

Attorney General of Canada *Appellant***Procureur général du Canada** *Appelant*

v.

c.

TeleZone Inc. *Respondent***TeleZone Inc.** *Intimée***INDEXED AS: CANADA (ATTORNEY GENERAL) v.
TELEZONE INC.****RÉPERTORIÉ : CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) c.
TELEZONE INC.****2010 SCC 62****2010 CSC 62**

File No.: 33041.

N° du greffe : 33041.

2010: January 20, 21; 2010: December 23.

2010 : 20, 21 janvier; 2010 : 23 décembre.

Present: Binnie, LeBel, Deschamps, Abella, Charron,
Rothstein and Cromwell JJ.Présents : Les juges Binnie, LeBel, Deschamps, Abella,
Charron, Rothstein et Cromwell.ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
ONTARIO

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE L'ONTARIO

Courts — Jurisdiction — Provincial superior courts — Action brought against federal Crown in Ontario Superior Court of Justice seeking damages for breach of contract, negligence and unjust enrichment arising from decision rejecting application for telecommunications licence — Whether plaintiff entitled to proceed by way of action in Ontario Superior Court of Justice without first proceeding by way of judicial review in Federal Court — Federal Courts Act, R.S.C. 1985, c. F-7, ss. 17, 18; Crown Liability and Proceedings Act, R.S.C. 1985, c. C-50, s. 21.

Tribunaux — Compétence — Cours supérieures provinciales — Action en dommages-intérêts intentée contre la Couronne fédérale devant la Cour supérieure de justice de l'Ontario pour inexécution de contrat, négligence et enrichissement injustifié à la suite du rejet d'une demande de licence de télécommunications — La demanderesse a-t-elle le droit d'intenter une action en Cour supérieure de justice de l'Ontario sans engager d'abord une procédure de contrôle judiciaire devant la Cour fédérale? — Loi sur les Cours fédérales, L.R.C. 1985, ch. F-7, art. 17, 18; Loi sur la responsabilité civile de l'État et le contentieux administratif, L.R.C. 1985, ch. C-50, art. 21.

In 1995, Industry Canada issued a call for personal communication services licence applications, and released the policy statement within which potential service providers could shape their applications. The statement provided that Industry Canada would grant up to six licences on the basis of criteria it set out. T submitted an application, but when Industry Canada announced its decision, there were only four successful applicants and T was not among them. T filed an action against the Federal Crown in the Ontario Superior Court of Justice for breach of contract, negligence and unjust enrichment, and sought compensation for claimed losses of \$250 million. It claimed that it was an express or implied term of the policy statement that Industry Canada would only issue fewer than six licences if fewer than six applications met the criteria. Since its application satisfied all the criteria, it says, Industry Canada must have considered other undisclosed factors

En 1995, Industrie Canada a lancé une invitation à soumettre des demandes de licences de services de communications personnelles et a publié l'énoncé de politique devant servir de cadre aux demandes des fournisseurs potentiels. L'énoncé indiquait qu'Industrie Canada délivrerait jusqu'à six licences en fonction des critères qu'elle avait définis. T a soumis une demande, mais seules quatre demandes ont été retenues par Industrie Canada et celle de T n'en faisait pas partie. T a intenté une action contre la Couronne fédérale devant la Cour supérieure de justice de l'Ontario pour inexécution de contrat, négligence et enrichissement injustifié, réclamant des dommages-intérêts pour les pertes de 250 millions de dollars qu'elle affirme avoir subies. Elle a allégué que l'énoncé de politique comportait la condition expresse ou implicite qu'Industrie Canada délivrerait moins de six licences uniquement si moins de six demandes répondaient aux critères. Puisque, aux dires de T, sa

when it rejected T's application. The Attorney General of Canada, relying on *Canada v. Grenier*, 2005 FCA 348, [2006] 2 F.C.R. 287, challenged the jurisdiction of the Superior Court on the ground that the claim constituted a collateral attack on the decision, which is barred by the grant to the Federal Court, by s. 18 of the *Federal Courts Act*, of exclusive judicial review jurisdiction in relation to decisions of all federal boards, commissions or other tribunals. The Superior Court dismissed the objection on the ground that it was not plain and obvious that the claim would fail. The Court of Appeal upheld the decision, holding that *Grenier* was wrongly decided. In that court's view s. 17 of the *Federal Courts Act* and s. 21 of the *Crown Liability and Proceedings Act* conferred concurrent jurisdiction on the superior courts and the Federal Court for claims against the Crown, and s. 18 of the *Federal Courts Act* did not remove relief by way of an award of damages from the jurisdiction of superior courts.

Held: The appeal should be dismissed.

This appeal is fundamentally about access to justice. People who claim to be injured by government action should have whatever redress the legal system permits through procedures that minimize unnecessary costs and complexity. The Court's approach should be practical and pragmatic with that objective in mind. Acceptance of *Grenier* would tend to undermine the effectiveness of the *Federal Courts Act* reforms of the early 1990s by retaining in the Federal Court exclusive jurisdiction over a key element of many causes of action proceeding in the provincial courts despite Parliament's promise to give plaintiffs a choice of forum and to make provincial superior courts available to litigants "in all cases in which relief is claimed against the [federal] Crown" except as otherwise provided.

Apart from constitutional limitations, none of which are relevant here, Parliament may by statute transfer jurisdiction from the superior courts to other adjudicative bodies including the Federal Court. However, any derogation from the jurisdiction of the provincial superior courts (in favour of the Federal Court or otherwise) requires clear and explicit statutory language. Nothing in the *Federal Courts Act* satisfies this test. The explicit grant to the provincial superior courts of concurrent jurisdiction in claims against the Crown in s. 17 of that Act (as well as s. 21 of the *Crown Liability and Proceedings Act*) directly refutes the Attorney General's argument. The grant of exclusive jurisdiction

demande satisfaisait à tous les critères, Industrie Canada a dû appliquer d'autres facteurs, non communiqués, pour la rejeter. Se fondant sur *Canada c. Grenier*, 2005 CAF 348, [2006] 2 R.C.F. 287, le procureur général du Canada a contesté la compétence de la Cour supérieure de justice au motif que la demande était une contestation indirecte de la décision, ce qui est interdit compte tenu de la compétence exclusive accordée à la Cour fédérale par l'art. 18 de la *Loi sur les Cours fédérales* (« LCF ») en matière de contrôle judiciaire des décisions de tout office fédéral. La Cour supérieure a rejeté cette objection parce que la demande n'était pas manifestement vouée à l'échec. La Cour d'appel a maintenu la décision, estimant que l'arrêt *Grenier* est incorrect. Selon elle, l'art. 17 de la LCF et l'art. 21 de la *Loi sur la responsabilité civile de l'État et le contentieux administratif* confèrent aux cours supérieures et à la Cour fédérale une compétence concurrente à l'égard des demandes de réparation contre la Couronne, et l'art. 18 de la LCF n'a pas soustrait l'action en dommages-intérêts de la compétence des cours supérieures.

Arrêt : Le pourvoi est rejeté.

