

A-490-03
2004 FCA 172

A-490-03
2004 CAF 172

Her Majesty the Queen (*Appellant*)

Sa Majesté la Reine (*appelante*)

v.

c.

André Tremblay (*Respondent*)

André Tremblay (*intimé*)

INDEXED AS: CANADA v. TREMBLAY (F.C.A.)

RÉPERTORIÉ: CANADA c. TREMBLAY (C.A.F.)

Federal Court of Appeal, Desjardins, Noël and Nadon JJ.A.—Montréal, April 19; Ottawa, April 30, 2004.

Cour d'appel fédérale, juges Desjardins, Noël et Nadon, J.C.A.—Montréal, 19 avril; Ottawa, 30 avril 2004.

Practice — Pleadings — Motion to Strike — Appeal of order of Judge dismissing appellant's appeal of order of Prothonotary dismissing motion to strike — Respondent bringing action seeking declaration mandatory retirement age provisions in Queen's Regulations and Orders for the Canadian Forces (1994 Revision), Canadian Human Rights Act, s. 15(1)(b), (c), inoperative — Also seeking reinstatement in Canadian Forces, damages — As decision on retirement made by "federal board, commission or other tribunal", Federal Courts Act, s. 18(3) providing exclusively for relief by way of judicial review — As such, respondent could not bring action, motion to strike allowed in part — Federal Courts Act, s. 17 action appropriate proceeding to recover damages — Claim for damages should not be struck until respondent exhausts ss. 18, 18.1(2) remedies, and, if successful, pursues action in damages — Premature to address issue of limitation in National Defence Act, s. 269 — Appeal allowed in part.

Pratique — Actes de procédure — Requête en radiation — Appel d'une ordonnance par laquelle un juge a rejeté l'appel interjeté par l'appelante contre une ordonnance d'un protonotaire portant rejet d'une requête en radiation — Action déposée par l'intimé pour que les dispositions des Ordonnances et règlements royaux applicables aux Forces canadiennes (Révision de 1994) prescrivant l'âge de la retraite obligatoire, et l'art. 15(1)b) et c) de la Loi canadienne sur les droits de la personne, soient déclarés inopérants — L'intimé réclame également sa réintégration auprès des Forces canadiennes ainsi que des dommages-intérêts — La décision sur la mise à la retraite a été rendue par un «office fédéral» et, dans un tel cas, l'art. 18(3) de la Loi sur les Cours fédérales consacre l'exclusivité du recours par voie de contrôle judiciaire — L'intimé ne pouvait pas déposer d'action et la requête en radiation est accueillie en partie — L'action fondée sur l'art. 17 de la Loi sur les Cours fédérales est la procédure appropriée pour obtenir des dommages-intérêts — Une demande en dommages-intérêts ne saurait être radiée tant et aussi longtemps que l'intimé n'aura pas épuisé les recours des art. 18 et 18.1(2), et, s'il devait réussir, l'intimé pourrait alors poursuivre son action en dommages-intérêts — Il est prématuré de soulever à la question relative à la prescription prévue à l'art. 269 de la Loi sur la défense nationale — Appel accueilli en partie.

This was an appeal of an order by a Judge of the Federal Court dismissing the appellant's appeal of an order by a Prothonotary, which, in turn, dismissed the appellant's motion to strike the respondent's action. The respondent brought an action pursuant to *Federal Courts Act*, section 17 three years after retiring from the Canadian Forces in accordance with the mandatory retirement age provisions in article 15.17 of the *Queen's Regulations and Orders for the Canadian Forces* (1994 Revision) (QROCF). In his action, the respondent asked that the articles of the QROCF prescribing the mandatory retirement age, paragraph 15(1)(b) of the *Canadian Human Rights Act* (CHRA), under which the QROCF were adopted, as well as paragraph 15(1)(c) of the CHRA, be declared

Il s'agit d'un appel d'une ordonnance par laquelle un juge de la Cour fédérale a rejeté l'appel interjeté par l'appelante contre une ordonnance d'un protonotaire portant rejet de la requête présentée par l'appelante en vue d'obtenir la radiation de l'action de l'intimé. L'intimé a déposé une action fondée sur l'article 17 de la *Loi sur les Cours fédérales* trois ans après avoir pris sa retraite des Forces canadiennes suite à l'application des dispositions sur l'âge obligatoire de la retraite prévues à l'article 15.17 des *Ordonnances et règlements royaux applicables aux Forces canadiennes* (Révision de 1994) (les ORRFC). Dans son action, l'intimé demandait que les articles des ORRFC prescrivant l'âge de la retraite obligatoire, l'alinéa 15(1)b) de la *Loi canadienne sur les droits*

inoperative because they are inconsistent with sections 3 and 7 of the CHRA and the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. The respondent was seeking reinstatement in the Canadian Forces as well as damages. The appellant claimed that the respondent's action was barred under section 269 of the *National Defence Act*, and, in the alternative, requested that any relief in the nature of a judicial review be struck.

The issues were: (1) whether the respondent could proceed by action or whether he should have proceeded by way of judicial review; and (2) if he could proceed by action, whether the action was barred by the six-month limitation period provided by section 269 of the *National Defence Act*.

Held, the appeal should be allowed in part.

The invalidity of the decision bearing on the respondent's retirement was at the heart of his claim and the relief sought depended on this alleged invalidity. Because this decision was made by a "federal board, commission or other tribunal" within the meaning of section 18 and subsection 2(1) of the *Federal Courts Act* (Act), the only way to have the respondent's retirement declared illegal was by challenging the decision by judicial review (subsection 18(3)). The respondent could not proceed by way of an action pursuant to subsection 17(1) of the Act since subsection 18(3) of the Act provides exclusively for relief by way of judicial review when impugning a decision by a "federal board, commission or other tribunal". Therefore, the appellant's motion to strike was allowed in part since the action brought by the respondent had no chance of succeeding. The respondent could, however, bring an application for extension of time to file an application for judicial review.

With regard to the claim for monetary compensation for loss of salary, section 17 of the Act was the appropriate remedy since relief of this kind cannot be the subject of an application for judicial review. This form of relief should not be struck from the respondent's action until the respondent has exhausted the remedy of subsection 18.1(2) of the Act (application for extension of time to file an application for judicial review), if that was his intention, and then, if leave is given, the remedy of section 18 of the Act (application for judicial review). Should the respondent succeed in these two proceedings, he could then pursue the action in damages that he had already brought.

In light of the findings on the first issue, it would have been premature, at this stage, to resolve the issue of the six-month limitation period provided by section 269 of the *National*

de la personne (la LCDP) sous l'empire duquel les ORRFC sont adoptés ainsi que l'alinéa 15(1)c) de la LCDP, soient déclarés inopérants parce qu'incompatibles avec les articles 3 et 7 de la LCDP et avec la *Charte canadienne des droits et libertés*. L'intimé réclamait sa réintégration auprès des Forces canadiennes ainsi que des dommages-intérêts. L'appelante soutenait pour sa part que l'action de l'intimé était prescrite en vertu de l'article 269 de la *Loi sur la défense nationale* et demandait subsidiairement que les conclusions de la nature d'un contrôle judiciaire soient radiées.

Les questions en litige sont les suivantes: 1) l'intimé pouvait-il procéder par action ou devait-il procéder par voie de contrôle judiciaire?; et 2) dans le cas où l'intimé pouvait procéder par action, celle-ci était-elle prescrite compte tenu de la prescription de six mois prévue à l'article 269 de la *Loi sur la défense nationale*?

Arrêt: l'appel doit être accueilli en partie.

