de fond que les intimés affirmaient que, si cette ordonnance avait bien éliminé les tarifs distincts applicables aux conduites de TELUS, elle les avait éliminés par inadvertance.

Le CRTC s'est rangé à l'interprétation donnée par l'appelante de l'Ordonnance 2000-13, c'est-à-dire qu'il reconnaissait que l'ordonnance avait eu pour effet d'approuver le retrait des tarifs distincts et d'instituer un tarif mensuel uniforme. Selon la Cour, les conduites des types B à D se sont trouvées embrassées par inadvertance dans l'Ordonnance

issue was tersely worded and contained no explanation or justification for such a substantial change. Had the Commission intended to make a change of this importance, it would have given reasons for such decision. The issue of rates for Type B to D conduit had fallen between the cracks, only to come to light when respondents realized the Order's potential impact and drew the matter to the Commission's attention.

In Telecom Decision CRTC 2003-54, the Commission reviewed the history of appellant's conduit rate approvals and stressed the point that, by Order CRTC 96-1484 it had put on hold TELUS' request for a uniform rate pending consideration of the different costs associated with Type B to D conduit. The Commission was satisfied that there existed exceptional circumstances and valid reasons for Shaw's delay in filing its Part VII application and that this justified a departure from its policy that an application to vary under Act, section 62, should be brought within six months of the impugned decision. In fact, within just 15 days of the decision, Shaw had given the CRTC notice of its concerns but while discussions initiated by the CRTC took place in an attempt to resolve the problem delayed the filing of the an application .

Following its review of the earlier decisions, the Commission determined that there existed substantial doubt as to the correctness of the Order and that, as far as Type B to D conduit were concerned, Order 2000-13 should be varied. It had not been demonstrated that the uniform rate would be "just and reasonable" as required by Act, section 27. The Commission wrote that, while adhering to its position that "as a matter of regulatory policy rates approved on a final basis should not generally be subject to adjustment", in the instant case failure to make an exception would result in an injustice to applicants.

*Held*, the appeal should be dismissed.

In support of its submission that the CRTC lacked jurisdiction to vary a rate finally approved, let alone to do so retroactively, appellant referred to *Bell Canada v. Canada (Canadian Radio-television and Telecommunications Commission)*. But that case stands for the proposition that interim rates may be varied retroactively or retrospectively. Appellant was mistaken in supposing that the CRTC had fixed rates retroactively. What it did was to vary its decision by setting aside that part of it which had been rendered in the absence of any supporting evidence, thereby exceeding jurisdiction and violating its statutory duties. It restored the

2000-13, laquelle était censée disposer uniquement des conduites de type A. La disposition de l'ordonnance en question était formulée brièvement et ne renfermait aucune explication ou justification pour une modification aussi importante. Si le CRTC avait voulu apporter un changement d'une telle importance, il aurait motivé sa décision. La question des tarifs applicables aux conduites des types B à D était passée à travers les mailles, jusqu'au jour où les intimés se sont rendu compte de l'effet possible de l'ordonnance et l'ont signalé au CRTC.

Dans sa Décision Télécom CRTC 2003-54, le CRTC passait en revue l'historique de l'approbation de divers tarifs pour les conduites de l'appelante et soulignait que, dans son Ordonnance CRTC 96-1484, il avait laissé en suspens la demande présentée par TELUS pour l'adoption d'un tarif uniforme, et cela jusqu'à un examen des divers coûts afférents aux conduites des types B à D. Le CRTC était d'avis qu'il existait dans ce cas des circonstances exceptionnelles et des raisons valides expliquant le retard de Shaw à déposer sa demande selon la partie VII, raisons qui justifiaient une entorse à la politique générale du CRTC selon laquelle une demande de modification présentée conformément à l'article 62 de la Loi doit en principe être déposée dans un délai de six mois suivant la décision contestée. En fait, dans les 15 jours qui avaient suivi la décision, Shaw avait informé le CRTC de ses doutes, mais les pourparlers qu'avait engagés le CRTC entre les parties afin de régler le problème avaient retardé le dépôt de sa demande.

Après examen de ses décisions antérieures, le CRTC était arrivé à la conclusion qu'il y avait un doute sérieux sur la justesse de l'Ordonnance 2000-13 et qu'il était nécessaire de modifier cette ordonnance dans la mesure où elle visait les conduites des types B à D. Il n'avait pas été démontré que le tarif uniforme serait «juste et raisonnable» au sens de l'article 27 de la Loi. Le CRTC écrivait que, tout en demeurant d'avis que «dans l'esprit de la politique de réglementation, les tarifs approuvés de façon définitive ne devraient pas normalement faire l'objet de rajustement», ne pas faire d'exception en l'espèce constituerait une injustice pour les requérantes.

*Arrêt*: l'appel doit être rejeté.

Au soutien de son argument selon lequel le CRTC n'avait pas le pouvoir de modifier un tarif qui avait reçu une approbation finale, encore moins de le modifier rétroactivement, l'appelante s'est référée à l'arrêt *Bell Canada c. Canada (Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes)*. Mais ce précédent énonce le principe selon lequel des taux provisoires peuvent être modifiés rétroactivement. L'appelante s'est fourvoyée en supposant que le CRTC avait fixé des tarifs rétroactivement. Le CRTC avait plutôt modifié sa décision en annulant la partie de sa décision qui avait été rendue en l'absence d'éléments de preuve de

*status quo ante*. There was no rate setting by Telecom Decision CRTC 2003-54. Brown and Evans, in their work *Judicial Review of Administrative Action in Canada*, explain that, over the last quarter century, courts have “quietly abandoned” the earlier law that a tribunal does not exceed jurisdiction by basing a decision on a finding of fact unsupported by any evidence. “No evidence” has been elevated to an independent ground of review having the essential characteristics of jurisdictional error. Judicial review in such case is not subject to ouster by a preclusive clause. A decision made in the absence of evidence is a nullity and is reviewable as arbitrary according to Estey J. in *Douglas Aircraft Co. of Canada v. McConnell et al.* There is both Supreme Court of Canada and High Court of Australia authority for the proposition that administrative tribunals may possess implied powers of reconsideration to enable the discharge of their duties under their enabling legislation. But, in the case at bar, such power was expressly conferred by section 62 of the Act.

Furthermore, Act section 27 provides that rates charged must be “just and reasonable”. The CRTC is under a statutory duty to ensure that this requirement is met at all times: Act, section 47. There is no doubting that the Commission is empowered to acknowledge that an earlier decision is a nullity and to undertake appropriate corrective measures. In addition, paragraphs 32(d), (e) and (f) confer a broad discretionary power to suspend or disallow any portion of a tariff that the CRTC considers to be inconsistent with section 27. These duties and powers were intended to further the objectives of the legislation: to render reliable and affordable telecommunications services of high quality as well as to enhance the efficiency and competitiveness, at the national and international levels, of Canadian telecommunications and also to respond to the economic and social requirements of users. Unjust, unreasonable rates compromise the accessibility of affordable services while being unresponsive to users’ economic requirements.

In view of the Court’s conclusion that the CRTC had not engaged in retroactive rate setting, it was unnecessary to canvass the issue of whether section 62 gives it power to do so. Furthermore, appellant had been given ample opportunity to argue the retroactivity issue and there had been no denial of procedural fairness.

Nor was there merit in the argument that the Commission had improperly exercised its discretion in entertaining a challenge that was out of time. Why should a direct attack be

nature à l’appuyer, et qui constituait ainsi un excès de pouvoir et un manquement aux obligations que lui imposait la loi. Le CRTC avait rétabli le statu quo. La Décision Télécom CRTC 2003-54 n’établissait pas de tarifs. Dans leur ouvrage intitulé *Judicial Review of Administrative Action in Canada*, Brown et Evans expliquent que, au cours du dernier quart de siècle, les cours de justice ont « discrètement abandonné » la règle juridique antérieure selon laquelle un tribunal administratif n’excède pas son pouvoir légal simplement parce qu’il fonde sa décision sur une conclusion de fait qui n’est pas appuyée par la preuve. « L’absence de preuves » a été élevée au statut de motif autonome de contrôle présentant les caractéristiques essentielles de l’erreur de compétence. Dans un tel cas, le contrôle judiciaire ne saurait être empêché par une clause d’exclusion. Une décision rendue en l’absence de preuves est nulle et sujette à révision en tant que décision arbitraire, selon le juge Estey, qui s’exprimait dans l’arrêt *Douglas Aircraft Co. of Canada c. McConnell et autres*. Des arrêts de la Cour suprême du Canada et de la Haute Cour d’Australie reconnaissent que les tribunaux administratifs peuvent avoir un pouvoir implicite de réexamen, pour permettre au tribunal de s’acquitter des fonctions que lui confère sa loi habilitante. Mais, en l’espèce, un tel pouvoir était expressément conféré par l’article 62 de la loi.

Par ailleurs, l’article 27 requiert que les tarifs demandés soient « justes et raisonnables ». Le CRTC est tenu par la loi de veiller à ce que cette exigence soit observée en permanence: article 47 de la Loi. Il ne fait aucun doute que le Conseil a le pouvoir de reconnaître qu’une décision antérieure est nulle et de prendre les mesures correctives qui s’imposent. De plus, les alinéas 32d), e) et f) donnent au CRTC un large pouvoir discrétionnaire de suspendre ou refuser toute portion d’un tarif qu’il juge incompatible avec l’article 27. Ces attributions avaient pour objet de donner effet aux objectifs du texte législatif: permettre l’accès à des services de télécommunication sûrs, abordables et de qualité, accroître l’efficacité et la compétitivité, sur les plans national et international, des télécommunications canadiennes, et satisfaire aussi les exigences économiques et sociales des usagers. Les tarifs qui sont injustes et déraisonnables compromettent l’accessibilité de la population à des services de télécommunication abordables et ne répondent pas aux exigences économiques des usagers.

Vu la conclusion de la Cour selon laquelle le CRTC n’avait pas établi de tarifs rétroactivement, il n’était pas nécessaire d’examiner le point de savoir si l’article 62 lui confère ce pouvoir. Par ailleurs, l’appelante a eu amplement l’occasion de plaider la question de la rétroactivité et il n’y a eu aucun déni d’équité procédurale.

Il n’y a nul bien-fondé non plus dans l’argument selon lequel le CRTC a irrégulièrement exercé son pouvoir discrétionnaire lorsqu’il a autorisé les intimés à déposer une

barred by a limitation period when a collateral attack might be allowed against the part of Order 2000-13 made without jurisdiction?

contestation en dehors du délai imparti. Pourquoi une contestation directe devrait-elle être empêchée par un délai de prescription alors qu'une contestation indirecte serait autorisée à l'encontre de la partie de l'Ordonnance 2000-13 qui a été rendue sans compétence?

#### STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

*Architects Act*, R.S.A. 1980, c. A-44.1.  
*CRTC Telecommunications Rules of Procedure*,  
 SOR/79-554, Part VII.  
*Telecommunications Act*, S.C. 1993, c. 38, ss. 7(b),(c),(h),  
 27, 32(d),(e),(f),(g), 47, 62.

#### CASES JUDICIALLY CONSIDERED

##### APPLIED:

*Douglas Aircraft Co. of Canada Ltd. v. McConnell et al.*, [1980] 1 S.C.R. 245; (1979), 99 D.L.R. (3d) 385; 79 CLLC 14,221; 29 N.R. 109; *Chandler v. Alberta Association of Architects*, [1989] 2 S.C.R. 848; (1989), 101 A.R. 321; 62 D.L.R. (4th) 577; [1989] 6 W.W.R. 521; 70 Alta. L.R. (2d) 193; 40 Admin. L.R. 128; 36 C.L.R. 1; 99 N.R. 277; revg (1985), 67 A.R. 255 (C.A.); *Minister for Immigration and Multicultural Affairs v. Bhardwaj* (2002), 187 ALR 117; [2002] HCA 11.

##### DISTINGUISHED:

*Bell Canada v. Canada (Canadian Radio-television and Telecommunications Commission)*, [1989] 1 S.C.R. 1722; (1989), 60 D.L.R. (4th) 682; 38 Admin. L.R. 1; 97 N.R. 15.

##### REFERRED TO:

*Rates Set for Access to Telephone Companies' Support Structures*, Order CRTC 2000-13; *BC TEL (Re)*, Telecom Order CRTC 94-996; *Access to Telephone Company Support Structure*, Telecom Decision CRTC 95-13; *In the Matter of the Implementation of Access to Telephone Company Support Structures*, Telecom Decision CRTC 95-13, 22 June 1995 (Decision 95-13), Telecom Order CRTC 96-1484; *R. v. Litchfield*, [1993] 4 S.C.R. 333; (1993), 145 A.R. 321; 14 Alta. L.R. (3d) 1; 86 C.C.C. (3d) 97; 25 C.R. (4th) 137; 161 N.R. 161; *Dagenais v. Canadian Broadcasting Corp.*, [1994] 3 S.C.R. 835; (1994), 120 D.L.R. (4th) 12; 94 C.C.C. (3d) 289; 34 C.R. (4th) 269; 25 C.R.R. (2d) 1; 175 N.R. 1; 76 O.A.C. 81.

#### LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

*Architects Act*, R.S.A. 1980, ch. A-44.1.  
*Loi sur les télécommunications*, L.C. 1993, ch. 38, art. 7b),  
 c), h), 27, 32d), e), f), g), 47, 62.  
*Règles de procédure du CRTC en matière de télécommunications*, DORS/79-554, partie VII.

#### JURISPRUDENCE CITÉE

##### DÉCISIONS APPLIQUÉES:

*Douglas Aircraft Co. of Canada Ltd. c. McConnell et autres*, [1980] 1 R.C.S. 245; (1979), 99 D.L.R. (3d) 385; 79 CLLC 14,221; 29 N.R. 109; *Chandler c. Alberta Association of Architects*, [1989] 2 R.C.S. 848; (1989), 101 A.R. 321; 62 D.L.R. (4th) 577; [1989] 6 W.W.R. 521; 70 Alta. L.R. (2d) 193; 40 Admin. L.R. 128; 36 C.L.R. 1; 99 N.R. 277; infirmant (1985), 67 A.R. 255 (C.A.); *Minister for Immigration and Multicultural Affairs v. Bhardwaj* (2002), 187 ALR 117; [2002] HCA 11.

##### DÉCISION DISTINCTE:

*Bell Canada c. Canada (Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes)*, [1989] 1 R.C.S. 1722; (1989), 60 D.L.R. (4th) 682; 38 Admin. L.R. 1; 97 N.R. 15.

##### DÉCISIONS CITÉES:

*Fixation des tarifs relatifs à l'accès aux structures de soutènement des compagnies de téléphone*, Ordonnance CRTC 2000-13; *BC TEL (Re)*, Ordonnance Télécom CRTC 94-996; *Accès aux structures de soutènement des compagnies de téléphone*, Décision Télécom CRTC 95-13; *Relativement à la mise en œuvre de la décision Télécom CRTC 95-13 du 22 juin 1995 intitulée Accès aux structures de soutènement des compagnies de téléphone (la décision 95-13)*, Ordonnance Télécom CRTC 96-1484; *R. c. Litchfield*, [1993] 4 R.C.S. 333; (1993), 145 A.R. 321; 14 Alta. L.R. (3d) 1; 86 C.C.C. (3d) 97; 25 C.R. (4th) 137; 161 N.R. 161; *Dagenais c. Société Radio-Canada*, [1994] 3 R.C.S. 835; (1994), 120 D.L.R. (4th) 12; 94 C.C.C. (3d) 289; 34 C.R. (4th) 269; 25 C.R.R. (2d) 1; 175 N.R. 1; 76 O.A.C. 81.

## AUTHORS CITED

Brown, J. M. and John M. Evans. *Judicial Review of Administrative Action in Canada*, looseleaf. Toronto: Canvasback, 1998.  
*Guidelines for Review and Vary Applications*, Telecom Public Notice CRTC 98-6. Ottawa, March 20, 1998.

APPEAL against a CRTC decision (*Part VII Application by Shaw Communications Inc. Requesting a Proceeding to Consider the Rates for Type B, C and D Conduit Provided by TELUS Communications Inc.*, Telecom Decision CRTC 2003-54) as an illegal exercise in retroactive rate setting. Appeal dismissed.

## APPEARANCES:

*John F. Rook, Q.C., John E. Lowe and Stephen Schmidt* for appellant.  
*James D. Wilson* for respondent The Canadian Radio-television and Telecommunications Commission.  
*Lori Assheton-Smith and Gerald L. Kerr-Wilson* for respondent The Canadian Cable Television Association.  
*C. Christopher Johnston, Q.C. and Leslie J. F. Milton* for respondents Delta Cable Communications Ltd., Coast Cable Communications Ltd. and Shaw Communications Inc.

## SOLICITORS OF RECORD:

*Bennett Jones LLP*, Calgary, for appellant.  
*The Canadian Radio-television and Telecommunications Commission*, Gatineau, for respondent The Canadian Radio-television and Telecommunications Commission.  
*Canadian Cable Television Association*, Ottawa, for respondent The Canadian Cable Television Association.  
*Johnston & Buchan LLP*, Ottawa, for respondents Delta Cable Communications Ltd., Coast Cable Communications Ltd. and Shaw Communications Inc.

*The following are the reasons for judgment rendered in English by*

## DOCTRINE CITÉE

Brown, J. M. et John M. Evans. *Judicial Review of Administrative Action in Canada*, feuilles mobiles. Toronto: Canvasback, 1998.  
*Lignes directrices relatives aux demandes de révision et de modification*, Avis public Telecom CRTC 98-6. Ottawa, le 20 mars 1998.

APPEL interjeté contre une décision du CRTC (*Demande présentée en vertu de la partie VII par Shaw Communications Inc. visant la tenue d'une instance portant sur les tarifs applicables aux conduites de types B, C et D facturés par TELUS Communications Inc.*, Décision Télécom CRTC 2003-54) perçue comme un exercice illégal d'établissement rétroactif de tarifs. Appel rejeté.

## ONT COMPARU:

*John F. Rook, c.r., John E. Lowe et Stephen Schmidt*, pour l'appelante.  
*James D. Wilson*, pour le Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes, intimé.  
*Lori Assheton-Smith et Gerald L. Kerr-Wilson*, pour l'Association canadienne de télévision par câble, intimée.  
*C. Christopher Johnston, c.r. et Leslie J. F. Milton*, pour Delta Cable Communications Ltd., Coast Cable Communications Ltd. et Shaw Communications Inc., intimées.

## AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER:

*Bennett Jones LLP*, Calgary, pour l'appelante.  
*Le Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes*, Gatineau, pour le Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes, intimé.  
*L'Association canadienne de télévision par câble*, Ottawa, pour l'Association canadienne de télévision par câble, intimé.  
*Johnston & Buchan LLP*, Ottawa, pour Delta Cable Communications Ltd., Coast Cable Communications Ltd. et Shaw Communications Inc, intimées.

*Ce qui suit est la version française des motifs du jugement rendus par*

[1] LÉTOURNEAU J.A.: Was Telecom Decision CRTC 2003-54 [*Part VII Application by Shaw Communications Inc. Requesting a Proceeding to Consider the Rates for Type B, C and D Conduct Provided by TELUS Communications Inc.*] an illegal exercise in retroactive rate setting as contended by the appellant or was it rather, as the respondents, Delta Cable Communications Ltd. (Delta) and the Canadian Cable Television Association (CCTA) submit, simply a restoration of the *status quo ante* with respect to rates applicable to Type B, C and D conduit owned by the appellant? A conduit is a type of support structure designed to house and support the wires and other infrastructures used to deliver cable television, high-speed Internet access and other telecommunications services to subscribers. In a nutshell, a conduit is a “reinforced passage or opening in, on, over or through the ground or watercourses capable of containing communications facilities”: see paragraph 12 of the Telecom Decision CRTC 2003-54.

[2] The appellant also avers that the decision of the Canadian Radio-television and Telecommunications Commission (CRTC), if found to be legal, is unreasonable in the circumstances. It also complains that it was the victim of procedural unfairness in that it was not given the opportunity to make full and appropriate submissions on the issue of retroactivity. Finally, the appellant submits that the CRTC improperly exercised its discretion in allowing Delta and the CCTA to make an application to challenge its Order CRTC 2000-13 [*Rates Set for Access to Telephone Companies' Support Structures (Order 2000-13)*] almost two years after the order was rendered.

#### Facts and procedure

[3] The process of determining just and reasonable rates for Type B, C and D conduit owned by the appellant is rich in history and longstanding debates as the facts and these proceedings demonstrate.

[1] LE JUGE LÉTOURNEAU, J.C.A.: La Décision Télécom CRTC 2003-54 [*Demande présentée en vertu de la partie VII par Shaw Communications Inc. visant la tenue d'une instance portant sur les tarifs applicables aux conduites de types B, C et D facturés par TELUS Communications Inc.*] était-elle un exercice illégal d'établissement rétroactif de tarifs, ainsi que le prétend l'appelante, ou visait-elle plutôt simplement, ainsi que l'affirment les intimées, Delta Cable Communications Ltd. (Delta) et l'Association canadienne de télévision par câble (ACTC), à rétablir le statu quo pour les tarifs applicables aux conduites de types B, C et D appartenant à l'appelante? Une conduite est une sorte de structure de soutien conçue pour loger et prendre en charge les fils et autres infrastructures utilisés pour livrer aux abonnés la télévision par câble, les services d'Internet à haut débit et autres services de télécommunications. En bref, une conduite est une « ouverture ou passage armé, pouvant contenir des installations de télécommunications, pratiqué dans le sol ou en surface ou encore traversant un cours d'eau au-dessus ou au-dessous du niveau de l'eau»: voir le paragraphe 12 de la Décision Télécom CRTC 2003-54.

[2] L'appelante affirme aussi que, si la décision du Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes (CRTC) est déclarée légale, alors, dans ces conditions, elle est déraisonnable. Elle se plaint aussi d'avoir été la victime d'une injustice procédurale, parce qu'on ne lui a pas donné l'occasion de présenter des conclusions complètes et suffisantes sur la question de la rétroactivité. Finalement, selon l'appelante, le CRTC a irrégulièrement exercé son pouvoir discrétionnaire lorsqu'il a laissé Delta et l'ACTC présenter une demande contestant son Ordonnance CRTC 2000-13 [*Fixation des tarifs relatifs à l'accès aux structures de soutènement des compagnies de téléphone (Ordonnance 2000-13)*] près de deux ans après que cette ordonnance eut été rendue.

#### Les faits et la procédure

[3] Le processus consistant à établir des tarifs justes et raisonnables pour les conduites des types B, C et D appartenant à l'appelante est riche d'incidents et de longues controverses, comme le montrent les faits et les présentes procédures.

[4] The appellant, TELUS Communications Inc. (TELUS), is an Incumbent Local Exchange Carrier (ILEC) and is the successor company to BC TEL. The respondents, Delta, Coast Cable Communications Ltd. (Coast) and Shaw Communications Ltd. (Shaw), are cable companies that use conduit provided by TELUS to support their cable infrastructure. The CCTA is a national organization that represents cable companies: as of September 21, 2004, the CCTA has renamed itself the Canadian Cable Telecommunications Association.

[5] Between 1978 and 1983, the CRTC approved different rates for four types of conduit provided by BC TEL (Type A to D conduit). Unlike other telephone companies, which offered one type of conduit access, BC TEL offered four kinds, which were distinguishable on the basis of who paid the embedded costs for the supply and installation of the conduit. It is not disputed that the four types of conduit were thus defined:

Type A: Conduit supplied, installed, owned and maintained entirely by and at the expense of BC TEL.

Type B: Conduit supplied, owned, and maintained by and at the expense of BC TEL, but installed by BC TEL at the expense of the developer.

Type C: Conduit owned and maintained by and at the expense of BC TEL, but supplied and installed by BC TEL at the expense of the developer (applied only in the area formerly served by the Okanagan Telephone Company).

Type D: Conduit owned and maintained by BC TEL, but supplied and installed by and at the expense of the developer.

[6] In 1993, the CRTC initiated a review of the use and sharing of costs of telephone company structures. In 1994, it approved interim rates for Type B to D conduit for BC TEL (Telecom Order CRTC 94-996) [*BC TEL (Re)*]. As a result of the review, in 1995, the CRTC set out basic principles regarding access to support structures and approved a uniform national monthly rate for conduit. It also directed telephone companies to issue tariff pages implementing the Telecom Decision CRTC 95-13 [*Access to Telephone Company Support Structure*].

[4] L'appelante, TELUS Communications Inc. (TELUS), une entreprise de services locaux titulaire (ESLT), a succédé à BC TEL. Les intimées, Delta, Coast Cable Communications Ltd. (Coast) et Shaw Communications Ltd. (Shaw), sont des câblodistributeurs qui, pour soutenir leur câblo-infrastructure, utilisent des conduites fournies par TELUS. L'ACTC est une organisation nationale qui représente les câblodistributeurs: le 21 septembre 2004, elle s'est rebaptisée Association canadienne de télécommunications par câble.