Le pourvoi porte essentiellement sur l'accès à la justice. Les personnes qui prétendent avoir subi un préjudice attribuable à une mesure administrative doivent pouvoir exercer les recours autorisés par la loi au moyen de procédures réduisant au minimum les frais et complexités inutiles. La Cour doit adopter une approche pratique et pragmatique en gardant cet objectif à l'esprit. Appliquer *Grenier* tendrait à miner l'efficacité des réformes mises en place par la LCF au début des années 1990, en maintenant l'exclusivité juridictionnelle de la Cour fédérale à l'égard d'un élément fondamental de nombreux recours instruits devant les cours provinciales, en dépit de la promesse du législateur de donner au demandeur le choix du tribunal et de permettre aux parties l'accès aux cours supérieures provinciales, « dans les cas de demande de réparation contre la Couronne » fédérale, sauf disposition contraire.

Sous réserve de restrictions constitutionnelles, dont aucune n'est pertinente en l'espèce, le législateur peut transférer un pouvoir appartenant aux cours supérieures à d'autres organismes juridictionnels, comme la Cour fédérale. Cependant, la compétence des cours supérieures provinciales ne peut être amoindrie (en faveur de la Cour fédérale ou d'un autre tribunal) que si une disposition législative claire le prévoit expressément. Aucune disposition de la LCF ne répond à ce critère. L'octroi explicite aux cours supérieures provinciales d'une compétence concurrente en matière de demandes de réparation contre la Couronne, à l'art. 17 de cette loi (et à l'art. 21 de la *Loi sur la responsabilité civile de l'État et le*

to judicially review federal decision makers in s. 18 is best understood as a reservation or subtraction from the more comprehensive grant of concurrent jurisdiction in s. 17 “in all cases in which relief is claimed against the [federal] Crown”. This reservation or subtraction is expressed in s. 18 of the *Federal Courts Act* in terms of particular remedies. All the remedies listed are traditional administrative law remedies and do not include awards of damages. If a claimant seeks compensation, he or she cannot get it on judicial review, but must file an action.

The *Federal Courts Act* contains other internal evidence that Parliament could not have intended judicial review to have the gatekeeper function envisaged by *Grenier*. Section 18.1(2) imposes a 30-day limitation for judicial review applications. A 30-day cut off for a damages claimant would be unrealistic, as the facts necessary to ground a civil cause of action may not emerge until after 30 days have passed, and the claimant may not be in a position to apply for judicial review within the limitation period. While the 30-day limit can be extended, the extension is discretionary and would subordinate the fate of a civil suit brought in a superior court to the discretion of a Federal Court judge ruling upon a request for an extension of time for reasons that have to do with public law concerns, not civil damages. Moreover, the grant of judicial review is itself discretionary and may be denied even if the applicant establishes valid grounds for the court’s intervention. This does not align well with the paradigm of a common law action for damages where, if the elements of the claim are established, compensation ought generally to follow as a matter of course. Further, s. 8 of the *Crown Liability and Proceedings Act*, which codifies the defence of statutory authority, is evidence that Parliament envisaged that the lawfulness of administrative decisions could be assessed by the provincial superior court in the course of adjudicating a claim for damages.

The *Grenier* approach cannot be justified by the rule against collateral attacks. T’s claim is not an attempt to invalidate or render inoperative the Minister’s decision; rather, the decision and the financial losses allegedly consequent to it constitute the very foundation of the damages claim. In any event, given the statutory grant of concurrent jurisdiction in s. 17 of the *Federal Courts*

contentieux administratif) réfute directement l’argument du procureur général. Il faut voir l’attribution de la compétence exclusive en matière de contrôle judiciaire des décisions de l’administration fédérale à l’art. 18 comme une réserve ou une exception à l’attribution d’une compétence concurrente plus générale à l’art. 17 « dans les cas de demande de réparation contre la Couronne » fédérale. Cette réserve ou exception est énoncée à l’art. 18 de la *LCF* sous forme de recours particuliers. Tous les recours énumérés sont des recours classiques du droit administratif, et l’octroi de dommages-intérêts n’en fait pas partie. L’indemnisation n’est pas possible dans le cadre d’une procédure de contrôle judiciaire; mais seulement dans le cadre d’une action.

D’autres éléments intrinsèques de la *LCF* indiquent que le législateur ne peut avoir eu l’intention de faire du contrôle judiciaire une épreuve préliminaire comme le laisse entrevoir l’arrêt *Grenier*. Le paragraphe 18.1(2) fixe un délai de 30 jours pour la présentation d’une demande de contrôle judiciaire. Il ne serait pas réaliste qu’une action en dommages-intérêts se prescrive par 30 jours, vu que les faits nécessaires pour fonder un recours civil peuvent fort bien n’être connus qu’après 30 jours et qu’il se pourrait qu’un demandeur ne soit pas en mesure de déposer sa demande de contrôle judiciaire dans le délai fixé. Il est possible de proroger le délai de 30 jours, mais il s’agit là d’une décision discrétionnaire, et l’issue d’une action civile intentée devant une cour supérieure serait ainsi subordonnée au pouvoir discrétionnaire d’un juge de la Cour fédérale statuant sur une demande de prorogation de délai en fonction de considérations de droit public et non de facteurs propres aux dommages-intérêts de droit civil. En outre, les décisions en matière de contrôle judiciaire sont de nature discrétionnaire, et une demande de contrôle judiciaire peut être rejetée même lorsque le demandeur a établi l’existence de motifs qui justifieraient l’intervention de la cour. Cette approche ne concorde pas avec le paradigme de l’action en dommages-intérêts de la common law, suivant lequel la preuve des éléments de la demande entraîne normalement l’indemnisation. De plus, l’art. 8 de la *Loi sur la responsabilité civile de l’État et le contentieux administratif*, qui codifie la défense de pouvoir d’origine législative, prouve que le législateur prévoyait que la cour supérieure provinciale pourrait se prononcer sur la légalité de décisions administratives dans le cadre d’une action en dommages-intérêts.

La règle interdisant les contestations indirectes ne peut justifier l’approche proposée dans *Grenier*. T ne se sert pas de sa demande pour faire invalider ou déclarer inopérante la décision du ministre; elle fait plutôt de la décision et des pertes pécuniaires qui en auraient résulté les assises mêmes de sa demande de dommages-intérêts. Quoi qu’il en soit, le législateur a spécifié, en attribuant

Act, Parliament has stated that provincial superior courts possess the concurrent necessary jurisdiction to dispose of the whole of a claim and this includes any attack on the validity of the Minister's decision where this issue is essential to the cause of action and where adjudicating the matter is a necessary step in disposing of the claim. While the doctrine of collateral attack may be raised by the Crown in the provincial superior court as a defence, the possible availability of the defence is not an argument against provincial superior court jurisdiction. Similarly, while it may be open to the Crown, by way of defence, to argue that the government decision maker was acting under statutory authority which precludes compensation for consequent losses, this is not a matter of jurisdiction and can be dealt with as well by the provincial superior court as by the Federal Court.