La nullité de la décision qui a porté sur la mise à la retraite de l'intimé est au cœur de sa demande et les conclusions recherchées sont fonction de cette nullité alléguée. Comme cette décision avait été rendue par un «office fédéral» au sens de l'article 18 et du paragraphe 2(1) de la *Loi sur les Cours fédérales* (la Loi), la seule façon de faire déclarer illégale la mise à la retraite de l'intimé consistait à attaquer la décision par voie de contrôle judiciaire (paragraphe 18(3)). L'intimé ne peut procéder par voie d'action fondée sur le paragraphe 17(1) de la Loi puisque le paragraphe 18(3) de la Loi consacre l'exclusivité du recours par voie de contrôle judiciaire lorsqu'une décision d'un «office fédéral» est attaquée. La requête en radiation de l'appelante est donc accueillie en partie puisque l'action intentée par l'intimé n'a aucune chance de réussir. L'intimé peut toutefois présenter une demande de prorogation du délai fixé pour le dépôt d'une demande de contrôle judiciaire.

L'article 17 de la Loi constitue le recours approprié pour obtenir une compensation monétaire pour perte de salaire puisqu'une telle conclusion ne peut faire l'objet d'une demande de contrôle judiciaire. Cette conclusion ne saurait être radiée de l'action de l'intimé tant et aussi longtemps que l'intimé n'aura pas épuisé, si tel est son intention, le recours du paragraphe 18.1(2) de la Loi (la demande de prorogation du délai fixé pour le dépôt d'une demande de contrôle judiciaire), et ensuite celui de l'article 18 de la Loi (la demande de contrôle judiciaire), s'il y est autorisé. S'il devait réussir dans ces deux procédures, l'intimé pourrait alors poursuivre l'action en dommages-intérêts qu'il a déjà intentée.

Vu les conclusions tirées sur la première question, il serait prématuré, à ce stade, de répondre à la question relative à la prescription de six mois prévue à l'article 269 de la *Loi sur la*

Defence Act. This issue may be raised by the appellant in subsequent proceedings, if they take place.

défense nationale. Cette question pourra être soulevée par l'appelante dans les procédures ultérieures, si elles ont lieu.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

Canadian Charter of Rights and Freedoms, being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44].

Canadian Human Rights Act, R.S.C., 1985, c. H-6, ss. 3 (as am. by S.C. 1996, c. 14, s. 2), 7, 15(1) (as am. by S.C. 1998, c. 9, s. 10).

Civil Code of Québec, S.Q. 1991, c. 64.

Crown Liability and Proceedings Act, R.S.C., 1985, c. C-50, ss. 1 (as am. by S.C. 1990, ch. 8, s. 21), 32 (as am. *idem*, s. 31).

Federal Court Act, R.S.C. 1970 (2nd Supp.), c. 10, ss. 2 “federal board, commission or other tribunal”, 18.

Federal Courts Act, R.S.C., 1985, c. F-7, ss. 1 (as am. by S.C. 2002, c. 8, s. 14), 2(1) “federal board, commission or other tribunal” (as am. *idem*, s. 15), “relief”, 17 (as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 3; 2002, c. 8, s. 25), 18 (as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 4; 2002, c. 8, s. 26), 18.1(2) (as enacted by S.C. 1990, c. 8, s. 5; 2002, c. 8, s. 27), (3) (as enacted by S.C. 1990, c. 8, s. 5; 2002, c. 8, s. 27), 18.4(2) (as enacted by S.C. 1990, c. 8, s. 5; 2002, c. 8, s. 28).

Federal Court Rules, 1998, SOR/98-106, r. 221(1)(a).

National Defence Act, R.S.C., 1985, c. N-5, s. 269.

Queen’s Regulations and Orders for the Canadian Forces (1994 Revision), art. 15.17.

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

DISTINGUISHED:

Sweet v. Canada (1999), 249 N.R. 17 (F.C.A.); *Zarzour v. Canada* (2000), 153 C.C.C. (3d) 284; 268 N.R. 235 (F.C.A.).

CONSIDERED:

Minister of National Revenue & Queen (The) v. Creative Shoes Ltd., [1972] F.C. 993; (1972), 29 D.L.R. (3d) 89; 73 DTC 5127 (C.A.).

REFERRED TO:

Odhavji Estate v. Woodhouse, [2003] 3 S.C.R. 263; (2003), 233 D.L.R. (4th) 193; 11 Admin. L.R. (4th) 45; 19

LOIS ET RÈGLEMENTS

Charte canadienne des droits et libertés, qui constitue la partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44].

Code civil du Québec, L.Q. 1991, ch. 64.

Loi canadienne sur les droits de la personne, L.R.C. (1985), ch. H-6, art. 3 (mod. par L.C. 1996, ch. 14, art. 2), 7, 15(1) (mod. par L.C. 1998, ch. 9, art. 10).

Loi sur la Cour fédérale, S.R.C. 1970 (2^e Supp.), ch. 10, art. 2 «office, commission ou autre tribunal fédéral», 18.

Loi sur la défense nationale, L.R.C. (1985), ch. N-5, art. 269.

Loi sur la responsabilité civile de l’État et le contentieux administratif, L.R.C. (1985), ch. C-50, art. 1 (mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 21), 32 (mod., *idem*, art. 31).

Loi sur les Cours fédérales, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 1 (mod. par L.C. 2002, ch. 8, art. 14), 2(1) «office fédéral» (mod., *idem*, art. 15), «réparation», 17 (mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 3; 2002, ch. 8, art. 25), 18 (mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 4; 2002, ch. 8, art. 26), 18.1(2) (édicte par L.C. 1990, ch. 8, art. 5; 2002, ch. 8, art. 27), (3) (édicte par L.C. 1990, ch. 8, art. 5; 2002, ch. 8, art. 27), 18.4(2) (édicte par L.C. 1990, ch. 8, art. 5; 2002, ch. 8, art. 28).

Ordonnances et règlements royaux applicables aux Forces canadiennes (Révision de 1994), art. 15.17.

Règles de la Cour fédérale (1998), DORS/98-106, règle 221(1)a).

JURISPRUDENCE

DISTINCTION FAITE D’AVEC:

Sweet v. Canada (1999), 249 N.R. 17 (C.A.F.); *Zarzour c. Canada* (2000), 153 C.C.C. (3d) 284; 268 N.R. 235 (C.A.F.).

DÉCISION EXAMINÉE:

Ministre du Revenu national et la Reine (Le) c. Creative Shoes Ltd., [1972] C.F. 993; (1972), 29 D.L.R. (3d) 89; 73 DTC 5127 (C.A.).

DÉCISIONS CITÉES:

Succession Odhavji c. Woodhouse, [2003] 3 R.C.S. 263; (2003), 233 D.L.R. (4th) 193; 11 Admin. L.R. (4th) 45; 19

C.C.L.T. (3d) 163; 312 N.R. 305; 180 O.A.C. 201; *Attorney General of Canada v. Inuit Tapirisat of Canada et al.*, [1980] 2 S.C.R. 735; (1980), 115 D.L.R. (3d) 1; 33 N.R. 304; *Merck & Co. v. Apotex Inc.* (2003), 30 C.P.R. (4th) 40; 315 N.R. 175 (F.C.A.); *Z.I. Pompey Industrie v. ECU-Line N.V.*, [2003] 1 S.C.R. 450; (2003), 224 D.L.R. (4th) 577; 30 C.P.C. (5th) 1; *Three Rivers Boatman Limited v. Conseil Canadien des Relations Ouvrières et al.*, [1969] S.C.R. 607; (1969), 12 D.L.R. (3d) 710; *De-Nobile v. Canada (Attorney General)*, [1999] F.C.J. No. 1727 (T.D.) (QL).

C.C.L.T. (3d) 163; 312 N.R. 305; 180 O.A.C. 201; *Procureur général du Canada c. Inuit Tapirisat of Canada et autre*, [1980] 2 R.C.S. 735; (1980), 115 D.L.R. (3d) 1; 33 N.R. 304; *Merck & Co. c. Apotex Inc.* (2003), 30 C.P.R. (4th) 40; 315 N.R. 175 (C.A.F.); *Z.I. Pompey Industrie c. ECU-Line N.V.*, [2003] 1 R.C.S. 450; (2003), 224 D.L.R. (4th) 577; 30 C.P.C. (5th) 1; *Three Rivers Boatman Limited v. Conseil Canadien des Relations Ouvrières et al.*, [1969] R.C.S. 607; (1969), 12 D.L.R. (3d) 710; *De-Nobile c. Canada (Procureur général)*, [1999] A.C.F. n° 1727 (1^{re} inst.) (QL).