[5] Entre 1978 et 1983, le CRTC avait approuvé divers tarifs pour quatre types de conduites fournies par BC TEL (les conduites des types A à D). Contrairement aux autres compagnies de téléphone, qui n'offraient qu'un genre de conduite, BC TEL en offrait quatre, que l'on pouvait distinguer d'après celui qui payait les coûts intégrés de la fourniture et de l'installation de la conduite. Il n'est pas contesté que les quatre types de conduites étaient ainsi définis:

Type A: Conduite fournie, installée et entretenue intégralement par BC TEL, à ses frais, et lui appartenant.

Type B: Conduite fournie et entretenue par BC TEL à ses frais, et lui appartenant, mais installée par BC TEL aux frais du promoteur.

Type C: Conduite entretenue par BC TEL à ses frais, et lui appartenant, mais fournie et installée par BC TEL aux frais du promoteur (type appliqué uniquement dans la région auparavant desservie par l'Okanagan Telephone Company).

Type D: Conduite entretenue par BC TEL, et lui appartenant, mais fournie et installée par le promoteur et aux frais de celui-ci.

[6] En 1993, le CRTC entreprenait d'examiner l'utilisation des structures des compagnies de téléphone et le partage des coûts de ces structures. En 1994, il approuvait des tarifs provisoires pour les conduites des types B à D de BC TEL (Ordonnance Télécom CRTC 94-996) [*BC TEL (Re)*]. À la suite de l'examen, en 1995, le CRTC énonçait les principes fondamentaux touchant l'accès aux structures de soutien et approuvait un tarif mensuel national uniforme pour les conduites. Il ordonnait aussi aux compagnies de téléphone de publier des pages tarifaires donnant effet à la Décision Télécom

[7] Because BC TEL was in the unusual situation of having more than one type of conduit, the CRTC indicated that the uniform rate would only apply to its Type A conduit and directed BC TEL to make specific submissions regarding other conduit types. In the meantime, in Telecom Decision CRTC 95-13 it also granted final approval to the monthly rates it had approved for Type B to D on an interim basis in Telecom Order CRTC 94-996.

[8] BC TEL's response to the CRTC's request for further submissions was Tariff Notice 3336 (TN 3336), in which it asked that the distinction among conduit types be eliminated and that all of its conduits be brought under the uniform national rate.

[9] In Telecom Order CRTC 96-1484 [*In the Matter of the Implementation of Access to Telephone Company Support Structures, Telecom Decision CRTC 95-13, 22 June 1995 (Decision 95-13)*], the CRTC deferred disposition of TN 3336, indicating that an investigation of the current demand for and circumstances associated with Type B to D conduit was required prior to making a decision. Indeed, the CCTA objected to BC TEL's statement that costs were no longer a material consideration in setting rates. It submitted that BC TEL should not be allowed to charge the same amount for conduit that it gets free from a developer as it does for conduit that it pays for and installs itself: see page 2 of Telecom Order CRTC 96-1484. The CRTC deferred its disposition of BC TEL's Tariff Notice 3336 because it was of the view that the uniform rate proposed by BC TEL might not be appropriate: see Telecom Order, at page 3.

[10] At the same time, the CRTC also established a consultative process led by Stentor Resource Centre Inc. (Stentor) in which telephone companies and cable

CRTC 95-13 [*Accès aux structures de soutènement des compagnies de téléphone*].

[7] Comme BC TEL se trouvait dans la situation inusitée d'un propriétaire de plus d'un genre de conduites, le CRTC avait indiqué que le tarif uniforme ne s'appliquerait qu'à sa conduite de type A et avait demandé à BC TEL de présenter des conclusions distinctes pour les autres types de conduits. Entre-temps, dans sa Décision Télécom CRTC 95-13, le CRTC donnait aussi son approbation finale pour les tarifs mensuels qu'il avait approuvés provisoirement dans son Ordonnance Télécom CRTC 94-996 pour les conduites des types B à D.

[8] La réponse de BC TEL à la demande que lui avait faite le CRTC pour le dépôt de conclusions additionnelles fut l'avis de modification tarifaire 3336 (AMT 3336), dans lequel elle demandait que la distinction entre genres de conduites soit éliminée et que toutes ses conduites relèvent du tarif national uniforme.

[9] Dans son Ordonnance Télécom CRTC 96-1484 [*Relativement à la mise en oeuvre de la décision Télécom CRTC 95-13 du 22 juin 1995 intitulée Accès aux structures de soutènement des compagnies de téléphone (la décision 95-13)*], le CRTC suspendait sa décision sur l'AMT 3336, en précisant qu'il devait au préalable examiner la demande actuelle pour les conduites des types B à D, ainsi que les circonstances afférentes. L'ACTC protestait d'ailleurs contre l'affirmation de BC TEL selon laquelle les coûts n'étaient plus un facteur déterminant dans l'établissement des tarifs. Selon l'ACTC, BC TEL ne devait pas être autorisée à demander le même prix pour une conduite qu'elle acquiert gratuitement d'un promoteur que pour une conduite qu'elle achète et qu'elle installe elle-même: voir la page 2 de l'Ordonnance Télécom CRTC 96-1484. Le CRTC a reporté sa décision sur l'avis de modification tarifaire 3336 de BC TEL parce que, selon lui, le tarif uniforme proposé par BC TEL n'était peut-être pas justifié: voir l'Ordonnance Télécom, à la page 3.

[10] Simultanément, le CRTC établissait aussi un processus consultatif mené par Centre de ressources Stentor Inc. (Stentor), dans lequel les compagnies de

companies would develop a mutually acceptable model Support Structure Agreement (SSA) and a model support structure tariff.

[11] In 1997, Stentor filed a joint report as a result of this process, which included a model National Services Tariff (NST) and model SSA. The model NST included the uniform national monthly rate already approved in Telecom Decision CRTC 95-13. It also included distinct definitions and different rates for Type B to D conduit for BC TEL. These rates and definitions were, in fact, also those approved by the CRTC in its Telecom Decision 95-13: see page 105 of the Appeal Book.

[12] In TN 485, Stentor proposed a NST and related SSA that would migrate support structure services from the telephone companies' tariffs to the national services tariff. There was, however, no inclusion of definitions or rates for Type B to D conduit despite their inclusion in the model tariff that had been submitted in the joint report.

[13] In June 1997, BC TEL submitted for approval Tariff Notice 3637 (TN 3637), in which it asked the CRTC to subsume the deferred decision-making process relating to TN 3336 into its current consideration of Stentor's TN 485. It also asked that the distinction among its types of conduit both in terms of definitions and rates be eliminated and that all of its conduit be brought under the national uniform rate effective the date of approval of TN 485: see Appeal Book, at pages 166-167.

[14] In Order 2000-13, the CRTC approved the NST and the SSA proposed by Stentor. It also approved BC TEL's TN 3637, thereby allowing, as we shall see, the withdrawal of distinct rates for Type B to D conduit. These changes took effect on February 17, 2000.

[15] Within 15 days of the decision, Shaw contacted the CRTC to express its concerns about the withdrawal

téléphone et les câblodistributeurs élaboreraient d'un commun accord un contrat type relatif aux structures de soutènement (CSS), ainsi qu'un tarif type applicable à telles structures.

[11] En 1997, Stentor déposait, à la suite de ce processus, un rapport conjoint, qui renfermait un Tarif type des services nationaux (TSN) et un CSS type. Le TSN type comprenait le tarif mensuel national uniforme déjà approuvé dans la Décision Télécom CRTC 95-13. Il comprenait aussi des définitions distinctes et des tarifs différents pour les conduites des types B à D de BC TEL. Ces tarifs et définitions étaient en fait aussi les tarifs et définitions approuvés par le CRTC dans sa Décision Télécom 95-13: voir la page 105 du Dossier d'appel.

[12] Dans l'AMT 485, Stentor proposait un TSN et un CSS y afférent qui allaient transférer, des tarifs des compagnies de téléphone au tarif des services nationaux, les services des structures de soutènement. Il n'y avait cependant aucune définition ni aucun tarif pour les conduites des types B à D, alors même que ces définitions et tarifs figuraient dans le tarif type qui avait été proposé dans le rapport conjoint.

[13] En juin 1997, BC TEL présentait pour approbation l'avis de modification tarifaire 3637 (AMT 3637), dans lequel elle demandait au CRTC d'englober dans son examen actuel de l'AMT 485 de Stentor la décision différée concernant l'AMT 3336. BC TEL demandait aussi que la distinction entre ses genres de conduites, qu'il s'agisse des définitions ou des tarifs, soit éliminée et que toutes ses conduites relèvent du tarif uniforme national à compter de la date d'approbation de l'AMT 485: voir le Dossier d'appel, aux pages 166 et 167.

[14] Dans son Ordonnance 2000-13, le CRTC approuvait le TSN et le CSS proposés par Stentor. Il approuvait aussi l'AMT 3637 de BC TEL, autorisant ainsi, comme nous le verrons, le retrait des tarifs distincts applicables aux conduites des types B à D. Ces modifications ont pris effet le 17 février 2000.

[15] Dans les 15 jours suivant la décision, Shaw communiquait avec le CRTC pour lui exprimer ses

of the distinct rates for Type B to D conduit. The CRTC's staff initiated discussions among the parties, seeking a negotiated resolution without the need for more formal CRTC intervention. This process eventually proved unsuccessful.

[16] On December 20, 2001, Shaw filed, pursuant to the *CRTC Telecommunications Rules of Procedure* [SOR/79-554], a Part VII application requesting that the CRTC initiate a proceeding to consider rates for access to Type B to D conduit, arguing that the issue had been outstanding since Telecom Decision CRTC 95-13 and that Order 2000-13 was only intended to cover Type A conduit for TELUS (formerly BC TEL). It further asked that the CRTC make the rates approved on a final basis in 1995 for Type B to D conduit interim pending the outcome of such a proceeding.

[17] The CRTC received comments on Shaw's application from TELUS as well as from Delta (on behalf of itself and Coast) and the CCTA. In its letter of intervention, although it agreed with Shaw's interpretation of Order 2000-13, the CCTA suggested, in the alternative, that if Order 2000-13 had really eliminated the distinction among conduit types and rates, this was an occasion for the CRTC to exercise its discretion under section 62 of the *Telecommunications Act*, S.C. 1993, c. 38 (Act) to review that decision. Section 62 gives the CRTC, even on its own motion, the power to review, rescind or vary any decision that it makes.

62. The Commission may, on application or on its own motion, review and rescind or vary any decision made by it or re-hear a matter before rendering a decision. [Emphasis added.]

[18] TELUS' comments in response to Shaw's application were filed on January 21, 2002. Shaw's reply to TELUS' response came on February 11, 2002. On January 31, 2002, TELUS filed its reply to the CCTA's intervention.

inquiétudes à propos du retrait des tarifs distincts applicables aux conduites des types B à D. Le personnel du CRTC a engagé des pourparlers entre les parties afin de parvenir à une solution négociée, sans la nécessité d'une intervention plus officielle du CRTC. Ce processus s'est finalement révélé inutile.

[16] Le 20 décembre 2001, Shaw déposait, en application de la partie VII des *Règles de procédure du CRTC en matière de télécommunications* [DORS/79-554], une demande qui invitait le CRTC à ouvrir une instance où seraient examinés les tarifs de l'accès aux conduites des types B à D. Shaw faisait valoir que la question était demeurée non résolue depuis la Décision Télécom CRTC 95-13 et que l'Ordonnance 2000-13 était censée s'appliquer uniquement aux conduites de type A de TELUS (anciennement BC TEL). Shaw priait aussi le CRTC de déclarer provisoires, jusqu'à l'issue de ladite instance, les tarifs approuvés à titre définitif en 1995 pour les conduites des types B à D.

[17] Le CRTC a reçu de TELUS, ainsi que de Delta (en son nom et au nom de Coast) et de l'ACTC, une série d'observations sur la demande de Shaw. Dans sa lettre d'intervention, et bien qu'elle fût en accord avec la manière dont Shaw interprétait l'Ordonnance 2000-13, l'ACTC faisait valoir, à titre subsidiaire, que, si l'Ordonnance 2000-13 avait réellement éliminé la distinction parmi les types de conduites et les tarifs, c'était là une occasion pour le CRTC d'exercer le pouvoir discrétionnaire que lui conférait l'article 62 de la *Loi sur les télécommunications*, L.C. 1993, ch. 38 (la Loi), c'est-à-dire le pouvoir de réviser cette décision. L'article 62 donne au CRTC le pouvoir, même de sa propre initiative, de réviser, annuler ou modifier ses décisions.

62. Le Conseil peut, sur demande ou de sa propre initiative, réviser, annuler ou modifier ses décisions, ou entendre à nouveau une demande avant d'en décider. [C'est moi qui souligne.]