It is true that the provincial superior courts and the Federal Court have a residual discretion to stay a damages claim if, in its essential character, it is a claim for judicial review with only a thin pretence to a private wrong. However, where a plaintiff's pleading alleges the elements of a private cause of action, the provincial superior court should not in general decline jurisdiction on the basis that the claim looks like a case that could be pursued on judicial review. If the plaintiff has pleaded a valid cause of action for damages, he or she should generally be allowed to pursue it.

Here, T's claim as pleaded is dominated by private law considerations. It is not attempting to nullify or set aside the decision to issue licences. Nor does it seek to deprive the decision of any legal effect. T's causes of action in contract, tort and equity are predicated on the finality of that decision excluding it from participation in the telecommunications market. The Ontario Superior Court of Justice has jurisdiction over the parties and the subject matter, and has the power to grant the remedy of damages. There is nothing in the *Federal Courts Act* to prevent the Ontario Superior Court from adjudicating T's claim.

Cases Cited

Overruled: *Canada v. Grenier*, 2005 FCA 348, [2006] 2 F.C.R. 287; **referred to:** *Canada (Attorney General) v. McArthur*, 2010 SCC 63, [2010] 3 S.C.R. 626; *Little Sisters Book and Art Emporium v. Canada (Commissioner of Customs and Revenue)*, 2007 SCC 2, [2007] 1 S.C.R. 38; *The Queen in right of Canada v. Saskatchewan Wheat Pool*, [1983] 1 S.C.R. 205;

une compétence concurrente à l'art. 17 de la *LCF*, que les cours supérieures provinciales disposent de la compétence concurrente voulue pour trancher une demande dans son intégralité, y compris pour décider de la validité d'une décision du ministre, lorsque cette question est un élément essentiel de la cause d'action et qu'il faut la trancher pour statuer sur la demande. La Couronne peut invoquer la doctrine de la contestation indirecte en défense devant la cour supérieure provinciale, mais la possibilité de recourir à ce moyen de défense ne peut étayer la thèse de l'incompétence de la cour supérieure provinciale. De même, bien que la Couronne puisse faire valoir, en défense, que le décideur public exerçait un pouvoir d'origine législative qui exclut l'indemnisation des pertes pouvant en résulter, cette question n'a pas trait à la compétence et peut être tranchée aussi bien par la cour supérieure d'une province que par la Cour fédérale.

Les cours supérieures provinciales et la Cour fédérale disposent du pouvoir discrétionnaire résiduel de suspendre une action en dommages-intérêts lorsqu'il s'agit essentiellement d'une demande de contrôle judiciaire et qu'elle n'a que superficiellement l'apparence d'un recours délictuel de droit privé. Toutefois, lorsque le demandeur allègue les éléments d'une cause d'action en droit privé dans son argumentation, la cour supérieure provinciale ne doit généralement pas décliner compétence au motif que l'action s'apparente à un recours qui doit être instruit comme une demande de contrôle judiciaire. Si le demandeur a plaidé une cause d'action valide en dommages-intérêts, il devrait généralement être admis à exercer son recours à ce titre.

Tel qu'il a été présenté, le recours de T met principalement en jeu des questions de droit privé. T ne cherche pas à obtenir l'annulation de la décision de délivrer les licences. Elle ne cherche pas non plus à priver la décision de ses effets juridiques. Ses causes d'action contractuelles, délictuelles et en equity sont fondées sur le caractère définitif de cette décision qui l'écarte du marché des télécommunications. La Cour supérieure de justice de l'Ontario a compétence sur les parties et sur l'objet du litige, et elle a le pouvoir d'accorder des dommages-intérêts. Aucune disposition de la *LCF* n'empêche la Cour supérieure de l'Ontario de statuer sur la demande.

Jurisprudence

Arrêt renversé : *Canada c. Grenier*, 2005 CAF 348, [2006] 2 R.C.F. 287; **arrêts mentionnés :** *Canada (Procureur général) c. McArthur*, 2010 CSC 63, [2010] 3 R.C.S. 626; *Little Sisters Book and Art Emporium c. Canada (Commissaire des Douanes et du Revenu)*, 2007 CSC 2, [2007] 1 R.C.S. 38; *La Reine du chef du Canada c. Saskatchewan Wheat Pool*,