AUTHORS CITED

Brown, D. and J. M. Evans. *Judicial Review of Administrative Action in Canada*. Toronto: Canvasback Publishing, 1998.
Mullan, David J. *Administrative Law*, 3rd ed. Toronto: Carswell, 1996.
Sgayias, David *et al. Federal Court Practice 2004*. Toronto: Carswell, 2003.

DOCTRINE

Brown, D. and J. M. Evans. *Judicial Review of Administrative Action in Canada*. Toronto: Canvasback Publishing, 1998.
Mullan, David J. *Administrative Law*, 3rd ed. Toronto: Carswell, 1996.
Sgayias, David *et al. Federal Court Practice 2004*. Toronto: Carswell, 2003.

APPEAL of an order of the Federal Court (*Tremblay v. Canada* (2003), 240 F.T.R. 308 (F.C.T.D.)) dismissing the appellant's appeal of an order by a prothonotary (*Tremblay v. Canada*, 2002 FCT 1072; [2002] F.C.J. No. 1522 (T.D.) (QL)), which, in turn, dismissed the appellant's motion to strike the respondent's action. Appeal allowed in part.

APPEL d'une ordonnance par laquelle la Cour fédérale (*Tremblay c. Canada* (2003), 240 F.T.R. 308 (C.F. 1^{re} inst.)) a rejeté l'appel interjeté par l'appelante contre une ordonnance d'un protonotaire (*Tremblay c. Canada*, 2002 CFPI 1072; [2002] A.C.F. n° 1522 (1^{re} inst.) (QL)) portant rejet de la requête de l'appelante en vue d'obtenir la radiation de l'action de l'intimé. Appel accueilli en partie.

APPEARANCES:

Chantal Sauriol for appellant.
Alain Tremblay for respondent.

ONT COMPARU:

Chantal Sauriol pour l'appelante.
Alain Tremblay pour l'intimé.

SOLICITORS OF RECORD:

Deputy Attorney General of Canada for appellant.
Ouellet, Nadon & Associés, Montréal, for respondent.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER:

Le sous-procureur général du Canada pour l'appelante.
Ouellet, Nadon & Associés, Montréal, pour l'intimé.

The following is the English version of the reasons for judgment rendered by

Voici les motifs du jugement rendu en français par

[1] DESJARDINS J.A.: This is an appeal involving the remedies provided by sections 17 [as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 3; 2002, c. 8, s. 25] and 18 [as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 4; 2002, c. 8, s. 26] of the *Federal Courts Act*,

[1] LE JUGE DESJARDINS, J.C.A.: Cet appel met en relief les recours prévus aux articles 17 [mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 3; 2002, ch. 8, art. 25] et 18 [mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 4; 2002, ch. 8, art. 26] de la *Loi sur*

R.S.C., 1985, c. F-7 [s. 1 (as am. by S.C. 2002, c. 8, s. 14)] (the Act). The issue in this case is whether the respondent could proceed by way of action under section 17 of the Act or whether the only remedy available to him was a judicial review procedure.

[2] The respondent was a member of the Canadian Forces from January 1, 1962 to October 9, 1969, then from September 26, 1991 to March 31, 1999. He retired after that date in accordance with the mandatory retirement age provisions in article 15.17 of the *Queen's Regulations and Orders for the Canadian Forces* (1994 Revision) (QROCF). The record does not indicate how the retirement came about, but it is undisputed that it was an act by a "federal board, commission or other tribunal" [as am. by S.C. 2002, c. 8, s. 15] within the meaning of subsection 2(1) of the Act.

[3] Almost three years later, on March 28, 2002, the respondent filed an action asking that the articles of the QROCF prescribing the mandatory retirement age, paragraph 15(1)(b) [as am. by S.C. 1998, c. 9, s. 10] of the *Canadian Human Rights Act* [R.S.C., 1985, c. H-6]—under which the QROCF were adopted—as well as paragraph 15(1)(c) [as am. by S.C. 1998, c. 9, s. 10] of the *Canadian Human Rights Act*, be declared inoperative because they are inconsistent with sections 3 [as am. by S.C. 1996, c. 14, s. 2] and 7 of the *Canadian Human Rights Act* and the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* [being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44]] (the Charter). The respondent was seeking reinstatement in the Canadian Forces as well as damages.

[4] In a motion to strike, the appellant claimed that the respondent's action was barred under section 269 of the *National Defence Act*, R.S.C., 1985, c. N-5. She requested, in the alternative, that any relief in the nature of a judicial review be struck.

[5] Before us, the appellant is appealing an order by a Judge of the Federal Court [at that time the Trial

les Cours fédérales L.R.C. (1985), ch. F-7 [art. 1 (mod. par L.C. 2002, ch. 8, art. 14)] (la Loi). La question en l'espèce consiste à déterminer si l'intimé pouvait procéder par voie d'action selon l'article 17 de la Loi ou si le seul recours qui lui était ouvert était celui d'une procédure en contrôle judiciaire.

[2] L'intimé a été membre des Forces canadiennes du 1^{er} janvier 1962 au 9 octobre 1969, puis du 26 septembre 1991 au 31 mars 1999. Il a pris sa retraite à cette date suite à l'application des dispositions sur l'âge obligatoire de la retraite prévues à l'article 15.17 des *Ordonnances et règlements royaux applicables aux Forces canadiennes* (Révision de 1994) (ORRFC). Le dossier n'indique pas sous quelle forme la mise à la retraite s'est effectuée. Il n'est cependant pas contesté qu'il s'agissait d'un acte d'un «office fédéral» au sens du paragraphe 2(1) [mod. par L.C. 2002, ch. 8, art. 15] de la Loi.

[3] Un peu moins de trois ans plus tard, soit le 28 mars 2002, l'intimé déposait une action dans laquelle il demandait que les articles des ORRFC prescrivant l'âge de la retraite obligatoire, l'alinéa 15(1)(b) [mod. par L.C. 1998, ch. 9, art. 10] de la *Loi canadienne sur les droits de la personne* [L.R.C. (1985), ch. H-6] sous l'empire duquel les ORRFC sont adoptés ainsi que l'alinéa 15(1)(c) [mod. par L.C. 1998, ch. 9, art. 10] de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*, soient déclarés inopérants parce qu'incompatibles avec les articles 3 [mod. par L.C. 1996, ch. 14, art. 2] et 7 de la *Loi canadienne sur les droits de la personne* et avec la *Charte canadienne des droits et libertés* [qui constitue la partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44]] (la Charte). L'intimé réclamait sa réintégration auprès des Forces canadiennes ainsi que des dommages-intérêts.

[4] Dans une requête en radiation, l'appelante a soutenu que l'action de l'intimé est prescrite en vertu de l'article 269 de la *Loi sur la défense nationale*, L.R.C. (1985), ch. N-5. Elle demandait subsidiairement que les conclusions de la nature d'un contrôle judiciaire soient radiées.

[5] Devant nous, l'appelante s'en prend à une ordonnance rendue par un juge de la Cour fédérale [à

Division] (reported at (2003), 240 F.T.R. 308, later amended on October 24, 2003), dismissing her appeal from an order by a prothonotary [2002 FCT 1072; [2002] F.C.J. No. 1522 (QL)], which, in turn, had dismissed her motion to strike the respondent's action.

1. THE APPLICABLE TEST

[6] The parties acknowledge that a motion to strike cannot be allowed unless it is "plain and obvious" that the statement of claim discloses no reasonable cause of action (paragraph 221(1)(a) of the *Federal Court Rules, 1998* [SOR/98-106]; *Odhavji Estate v. Woodhouse*, [2003] 3 S.C.R. 263, at paragraph 15; *Attorney General of Canada v. Inuit Tapirisat of Canada et al.*, [1980] 2 S.C.R. 735, at page 740).