[18] Les observations de TELUS en réponse à la demande de Shaw ont été déposées le 21 janvier 2002. La réplique de Shaw à la réponse de TELUS était produite le 11 février 2002. Le 31 janvier 2002, TELUS déposait sa réplique à l'intervention de l'ACTC.

[19] On August 13, 2003, the CRTC issued Telecom Decision CRTC 2003-54 (the decision under appeal), in which it varied that part of its decision in Order 2000-13 which had approved TELUS' TN 3637, eliminated the definitions and distinct rates for TELUS' Type A, B, C and D conduit and introduced a uniform definition and a monthly rate of \$2.25 per 30 metres for all of TELUS' conduit. That part of the Order was varied "so as to restore the definitions and distinct rates that were in place prior to that decision" (emphasis added): see paragraph 54 of Telecom Decision CRTC 2003-54. The restoration of the prior definitions and rates was made effective February 17, 2000, the date the withdrawal of the rates contained in Telecom Decision CRTC 95-13 had originally taken effect.

[20] On November 6, 2003, TELUS was granted, by this Court, leave to appeal against Telecom Decision CRTC 2003-54. Before turning my attention to that decision, I will say a word about Order CRTC 2000-13 which eliminated the distinct definitions and rates for TELUS' Type B, C and D conduit.

Rates set for access to telephone companies' support structures, Order CRTC 2000-13, 18 January 2000

[21] The CRTC's decision in Order 2000-13 is quite lengthy. It contains 256 paragraphs. Put in general terms, it addresses the issues of national rates, terms and conditions for access to incumbent telephone companies' poles and conduit by cable companies and telecommunications carriers. It also deals with issues of support structure capacity, application of construction standards and the access approval process. Furthermore, it considers the joint report filed in 1997 by Stentor.

[22] More specifically, the decision rules on the definition of conduit, a person duly authorized to bind a licensee, support structures and spare capacity for future service requirements. It discusses various non-recurring charges resulting from unauthorized attachment, late

[19] Le 13 août 2003, le CRTC rendait la Décision Télécom CRTC 2003-54 (la décision visée par l'appel), par laquelle il modifiait la portion de son Ordonnance 2000-13 approuvant l'AMT 3637 de TELUS, éliminant les définitions et tarifs distincts applicables aux conduites des types A, B, C et D de TELUS et instituant une définition uniforme et un tarif mensuel de 2,25 \$ les 30 mètres pour toutes les conduites de TELUS. Cette partie de l'ordonnance était modifiée «de manière à rétablir les définitions et les tarifs distincts en place avant cette décision» (c'est moi qui souligne): voir le paragraphe 54 de la Décision Télécom CRTC 2003-54. Le rétablissement des définitions et tarifs antérieurs avait pris effet le 17 février 2000, en même temps que le retrait des tarifs contenus dans la Décision Télécom CRTC 95-13.

[20] Le 6 novembre 2003, la Cour d'appel fédérale accordait à TELUS l'autorisation de faire appel de la Décision Télécom CRTC 2003-54. Avant d'examiner cette décision, je dirai quelques mots sur l'Ordonnance 2000-13 du CRTC, qui éliminait les définitions et tarifs distincts applicables aux conduites des types B, C et D de TELUS.

Tarifs fixés pour l'accès aux structures de soutènement des compagnies de téléphone, Ordonnance CRCT 2000-13 du 18 janvier 2000

[21] La décision rendue par le CRTC dans son Ordonnance 2000-13 est très longue. Elle renferme 256 paragraphes. En résumé, elle porte sur la question des tarifs nationaux et sur celle des modalités de l'accès des câblodistributeurs et des entreprises de télécommunications aux poteaux et aux conduites des compagnies de téléphone titulaires. Le CRTC y examine aussi la question de la capacité des structures de soutènement, celle de l'application des normes du bâtiment et celle du processus d'approbation de l'accès. Le CRTC y considère aussi le rapport conjoint déposé en 1997 par Stentor.

[22] Plus précisément, le CRTC statuait sur la définition de «conduite», celle de «personne dûment autorisée à lier un licencié», celle de «structures de soutien» et celle de «surcroît de capacité» pour les besoins futurs du service. Il examinait diverses charges

notification, search, make-ready (costs incurred when work is needed to make spare capacity available) and inspection, monthly rates for recurring charges, the use of a conduit on private property, the obligation to carry insurance to cover legal liabilities, the conditions for terminating an agreement or a permit, the removal of an unauthorized presence on a licensee's facilities, the proposed dispute resolution process, the survival of the SSA terms and conditions beyond termination of the SSA, waiver of SSA conditions, the legal status of agreements prior to SSA, the severability of SSA provisions if some are declared invalid or unenforceable and, finally, the scope of confidentiality provisions with respect to information regarding licensees and companies.

[23] I have listed these topics to highlight the wide range of matters confronting the CRTC on that occasion. The questions relating to Type B to D conduit, peculiar as they were and limited in their application to TELUS, appear as a small drop in this sea of difficult and controversial issues. It is against this background that the respondents allege that if Order 2000-13 did eliminate the distinct rates applicable to TELUS' Type B to D conduit, it did so either erroneously or by inadvertence. What was the effect of that Order? Was this effect intended or was it the result of an oversight?

Effect of Order CRTC 2000-13 regarding TELUS' Type A, B, C and D conduit

[24] The CRTC agreed with the appellant's interpretation of Order 2000-13, namely that the Order had the effect of approving the withdrawal of the distinct rates for Type A, B, C and D conduit and applying a uniform monthly rate of \$2.25 per 30 metres for all of TELUS' conduits: see paragraph 38 of the Telecom Decision CRTC 2003-54. I think, however, that it is reasonable to infer that Order 2000-13 intended to deal solely with Type A conduit and establish a uniform rate applicable to this type of conduit alone. I agree with the

non récurrentes résultant d'une connexion non autorisée, d'une notification tardive, d'une recherche, d'une mise en train (frais engagés lorsqu'un travail est nécessaire pour que le surcroît de capacité devienne disponible) et d'une inspection, les tarifs mensuels pour charges récurrentes, la pose d'une conduite sur un bien-fonds privé, l'obligation de souscrire une police d'assurance de la responsabilité civile, les conditions de résiliation d'un accord ou d'un permis, la suppression d'une présence non autorisée dans les installations d'un licencié, le mécanisme proposé de règlement des différends, la survie des modalités du CSS après la résiliation du CSS, la renonciation aux conditions du CSS, le statut juridique des accords antérieurs au CSS, l'autonomie des dispositions du CSS si certaines d'entre elles sont déclarées invalides ou inexécutables et, finalement, le champ des dispositions de confidentialité pour les renseignements concernant les licenciés et les entreprises.

[23] J'ai énuméré cette série de sujets pour faire ressortir la vaste gamme de points que devait alors décider le CRTC. Les questions relatives aux conduites des types B à D, vu leur caractère particulier et puisqu'elles ne concernent que TELUS, semblent une goutte d'eau dans cette mer de questions difficiles et controversées. C'est sur cette toile de fond que les intimés affirment que, si l'Ordonnance 2000-13 a bien éliminé les tarifs distincts applicables aux conduites des types B à D de TELUS, elle les a éliminés soit par erreur, soit par inadvertance. Quel était l'effet de cette ordonnance? Cet effet était-il voulu ou était-il le résultat d'une erreur?

Effet de l'Ordonnance 2000-13 concernant les conduites des types A, B, C et D de TELUS

[24] Le CRTC s'est rangé à l'interprétation donnée par l'appelante de l'Ordonnance 2000-13, c'est-à-dire qu'il reconnaît que l'ordonnance avait pour effet d'approuver le retrait des tarifs distincts pour les conduites des types A, B, C et D et d'appliquer un tarif mensuel uniforme de 2,25 \$ les 30 mètres à toutes les conduites de TELUS: voir le paragraphe 38 de la Décision Télécom CRTC 2003-54. Je crois cependant qu'il est raisonnable de penser que l'Ordonnance 2000-13 était censée disposer uniquement des conduites de type A et établir un taux

respondents that Type B to D conduit “got caught” by Order 2000-13 either by mistake or inadvertence. The reasonableness of the inference stems from a number of facts.

[25] First, Stentor’s joint report maintained the distinct definitions and rates for Type A, B, C and D conduit, distinctions which were meant to reflect the embedded costs and the influence they had on the levels of rates.

[26] Second, Stentor was aware that TELUS’ request for the elimination of the distinct definitions and rates for its Type A, B, C and D conduit had been put on hold, an investigation of the matter had been found appropriate, additional information was needed and the issue was therefore still pending before the CRTC. This is why Stentor’s proposal in TN 485 for a uniform rate did not include Type B to D conduit which, of all carriers, TELUS was the only one to possess.

[27] Third, all carriers, including TELUS, had Type A conduit. It was, therefore, appropriate for the CRTC to include TELUS in its decision so as to make the uniform national rate accepted for Type A conduit applicable to the Type A conduit owned by TELUS.

[28] Fourth, the CRTC had already expressed its views that the uniform rate proposed by TELUS might not be appropriate, given the respondents’ strong opposition based on the fact that different costs were incurred by TELUS. One would have expected the CRTC to discuss and rule on the respondents’ position if it intended to eliminate the distinct definitions and rates for TELUS’ Type A, B, C and D conduit. Nowhere in Order 2000-13 is there any explanation or justification for the substantial change which occurred as a result of the following tersely worded paragraph:

The Commission approves the following TNs for withdrawal of support structure tariffs effective coincident with the date at

uniforme applicable à ce seul genre de conduites. Je reconnais avec les intimés que c’est par erreur ou par inadvertance que les conduites des types B à D se trouvent embrassées dans l’Ordonnance 2000-13. Plusieurs incidents donnent à penser que c’est là une déduction raisonnable.

[25] D’abord, le rapport conjoint de Stentor maintenait les définitions et tarifs distincts pour les conduites des types A, B, C et D, distinctions qui étaient censées refléter les coûts intégrés et l’influence qu’ils avaient sur les niveaux des tarifs.

[26] Deuxièmement, Stentor savait que la requête de TELUS pour que soient éliminés les définitions et tarifs distincts applicables à ses conduites des types A, B, C et D avait été laissée en suspens, qu’un examen de l’affaire avait été jugé nécessaire, que des renseignements additionnels étaient requis et que la question était donc encore pendante devant le CRTC. C’est la raison pour laquelle la proposition de Stentor en faveur d’un tarif uniforme, dans l’AMT 485, ne faisait pas état des conduites des types B à D, conduites que TELUS était la seule à posséder parmi toutes les entreprises de télécommunications.

[27] Troisièmement, toutes les entreprises, y compris TELUS, avaient des conduites de type A. Il était donc légitime pour le CRTC d’inclure TELUS dans sa décision afin que le taux national uniforme accepté pour les conduites de type A soit applicable aux conduites de type A appartenant à TELUS.

[28] Quatrièmement, le CRTC avait déjà exprimé l’avis que le taux uniforme proposé par TELUS n’était peut-être pas justifié, étant donné la forte opposition des intimés fondée sur le fait que des coûts différents étaient engagés par TELUS. On se serait attendu à ce que le CRTC s’exprime et statue sur la position des intimés s’il entendait éliminer les définitions et tarifs distincts pour les conduites des types A, B, C et D de TELUS. On ne trouve nulle part dans l’Ordonnance 2000-13 une explication ou une justification de l’importante modification qui résultait du bref paragraphe suivant:

Le Conseil approuve les AMT ci-après visant le retrait des structures de soutènement, à compter de la date d’entrée en

which the tariff pages issued pursuant to this order will come into effect:

Bell TN 6022

BC TEL TN 3637

NB Tel TN 647

MTS TN 278

[29] This fundamental change was effected by merely inserting BC TEL TN 3637 in the above list found at paragraph 21 of the Order. This is inconsistent with Telecom Decision CRTC 95-13 which made final the approval of rates for TELUS' Type B to D conduit and with Telecom Order CRTC 96-1484 which had deferred ruling on TELUS' request to eliminate distinct rates, indicating that further investigation was appropriate prior to making a decision on the request. The only paragraph which might suggest that the CRTC considered the question of Type B to D conduit is paragraph 16 of Order 2000-13 where the CRTC ruled that it was not premature to address the issues raised in the proposed tariffs and SSAs. However, this finding does not deal with the question of the distinct definitions and rates for Type B to D conduit because these types were left out of the tariffs and SSAs proposed by Stentor and by the other companies which did not have these types of conduit. I have no doubt that had the CRTC really intended to make a change of this nature and importance for conduit and telecommunications users, it would have provided some reasons for its decision.