- Agricultural Research Institute of Ontario v. Campbell-High* (2002), 58 O.R. (3d) 321, leave to appeal refused, [2003] 1 S.C.R. vii; *Ryan v. Victoria (City)*, [1999] 1 S.C.R. 201; *Miazga v. Kvello Estate*, 2009 SCC 51, [2009] 3 S.C.R. 339; *Cooper v. Hobart*, 2001 SCC 79, [2001] 3 S.C.R. 537; *Edwards v. Law Society of Upper Canada*, 2001 SCC 80, [2001] 3 S.C.R. 562; *Holland v. Saskatchewan*, 2008 SCC 42, [2008] 2 S.C.R. 551; *R. v. Consolidated Maybrun Mines Ltd.*, [1998] 1 S.C.R. 706; *Hinton v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2008 FCA 215, [2009] 1 F.C.R. 476; *Parrish & Heimbecker Ltd. v. Canada (Minister of Agriculture and Agri-Food)*, 2008 FCA 362, [2009] 3 F.C.R. 568, rev'd 2010 SCC 64, [2010] 3 S.C.R. 639; *Donovan v. Canada (Attorney General)*, 2008 NLCA 8, 273 Nfld. & P.E.I.R. 116; *Lidstone v. Canada (Minister of Canadian Heritage)*, 2008 PESCTD 6, 286 Nfld. & P.E.I.R. 244; *River Valley Poultry Farm Ltd. v. Canada (Attorney General)*, 2009 ONCA 326, 95 O.R. (3d) 1; *Los Angeles Salad Co. v. Canadian Food Inspection Agency*, 2009 BCSC 109, 92 B.C.L.R. (4th) 379; *Leroux v. Canada Revenue Agency*, 2010 BCSC 865, 2010 D.T.C. 5123; *Fantasy Construction Ltd., Re*, 2007 ABCA 335, 89 Alta. L.R. (4th) 93; *Genge v. Canada (Attorney General)*, 2007 NLCA 60, 270 Nfld. & P.E.I.R. 182; *Gestion Complexe Cousineau (1989) Inc. v. Canada (Minister of Public Works and Government Services)*, [1995] 2 F.C. 694; *Irving Shipbuilding Inc. v. Canada (Attorney General)*, 2009 FCA 116, 314 D.L.R. (4th) 340, leave to appeal refused, [2009] 3 S.C.R. vii; *Martel Building Ltd. v. Canada*, 2000 SCC 60, [2000] 2 S.C.R. 860; *R. v. Al Klippert Ltd.*, [1998] 1 S.C.R. 737; *Ordon Estate v. Grail*, [1998] 3 S.C.R. 437; *Pringle v. Fraser*, [1972] S.C.R. 821; *Canada (Human Rights Commission) v. Canadian Liberty Net*, [1998] 1 S.C.R. 626; *Peacock v. Bell* (1667), 1 Wms. Saund. 73, 85 E.R. 84; *Mills v. The Queen*, [1986] 1 S.C.R. 863; *R. v. Morgentaler* (1984), 41 C.R. (3d) 262; *R. v. Rahey*, [1987] 1 S.C.R. 588; *R. v. 974649 Ontario Inc.*, 2001 SCC 81, [2001] 3 S.C.R. 575; *R. v. Conway*, 2010 SCC 22, [2010] 1 S.C.R. 765; *Attorney General of Canada v. Law Society of British Columbia*, [1982] 2 S.C.R. 307; *Canada Labour Relations Board v. Paul L'Anglais Inc.*, [1983] 1 S.C.R. 147; *Canada (Citizenship and Immigration) v. Khosa*, 2009 SCC 12, [2009] 1 S.C.R. 339; *Harelkin v. University of Regina*, [1979] 2 S.C.R. 561; *Immeubles Port Louis Ltée v. Lafontaine (Village)*, [1991] 1 S.C.R. 326; *Wilson v. The Queen*, [1983] 2 S.C.R. 594; *Garland v. Consumers' Gas Co.*, 2004 SCC 25, [2004] 1 S.C.R. 629; *R. v. Litchfield*, [1993] 4 S.C.R. 333; *Toronto (City) v. C.U.P.E., Local 79*, 2003 SCC 63, [2003] 3 S.C.R. 77; *Tock v. St. John's Metropolitan Area Board*, [1989] 2 S.C.R. 1181; *City of Manchester v. Farnworth*, [1930] A.C. 171; *Sutherland v. Canada* [1983] 1 R.C.S. 205; *Agricultural Research Institute of Ontario c. Campbell-High* (2002), 58 O.R. (3d) 321, autorisation d'appel refusée, [2003] 1 R.C.S. vii; *Ryan c. Victoria (Ville)*, [1999] 1 R.C.S. 201; *Miazga c. Kvello (Succession)*, 2009 CSC 51, [2009] 3 R.C.S. 339; *Cooper c. Hobart*, 2001 CSC 79, [2001] 3 R.C.S. 537; *Edwards c. Barreau du Haut-Canada*, 2001 CSC 80, [2001] 3 R.C.S. 562; *Holland c. Saskatchewan*, 2008 CSC 42, [2008] 2 R.C.S. 551; *R. c. Consolidated Maybrun Mines Ltd.*, [1998] 1 R.C.S. 706; *Hinton c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2008 CAF 215, [2009] 1 R.C.F. 476; *Parrish & Heimbecker Ltd. c. Canada (Ministre de l'Agriculture et de l'Agroalimentaire)*, 2008 CAF 362, [2009] 3 R.C.F. 568, inf. par 2010 CSC 64, [2010] 3 R.C.S. 639; *Donovan c. Canada (Attorney General)*, 2008 NLCA 8, 273 Nfld. & P.E.I.R. 116; *Lidstone c. Canada (Minister of Canadian Heritage)*, 2008 PESCTD 6, 286 Nfld. & P.E.I.R. 244; *River Valley Poultry Farm Ltd. c. Canada (Attorney General)*, 2009 ONCA 326, 95 O.R. (3d) 1; *Los Angeles Salad Co. c. Canadian Food Inspection Agency*, 2009 BCSC 109, 92 B.C.L.R. (4th) 379; *Leroux c. Canada Revenue Agency*, 2010 BCSC 865, 2010 D.T.C. 5123; *Fantasy Construction Ltd., Re*, 2007 ABCA 335, 89 Alta. L.R. (4th) 93; *Genge c. Canada (Attorney General)*, 2007 NLCA 60, 270 Nfld. & P.E.I.R. 182; *Gestion Complexe Cousineau (1989) Inc. c. Canada (Ministre des Travaux publics et Services gouvernementaux)*, [1995] 2 C.F. 694; *Irving Shipbuilding Inc. c. Canada (Procureur général)*, 2009 CAF 116 (CanLII), autorisation d'appel refusée, [2009] 3 R.C.S. vii; *Martel Building Ltd. c. Canada*, 2000 CSC 60, [2000] 2 R.C.S. 860; *R. c. Al Klippert Ltd.*, [1998] 1 R.C.S. 737; *Succession Ordon c. Grail*, [1998] 3 R.C.S. 437; *Pringle c. Fraser*, [1972] R.C.S. 821; *Canada (Commission des droits de la personne) c. Canadian Liberty Net*, [1998] 1 R.C.S. 626; *Peacock c. Bell* (1667), 1 Wms. Saund. 73, 85 E.R. 84; *Mills c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 863; *R. c. Morgentaler* (1984), 41 C.R. (3d) 262; *R. c. Rahey*, [1987] 1 R.C.S. 588; *R. c. 974649 Ontario Inc.*, 2001 CSC 81, [2001] 3 R.C.S. 575; *R. c. Conway*, 2010 CSC 22, [2010] 1 R.C.S. 765; *Procureur général du Canada c. Law Society of British Columbia*, [1982] 2 R.C.S. 307; *Conseil canadien des relations du travail c. Paul L'Anglais Inc.*, [1983] 1 R.C.S. 147; *Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Khosa*, 2009 CSC 12, [2009] 1 R.C.S. 339; *Harelkin c. Université de Regina*, [1979] 2 R.C.S. 561; *Immeubles Port Louis Ltée c. Lafontaine (Village)*, [1991] 1 R.C.S. 326; *Wilson c. La Reine*, [1983] 2 R.C.S. 594; *Garland c. Consumers' Gas Co.*, 2004 CSC 25, [2004] 1 R.C.S. 629; *R. c. Litchfield*, [1993] 4 R.C.S. 333; *Toronto (Ville) c. S.C.F.P., section locale 79*, 2003 CSC 63, [2003] 3 R.C.S. 77; *Tock c. St. John's Metropolitan*

(*Attorney General*), 2002 BCCA 416, [2002] 10 W.W.R. 1, leave to appeal refused, [2003] 1 S.C.R. xi (*sub nom. Jones v. Attorney General of Canada*); *Lake v. St. John's (City)*, 2000 NFCA 48, 192 Nfld. & P.E.I.R. 84; *Neuman v. Parkland (County)*, 2004 ABPC 58, 36 Alta. L.R. (4th) 161; *Danco v. Thunder Bay (City)* (2000), 13 M.P.L.R. (3d) 130; *Landry v. Moncton (City)*, 2008 NBCA 32, 329 N.B.R. (2d) 212; *Roy v. Kensington and Chelsea and Westminster Family Practitioner Committee*, [1992] 1 A.C. 624.

Statutes and Regulations Cited

Civil Code of Québec, R.S.Q., c. C-1991.
Constitution Act, 1867, ss. 96, 101.
Corrections and Conditional Release Act, S.C. 1992, c. 20.
Crown Liability and Proceedings Act, R.S.C. 1985, c. C-50, ss. 3, 8, 21.
Federal Court Act, S.C. 1970-71-72, c. 1.
Federal Courts Act, R.S.C. 1985, c. F-7, ss. 2(1) “federal board, commission or other tribunal”, 17, 18, 18.1, 18.4, 39, 50(1).
Radiocommunication Act, R.S.C. 1985, c. R-2.