[7] They also recognize that the first Judge could not interfere with the Prothonotary's discretionary decision unless he determined that the exercise of discretion by the Prothonotary was based upon a wrong principle or upon a misapprehension of the facts (*Merck & Co. v. Apotex Inc.* (2003), 30 C.P.R. (4th) 40 (F.C.A.), paragraphs 19 and 20; *Z.I. Pompey Industrie v. ECU-Line N.V.*, [2003] 1 S.C.R. 450).

2. ISSUES

[8] In our opinion, it would be useful to reformulate the two issues raised in this appeal to read as follows:

(1) Could the respondent proceed by action or should he have proceeded by way of judicial review?

(2) In the event that the respondent could proceed by action, is the action barred considering the brief six-month limitation period provided by section 269 of the *National Defence Act*?

3. ANALYSIS

(1) Could the respondent proceed by action or should he have proceeded by way of judicial review?

[9] Section 18 of the Act deals with discretionary remedies which formerly fell under prerogative writs, to

l'époque la Section de première instance] (rapportée à (2003), 240 F.T.R. 308, amendée par la suite le 24 octobre 2003), rejetant son appel d'une ordonnance du protonotaire [2002 CFPI 1072; [2002] A.C.F. n° 1522 (QL)], lequel avait rejeté à son tour sa requête en radiation de l'action de l'intimé.

1. LE TEST APPLICABLE

[6] Les parties reconnaissent qu'une requête en radiation ne peut être accordée que s'il est «évident et manifeste» que la déclaration ne révèle aucune cause d'action valable (alinéa 221(1)a) des *Règles de la Cour fédérale (1998)* [DORS/98-106]; *Succession Odhavji c. Woodhouse*, [2003] 3 R.C.S. 263, au paragraphe 15; *Procureur général du Canada c. Inuit Tapirisat of Canada et autre*, [1980] 2 R.C.S. 735, à la page 740).

[7] Elles reconnaissent également que le premier juge ne pouvait intervenir dans la décision discrétionnaire du protonotaire que s'il en arrivait à la conclusion que le protonotaire avait exercé son pouvoir discrétionnaire en vertu d'un mauvais principe ou d'une mauvaise appréciation des faits (*Merck & Co. c. Apotex Inc.* (2003), 30 C.P.R. (4th) 40 (C.A.F.), paragraphes 19 et 20; *Z.I. Pompey Industrie c. ECU-Line N.V.*, [2003] 1 R.C.S. 450).

2. QUESTIONS EN LITIGE

[8] Il nous apparaît utile d'inverser les deux questions que soulève cet appel en les formulant ainsi:

1) l'intimé pouvait-il procéder par action ou devait-il procéder par voie de contrôle judiciaire?

2) dans le cas où l'intimé pouvait procéder par action, celle-ci est-elle prescrite compte tenu de la courte prescription de six mois prévue à l'article 269 de la *Loi sur la défense nationale*?

3. ANALYSE

1) l'intimé pouvait-il procéder par action ou devait-il procéder par voie de contrôle judiciaire?

[9] L'article 18 de la Loi traite des recours discrétionnaires qui relevaient autrefois des brefs de

which were added injunctions and declarations, having their roots in equity. These remedies are said to be “extraordinary” because they are generally not allowed if other remedies are also available (D. Brown and J. M. Evans, *Judicial Review of Administrative Action in Canada*. (Toronto: Canvasback Publishing, 1998).

[10] Section 18 confers exclusive original jurisdiction on the Federal Court on exercise judicial review remedies against any federal board, commission or other tribunal. It is the cornerstone of the Act, which was adopted in 1971 [R.S.C. 1970 (2nd Supp.), c. 10] after the Supreme Court of Canada’s decision in *Three Rivers Boatman Limited v. Conseil Canadien des Relations Ouvrières et al.*, [1969] S.C.R. 607. The Parliament of Canada thus ensured that federal boards, commissions or other tribunals, whose activities are spread across Canada, would not be subjected to potentially contradictory decisions from one province to the next. Henceforth, they would come under the superintending and reforming power of the Federal Court of Canada.

[11] The definition of a “federal board, commission or other tribunal” in subsection 2(1) of the Act has not always been so broad. It was only after amendments, which came into effect on February 1, 1992 (S.C. 1990, c. 8), that an order made pursuant to a prerogative of the Crown became open to judicial review. Judicial review had once been limited to decisions made under federal Acts. The inclusion of decisions made pursuant to a Crown prerogative obliges us to carefully read the remarks made by Thurlow J. [as he then was], speaking for the Court, in *Minister of National Revenue & Queen (The) v. Creative Shoes Ltd.*, [1972] F.C. 993, at page 999. Thurlow J. correctly stated that, at the time, the words “federal board, commission or other tribunal” did not include the Crown. In so doing, he was relying on section 2 of the Act before the amendments of 1992.

[12] Section 17 of the Act also addresses claims for relief against the Crown or its servants. The word “relief” in subsection 2(1) of the Act is defined to include a declaration. The remedies of section 17 are claimed by way of an action (subsection 17(5) of the Act).

prérogative, auxquels se sont ajoutées l’injonction et la déclaration, lesquelles tiraient leur origine de l’*equity*. Ces recours sont dits «extraordinaires» parce qu’ils ne sont généralement pas accueillis si d’autres recours sont également disponibles (D. Brown et J. M. Evans, *Judicial Review of Administrative Action in Canada*, Toronto: Canvasback Publishing, 1998).

[10] Cet article 18 donne à la Cour fédérale compétence exclusive dans l’exercice des recours en révision judiciaire dirigés à l’encontre de tout office fédéral. Il constitue la pierre angulaire de la Loi, laquelle fut adoptée en 1971 [S.R.C. 1970 (2^e Supp.), ch. 10] suite à la décision de la Cour suprême du Canada dans *Three Rivers Boatman Limited v. Conseil Canadien des Relations Ouvrières et al.*, [1969] R.C.S. 607. Le Parlement du Canada s’assurait ainsi que les offices fédéraux, dont les activités s’étendent à travers le Canada, ne soient pas soumis à des décisions, possiblement contradictoires, d’une province à l’autre. Ils relevaient dès lors du pouvoir de surveillance et de contrôle de la Cour fédérale du Canada.

[11] La définition d’un «office fédéral» que l’on retrouve au paragraphe 2(1) de la Loi n’a pas toujours été aussi étendue. Ce n’est que par suite d’amendements, qui ont pris effet le 1^{er} février 1992 (L.C. 1990, ch. 8), qu’une ordonnance prise en vertu d’une prérogative royale donne maintenant ouverture à un contrôle judiciaire. La révision judiciaire était limitée auparavant aux décisions prises en vertu d’une loi fédérale. L’incorporation des décisions prises en vertu d’une prérogative royale nous oblige à lire avec prudence la remarque faite par le juge Thurlow [tel était alors son titre], au nom de la Cour, dans *Ministre du Revenu national et la Reine (Le) c. Creative Shoes Ltd.*, [1972] C.F. 993, à la page 999. Le juge Thurlow avait raison d’affirmer, à l’époque, que les mots «un office, une commission ou un autre tribunal fédéral» ne comprenait pas la Couronne. Ce faisant, il s’appuyait sur l’article 2 de la Loi antérieure aux amendements de 1992.

[12] L’article 17 de la Loi traite par ailleurs des recours intentés contre la Couronne ou ses préposés en vue d’obtenir une réparation. Le mot «réparation» au paragraphe 2(1) de la Loi s’entend notamment d’une déclaration. Les recours de l’article 17 s’exercent par voie d’action (paragraphe 17(5) de la Loi).