[30] In the end, on the basis of the evidence in the record, I believe that it was not the CRTC's intent in its Order 2000-13 to eliminate the distinct definitions and rates for Type B to D conduit owned by the appellant and that this question "fell between the cracks" until the respondents realized the potential effect and impact of the Order and brought it to the attention of the CRTC. Whether the change brought about by Order 2000-13 to Type B to D conduit was the result of an error or an oversight does not really matter as we shall see below. I now turn to a summary of Telecom Decision CRTC 2003-54 and to an analysis of

vigueur des pages de tarif publiées conformément à la présente ordonnance:

AMT 6022 de Bell

AMT 3637 de BC TEL

AMT 647 de NB TEL

AMT 278 de MTS

[29] Cette modification fondamentale prenait effet par simple insertion de l'AMT 3637 de BC TEL dans la liste ci-dessus, qui figure au paragraphe 21 de l'Ordonnance. Elle est incompatible avec la Décision Télécom CRTC 95-13, qui approuvait à titre définitif les tarifs applicables aux conduites des types B à D de TELUS, et avec l'Ordonnance Télécom CRTC 96-1484, par laquelle le CRTC différerait de statuer sur la demande faite par TELUS pour l'élimination des tarifs distincts, le CRTC précisant qu'un complément d'enquête était nécessaire avant qu'il ne statue sur la demande. Le seul paragraphe qui pourrait donner à entendre que le CRTC a examiné la question des conduites des types B à D est le paragraphe 16 de l'Ordonnance 2000-13, où le CRTC concluait qu'il n'était pas prématuré d'examiner les points soulevés dans les tarifs proposés et dans les CSS. Cependant, cette conclusion ne règle pas la question des définitions et tarifs distincts applicables aux conduites des types B à D, parce que ces types ont été omis des tarifs et des CSS proposés par Stentor et par les autres entreprises qui n'avaient pas ces types de conduites. Je ne doute pas que, si le CRTC avait réellement voulu apporter un changement de cette nature et de cette importance pour les usagers des conduites et des télécommunications, il aurait exposé des motifs en ce sens dans sa décision.

[30] En fin de compte, eu égard à la preuve versée dans le dossier, je crois que le CRTC n'avait pas l'intention, dans son Ordonnance 2000-13, d'éliminer les définitions et tarifs distincts applicables aux conduites des types B à D appartenant à l'appelante, et que cette question «est passée à travers les mailles», jusqu'au jour où les intimés se sont rendu compte de l'effet possible de l'ordonnance et l'ont signalé au CRTC. Il n'importe guère, comme nous le verrons ci-après, de savoir si le changement apporté par l'Ordonnance 2000-13 aux conduites des types B à D a été le résultat d'une erreur ou d'un oubli. Je résumerai maintenant la Décision

that decision and of the parties' submissions.

#### Telecom Decision CRTC 2003-54

[31] In this decision, the CRTC reviews the history of the approval of different rates for Type A, B, C and D conduit owned by the appellant. It reiterates that, in Telecom Decision CRTC 95-13, it had noted the different rates for the appellant's various types of conduit and granted final approval for the rates that had been granted interim approval in 1994. It also underlines the fact that, in Telecom Order CRTC 96-1484, it put TELUS' request for a uniform rate as proposed in TN 3336 on hold until appropriate investigation could be made of the request in view of the different costs associated with Type B to D conduit: see paragraphs 6, 7 and 8 of the decision. It then proceeded to consider the appellant's objections to the Part VII application by Shaw and to the CCTA's intervention.

#### (a) The time frame for filing the application

[32] Notwithstanding the objection of the appellant, the CRTC was satisfied that there were exceptional circumstances in this case and valid reasons for the delay in filing the Part VII application which justified a derogation from its general policy that an application to vary or rescind, made pursuant to section 62 of the Act, should normally be brought within 6 months of the decision that the party seeks to have reviewed.

[33] Within 15 days of the release of Order 2000-13, Shaw had notified the CRTC of its concerns regarding the elimination of the distinction among types of conduit. It had also notified the appellant in May 2000 of these concerns. The CRTC had initiated discussions among the parties (in which it had participated), in an attempt to solve the problem, but these had proven unsuccessful and delayed the filing of the application.

Télécom CRTC 2003-54 et j'analyserai cette décision ainsi que les conclusions des parties.

#### La Décision Télécom CRTC 2003-54

[31] Dans cette décision, le CRTC passe en revue l'historique de l'approbation de divers tarifs pour les conduites des types A, B, C et D appartenant à l'appelante. Il réaffirme que, dans sa Décision Télécom CRTC 95-13, il avait noté les différents tarifs applicables aux divers types de conduites de l'appelante et avait donné son approbation finale pour les tarifs qui avaient été approuvés à titre provisoire en 1994. Le CRTC souligne aussi le fait que, dans son Ordonnance Télécom CRTC 96-1484, il avait laissé en suspens la demande présentée par TELUS pour l'adoption d'un tarif uniforme selon ce que proposait l'AMT 3336, et cela jusqu'à un examen en règle de la demande, compte tenu des divers coûts afférents aux conduites des types B à D: voir les paragraphes 6, 7 et 8 de la décision. Le CRTC avait ensuite examiné les objections de l'appelante à la demande de Shaw déposée en vertu de la partie VII, et à l'intervention de l'ACTC.

#### a) Le délai de dépôt de la demande

[32] Nonobstant l'objection de l'appelante, le CRTC était d'avis qu'il existait dans ce cas des circonstances exceptionnelles et des raisons valides expliquant le retard de Shaw à déposer sa demande selon la partie VII, raisons qui justifiaient une entorse à la politique générale du CRTC selon laquelle une demande de modification ou d'annulation présentée conformément à l'article 62 de la Loi doit normalement être déposée dans un délai de six mois suivant la décision dont la partie concernée sollicite la révision.

[33] Dans les 15 jours qui avaient suivi la publication de l'Ordonnance 2000-13, Shaw avait informé le CRTC de ses doutes concernant l'élimination de la distinction entre les types de conduites. Shaw avait aussi notifié ses doutes à l'appelante en mai 2000. Le CRTC avait engagé des pourparlers entre les parties (pourparlers auxquels il avait participé), afin de régler le problème, mais ces pourparlers s'étaient révélés vains et avaient retardé le dépôt de la demande.

(b) The existence of substantial doubt as to the correctness of approving the withdrawal of distinct rates for Type A, B, C and D conduit

[34] In the Telecom Public Notice CRTC 98-6 [*Guidelines for Review and Vary Applications*] that it gave, the CRTC indicated that it would exercise its jurisdiction, pursuant to section 62 of the Act, to review and vary its Order 2000-13 if there was substantial doubt as to the correctness of that Order. After a review of its earlier decisions and proceedings regarding this matter, it concluded that such doubt had been established and that it was appropriate to vary Order 2000-13 as far as Type B to D conduit was concerned.

[35] In support of its decision to vary its earlier Order, the CRTC relied on the following facts: it was not satisfied that costs were no longer a material consideration with respect to the appropriate rates for Type B to D conduit, neither Stentor nor TELUS, as specifically requested, had provided any new evidence or argument in favour of the elimination of the distinctions between these types of conduit and there was, with respect to this issue, no evidence on the record of the proceeding leading to Order 2000-13. It also took into account the fact that no prejudice would result to the appellant if Order 2000-13 were varied because the rates authorized by that Order had never been implemented by the appellant. Conversely, Shaw, Delta and Coast would be subject to substantial increases in their operating costs if the uniform rates authorized by Order 2000-13 were implemented. In these circumstances, especially in view of a lack of information and evidence justifying the elimination of the definitions and distinct rates for the appellant's Type B to D conduit, it was never demonstrated that the uniform rate would be "just and reasonable" as required by section 27 of the Act:

27. (1) Every rate charged by a Canadian carrier for a telecommunications service shall be just and reasonable.

(2) No Canadian carrier shall, in relation to the provision of a telecommunications service or the charging of a rate for it, unjustly discriminate or give an undue or unreasonable

(b) L'existence d'un doute sérieux sur la justesse de l'approbation du retrait de tarifs distincts applicables aux conduites des types A, B, C et D

[34] Dans l'Avis public Télécom CRTC 98-6 [*Lignes directrices relatives aux demandes de révision et de modification*] qu'il avait donné, le CRTC indiquait qu'il exercerait, en application de l'article 62 de la Loi, son pouvoir de réviser et de modifier son ordonnance 2000-13 s'il y avait un doute sérieux sur la justesse de cette ordonnance. Après examen de ses décisions et procédures antérieures concernant cette affaire, il est arrivé à la conclusion qu'il y avait lieu de concevoir un tel doute et qu'il était nécessaire de modifier l'Ordonnance 2000-13 visant les conduites des types B à D.

[35] Au soutien de sa décision de modifier son ordonnance antérieure, le CRTC s'est fondé sur les faits suivants: il n'était pas persuadé que les coûts n'étaient plus un facteur déterminant pour les tarifs devant s'appliquer aux conduites des types B à D; ni Stentor ni TELUS, qui en avaient été expressément requises, n'avaient apporté des preuves nouvelles ou des arguments nouveaux militant en faveur de l'élimination des distinctions entre ces types de conduites; et, s'agissant de cet aspect, le dossier ne faisait nulle part état de l'instance qui avait mené à l'Ordonnance 2000-13. Le CRTC tenait compte également de ce qu'aucun préjudice ne serait causé à l'appelante si l'Ordonnance 2000-13 était modifiée, puisque les tarifs autorisés par cette ordonnance n'avaient jamais été appliqués par l'appelante. En revanche, Shaw, Delta et Coast allaient subir d'importantes augmentations de leurs frais d'exploitation si les tarifs uniformes autorisés par l'Ordonnance 2000-13 étaient appliqués. Dans ces conditions, et surtout compte tenu de l'absence d'informations et de preuves justifiant l'élimination des définitions et tarifs distincts applicables aux conduites des types B à D de l'appelante, il n'avait jamais été prouvé que le tarif uniforme serait «juste et raisonnable», au sens de l'article 27 de la Loi:

27. (1) Tous les tarifs doivent être justes et raisonnables.

(2) Il est interdit à l'entreprise canadienne, en ce qui concerne soit la fourniture de services de télécommunication, soit l'imposition ou la perception des tarifs y afférents,

preference toward any person, including itself, or subject any person to an undue or unreasonable disadvantage.

(3) The Commission may determine in any case, as a question of fact, whether a Canadian carrier has complied with section 25, this section or section 29, or with any decision made under section 24, 25, 29, 34 or 40.

[36] I reproduce key paragraphs (45-49, 53) of the decision leading to the CRTC's conclusion as well as paragraph 54 which contains that conclusion:

In Order 96-1484 the Commission indicated it was not satisfied by BC TEL's argument that costs were no longer a material consideration with respect to the appropriate rates for Type B, C and D conduit, and determined that it would be appropriate to investigate the demand for Type B, C and D conduit and the specific circumstances under which Type was provisioned, before considering the company's request that there be a uniform rate for all of its conduit.

The Commission notes that Stentor, in asking the Commission to bring the issue of rates for BC TEL's B, C and D conduit into the scope of the proceeding to consider TN 485, did not provide any new evidence or argument in favour of the elimination of the various types of conduit. Moreover, although the Commission had determined that, in considering the appropriate rates for Type B, C and D conduit, it would be appropriate to investigate the demand and the specific provisioning circumstances for each type, neither Stentor nor BC TEL provided any such information, nor did it form part of the record of the proceeding leading to Order 2000-13. The distinct rates for Type B, C and D conduit were thus withdrawn in the absence of evidence that the demand for these facilities and the circumstances of their provisioning were sufficiently similar to those for Type A conduit to justify a uniform rate.

The Commission finds that, in the absence of this information, it has never been demonstrated that a rate of \$2.25 for Type B, C and D conduit is just and reasonable as required by section 27 of the Act. The Commission concludes that, in the circumstances, there is substantial doubt as to the correctness of its approval of the withdrawal of the distinct rates for Type B, C and D conduit and the approval of a uniform monthly rate of \$2.25 per 30 metres for all types of TCI's conduit.

The Commission notes that, based on information provided by parties to this proceeding, the withdrawal of the distinct rates for Type B, C and D conduit would significantly impact

d'établir une discrimination injuste, ou d'accorder—y compris envers elle-même—une préférence indue ou déraisonnable, ou encore de faire subir un désavantage de même nature.

(3) Le Conseil peut déterminer, comme question de fait, si l'entreprise canadienne s'est ou non conformée aux dispositions du présent article ou des articles 25 ou 29 ou à toute décision prise au titre des articles 24, 25, 29, 34 ou 40.