Authors Cited

Brown, Donald J. M., and John M. Evans. *Judicial Review of Administrative Action in Canada*. Toronto: Canvasback, 1998 (loose-leaf updated July 2010).
 Canada. House of Commons. *Minutes of Proceedings and Evidence of the Legislative Committee on Bill C-38*, No. 1, 2nd Sess., 34th Parl., November 23, 1989, pp. 14-15.
 Canada. *House of Commons Debates*, 2nd Sess., 28th Parl., March 25, 1970, pp. 5470-71.
 Canada. *House of Commons Debates*, 2nd Sess., 34th Parl., November 1, 1989, p. 5414.
 Craig, Paul P. *Administrative Law*, 6th ed. London: Sweet & Maxwell, 2008.
 Hogg, Peter W., and Patrick J. Monahan. *Liability of the Crown*, 3rd ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 2000.
 Horsman, Karen, and Gareth Morley, eds. *Government Liability: Law and Practice*. Aurora, Ont.: Cartwright Law Group, 2007 (loose-leaf updated 2010).
 Mullan, David J. “Administrative Law Update — 2008-2009”, prepared for the Continuing Legal Education conference, *Administrative Law Conference—2009*. Vancouver: The Continuing Legal Education Society of British Columbia, 2009.
 Woolf, Harry, Jeffrey Jowell and Andrew Le Sueur. *De Smith's Judicial Review*, 6th ed. London: Sweet & Maxwell, 2007.

Area Board, [1989] 2 R.C.S. 1181; *City of Manchester c. Farnworth*, [1930] A.C. 171; *Sutherland c. Canada (Attorney General)*, 2002 BCCA 416, [2002] 10 W.W.R. 1, autorisation d'appel refusée, [2003] 1 R.C.S. xi (*sub nom. Jones c. Attorney General of Canada*); *Lake c. St. John's (City)*, 2000 NFCA 48, 192 Nfld. & P.E.I.R. 84; *Neuman c. Parkland (County)*, 2004 ABPC 58, 36 Alta. L.R. (4th) 161; *Danco c. Thunder Bay (City)* (2000), 13 M.P.L.R. (3d) 130; *Landry c. Moncton (Ville)*, 2008 NBCA 32, 329 R.N.-B. (2^e) 212; *Roy c. Kensington and Chelsea and Westminster Family Practitioner Committee*, [1992] 1 A.C. 624.

Lois et règlements cités

Code civil du Québec, L.R.Q., ch. C-1991.
Loi constitutionnelle de 1867, art. 96, 101.
Loi sur la Cour fédérale, L.C. 1970-71-72, ch. 1.
Loi sur la radiocommunication, L.R.C. 1985, ch. R-2.
Loi sur la responsabilité civile de l'État et le contentieux administratif, L.R.C. 1985, ch. C-50, art. 3, 8, 21.
Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition, L.C. 1992, ch. 20.
Loi sur les Cours fédérales, L.R.C. 1985, ch. F-7, art. 2(1) « office fédéral », 17, 18, 18.1, 18.4, 39, 50(1).

Doctrine citée

Brown, Donald J. M., and John M. Evans. *Judicial Review of Administrative Action in Canada*. Toronto: Canvasback, 1998 (loose-leaf updated July 2010).
 Canada. Chambre des communes. *Procès-verbaux et témoignages du Comité législatif sur le projet de loi C-38*, n^o 1, 2^e sess., 34^e lég., 23 novembre 1989, p. 14-15.
 Canada. *Débats de la Chambre des communes*, 2^e sess., 28^e lég., 25 mars 1970, p. 5470-5471.
 Canada. *Débats de la Chambre des communes*, 2^e sess., 34^e lég., 1^{er} novembre 1989, p. 5414.
 Craig, Paul P. *Administrative Law*, 6th ed. London: Sweet & Maxwell, 2008.
 Hogg, Peter W., and Patrick J. Monahan. *Liability of the Crown*, 3rd ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 2000.
 Horsman, Karen, and Gareth Morley, eds. *Government Liability: Law and Practice*. Aurora, Ont.: Cartwright Law Group, 2007 (loose-leaf updated 2010).
 Mullan, David J. « Administrative Law Update — 2008-2009 », prepared for the Continuing Legal Education conference, *Administrative Law Conference—2009*. Vancouver: The Continuing Legal Education Society of British Columbia, 2009.
 Woolf, Harry, Jeffrey Jowell and Andrew Le Sueur. *De Smith's Judicial Review*, 6th ed. London: Sweet & Maxwell, 2007.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (Laskin, Borins and Feldman J.J.A.), 2008 ONCA 892, 94 O.R. (3d) 19, 303 D.L.R. (4th) 626, 245 O.A.C. 91, 86 Admin L.R. (4th) 163, 40 C.E.L.R. (3d) 183, [2008] O.J. No. 5291 (QL), 2008 CarswellOnt 7826, affirming a decision of Morawetz J. (2007), 88 O.R. (3d) 173, [2007] O.J. No. 4766 (QL), 2007 CarswellOnt 7847. Appeal dismissed.

Christopher M. Rupar, Alain Préfontaine and Bernard Letarte, for the appellant.

Peter F. C. Howard, Patrick J. Monahan, Eliot N. Kolers and Nicholas McHaffie, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered by

[1] BINNIE J. — TeleZone Inc. claims it was wronged by the decision of the Minister of Industry Canada that rejected its application for a licence to provide telecommunications services. It seeks compensation in the Ontario Superior Court of Justice against the Federal Crown for its claimed losses of \$250 million. It pleads breach of contract, negligence, and, in the alternative, unjust enrichment arising out of monies it had thrown away on the application.

[2] The Attorney General challenges the jurisdiction of the Superior Court to proceed with the claim for compensation unless and until TeleZone obtains from the Federal Court of Canada an order quashing the Minister's decision. TeleZone's claim, he says, constitutes an impermissible collateral attack on the Minister's order. Such a collateral attack is barred, he argues, by the grant to the Federal Court of *exclusive* judicial review jurisdiction in relation to decisions of all federal boards, commissions or other tribunals — *Federal Courts Act*, R.S.C. 1985, c. F-7, s. 18. The Attorney General relies on a line of cases in the Federal Court of Appeal to this effect, giving particular prominence to *Canada v. Grenier*, 2005 FCA 348, [2006] 2 F.C.R. 287, hence the “*Grenier* principle”.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (les juges Laskin, Borins et Feldman), 2008 ONCA 892, 94 O.R. (3d) 19, 303 D.L.R. (4th) 626, 245 O.A.C. 91, 86 Admin L.R. (4th) 163, 40 C.E.L.R. (3d) 183, [2008] O.J. No. 5291 (QL), 2008 CarswellOnt 7826, qui a confirmé une décision du juge Morawetz (2007), 88 O.R. (3d) 173, [2007] O.J. No. 4766 (QL), 2007 CarswellOnt 7847. Pourvoi rejeté.

Christopher M. Rupar, Alain Préfontaine et Bernard Letarte, pour l'appellant.