[13] A declaration of invalidity can be obtained through the application of sections 17 and 18 of the Act. It does not necessarily follow that the respondent had the choice of proceeding with either one or the other of these two sections. In order to determine the appropriate remedy on which he could base his claims, I must examine the relief sought in his statement of claim. The following relief was sought:

[TRANSLATION]

DECLARE that the sections [articles] on mandatory retirement age in the QROCF are inoperative, because they are inconsistent with the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*;

DECLARE paragraph 15(1)(b) of the *Canadian Human Rights Act* inoperative, because it is inconsistent with the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and, accordingly, declare that the sections [articles] on mandatory retirement age in the QROCF are inoperative, because they are inconsistent with sections 3 and 7 of the *Canadian Human Rights Act*;

ORDER the plaintiff's reinstatement at the C-4 level or its equivalent at the date of his reinstatement;

ORDER the payment of \$19,000.00 for each lost year of service, plus pension adjustments, with annualised interest on the revenue base of \$19,000.00 per year;

WITH COSTS.

[14] Obviously, the respondent cannot obtain reinstatement in the Canadian Forces as well as damages for loss of salary unless he first attacks the decision bearing on his retirement on the basis that the legislation underlying the retirement is inoperative under the Charter. The invalidity of this decision is at the heart of his claim and the relief sought depends on this alleged invalidity. The respondent will only be entitled to reinstatement once the decision is declared invalid. Damages can only be claimed once the reinstatement is ordered.

[15] Given the distinct characteristics governing judicial reviews and legal actions, I must analyse separately the relief sought by the respondent pertaining to the invalidity of his retirement and to his reinstatement, and then the relief pertaining to the loss of salary.

[13] Une déclaration de nullité peut s'obtenir par l'application des articles 17 et 18 de la Loi. Il ne s'ensuit pas pour autant que l'intimé avait le choix de procéder suivant l'un ou l'autre de ces deux articles. Afin de déterminer le recours approprié pouvant donner ouverture aux réclamations formulées par celui-ci, il me faut examiner les conclusions mentionnées dans sa déclaration. Celles-ci sont les suivantes:

DÉCLARER que les articles sur l'âge de la retraite obligatoire des OR[R]FC sont inopérants, car incompatibles avec la *Charte canadienne des droits et libertés*;

DÉCLARER inopérant l'article 15(1)(b) de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*, car incompatible avec la *Charte canadienne des droits et libertés* et, en conséquence, déclarer que les articles sur l'âge de la retraite obligatoire des OR[R]FC sont inopérants, car incompatibles avec les articles 3 et 7 de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*;

ORDONNER la réintégration du demandeur au grade C-4 ou son équivalent à la date de sa réintégration.

ORDONNER le paiement de la somme de 19,000.00\$, par année de services perdues, plus les ajustements requis pour la pension, le tout avec intérêt annualisé sur la base de revenus 19,000.00\$ par année;

LE TOUT avec dépens.

[14] De toute évidence, l'intimé ne peut obtenir sa réintégration dans les Forces canadiennes, ainsi que des dommages pour perte de salaire, que s'il attaque d'abord la décision qui a porté sur sa mise à la retraite, et ce, au motif que les textes législatifs qui sous-tendent sa mise à la retraite sont inopérants eu égard à la Charte. La nullité de cette décision est au cœur de sa demande et les conclusions recherchées sont fonction de cette nullité alléguée. Ce n'est que lorsque la décision sera déclarée nulle que l'intimé aura droit à sa réintégration. Ce n'est que lorsque la réintégration sera prononcée que des dommages-intérêts pourront être réclamés.

[15] Vu les caractéristiques distinctes qui régissent le contrôle judiciaire et l'action en justice, il me faut analyser séparément les conclusions de l'intimé qui ont trait à la nullité de sa mise à la retraite et à sa réintégration, et ensuite, celle qui a trait à la perte de salaire.

(a) The invalidity of the respondent's retirement and his claim for reinstatement

[16] The respondent's retirement involved a decision made by a "federal board, commission or other tribunal" within the meaning of section 18 and subsection 2(1) of the Act. Even though the respondent did not file any letter or document relating to his retirement, the procedure followed at the time of this retirement constituted an act or decision by a "person or persons having, exercising or purporting to exercise jurisdiction or powers conferred by or under an Act of Parliament or by or under an order made pursuant to a prerogative of the Crown" (subsection 2(1) of the Act). The only way to have the respondent's retirement declared illegal on the basis that the retirement was taken under legislation or regulations that were inconsistent with the Charter would be to challenge the decision by judicial review (subsection 18(3) of the Act). Section 18 of the Act provides that extraordinary measures cannot be treated and proceeded with as an action, except when the Federal Court considers it appropriate (subsection 18.4(2) [as enacted by S.C. 1990, c. 8, s. 5; 2002, c. 8, s. 28] of the Act). The Act does not provide that an action may be treated and proceeded with as a judicial review.

[17] In this case, the respondent totally disregarded section 18 *et seq.* of the Act. He brought an action against the Federal Crown pursuant to subsection 17(1) of the Act, which, as stated earlier, confers jurisdiction to the Federal Court in cases in which relief is claimed against the Crown. The respondent relies on the word "relief" in subsection 2(1) of the Act to support him, in that "relief" includes a "declaration". He explains that he brought his action within the three-year period provided by the *Civil Code of Québec* [S.Q. 1991, c. 64], a period that he says is applicable pursuant to section 32 [as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 31] of the *Crown Liability and Proceedings Act*, R.S.C., 1985, c. C-50 [s. 1 (as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 21)].

[18] The respondent cannot, however, proceed by way of an action since subsection 18(3) of the Act provides exclusively for relief by way of judicial review when impugning a decision by a federal board, commission or

a) La nullité de la mise à la retraite de l'intimé et sa demande de réintégration

[16] La mise à la retraite de l'intimé est une décision qui fut prise par un «office fédéral» au sens de l'article 18 et du paragraphe 2(1) de la Loi. Bien que l'intimé n'ait déposé aucune lettre ou document ayant trait à sa mise à la retraite, le processus qui a été suivi lors de cette mise à la retraite constitue l'acte ou la décision d'une «personne ou groupe de personnes, ayant, exerçant ou censé exercer une compétence ou des pouvoirs prévus par une loi fédérale ou par une ordonnance prise en vertu d'une prérogative royale» (paragraphe 2(1) de la Loi). Une demande pour faire déclarer illégale la mise à la retraite de l'intimé parce que celle-ci aurait été prise en vertu de dispositions législatives ou réglementaires incompatibles avec la Charte, ne peut se faire qu'en attaquant cette décision par voie de contrôle judiciaire (paragraphe 18(3) de la Loi). L'article 18 de la Loi prévoit que les recours extraordinaires ne peuvent être instruits, comme s'il s'agissait d'une action, que lorsque la Cour fédérale l'estime indiqué (paragraphe 18.4(2) [édicte par L.C. 1990, ch. 8, art. 5; 2002, ch. 8, art. 28] de la Loi). La Loi ne prévoit pas qu'une action puisse être instruite comme s'il s'agissait d'un contrôle judiciaire.

[17] En l'espèce, l'intimé a ignoré totalement l'article 18 et suivants de la Loi. Il a intenté une action contre la Couronne fédérale selon le paragraphe 17(1) de la Loi, lequel, tel que dit plus haut, donne compétence à la Cour fédérale dans les cas de demande de réparation contre la Couronne. L'intimé invoque à son profit le mot «réparation» du paragraphe 2(1) de la Loi, en ce qu'une «réparation» comprend une «déclaration». Il explique que son action a été prise à l'intérieur du délai de trois ans prévu au *Code civil du Québec* [L.Q. 1991, ch. 64], délai applicable, dit-il, en vertu de l'article 32 [mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 31] de la *Loi sur la responsabilité civile de l'État et le contentieux administratif*, L.R.C. (1985), ch. C-50 [art. 1 (mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 21)].

[18] L'intimé ne peut cependant procéder par voie d'action puisque le paragraphe 18(3) de la Loi consacre l'exclusivité du recours par voie de contrôle judiciaire lorsqu'une décision d'un office fédéral est attaquée.

other tribunal.