[36] Je reproduis les paragraphes clés de la décision (45 à 49, 53) qui a mené à la conclusion du CRTC, ainsi que le paragraphe 54, qui renferme cette conclusion:

Dans l'ordonnance 96-1484, le Conseil a indiqué qu'il n'était pas convaincu par l'argument de BC TEL selon lequel les coûts n'étaient plus un facteur important dans l'établissement des tarifs appropriés applicables aux conduites de type B, C et D et il a conclu qu'il convenait d'examiner la demande pour les conduites de type B, C et D et les circonstances particulières dans lesquelles chaque type était fourni avant de se pencher sur la demande de la compagnie visant un tarif uniforme pour toutes ses conduites.

Le Conseil fait remarquer qu'en lui demandant d'inclure la question des tarifs applicables aux conduites de type B, C et D de BC TEL dans l'instance visant à étudier l'AMT 485, Stentor n'a pas présenté de nouveaux éléments de preuve ou d'arguments en faveur de la suppression de la classification des divers types de conduites. De plus, même si le Conseil avait établi qu'en considérant les tarifs appropriés pour les conduites de type B, C et D, il y aurait lieu d'examiner la demande de même que les circonstances particulières entourant la fourniture de chaque type, ni Stentor ni BC TEL n'ont fourni ces renseignements, pas plus qu'ils ne faisaient partie du dossier de l'instance qui a mené à l'ordonnance 2000-13. Les tarifs distincts applicables aux conduites de type B, C et D ont ainsi été retirés en l'absence de preuve que la demande pour ces installations et les circonstances entourant la fourniture ressemblaient suffisamment à celles des conduites de type A pour justifier un tarif uniforme.

Le Conseil conclut qu'en l'absence de cette information, il n'a jamais été démontré qu'un tarif de 2,25 \$ applicable aux conduites de type B, C et D est juste et raisonnable, comme l'exige l'article 27 de la Loi. Le Conseil conclut que dans les circonstances, il existe un doute réel quant à la rectitude de son approbation du retrait des tarifs distincts applicables aux conduites de type B, C et D et de l'approbation d'un tarif mensuel uniforme de 2,25 \$ par 30 mètres pour tous les types de conduites de TCI.

Le Conseil fait remarquer qu'à partir de l'information présentée par les parties à cette instance, le retrait des tarifs distincts applicables aux conduites de type B, C et D aurait une

the cost of operations of the users of these facilities. Based on the 25 September 2001 TCI invoice filed by Shaw in this proceeding, the Commission estimates that a monthly rate of \$2.25 per 30 metres for Type B, C and D conduit would increase Shaw's operating costs by approximately \$1 million per year. Such a rate would likely increase the combined operating costs of Delta Cable and Coast Cable by approximately \$66,000.00 per year. The Commission considers that the corresponding increase in the revenues TCI received would result from charging a rate that is not just and reasonable. It would appear from the record of this proceeding that TCI has not in fact been collecting the increased amounts.

The Commission concludes that, in these circumstances, it is appropriate to vary its original decision insofar as Type B, C and D conduit is concerned.

...

While the Commission remains of the view, set out in Order 2001-137 that "as a matter of regulatory policy rates approved on a final basis should not generally be subject to adjustment", it also considers that there are circumstances where to fail to make an exception would be to cause an injustice to an applicant. The Commission considers that such circumstances are present in this case. While the Commission also remains concerned about the uncertainty that retroactive rate adjustments can cause to carriers, this concern is attenuated in the present case by the fact that it was brought to TCI's attention in May 2000 that the rates for Type B, C and D conduit were at issue.

Accordingly, the Commission varies that part of Order 2000-13 in which it approved the proposal in TN 3637 to eliminate the definitions and distinct rates for TCI's Type A, B, C and D conduit and introduce a uniform definition and monthly rate of \$2.25 per 30 metres for all of TCI's conduit, so as to restore the definitions and distinct rates that were in place prior to that decision. The Commission **directs** TCI to issue forthwith revised tariff pages, reinstating the definitions and the rates for Type A, B, C and D conduit in its serving area in British Columbia given final approval in Decision 95-13, effective 17 February 2000. [Emphasis added.]

#### Analysis of the decision under appeal and of the submissions of the parties

[37] I shall address first the appellant's argument that the CRTC had no jurisdiction to vary final rates

incidence importante sur les coûts d'exploitation des utilisateurs de ces installations. D'après la facture de TCI du 25 septembre 2001 déposée par Shaw dans cette instance, le Conseil estime qu'un tarif mensuel de 2,25 \$ par 30 mètres pour les conduites de type B, C et D ferait augmenter les coûts d'exploitation de Shaw d'environ 1 million de dollars par année. Pareil tarif ferait probablement augmenter les coûts d'exploitation combinés de Delta Cable et de Coast Cable d'environ 66,000 \$ par année. Le Conseil estime que les hausses correspondantes de revenus de TCI découleraient de l'imposition d'un tarif qui n'est ni juste ni raisonnable. Le dossier de l'instance semble indiquer que TCI ne perçoit pas en fait les montants majorés.

Le Conseil conclut que, dans les circonstances, il y a lieu de modifier sa décision initiale dans la mesure où elle se rapporte aux conduites de type B, C et D.

[...]

Même si le Conseil demeure de l'avis, exposé dans l'ordonnance 2001-137, que «dans l'esprit de la politique de réglementation, les tarifs approuvés de façon définitive ne devraient pas normalement faire l'objet de rajustement», il juge également qu'il y a des circonstances où ne pas faire d'exception constituerait une injustice pour une requérante. Le Conseil estime que ces circonstances sont présentes dans ce cas-ci. Le Conseil demeure préoccupé par l'incertitude que des rajustements tarifaires rétroactifs peuvent susciter chez les entreprises, mais cette inquiétude est apaisée dans le cas présent par le fait qu'il a été porté à l'attention de TCI en mai 2000 que les tarifs applicables aux conduites de type B, C et D étaient remis en question.

Par conséquent, le Conseil modifie la partie de l'ordonnance 2000-13 dans laquelle il a approuvé la proposition, dans l'AMT 3637, de supprimer les définitions et les tarifs distincts des conduites de type A, B, C et D de TCI et d'introduire une définition uniforme et un tarif mensuel de 2,25 \$ par 30 mètres pour toutes les conduites de TCI, de manière à rétablir les définitions et les tarifs distincts en place avant cette décision. Le Conseil **ordonne** à TCI de publier immédiatement des pages de tarif révisées, rétablissant les définitions et les tarifs des conduites de type A, B, C et D dans son territoire de desserte en Colombie-Britannique, compte tenu de l'approbation définitive dans la décision 95-13, en vigueur à compter du 17 février 2000. [C'est moi qui souligne.]

#### Analyse de la décision dont appel est interjeté, et des conclusions des parties

[37] J'examinerai d'abord l'argument de l'appelante, qui affirme que le CRTC n'avait pas le pouvoir, selon

retroactively or retrospectively under section 62 of the Act.

Whether the CRTC retroactively or retrospectively varied final rates under section 62 of the Act

[38] I should state at the outset that the parties agree that the standard of review applicable to the determination of this issue is that of correctness.

[39] The appellant contends that, in the context of a positive approval scheme of tariffs and rates, the CRTC has no jurisdiction under section 62 to vary rates which have received final approval, let alone to vary them retroactively, as it did in the present instance, by making its decision effective February 17, 2000. In support of its contention, it cites the decision of the Supreme Court of Canada in *Bell Canada v. Canada (Canadian Radio-television and Telecommunications Commission)*, [1989] 1 S.C.R. 1722. I do not think that this decision carries the particular weight that the appellant attributes to it. The decision stands for the proposition that interim rates can be varied retroactively or retrospectively. For reasons that will become clear, I do not think that this case is of much assistance to the appellant.

[40] With respect, I believe the appellant misapprehends and therefore misstates what legally occurred in the case at bar in Telecom Decision CRTC 2003-54. The CRTC did not retroactively or retrospectively set rates as the appellant contends. Rather, it varied its decision by setting aside that part of its decision which was rendered in the absence of any evidence to support it and, therefore, in excess of jurisdiction and in violation of the fundamental duties imposed upon it by the Act. The effect, as it appears from paragraph 54 of its decision, was simply to restore the *status quo ante* which the invalid decision had altered. There was no setting of rates in Telecom Decision CRTC 2003-54.

[41] In *Judicial Review of Administrative Action in Canada*, looseleaf (Toronto: Canvasback Publishing, 1998), at pages 15-14 and 15-15, Brown and Evans describe the acceptance of “absence of evidence” as an independent ground of review of administrative action

l'article 62 de la Loi, de modifier rétroactivement des tarifs définitifs.

Le CRTC a-t-il modifié rétroactivement des tarifs définitifs en s'autorisant de l'article 62 de la Loi?

[38] Je dirai d'abord que les parties reconnaissent toutes que la norme de contrôle qu'il faut appliquer pour décider ce point est celle de la décision correcte.

[39] L'appelante affirme que, dans le contexte d'un régime formel d'approbation de tarifs et de taux, le CRTC n'a pas le pouvoir, selon l'article 62, de modifier des tarifs qui ont reçu une approbation finale, encore moins de les modifier rétroactivement, comme il l'a fait ici, en donnant effet à sa décision au 17 février 2000. Au soutien de son affirmation, l'appelante invoque l'arrêt rendu par la Cour suprême du Canada dans l'affaire *Bell Canada c. Canada (Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes)*, [1989] 1 R.C.S. 1722. Je ne crois pas que ce précédent revête l'importance particulière que l'appelante lui attribue. Il énonce le principe selon lequel des taux provisoires peuvent être modifiés rétroactivement. Pour des raisons qui apparaîtront clairement, je ne crois pas que ce précédent soit d'un grand secours pour l'appelante.

[40] Je crois que l'appelante se méprend ici sur la nature juridique de la Décision Télécom CRTC 2003-54 et qu'elle en fait donc un rapport inexact. Le CRTC n'a pas rétroactivement fixé des tarifs, ainsi que le prétend l'appelante. Il a plutôt modifié sa décision en annulant la partie de sa décision qui avait été rendue en l'absence d'éléments de preuve de nature à l'appuyer, et qui constituait ainsi un excès de pouvoir et un manquement aux obligations fondamentales que lui imposait la Loi. L'effet de la décision tel qu'il ressort de son paragraphe 54, a été simplement de rétablir le statu quo que la décision invalide avait modifié. La Décision Télécom CRTC 2003-54 n'établissait pas de tarifs.

[41] Dans leur ouvrage intitulé *Judicial Review of Administrative Action in Canada*, feuilles mobiles (Toronto, Canvasback Publishing, 1998), aux pages 15-14 et 15-15, Brown et Evans décrivent l'acceptation d'une «absence de preuves» comme un motif autonome

akin to a jurisdictional error. Under the heading “‘No Evidence’ as Jurisdictional Error”, they write:

For nearly 60 years, it was generally accepted that an adjudicative tribunal did not exceed its statutory authority merely by basing its decision on a finding of fact that was unsupported by any evidence, unless the fact in question was “jurisdictional” in nature. Since the late 1970s, however, the courts have quietly abandoned this restrictive approach, and have elevated “no evidence” to an independent ground of review with the essential characteristics of jurisdictional error. That is, it can be proved by evidence extraneous to the tribunal’s record, and judicial review is not subject to ouster by a preclusive clause.

In the case that marked the most decisive rejection of the earlier law, a decision of a labour arbitrator was held to be invalid on the ground that arbitrators have no jurisdiction to base their awards on findings of fact that are supported by “no evidence”. Moreover, the court admitted evidence not in the tribunal’s record to establish the error. And subsequently, the Supreme Court of Canada affirmed that decisions may be quashed for “no evidence”, despite the presence of a preclusive clause.

[42] A decision rendered in the absence of evidence, like a decision rendered without jurisdiction, is a nullity and reviewable as arbitrary. In *Douglas Aircraft Co. of Canada v. McConnell et al.*, [1980] 1 S.C.R. 245, at page 277, Estey J., dissenting on another point, asserted that arbitrary conduct, absence of evidence and refusal to discharge a function were jurisdictional errors which transcended the classification of errors in law on the face of the record:

Unfairness, the adoption of procedures contrary to natural justice, arbitrary conduct, refusal to discharge their function, fraud and bias in law, are all matters that transcend the classification of error in law on the face of the record. They are all jurisdictional in the fundamental sense of that term, and hence are reviewable through *certiorari* or its equivalent, with or without a privative clause. Such errors of law are not the same as but are equatable to the jurisdictional error which may arise from wrongful conclusions in statutory interpretation as in the *Jarvis* case, *supra*. Similarly, a decision without any evidence whatever in support is reviewable as being arbitrary;

de contrôle des décisions administratives qui s’apparente à une erreur de compétence. Sous la rubrique [TRADUCTION] «L’absence de preuves en tant qu’erreur de compétence», ils écrivent ce qui suit:

[TRADUCTION] Depuis près de 60 ans, il est généralement admis qu’un tribunal administratif n’exécède pas son pouvoir légal simplement parce qu’il fonde sa décision sur une conclusion de fait qui n’est pas appuyée par la preuve, à moins que le fait en question ne se rapporte foncièrement à sa «compétence». Depuis la fin des années 70, cependant, les cours de justice ont discrètement abandonné cette approche restrictive et ont élevé «l’absence de preuves» au statut de motif autonome de contrôle présentant les caractéristiques essentielles de l’erreur de compétence. Plus exactement, l’absence de preuves peut être démontrée par des faits qui sont sans rapport avec le dossier du tribunal, et le contrôle judiciaire ne saurait être empêché par une clause d’exclusion.