Peter F. C. Howard, Patrick J. Monahan, Eliot N. Kolers et Nicholas McHaffie, pour l'intimée.

Version française du jugement de la Cour rendu par

[1] LE JUGE BINNIE — TeleZone Inc. prétend avoir été lésée par la décision du ministre d'Industrie Canada de rejeter sa demande de licence de fourniture de services de télécommunications. TeleZone réclame des dommages-intérêts contre la Couronne fédérale devant la Cour supérieure de justice de l'Ontario pour les pertes de 250 millions de dollars qu'elle affirme avoir subies. Elle invoque l'inexécution de contrat et la négligence et, subsidiairement, l'enrichissement injustifié afférent aux sommes inutilement consacrées à la demande de licence.

[2] Le procureur général conteste la compétence de la Cour supérieure d'instruire la demande d'indemnisation, affirmant que sa compétence est subordonnée à l'obtention par TeleZone d'une ordonnance de la Cour fédérale du Canada annulant la décision du ministre. Il soutient que la demande de TeleZone sert à contester indirectement la décision du ministre, ce qui est interdit compte tenu de la compétence *exclusive* accordée à la Cour fédérale en matière de contrôle judiciaire des décisions de tout « office fédéral » — *Loi sur les Cours fédérales*, L.R.C. 1985, ch. F-7, art. 18 (« LCF »). Le procureur général s'appuie à cet égard sur une série d'arrêts de la Cour d'appel fédérale et, plus particulièrement, sur le principe établi dans *Canada c. Grenier*, 2005 CAF 348, [2006] 2 R.C.F. 287.

[3] The definition of “federal board, commission or other tribunal” in the Act is sweeping. It means “any body, 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” (s. 2), with certain exceptions, not relevant here, e.g., decisions of Tax Court judges. The federal decision makers that are included run the gamut from the Prime Minister and major boards and agencies to the local border guard and customs official and everybody in between. The *Grenier* principle would shield the Crown from private law damages involving any of these people or entities in respect of losses caused by unlawful government decision making without first passing through the Federal Court. Such a bottleneck was manifestly not the intention of Parliament when it enacted the judicial review provisions of the *Federal Courts Act*.

[4] The *Grenier* principle would undermine s. 17 of the same Act granting concurrent jurisdiction to the provincial superior courts “in all cases in which relief is claimed against the Crown” as well as the grant of concurrent jurisdiction to the superior courts in s. 21 of the *Crown Liability and Proceedings Act*, R.S.C. 1985, c. C-50, to deal with tort claims. A central issue in some (but not all) damages claims against the federal Crown will be the “lawfulness” of the government decision said to have caused the loss. *Grenier* would deny the provincial superior courts the jurisdiction to deal with that central issue in a damages claim pending before them. Adoption of the *Grenier* principle would relegate the provincial superior courts in such matters to a subordinate and contingent jurisdiction — not concurrent, i.e., subordinate to the Federal Court’s decision on judicial review and contingent on the Federal Court being willing to grant a discretionary order on judicial review in favour of the plaintiff.

[3] La définition d’un « office fédéral » figurant dans la *LCF* est très large : « Conseil, bureau, commission ou autre organisme, ou 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 » (art. 2) — cette définition exclut certains décideurs, notamment les juges de la Cour canadienne de l’impôt, mais ces exceptions ne sont pas pertinentes en l’espèce. Les décideurs fédéraux visés vont du Premier ministre et des organismes les plus importants jusqu’au garde-frontière et au douanier locaux, et englobent tous ceux qui se situent entre ces deux extrêmes. Le principe établi dans *Grenier* immuniserait la Couronne contre l’obligation de verser des dommages-intérêts de droit privé par suite d’une décision administrative illégale de l’une de ces personnes ou entités, à moins que le demandeur lésé ne passe d’abord par la Cour fédérale. Quand le législateur a édicté les dispositions de la *LCF* relatives au contrôle judiciaire, il n’entendait manifestement pas créer un tel goulot d’étranglement.

[4] Le principe énoncé dans *Grenier* irait à l’encontre de l’art. 17 de la *LCF*, qui confère aux cours supérieures provinciales une compétence concurrente « dans les cas de demande de réparation contre la Couronne », et de l’art. 21 de la *Loi sur la responsabilité civile de l’État et le contentieux administratif*, L.R.C. 1985, ch. C-50, qui a le même effet à l’égard des actions en responsabilité délictuelle. Dans certaines actions en dommages-intérêts intentées contre la Couronne fédérale (mais non dans toutes), la question de la « légalité » de la décision administrative censée avoir causé la perte est primordiale. L’arrêt *Grenier* nierait aux cours supérieures provinciales la compétence nécessaire pour examiner cette question fondamentale lorsqu’un demandeur s’adresse à elles pour obtenir des dommages-intérêts. Si l’on adoptait le principe formulé dans cet arrêt, la compétence de ces cours ne serait plus concurrente, mais subordonnée et conditionnelle. Elle deviendrait en effet subordonnée à la décision de la Cour fédérale sur la demande de contrôle judiciaire et conditionnelle à l’exercice de son pouvoir discrétionnaire en faveur du demandeur.

[5] The Ontario Court of Appeal rejected the Attorney General's position, and in my respectful opinion, it was correct to do so. *Grenier* is based on what, in my respectful view, is an exaggerated view of the legal effect of the grant of judicial review jurisdiction to the Federal Court in s. 18 of the *Federal Courts Act*, which is best understood as a reservation or subtraction from the more comprehensive grant of concurrent jurisdiction in s. 17 "in all cases in which relief is claimed against the [federal] Crown". The arguments of the Attorney General, lacking any support in the express statutory language of s. 18, are necessarily based on suggested inferences and implications, but it is well established that inferences and implications are not enough to oust the jurisdiction of the provincial superior courts.

[6] In the present case, the Ontario Superior Court has jurisdiction over the parties, the subject matter and the remedies sought by TeleZone. That jurisdiction includes the authority to determine every legal and factual element necessary for the granting or withholding of the remedies sought unless such authority is taken away by statute. The *Federal Courts Act* does not, by clear and direct statutory language, oust the jurisdiction of the provincial superior courts to deal with these common law and equitable claims, including the potential "unlawfulness" of government orders. That being the case, the Superior Court has jurisdiction to proceed. The Ontario Superior Court ((2007), 88 O.R. (3d) 173) and the Ontario Court of Appeal (2008 ONCA 892, 94 O.R. (3d) 19) so held. I agree. I would dismiss the appeal.

I. Facts

[7] The alleged faults of the Minister of Industry Canada in dealing with the application under the *Radiocommunication Act*, R.S.C. 1985, c. R-2, are detailed in the amended Statement of Claim. For present purposes, we must take TeleZone's allegations as capable of proof.