[19] The respondent's application for judicial review was also out of time. Applications for judicial review must be made within 30 days after the decision or order was first communicated by the federal board, commission or other tribunal. That is a statutory time limit which exists because of the need to ensure a degree of stability in decisions by the federal administration. Additional time can nevertheless be allowed before or after the end of those 30 days by a judge of the Federal Court (subsection 18.1(2) [as enacted by S.C. 1990, c. 8, s. 5; 2002, c. 8, s. 27] of the Act) in accordance with the usual requirements.

[20] Relying on this Court's decision in *Sweet v. Canada* (1999), 249 N.R. 17 (F.C.A.) (*Sweet*), the respondent claims, at paragraphs 23 and 35 of his memorandum, that if judicial review is an available remedy, then a declaration by way of an action is as well, and that the party can enforce his claims in a unique proceeding when damages are sought, in which case the Court must determine the most efficient procedure.

[21] Our Court's decision in *Sweet, supra*, did not involve the same considerations as those in this case. The inmate in that case had brought an action but he could conceivably have proceeded by way of judicial review because the time limits had not been exceeded in either of the two procedures. It is in this sense that one must understand paragraph 16 of Décaré J.A.'s reasons when he wrote, *inter alia*:

It therefore serves no useful purpose to move to strike pleadings when, at the end of the day, the Court will allow the applicant or plaintiff to file a new, and correct, proceeding.

[22] It is in this context that he stated at paragraph 17:

It seems to me that in a case where many different sorts of relief are claimed, some of which require an action and some of which require judicial review, the proper course is to determine which relief it makes more sense to decide first, then to determine whether the procedure taken is the proper one with respect to that relief and, if not, to allow the party to correct it with appropriate amendments. [Emphasis added.]

[19] L'intimé est par ailleurs hors délai dans la présentation de sa demande de contrôle judiciaire. Les demandes de contrôle judiciaire doivent être présentées dans les 30 jours qui suivent la première communication, par l'office fédéral, de sa décision ou de son ordonnance. Il s'agit là d'un délai statutaire qui s'explique par la nécessité d'assurer une certaine stabilité dans les décisions de l'administration fédérale. Un délai supplémentaire peut toutefois être accordé par un juge de la Cour fédérale, avant ou après l'expiration de ces 30 jours (paragraphe 18.1(2) [édicte par L.C. 1990, ch. 8, art. 5; 2002, ch. 8, art. 27] de la Loi) selon les critères usuels.

[20] L'intimé se fonde sur l'arrêt de cette Cour dans *Sweet c. Canada* (1999), 249 N.R. 17 (C.A.F.) (*Sweet*), pour affirmer, aux paragraphes 23 et 35 de son mémoire, que si le contrôle judiciaire est un remède possible, la déclaration par voie d'action l'est également, et que lorsque des dommages sont réclamés, la partie concernée peut faire valoir ses demandes dans un recours unique auquel cas il appartient à la Cour de choisir la procédure la plus efficace.

[21] La décision de notre Cour dans *Sweet*, précitée, n'entraînait pas les mêmes considérations que celles en l'espèce. Le détenu, dans cette affaire, avait pris action mais il aurait pu vraisemblablement agir par voie de contrôle judiciaire parce que les délais n'étaient écoulés ni dans l'un ni dans l'autre des deux cas. C'est en ce sens qu'il faut comprendre le paragraphe 16 des motifs du juge Décaré, J.C.A., lorsqu'il écrit notamment:

Il est alors tout à fait inutile de demander la radiation d'actes de procédure quand, en bout de ligne, la Cour permettra au demandeur ou au défendeur de déposer un nouvel acte de procédure en bonne et due forme.

[22] C'est dans ce contexte qu'il énonce au paragraphe 17:

Il me semble que dans une affaire où l'on recherche plusieurs réparations différentes, les unes nécessitant une action, les autres un contrôle judiciaire, la marche à suivre est de déterminer quelle est la réparation qui, logiquement, est à envisager en premier lieu, ensuite de déterminer si la procédure entreprise est celle indiquée au vu de la réparation et, sinon, de permettre à la partie de la corriger en y apportant les modifications appropriées. [Non souligné dans l'original.]

In the interest of the proper functioning of the legal system, our Court meant to allow an individual to proceed with the corrections necessary to the proceeding brought rather than being confronted with a motion to strike. It does not follow that the Court intended to allow a proceeding which essentially falls under judicial review procedure to be disguised as an action in order to circumvent the remedy being unavailable because it is out of time.

[23] *Zarzour v. Canada*, (2000), 153 C.C.C. (3d) 284 (F.C.A.), cited by both parties, also dealt with a different issue. In that matter, the inmate tried to have two letters from his ex-wife removed from his records held by the National Parole Board and the Correctional Service of Canada. These letters, he said, caused him prejudice with these two organizations. He brought an action (*Zarzour*, paragraph 13), in which he claimed that his Charter rights had been violated and that he was entitled to the compensation and damages he was claiming. The National Parole Board, for its part, had made a decision authorizing him to take unescorted leave under certain conditions. Some were related to his polymorphous criminality. Another prohibited him from directly or indirectly contacting his ex-wife.

[24] Létourneau J.A. summarized the procedural issue raised at first instance in paragraph 46 of his reasons:

Could the respondent proceed by an action in damages as he did, citing the unlawfulness of the Board's decisions? Or should he instead have filed an application for judicial review under section 18.1 of the *Federal Court Act*, to attack these decisions within the allotted time? [Emphasis added.]

[25] Létourneau J.A. stated the following at paragraphs 48 and 49 of his reasons:

It is necessary, I think, to adopt an utilitarian approach to this, and favour the proceeding that can be used to eliminate or repair the harm resulting from the decision that was rendered. For example, there is no use in requiring that an inmate who has already served his 15-day segregation period seek to have the decision that forced this on him set aside by way of judicial

Dans l'intérêt d'un bon fonctionnement du système judiciaire, notre Cour visait à permettre à un individu de procéder aux corrections nécessaires à l'acte de procédure introduit plutôt que de se voir opposer une radiation. Il ne s'ensuit pas que la Cour entendait permettre que l'on puisse déguiser en action une procédure relevant essentiellement du contrôle judiciaire, de manière à contourner la non disponibilité de ce recours pour cause de délai.

[23] L'affaire *Zarzour c. Canada* (2000), 153 C.C.C. (3d) 284 (C.A.F.) citée par les deux parties, traite également d'une question différente. Dans cette affaire, le détenu tentait de faire extirper deux lettres de son ex-épouse de ses dossiers que détenaient la Commission nationale des libérations conditionnelles et le Service correctionnel du Canada. Ces lettres, disait-il, lui causaient préjudice auprès de ces deux organismes. Il déposa une déclaration (*Zarzour*, paragraphe 13) dans laquelle il affirmait que ses droits en vertu de la Charte avaient été violés et qu'il avait droit à la réparation et aux dommages qu'il réclamait. La Commission nationale des libérations conditionnelles avait pour sa part rendu une décision l'autorisant à sortir sans escorte sous certaines conditions. Certaines étaient reliées à sa criminalité polymorphe. Une autre l'interdisait à entrer directement ou indirectement en contact avec son ex-épouse.

[24] Le juge Létourneau, J.C.A., résuma au paragraphe 46 de ses motifs la question d'ordre procédural soulevée en première instance:

L'intimé pouvait-il procéder par action en dommages comme il l'a fait et invoquer l'illégalité des décisions de la Commission? Ou devait-il plutôt présenter une demande de contrôle judiciaire sous l'article 18.1 de la *Loi sur la Cour fédérale* pour attaquer ces décisions dans le délai imparti? [Non souligné dans l'original.]

[25] Le juge Létourneau, J.C.A., déclara ce qui suit aux paragraphes 48 et 49 de ses motifs:

Il faut en la matière, je crois, prendre une approche utilitaire et privilégier la procédure qui permet d'éliminer ou de réparer le préjudice découlant de la décision rendue. Il est inutile, par exemple, d'exiger d'un détenu qui a déjà purgé sa période d'isolement de 15 jours qu'il demande par voie de contrôle judiciaire l'annulation de la décision qui l'y a contraint. Par

review. However, when a decision is still operative, as is the Board decision in this case imposing a prohibition on contact as a condition of release, it is not only useful but necessary to proceed by judicial review in order to have it quashed. Otherwise, both the decision and its effects will drag on, with possible aggravation of the harm during the period in which the action in damages follows its course.