Dans le précédent qui caractérise le rejet le plus catégorique de la règle antérieure, la décision d’un arbitre du travail a été jugée invalide, au motif que les arbitres n’ont pas compétence pour fonder leurs sentences sur des conclusions de fait qui sont appuyées par une «absence de preuves». Par ailleurs, la cour a déclaré aptes à établir l’erreur des éléments de preuve qui ne figuraient pas dans le dossier du tribunal. Et par la suite, la Cour suprême du Canada a confirmé que des décisions peuvent être annulées pour «absence de preuves», et cela malgré la présence d’une clause d’exclusion.

[42] Une décision rendue en l’absence de preuves, tout comme une décision qui constitue un excès de pouvoir, est nulle et sujette à révision en tant que décision arbitraire. Dans l’arrêt *Douglas Aircraft Co. of Canada c. McConnell et autres*, [1980] 1 R.C.S. 245, à la page 277, le juge Estey, dissident sur un autre point, avait écrit que la conduite arbitraire, l’absence de preuves et le refus de s’acquitter d’une fonction constituaient des erreurs de compétence qui transcendaient la classification des erreurs de droit au vu du dossier:

L’injustice, l’adoption de procédures contraires à la justice naturelle, une conduite arbitraire, le refus d’exercer ses fonctions, la fraude et la partialité constituent des motifs juridiques qui transcendent l’erreur de droit apparente à la lecture du dossier. Il s’agit là d’excès de compétence dans le sens fondamental du terme et ces erreurs sont susceptibles de révision par voie de *certiorari* ou de recours semblable, qu’il y ait ou non une clause privative. Ces erreurs de droit ne sont pas identiques aux excès de compétence qui découlent de l’interprétation erronée d’une loi, comme dans l’affaire *Jarvis*, précitée, mais on peut les y assimiler. De la même façon, une

but on the other hand, insufficiency of evidence in the sense of appellate review is not jurisdictional. [Emphasis added.]

[43] In *Chandler v. Alberta Association of Architects*, [1989] 2 S.C.R. 848, the Practice Review Board of the Alberta Association of Architects conducted a hearing to review the practices of a firm of architects which had gone bankrupt. However, it issued findings and orders relating to disciplinary matters which were *ultra vires* the powers of the Board and quashed by the Court of Appeal [(1985), 67 A.R. 255]. Being mistaken as to the scope of its powers, the Board failed to consider making recommendations to the Council of the Alberta Association of Architects as it had the duty to do pursuant to paragraph 39(3) of the *Architects Act* [R.S.A. 1980, c. A-44.1].

[44] A month after the decision of the Court of Appeal, the Board gave notice to the parties that it intended to resume the original hearing in order to make recommendations to the Council. An application for prohibition was brought against the Board. The failure of the Board to consider matters which were part of its statutory duty, along with its power to continue the hearing, became the central issues before the courts. Unlike in the case at bar, the *Architects Act* did not confer on the Board any power to rescind, vary, amend or reconsider a final decision. Yet, at page 862, Sopinka J. found for the majority of the Supreme Court that the Board had the power and the obligation to fulfill its statutory duty:

Furthermore, it the tribunal has failed to dispose of an issue which is fairly raised by the proceedings and of which the tribunal is empowered by its enabling statute to dispose, it ought to be allowed to complete its statutory task. . . .

In this appeal we are concerned with the failure of the Board to dispose of the matter before it in a manner permitted by the *Architects Act*. The Board intended to make a final disposition but that disposition is a nullity. It amounts to no disposition at all in law. Traditionally, a tribunal, which makes a determination which is a nullity, has been permitted to

décision qui ne serait étayée par aucune preuve pourrait être révisée parce qu'elle est arbitraire; cependant, l'insuffisance de la preuve au sens donné à cette expression en matière d'appel ne comporte pas un excès de compétence. [C'est moi qui souligne.]

[43] Dans l'arrêt *Chandler c. Alberta Association of Architects*, [1989] 2 R.C.S. 848, la Commission de révision des pratiques de l'Association des architectes de l'Alberta avait mené une enquête afin de revoir les pratiques d'un cabinet d'architectes qui avait déclaré faillite. Cependant, elle avait émis des conclusions et des ordonnances en matière disciplinaire qui dépassaient ses pouvoirs et qui furent annulées par la Cour d'appel [(1985), 67 A.R. 255]. S'étant méprise sur le champ de ses pouvoirs, la Commission n'avait pas songé à présenter des recommandations au Conseil de l'Association des architectes de l'Alberta comme elle avait l'obligation de le faire en application du paragraphe 39(3) du *Architects Act* [R.S.A. 1980, ch. A-44.1].

[44] Un mois après l'arrêt de la Cour d'appel, la Commission avait informé les parties qu'elle entendait reprendre l'enquête initiale afin de présenter des recommandations au Conseil. Une demande de prohibition fut présentée à l'encontre du Conseil. Les points essentiels soumis aux tribunaux concernaient dès lors le fait que la Commission n'avait pas tenu compte d'aspects qui faisaient partie de ses obligations publiques, et son pouvoir de continuer l'enquête. Contrairement à la présente affaire, le *Architects Act* de l'Alberta ne conférait à la Commission aucun pouvoir d'annuler, de modifier ou de revoir une décision finale. Or, aux pages 862 et 863, le juge Sopinka, s'exprimant pour les juges majoritaires de la Cour suprême, avait conclu que la Commission avait le pouvoir et l'obligation de s'acquitter de son obligation publique:

De plus, si le tribunal administratif a omis de trancher une question qui avait été soulevée à bon droit dans les procédures et qu'il a le pouvoir de trancher en vertu de sa loi habilitante, on devrait lui permettre de compléter la tâche que lui confie la loi. [ . . . ]

Dans l'affaire qui nous intéresse, la Commission n'a pas statué sur la question dont elle était saisie d'une manière permise par l'Architects Act. La Commission a voulu rendre une décision définitive, mais cette décision est nulle de nullité absolue, ce qui équivaut en droit à une absence totale de décision. Traditionnellement, le tribunal dont la décision est

reconsider the matter afresh and render a valid decision.  
[Emphasis added.]

[45] The Supreme Court's approach was followed by the High Court of Australia in *Minister for Immigration and Multicultural Affairs v. Bhardwaj* (2002), 187 ALR 117, although some judges expressed different views on whether the impugned decision was of no effect at all or produced some effect until quashed or set aside. At pages 129 and 130, Gaudron and Gummow JJ., with whom McHugh J. agreed, wrote:

There is, in our view, no reason in principle why the general law should treat administrative decisions involving jurisdictional error as binding or having legal effect unless and until set aside. A decision that involves jurisdictional error is a decision that lacks legal foundation and is properly regarded, in law, as no decision at all.

...

In our view, logic and legal principle both direct the conclusion that the approach of the Supreme Court of Canada is correct. As already pointed out, a decision involving jurisdictional error has no legal foundation and is properly to be regarded, in law, as no decision at all. Once that is accepted, it follows that, if the duty of the decision-maker is to make a decision with respect to a person's rights but, because of jurisdictional error, he or she proceeds to make what is, in law, no decision at all, then, in law, the duty to make a decision remains unperformed. Thus, not only is there no legal impediment under the general law to a decision-maker making such a decision but, as a matter of strict legal principle, he or she is required to do so. [Emphasis added.]

[46] Both the *Chandler* and *Bhardwaj* decisions recognize that many administrative decision makers possess implied powers of reconsideration to the extent that such powers are "needed 'to enable the tribunal to discharge the function committed to it by [the] enabling legislation'": see Brown and Evans, at page 12-109. In the present instance, not only is the power to reconsider implied, it is expressly conferred on the CRTC by section 62 of its enabling legislation.

nulle a été autorisé à réexaminer la question dans son entier et à prononcer une décision valide. [C'est moi qui souligne.]

[45] L'approche adoptée par la Cour suprême a été suivie par la Haute Cour d'Australie dans l'arrêt *Minister for Immigration and Multicultural Affairs v. Bhardwaj* (2002), 187 ALR 117, encore que certains juges eussent exprimé des vues divergentes sur le point de savoir si la décision contestée était dépourvue d'effets ou si elle produisait certains effets jusqu'à son annulation. Aux pages 129 et 130, les juges Gaudron et Gummow, à l'avis desquels a souscrit le juge McHugh, écrivaient ce qui suit:

[TRADUCTION] Il n'existe à notre avis aucune raison de principe pour laquelle le droit en général devrait considérer les décisions administratives comportant une erreur de compétence comme des décisions contraignantes ou ayant un effet juridique tant qu'elles ne sont pas cassées. Une décision qui comporte une erreur de compétence est une décision qui n'a aucun fondement juridique et qui, à juste titre, est considérée en droit comme une absence totale de décision.

[. . .]

À notre avis, la raison et le droit commandent tous deux de conclure que la démarche adoptée par la Cour suprême du Canada est correcte. Comme nous l'avons dit plus haut, une décision qui comporte une erreur de compétence n'a aucun fondement juridique et elle est à juste titre considérée en droit comme une absence totale de décision. Une fois ce principe accepté, il s'ensuit que, si l'obligation du décideur est de rendre une décision portant sur les droits d'une personne, mais que, en raison d'une erreur de compétence, il rend finalement ce qui, en droit, équivaut à une absence totale de décision, alors l'obligation de rendre une décision reste inaccomplie. Ainsi, non seulement n'y a-t-il aucun obstacle juridique, selon les règles générales du droit, à ce qu'un décideur rende une telle décision, mais encore, sur le strict plan du droit, il est tenu de le faire. [C'est moi qui souligne.]

[46] Les arrêts *Chandler* et *Bhardwaj* reconnaissent tous deux que de nombreux décideurs administratifs possèdent un pouvoir implicite de réexamen, dans la mesure où ce pouvoir est [TRADUCTION] «nécessaire pour permettre au tribunal de s'acquitter des fonctions que lui confère la Loi habilitante»: voir Brown et Evans, précités, à la page 12-109. Dans la présente affaire, non seulement le pouvoir d'examen est implicite, mais encore il est expressément conféré au CRTC par l'article 62 de sa loi habilitante.

[47] Furthermore, section 27 of the Act, previously cited, requires, as indicated by the use of the word “shall”, that rates charged by a Canadian carrier be “just and reasonable”. It is the function and duty of the CRTC to ensure that that obligation, imposed upon Canadian carriers, is met at all times. In the *Bell Canada* case, Gonthier J. wrote for a unanimous Court at page 1740:

It is obvious from the legislative scheme set out in the *Railway Act* and the *National Transportation Act* that the appellant has been given broad powers for the purpose of ensuring that telephone rates and tariffs are, at all times, just and reasonable. The appellant may revise rates at any time, either of its own motion or in the context of an application made by an interested party. The appellant is not even bound by the relief sought by such applications and may make any order related thereto provided that the parties have received adequate notice of the issues to be dealt with at the hearing.

In this regard, section 47, hereinafter reproduced, is mandatory. It requires the CRTC to exercise its powers and perform its duties under the Act and any special Act “with a view to . . . ensuring that Canadian carriers provide telecommunications services and charge rates in accordance with section 27”, that is to say services and charge rates that are just and reasonable:

47. The Commission shall exercise its powers and perform its duties under this Act and any special Act

(a) with a view to implementing the Canadian telecommunications policy objectives and ensuring that Canadian carriers provide telecommunications services and charge rates in accordance with section 27; and

[48] There is no doubt that the CRTC has jurisdiction, when so requested by an aggrieved party, to entertain an allegation that, as a result of an earlier decision, services and charge rates have become unjust and unreasonable. There is also no doubt in my respectful view that it has implied as well as express powers to recognize and acknowledge that a previous decision, in whole or in part, is a nullity and proceed to take appropriate corrective measures. Indeed, the legislative scheme governing the CRTC imposes upon it a duty to do so and confers to it broad powers to allow it to fulfill that duty.