[8] TeleZone was created in 1992 with the ultimate goal of obtaining a licence to provide personal

[5] C'est à bon droit, à mon avis, que la Cour d'appel de l'Ontario a rejeté l'argumentation du procureur général. J'estime que l'arrêt *Grenier* procède d'une perception exagérée de la portée juridique de l'attribution de la compétence en matière de contrôle judiciaire à la Cour fédérale, à l'art. 18 de la *LCF*, qu'il faut voir comme une réserve ou une exception à la compétence concurrente plus générale que lui confère l'art. 17 « dans les cas de demande de réparation contre la Couronne » fédérale. Les arguments du procureur général n'étant pas étayés par les termes exprès de l'art. 18, ils relèvent nécessairement de l'inférence. Or, il est bien établi que les inférences ne suffisent pas pour écarter la compétence des cours supérieures provinciales.

[6] En l'espèce, la Cour supérieure de l'Ontario a compétence à l'égard des parties, de l'objet du litige et des réparations demandées par TeleZone. Cette compétence emporte le pouvoir de statuer sur toutes les questions de droit et de fait nécessaires à l'octroi ou au refus des réparations demandées, à moins que le texte de loi ne l'écarte. Or, la *LCF* n'écarte pas en termes clairs et directs la compétence des cours supérieures provinciales pour statuer sur ces demandes en common law et en equity, y compris sur la question de l'« illégalité » des décisions administratives. La Cour supérieure a donc compétence pour instruire l'affaire. C'est la conclusion à laquelle sont parvenues la Cour supérieure de l'Ontario ((2007), 88 O.R. (3d) 173) et la Cour d'appel de l'Ontario (2008 ONCA 892, 94 O.R. (3d) 19). Je souscris à cette conclusion. Je suis d'avis de rejeter le pourvoi.

I. Faits

[7] La déclaration modifiée décrit les fautes que le ministre d'Industrie Canada aurait commises dans le traitement de la demande de licence sous le régime de la *Loi sur la radiocommunication*, L.R.C. 1985, ch. R-2. Il faut supposer, pour les besoins du présent pourvoi, que ces allégations peuvent être prouvées.

[8] TeleZone a été constituée en 1992, avec comme but ultime l'obtention d'une licence de

communication services (“PCS”) — essentially a cell phone network. In December 1992, as a preliminary step toward this goal, TeleZone obtained a licence to provide personal cordless telephone service. Between 1993 and 1995, TeleZone alleges that it kept Industry Canada apprised of its efforts to raise capital and acquire the necessary expertise to provide PCS services. TeleZone says that Industry Canada encouraged it to continue these efforts.

[9] In June 1995, Industry Canada issued a call for PCS licence applications (the “Call”), and released a document setting out the policy and procedural framework within which potential service providers could shape their applications (the “Policy Statement”). The Policy Statement provided that Industry Canada would grant up to six PCS licences on the basis of criteria it set out. TeleZone alleges that Industry Canada promoted a general policy in favour of awarding more rather than fewer licences to encourage competition and consumer choice. TeleZone governed itself accordingly.

[10] Article 9.1 of the Call created a three-step application process: (1) expressions of interest by potential service providers; (2) detailed applications by potential service providers; and (3) the announcement and awarding of PCS licences by Industry Canada. Articles 9.4 to 9.5.6 set out the criteria that would be used to evaluate the applications. The Call did not explicitly reserve to Industry Canada the right to consider additional factors. TeleZone alleges that Industry Canada was prohibited from considering any criteria beyond the factors set out in the Call.

[11] In September 1995, TeleZone submitted its detailed application for a PCS licence to Industry Canada, which was prepared, it says, at a cost of approximately \$20 million. In December 1995, Industry Canada announced its decision regarding the PCS licence applications. There were only four successful applicants. TeleZone was not among them.

fourniture de services de communications personnelles (« SCP ») — essentiellement un réseau de téléphonie cellulaire. En décembre 1992, elle a franchi une étape préliminaire en obtenant une licence de fourniture de services de téléphonie sans fil. TeleZone affirme qu’entre 1993 et 1995 elle a tenu Industrie Canada au courant des efforts qu’elle déployait pour réunir le capital et acquérir l’expérience nécessaire à la fourniture de SCP. Elle soutient qu’Industrie Canada l’a encouragée à persévérer.

[9] Au mois de juin 1995, Industrie Canada a lancé une invitation à soumettre des demandes de licences de SCP et a publié un énoncé de politique décrivant la politique et la procédure qui devaient servir de cadre aux demandes des fournisseurs potentiels. L’énoncé de politique indiquait qu’Industrie Canada délivrerait jusqu’à six licences en fonction des critères qu’elle avait définis. Selon TeleZone, Industrie Canada disait avoir pour politique générale de favoriser la délivrance d’un nombre maximal de licences afin de stimuler la concurrence et de donner un plus grand choix aux consommateurs. TeleZone a agi en fonction de cette politique.

[10] L’article 9.1 de l’invitation créait un processus de demande en trois étapes : (1) la déclaration d’intérêt des fournisseurs potentiels; (2) la présentation de demandes détaillées par les fournisseurs potentiels, (3) l’annonce des candidatures retenues et l’octroi des licences de SCP par Industrie Canada. Les articles 9.4 à 9.5.6 établissaient les critères d’évaluation applicables. Dans l’invitation, Industrie Canada ne s’était pas expressément réservé le droit d’examiner d’autres facteurs. TeleZone soutient qu’Industrie Canada ne pouvait prendre en compte d’autres critères que ceux qui étaient énoncés dans l’invitation.

[11] Au mois de septembre 1995, TeleZone a soumis sa demande détaillée de licence de SCP, dont la préparation lui aurait coûté environ 20 millions de dollars. Industrie Canada a rendu publique sa décision au sujet des licences de SCP en décembre 1995. Seules quatre demandes avaient été retenues. Celle de TeleZone n’en faisait pas partie.

[12] The amended statement of claim pleads that it was either an express or implied term of the Policy Statement that Industry Canada would only issue fewer than six licences if fewer than six applications met the criteria (para. 12). TeleZone says that its application satisfied all the criteria in the Call. Accordingly, it says, the Minister must have considered factors other than those in the Call when it rejected TeleZone’s application (para. 17). These other factors were not disclosed to TeleZone.

[13] On the contractual branch of its case, TeleZone argues that the tendering process gave rise to a tendering contract (Contract A) which imposed an obligation on Industry Canada to act in accordance with the Call and the Policy Statement and to treat all applicants fairly and in good faith in awarding the PCS licences (R.F., at para. 133). TeleZone submits that the Crown breached “Contract A” by (1) granting fewer licences than it represented would be awarded; (2) not adhering to the requirements of the Call including the listed criteria (para. 134); and (3) failing to conform to a duty of care and a duty to act in good faith (para. 135).

[14] In its amended statement of claim, TeleZone does not seek to impugn the Minister’s decision to award the licences. TeleZone does not seek a licence for itself or to remove licences from the successful applicants; it simply seeks damages. Accordingly, TeleZone submits that whether or not the licences were validly issued to the other applicants is irrelevant because under the Call and Policy Statement, there was still room for two more PCS licences and TeleZone only takes issue with the conduct of the Crown *vis-à-vis* TeleZone itself (para. 136).