It was this pragmatic approach that was rightly adopted by Prothonotary Hargrave in *Shaw v. Canada* (1997), 134 F.T.R. 128. At paragraph 23 of his decision, he writes:

I do not see that a plaintiff must, in all circumstances, first bring an application for judicial review and only then, if successful, bring an action for damages. All the more so when a declaration would serve no current purpose. Further, this is not a situation in which the procedures the plaintiff employs are alternatives leading to one end: the remedies are very different. Finally, where there are several approaches or procedures a court should impose the least intrusive remedy capable of providing a cure. In summary, I can see no utility in forcing the plaintiff to try to obtain declaratory relief, concerning something that happened over a year ago, in order to then begin a second piece of litigation by which to claim damages.

Unfortunately, there is no magic formula applicable to all situations to which there is more than one remedy. Each case is *sui generis*, and must be assessed on its merits in order to determine the appropriate procedure.

[26] Quoting Prothonotary Hargrave, Létourneau J.A. recognized that there could be cases when judicial review proceedings would be of no use. He also recognized that there could be cases where the time limit in subsection 18.1(2) has been respected (see the phrasing of the issue before him). Neither of these two situations are applicable in this case.

[27] The respondent cannot opt between two procedures. To be reinstated, he must necessarily proceed by judicial review. He can only be reinstated if he has the decision regarding his retirement invalidated.

(b) The loss of salary

[28] The respondent is claiming monetary compensation for his loss of salary. Damages cannot be

contre, lorsqu'une décision est toujours opérante, comme en l'espèce celle de la Commission imposant comme condition de libération une interdiction de contact, il est non seulement utile, mais nécessaire, de procéder par contrôle judiciaire pour la faire annuler. Sinon, tant la décision que ses effets perdurent et il y a même aggravation du préjudice pendant la période où l'action en dommages suit son cours.

C'est, à bon droit, cette approche pragmatique que le Protonotaire Hargrave a adoptée dans l'affaire *Shaw c. Canada* (1997), 134 F.T.R. 128. Au paragraphe 23 de sa décision, il écrit:

Je ne pense pas qu'un demandeur soit obligé, dans tous les cas, d'introduire en premier lieu une demande de contrôle judiciaire et ensuite, si la Cour y fait droit, une action en dommages-intérêts. Et ce d'autant plus qu'un jugement déclaratoire ne sert à rien. Qui plus est, il ne s'agit pas en l'espèce d'un cas où le demandeur engage des procédures alternatives tendant au même résultat: les réparations demandées sont très différentes. Enfin, lorsqu'il y a plusieurs approches ou procédures, la cour doit imposer le remède le moins draconien qui puisse assurer la réparation. Bref, il ne sert à rien d'obliger le demandeur à agir en jugement déclaratoire au sujet de quelque chose qui s'est produit il y a plus d'un an, afin d'engager ensuite une autre procédure pour réclamer des dommages-intérêts.

Malheureusement, il n'existe pas de formule magique applicable aux situations où une multiplicité de recours existe. Chaque cas en est un d'espèce et doit être évalué à son mérite pour déterminer la procédure appropriée.

[26] En citant le protonotaire Hargrave, le juge Létourneau, J.C.A., reconnaissait qu'il puisse y avoir des cas où un recours en contrôle judiciaire ne puisse être d'aucune utilité. Il reconnaissait également qu'il puisse y avoir des cas où le délai du paragraphe 18.1(2) soit respecté (voir la formulation de la question en litige devant lui). Ni l'une ni l'autre de ces deux situations ne se retrouve en l'espèce.

[27] L'intimé ne peut choisir entre deux procédures. Pour obtenir sa réintégration, il lui faut nécessairement agir par voie de contrôle judiciaire. Ce n'est que s'il obtient la nullité de la décision ayant trait à sa mise à la retraite qu'il peut obtenir sa réintégration.

b) La perte de salaire

[28] L'intimé réclame une compensation monétaire pour perte de salaire. La demande de contrôle judiciaire

claimed in an application for judicial review because they are not contemplated by subsection 18.1(3) [as enacted by S.C. 1990, c. 8, s. 5; 2002, c. 8, s. 27] of the Act (*De-Nobile v. Canada (Attorney General)*, [1999] F.C.J. No. 1727 (T.D.) (QL)). The damages can only be claimed through an action, and only after the decision of the federal board, commission or other tribunal has been set aside. Section 17 of the Act is the appropriate remedy in this case. The respondent must, however, establish that the federal board, commission or other tribunal was acting as a “servant or agent of the Crown” for “anything . . . done in the performance of the duties of that person” (subsection 17(5) of the Act; David J. Mullan, *Administrative Law*, 3rd ed. Toronto: Carswell, 1996, § 721, 722). His action must obviously not be time-barred.

[29] This matter illustrates the fine line that exists between a judicial review and a court action. This issue is addressed by Sgayias *et al.* in *Federal Court Practice 2004*, pages 27-28:

A fresh debate has arisen, this time involving section 18 and section 17. At issue is the boundary between an application for judicial review against a federal board and an action against the Crown. The boundary blurs when declaratory relief is involved: that form of relief is available under both section 18 and section 17. However, the boundary is real. Judicial review is obtained by way of application under section 18.1 and is only exceptionally pursued by way of action (section 18.4(2)). Relief against the Crown is obtained by way of an action under section 17, in which claims for declaratory relief may be combined with claims for other relief such as damages.

An application for judicial review must be taken where the relief sought is prerogative, injunctive or declaratory and that relief is sought against the decision or actions of a body or person exercising statutory powers. However, an application for judicial review cannot include a claim for damages: *De-Nobile v. Canada (A.G.)* (October 22, 1999), Doc. T-2238-98 (Fed. T.D.). Nor can it include a claim against the Crown itself: *M.N.R. v. Creative Shoes Ltd.*, [1972] F.C. 993 (C.A.). Such claims must be pursued by action. Declaratory relief can be sought in the action: *Ward v. Samson Cree Nation No. 444* (1999), 247 N.R. 254 (Fed. C.A.). Judicial review cannot be obtained in the action: *Lake Babine Indian Band v.*

ne permet pas de réclamer des dommages-intérêts puisque ceux-ci ne sont pas prévus au paragraphe 18.1(3) [édicte par L.C. 1990, ch. 8, art. 5; 2002, ch. 8, art. 27] de la Loi (*De-Nobile c. Canada (Procureur général)*, [1999] A.C.F. n° 1727 (1^{re} inst.) (QL)). Les dommages-intérêts ne peuvent être réclamés que par action, et seulement après que la décision de l'office fédéral soit annulée. L'article 17 de la Loi est le recours approprié dans ce cas. L'intimé devra cependant établir que l'office fédéral agissait à titre de «préposé ou mandataire de la Couronne pour des faits [. . .] survenus dans le cadre de ses fonctions» (paragraphe 17(5) de la Loi; David J. Mullan, *Administrative Law*, 3^e éd. Toronto: Carswell, 1996, § 721, 722). Son action ne doit évidemment pas être prescrite.

[29] La présente affaire illustre le tracé subtil de la ligne de démarcation qui existe entre le contrôle judiciaire et l'action en justice. Cette question est abordée en ces termes par Sgayias *et al.* dans *Federal Court Practice 2004*, pages 27 et 28:

[TRADUCTION] Un nouveau débat vient d'apparaître et cette fois-ci il concerne les articles 17 et 18. La question qui se pose en l'espèce a trait à la ligne de démarcation qui existe entre une demande de contrôle judiciaire à l'encontre d'un office fédéral et une action en justice contre la Couronne. La ligne de démarcation devient floue lorsqu'il est question de jugement déclaratoire: cette forme de redressement est prévue à l'article 17 et à l'article 18. Toutefois, il existe vraiment une ligne de démarcation. Le contrôle judiciaire est obtenu par voie de demande en vertu de l'article 18.1 et il est exceptionnel qu'il soit demandé par voie d'action (paragraphe 18.4(2)). La réparation contre la couronne est obtenue par voie d'action en vertu de l'article 17, lequel permet que les demandes de jugement déclaratoire soient jointes avec d'autres demandes de réparation comme les demandes en dommages-intérêts.