[47] Par ailleurs, l'article 27 de la Loi, précédemment cité, requiert, comme l'indique l'emploi du mot «doivent», que les tarifs demandés par une entreprise canadienne de télécommunications soient «justes et raisonnables». Il appartient au CRTC de s'assurer que les entreprises canadiennes de télécommunications s'acquittent toujours de cette obligation qui leur est imposée. Dans l'arrêt *Bell Canada*, le juge Gonthier, rédigeant l'arrêt unanime de la Cour, écrivait, à la page 1740:

Il ressort clairement de l'économie de la *Loi sur les chemins de fer* et de la *Loi sur les transports nationaux* que l'appellant s'est vu conférer de vastes pouvoirs afin de garantir que les taux et tarifs de téléphone soient justes et raisonnables en tout temps. L'appellant peut réviser les taux de son propre chef ou à la demande d'une partie intéressée. L'appellant n'est même pas lié par le redressement demandé et peut rendre toute ordonnance s'y rapportant pourvu que les parties aient reçu un avis suffisant des questions à traiter à l'audience.

Sur ce point, l'article 47, reproduit ci-après, est une disposition impérative. Il oblige le CRTC à exercer les pouvoirs et fonctions que lui confèrent la Loi et toute loi spéciale «de manière à assurer la conformité des services et tarifs des entreprises canadiennes avec les dispositions de l'article 27», c'est-à-dire pour faire en sorte que les services et les tarifs soient justes et raisonnables:

47. Le Conseil doit, en se conformant aux décrets que lui adresse le gouverneur en conseil au titre de l'article 8 ou aux normes prescrites par arrêté du ministre au titre de l'article 15, exercer les pouvoirs et fonctions que lui confèrent la présente loi et toute loi spéciale de manière à assurer la conformité des services et tarifs des entreprises canadiennes avec les dispositions de l'article 27.

[48] Il ne fait aucun doute que le CRTC a compétence, lorsqu'une partie lésée lui en fait la demande, pour examiner une allégation selon laquelle, en conséquence d'une décision antérieure, des services et tarifs sont devenus injustes et déraisonnables. À mon humble avis, il ne fait aucun doute non plus qu'il a le pouvoir, implicitement, sinon expressément, de reconnaître qu'une décision antérieure est nulle, en totalité ou en partie, et de prendre les mesures correctives qui s'imposent. Le régime législatif qui régit le CRTC lui impose même l'obligation de le faire et lui confère de larges pouvoirs pour lui permettre de s'acquitter de cette obligation.

[49] I have already mentioned the duties imposed on the CRTC by sections 27 and 47 as well as the power accorded to it in section 62 to rescind or vary its decisions. In order to ensure that services and charge rates are just and reasonable, paragraphs 32(d), (e) and (f) give the CRTC a broad discretionary power to suspend or disallow any portion of a tariff that is, in its opinion, inconsistent with section 27. It can, as a corrective measure, substitute or require a Canadian carrier to substitute other provisions for those disallowed, or require such carrier to file another tariff or another portion of it, in substitution for a suspended or disallowed tariff. Paragraph 32(g) gives the CRTC a residual power, in the absence of any applicable provision in Part I, to determine any matter and make any order relating to the rates, tariffs or telecommunications services of Canadian carriers. In this context, it is difficult to envisage a broader power than the one given to ensure that rates are just and reasonable at all times.

[50] These duties and powers provided in the Act are consistent with, and designed to implement, the legislative objectives found, for example, in paragraphs 7(b), (c) and (h) of the Act:

7. . . .

(b) to render reliable and affordable telecommunications services of high quality accessible to Canadians in both urban and rural areas in all regions of Canada;

(c) to enhance the efficiency and competitiveness, at the national and international levels, of Canadian telecommunications;

. . .

(h) to respond to the economic and social requirements of users of telecommunications services; and

Rates that are unjust and unreasonable compromise the accessibility of Canadians to affordable telecommunications services and are not responsive to the economic requirements of the users of these services.

[51] In conclusion, the CRTC simply acknowledged or recognized the nullity of part of its Order 2000-13

[49] J'ai déjà mentionné les obligations imposées au CRTC par les articles 27 et 47, ainsi que le pouvoir qui lui est conféré par l'article 62 d'annuler ou de modifier ses décisions. Pour que les services et les tarifs soient justes et raisonnables, les alinéas 32d), e) et f) donnent au CRTC un large pouvoir discrétionnaire de suspendre ou refuser l'application d'une tarification, en totalité ou en partie, s'il la juge incompatible avec l'article 27. Il peut, à titre de mesure corrective, substituer, ou obliger une entreprise canadienne à substituer, d'autres aménagements à ceux qui sont refusés, ou obliger ladite entreprise à déposer un autre tarif ou une autre partie de ce tarif, en remplacement d'un tarif suspendu ou refusé. L'alinéa 32g) donne au CRTC, en l'absence d'une disposition applicable figurant dans la partie I, le pouvoir résiduaire de trancher toute question et de rendre toute ordonnance touchant les tarifs et tarifications des entreprises canadiennes ou les services de télécommunications qu'elles fournissent. Dans ce contexte, il est difficile d'imaginer un pouvoir plus étendu que celui qui est conféré pour garantir en permanence des tarifs justes et raisonnables.

[50] Les attributions conférées par la Loi sont adaptées, et sont conçues pour donner effet, aux objectifs énumérés par exemple dans les alinéas 7b), c) et h) de la Loi:

7. [. . .]

b) permettre l'accès aux Canadiens dans toutes les régions—rurales ou urbaines—du Canada à des services de télécommunication sûrs, abordables et de qualité;

c) accroître l'efficacité et la compétitivité, sur les plans national et international, des télécommunications canadiennes;

[. . .]

h) satisfaire les exigences économiques et sociales des usagers des services de télécommunication;

Les tarifs qui sont injustes et déraisonnables compromettent l'accessibilité de la population à des services de télécommunications abordables et ne satisfont pas les exigences économiques des usagers de ces services.

[51] En conclusion, le CRTC a simplement reconnu ou admis la nullité d'une partie de son Ordonnance

which, in relation to TELUS' Type B to D conduit, "amounted to no disposition at all in law": see *Chandler v. Alberta Association of Architects*. This acknowledgment had the effect of dissipating doubts as to the applicability of the 1995 final definitions and rates from 1995 to the present because there was no disposition in law modifying them: see paragraph 54 of Telecom Decision CRTC 2003-54. Consistent with that effect, paragraph 55 of that decision directs TELUS to provide the necessary justification for the rate levels that it proposes if it wants to change the rates applicable to Type B to D conduit. In my view, not only was the decision legal and reasonable, it was necessary to insure that the rates for TELUS' Type B to D conduit be just and reasonable.

Whether section 62 of the Act allows the CRTC to vary final rates retroactively or retrospectively

[52] In view of my conclusion that the CRTC, in revisiting Order 2000-13, was not engaged in an exercise of retroactive or retrospective rate setting, there is no need to address this issue.

Whether, as contended, the CRTC breached the rules of procedural fairness by not permitting the appellant to make full and appropriate submissions on the issue of retroactivity

[53] The record before us shows that the appellant, in its submission to the CRTC in response to Shaw's application, argued the issue of retroactivity and retrospectivity. It cited the *Bell Canada* decision from the Supreme Court of Canada as well as a number of previous decisions in which the CRTC had concluded that, as a matter of regulatory policy, rates approved on a final basis should not generally be subject to adjustment: see the Appeal Book, at pages 57 and 58, paragraphs 36 to 40 and accompanying footnotes. In its response to the CCTA intervention, the appellant cross-referenced its previous answer to Shaw's application: see the Appeal Book, at page 78, paragraphs 53, 54 and footnote 34.

2000-13, laquelle, s'agissant des conduites des types B à D de TELUS, «équivalait en droit à une absence totale de décision»: voir l'arrêt *Chandler c. Alberta Association of Architects*. Ce constat a eu pour effet de dissiper les doutes concernant l'applicabilité des définitions et tarifs définitifs de 1995 à la période allant de 1995 jusqu'à ce jour, parce que, en droit, aucune décision ne les modifiait: voir le paragraphe 54 de la Décision Télécom CRTC 2003-54. En accord avec cet effet, le paragraphe 55 de cette décision ordonne à TELUS de produire la justification nécessaire pour les niveaux tarifaires qu'elle propose si elle veut modifier les tarifs applicables à ses conduites des types B à D. À mon avis, non seulement la décision était-elle légale et raisonnable, mais elle était nécessaire pour faire en sorte que les tarifs applicables aux conduites des types B à D de TELUS soient justes et raisonnables.

L'article 62 de la Loi autorise-t-il le CRTC à modifier rétroactivement des tarifs définitifs?

[52] Vu ma conclusion selon laquelle le CRTC, lorsqu'il a procédé au réexamen de son Ordonnance 2000-13, n'avait pas établi de tarifs rétroactivement, il n'est pas nécessaire d'examiner cet aspect.

Le CRTC a-t-il, comme le prétend l'appelante, manqué aux règles de l'équité procédurale en ne l'autorisant pas à présenter des conclusions complètes et suffisantes sur la question de la rétroactivité?

[53] Le dossier qui est devant nous montre que l'appelante, dans son mémoire adressé au CRTC en réponse à la demande de Shaw, a plaidé la question de la rétroactivité. Elle a invoqué l'arrêt *Bell Canada* rendue par la Cour suprême du Canada, ainsi que plusieurs décisions antérieures dans lesquelles le CRTC avait conclu que, eu égard à sa politique de réglementation, les tarifs approuvés à titre définitif ne devraient pas en général être l'objet d'un rajustement: voir le dossier d'appel, aux pages 57 et 58, paragraphes 36 à 40, ainsi que les notes d'accompagnement. Dans sa réponse à l'intervention de l'ACTC, l'appelante renvoyait à sa réponse précédente à la demande présentée par Shaw: voir le dossier d'appel, à la page 78, paragraphes 53, 54 et note 34.

[54] Had I found that the CRTC was engaged in an exercise of retroactive or retrospective rates setting, I would also have found that the appellant had been given ample opportunity to argue the issue of retroactivity and that there was no denial of procedural fairness.

Whether the CRTC improperly exercised its discretion in permitting the respondents to challenge Order 2000-13 outside the 6-month time limit that it usually applies under section 62 of the Act

[55] I see no merit in this ground of appeal. The circumstances were unusual and there was nothing unreasonable in attempting first to resolve the imbroglio through mediation, although it resulted in some delay. In any event, I fail to see how and why, in the best interests of the parties and of the administration of justice, a direct attack could and should be barred by a limitation period when a collateral attack might be permitted against the part of Order 2000-13 that was rendered without jurisdiction: see *R. v. Litchfield*, [1993] 4 S.C.R. 333 and *Dagenais v. Canadian Broadcasting Corp.*, [1994] 3 S.C.R. 835. In addition, I do not think that Parliament intended that a review of unjust and unreasonable rates, set in violation of the Act, be precluded by a time limit which would instead allow such rates to remain in place and flourish.

[56] For these reasons, I would dismiss the appeal with costs.

DÉCARY J.A.: I agree.

NADON J.A.: I agree.

[54] Si j'avais conclu que le CRTC s'était livré à un exercice d'établissement rétroactif de tarifs, j'aurais également conclu que l'appelante avait eu amplement l'occasion de plaider la question de la rétroactivité et qu'il n'y a eu aucun déni d'équité procédurale.

Le CRTC a-t-il irrégulièrement exercé son pouvoir discrétionnaire lorsqu'il a autorisé les intimés à contester l'ordonnance 2000-13 en dehors du délai de six mois, qu'il applique en général dans le cadre de l'article 62 de la Loi?

[55] Je ne vois nul bien-fondé dans ce grief d'appel. Les circonstances étaient inusitées et il n'y avait rien d'excessif dans le fait de chercher d'abord à dissiper la confusion par la médiation, même s'il en a résulté quelque retard. Quoi qu'il en soit, je ne vois pas comment ni pourquoi, au nom de l'intérêt des parties et de l'administration de la justice, une contestation directe pourrait ou devrait être empêchée par un délai de prescription alors qu'une contestation indirecte serait autorisée à l'encontre de la partie de l'Ordonnance 2000-13 qui a été rendue sans compétence: voir les arrêts *R. c. Litchfield*, [1993] 4 R.C.S. 333 et *Dagenais c. Société Radio-Canada*, [1994] 3 R.C.S. 835. Je ne crois pas non plus que le législateur voulait que la révision de tarifs injustes et déraisonnables, fixés en contravention de la Loi, soit empêchée par un délai de telle manière que les tarifs en question seraient plutôt amenés à survivre et à durer.

[56] Pour ces motifs, je rejette l'appel, avec dépens.

LE JUGE DÉCARY, J.C.A.: Je souscris aux présents motifs.

LE JUGE NADON, J.C.A.: Je souscris aux présents motifs.