Une demande de contrôle judiciaire doit être faite lorsque le redressement recherché est de la nature d'un bref de prérogative, d'une injonction ou d'un jugement déclaratoire et qu'il est demandé à l'encontre de la décision ou des actions d'un organe ou d'une personne qui exerce des pouvoirs qui découlent de la loi. Toutefois, une demande de contrôle judiciaire ne peut pas comprendre une réclamation en dommages-intérêts: *De-Nobile c. Canada (P.G.)* (22 octobre 1999), Dossier T-2238-98 (C.F. 1^{re} inst.). Elle ne peut pas non plus comprendre une réclamation contre la couronne elle-même: *M.R.N. c. Creative Shoes Ltd.*, [1972] C.F. 993 (C.A.). De telles réclamations doivent être faites par voie d'action. Un

Williams (1996), 194 N.R. 44 (Fed. C.A.). The result may be a series of proceedings, one seeking judicial review of a decision, another seeking consequential damages: *Sweet v. Canada* (1999), 249 N.R. 17 (Fed. C.A.). The result may also be that the validity of legislation may be challenged by action, but decisions taken under the impugned legislation cannot: *McKay v. Canada (Min. of Fisheries & Oceans)* (1998), 160 F.T.R. 301 (T.D.).

[30] The answer to the first issue, therefore, is this: the respondent could not proceed by way of an action to invalidate the decision on his retirement and reinstatement. If this is decided after an application for judicial review, the respondent can then bring an action for relief if he fulfils the conditions.

(2) In the event that the respondent could proceed by action, is the action barred considering the brief six-month limitation period provided by section 269 of the *National Defence Act*?

[31] In light of my findings on the first issue, it would be premature, at this stage, to resolve the second issue. A finding that the decision on retirement was invalid is dependant upon a motion for extension of time and an application for judicial review, which have not been filed or decided. The issue of limitation period may be raised again by the appellant in subsequent proceedings, if they take place.

4. CONCLUSION

[32] The appellant's motion to strike must therefore be allowed in part since the action brought by the respondent has no chance of succeeding. Assuming that his retirement were found to be inconsistent with the provisions of the Charter, it would be inappropriate to proceed by way of action as a means for the respondent to get reinstated.

[33] A decision by a federal board, commission or other tribunal must be impugned by way of judicial

jugement déclaratoire peut être demandé dans le cadre d'une action: *Ward c. Nation crie de Samson n° 444* (1999), 247 N.R. 254 (C.A.F.). Une demande de contrôle judiciaire ne peut pas être faite dans le cadre d'une action: *Bande indienne Lake Babine c. Williams* (1996), 194 N.R. 44 (C.A.F.). Il peut en résulter une série de procédures, l'une demandant le contrôle judiciaire d'une décision, une autre demandant des dommages-intérêts pour un préjudice indirect: *Sweet c. Canada* (1999), 249 N.R. 17 (C.A.F.). Il peut également en résulter que la validité de la loi puisse être contestée par voie d'action mais pas les décisions prises en vertu de la loi contestée: *McKay c. Canada (Ministre des Pêches et Océans)* (1998), 160 F.T.R. 301 (1^{re} inst).

[30] La réponse à la première question est donc celle-ci: l'intimé ne pouvait procéder par voie d'action pour obtenir l'annulation de la décision portant sur sa mise à la retraite et sa réintégration. Si celle-ci est prononcée suite à une demande de contrôle judiciaire, l'intimé pourra alors prendre une action en réparation s'il en remplit les conditions.

2) dans le cas où l'intimé pouvait procéder par action, celle-ci est-elle prescrite compte tenu de la courte prescription de six mois prévue à l'article 269 de la *Loi sur la défense nationale*?

[31] Vu les conclusions auxquelles j'en arrive sur la première question, il serait prématuré, à ce stade, de répondre à la seconde question. La déclaration de nullité de la décision portant sur la mise à la retraite dépend d'une requête de prorogation de délai et d'une demande de contrôle judiciaire, lesquelles n'ont été ni déposées ni adjugées. La question de la prescription pourra être soulevée à nouveau par l'appelante dans les procédures ultérieures, si elles ont lieu.

4. CONCLUSION

[32] La requête en radiation de l'appelante doit donc être accordée en partie puisque l'action prise par l'intimé n'a aucune chance de réussir. La procédure par voie d'action n'est pas appropriée pour permettre à l'intimé d'obtenir sa réintégration dans l'hypothèse où sa mise à la retraite serait déclarée contraire aux dispositions de la Charte.

[33] Une décision prise par un office fédéral doit être attaquée par voie de contrôle judiciaire. L'intimé est

review. The respondent is, however, out of time to do so. He can nevertheless be relieved of his default if he meets the requirements applicable to an application for extension of time under subsection 18.1(2) of the Act.

[34] A court action is the appropriate proceeding for obtaining monetary compensation, since relief of this kind cannot be the subject of an application for judicial review. The third form of relief in the respondent's action, pertaining to a claim for damages, will therefore not be struck until such time as the respondent has exhausted the remedies of subsection 18.1(2) of the Act—if that is his intention—namely an application for extension of time and then, if leave is given, an application for judicial review, the remedy of section 18 of the Act. If he should succeed in both of these two proceedings, the respondent could then pursue the action in damages that he has already brought. His action in damages should be stayed so that, if possible, he will be able to exercise his right to a monetary claim in a timely manner. However, should the respondent be unsuccessful in his application for an extension of time, or should he succeed but then be unsuccessful in his application for judicial review, he will not be able to pursue his action. The striking out will take effect without further proceedings or formalities if the application for extension of time is dismissed or, should it be allowed, if the application for judicial review is dismissed by final judgment.

[35] I would not award costs in view of the mixed results.

NOËL J.A.: I agree.

NADON J.A.: I agree.

cependant hors délai pour ce faire. Il peut toutefois être relevé de son défaut s'il rencontre les critères applicables à une demande de prorogation de délai selon le paragraphe 18.1(2) de la Loi.

[34] L'action en justice est la procédure appropriée pour obtenir une compensation monétaire puisqu'une telle conclusion ne peut faire l'objet d'une demande de contrôle judiciaire. La troisième conclusion de l'action de l'intimé, ayant trait à une réclamation en dommages-intérêts, ne saurait donc être radiée tant et aussi longtemps que l'intimé n'aura pas épuisé, si tel est son intention, le recours du paragraphe 18.1(2) de la Loi, soit la demande de prorogation de délai, et ensuite celui de l'article 18 de la Loi, soit la demande de contrôle judiciaire, s'il y est autorisé. S'il devait réussir dans ces deux procédures, l'intimé pourrait alors poursuivre l'action en dommages-intérêts qu'il a déjà intentée. Son action en dommages-intérêts devrait donc être suspendue de façon à lui permettre d'exercer, si possible, son droit à une réclamation monétaire en temps utile. Si, par ailleurs, l'intimé échoue dans sa demande de prorogation de délai ou qu'il réussisse mais échoue par la suite dans sa demande de contrôle judiciaire, il ne pourra poursuivre son action. La radiation devrait prendre effet, sans autre procédure ou formalité, lors du rejet de la demande de prorogation de délai ou, si elle est accordée, lors du rejet de la demande de contrôle judiciaire par jugement final.

[35] Je n'accorderais pas de frais vu le succès partagé.

LE JUGE NOËL, J.C.A.: Je suis d'accord.

LE JUGE NADON, J.C.A.: Je suis d'accord.