II. Judicial History

A. *Ontario Superior Court of Justice (Morawetz J.) (2007), 88 O.R. (3d) 173*

[15] On a preliminary motion to dismiss TeleZone’s action for want of jurisdiction, the Attorney General argued that TeleZone must first have the Minister’s order quashed on judicial

[12] Dans sa déclaration modifiée, TeleZone allègue que l’énoncé de politique comportait une condition expresse ou implicite portant qu’Industrie Canada délivrerait moins de six licences uniquement si moins de six demandes répondaient aux critères (par. 12). Elle affirme que sa demande satisfaisait à tous les critères énumérés dans l’invitation. Elle soutient, en conséquence, que le ministre a dû appliquer d’autres facteurs pour rejeter sa demande (par. 17). Ces autres facteurs n’ont pas été communiqués à TeleZone.

[13] TeleZone fonde le volet contractuel de sa cause sur l’existence d’un contrat (le « Contrat A »), né du processus d’appel d’offres, qui obligeait Industrie Canada à se conformer à l’invitation et à l’énoncé de politique et à traiter tous les demandeurs de licence avec équité et bonne foi dans l’attribution des licences de SCP (m.i., par. 133). Elle prétend que la Couronne a contrevenu au Contrat A (1) en octroyant moins de licences que le nombre annoncé, (2) en ne s’en tenant pas aux exigences formulées dans l’invitation, notamment aux critères qui y étaient énumérés (par. 134), et (3) en manquant à son obligation de diligence et à son obligation d’agir de bonne foi (par. 135).

[14] Dans sa déclaration modifiée, TeleZone ne conteste pas la décision du ministre concernant l’octroi des licences; elle ne cherche pas à obtenir de licence ni à faire retirer leur licence aux candidats retenus. Elle réclame simplement des dommages-intérêts. Elle soutient en conséquence que la question de la validité des licences octroyées aux autres demandeurs ne se pose pas puisque deux autres licences de SCP pouvaient encore être délivrées aux termes de l’invitation et de l’énoncé de politique et qu’elle conteste seulement la conduite de la Couronne à son endroit (par. 136).

II. Historique judiciaire

A. *Cour supérieure de justice de l’Ontario (le juge Morawetz) (2007), 88 O.R. (3d) 173*

[15] Le procureur général a présenté une requête préliminaire visant le rejet de l’action de TeleZone pour défaut de compétence, soutenant que cette dernière devait obtenir l’annulation de la décision

review in the Federal Court as a condition precedent to a civil suit against the Crown. TeleZone countered that its claim is based on causes of action that are distinct from an application for judicial review. It does not seek to set aside the licences. It seeks damages for negligence, breach of contract, or unjust enrichment. Morawetz J. dismissed the objection because, in his view, it was not plain and obvious that TeleZone's claim in the Superior Court would fail.

B. *Ontario Court of Appeal (Laskin, Borins and Feldman J.J.A.), 2008 ONCA 892, 94 O.R. (3d) 19*

[16] Borins J.A., writing for a unanimous court, held that s. 17 of the *Federal Courts Act* and s. 21 of the *Crown Liability and Proceedings Act* conferred concurrent jurisdiction on the superior courts and the Federal Court for claims against the Crown. The Ontario Superior Court, as a court of general and inherent jurisdiction, may entertain any cause of action in the absence of legislation or an arbitration agreement to the contrary. Section 18 of the *Federal Courts Act* removed from the superior courts' jurisdiction the prerogative writs and extraordinary remedies listed (para. 94). Since the relief sought by TeleZone (damages) is not listed in s. 18, he concluded that the Superior Court continues to have jurisdiction. The appeal was dismissed.

III. Relevant Enactments

[17] *Constitution Act, 1867*

101. The Parliament of Canada may, notwithstanding anything in this Act, from Time to Time provide for the Constitution, Maintenance, and Organization of a General Court of Appeal for Canada, and for the Establishment of any additional Courts for the better Administration of the Laws of Canada.

Federal Courts Act, R.S.C. 1985, c. F-7

2. (1) . . .

“federal board, commission or other tribunal” means any body, person or persons having, exercising or

du ministre par voie de contrôle judiciaire devant la Cour fédérale avant d'intenter un recours civil contre la Couronne. TeleZone a répliqué que son recours repose sur des causes d'action distinctes de celles d'une demande de contrôle judiciaire. Elle ne cherche pas à faire annuler les licences; elle cherche à obtenir des dommages-intérêts pour négligence, inexécution de contrat ou enrichissement injustifié. Le juge Morawetz a rejeté la requête, estimant que l'action de TeleZone devant la Cour supérieure n'était pas manifestement vouée à l'échec.

B. *Cour d'appel de l'Ontario (les juges Laskin, Borins et Feldman), 2008 ONCA 892, 94 O.R. (3d) 19*

[16] Dans un jugement unanime, le juge Borins a conclu que l'art. 17 de la *LCF* et l'art. 21 de la *Loi sur la responsabilité civile de l'État et le contentieux administratif* confèrent aux cours supérieures et à la Cour fédérale une compétence concurrente à l'égard des demandes de réparation contre la Couronne. Compte tenu de sa compétence générale et inhérente, la Cour supérieure de l'Ontario connaît de toutes les causes d'action, à moins qu'une disposition législative ou une convention d'arbitrage ne prévoie le contraire. L'article 18 de la *LCF* a soustrait les brefs de prérogative et recours extraordinaires qui y sont énumérés à la compétence des cours supérieures (par. 94). Puisque le recours entrepris par TeleZone (action en dommages-intérêts) n'est pas énuméré à l'art. 18, le juge Borins est arrivé à la conclusion que la Cour supérieure demeure compétente. L'appel a été rejeté.

III. Dispositions pertinentes

[17] *Loi constitutionnelle de 1867*

101. Le parlement du Canada pourra, nonobstant toute disposition contraire énoncée dans la présente loi, lorsque l'occasion le requerra, adopter des mesures à l'effet de créer, maintenir et organiser une cour générale d'appel pour le Canada, et établir des tribunaux additionnels pour la meilleure administration des lois du Canada.

Loi sur les Cours fédérales, L.R.C. 1985, ch. F-7

2. (1) . . .

« office fédéral » Conseil, bureau, commission ou autre organisme, ou personne ou groupe de

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, other than the Tax Court of Canada or any of its judges, any such body constituted or established by or under a law of a province or any such person or persons appointed under or in accordance with a law of a province or under section 96 of the *Constitution Act, 1867*;

17. (1) [Relief against the Crown] Except as otherwise provided in this Act or any other Act of Parliament, the Federal Court has concurrent original jurisdiction in all cases in which relief is claimed against the Crown.

(2) [Cases] Without restricting the generality of subsection (1), the Federal Court has concurrent original jurisdiction, except as otherwise provided, in all cases in which

. . .

(b) the claim arises out of a contract entered into by or on behalf of the Crown;

. . .

(d) the claim is for damages under the *Crown Liability and Proceedings Act*.

(5) [Relief in favour of Crown or against officer] The Federal Court has concurrent original jurisdiction

. . .

(b) in proceedings in which relief is sought against any person for anything done or omitted to be done in the performance of the duties of that person as an officer, servant or agent of the Crown.

18. (1) [Extraordinary remedies, federal tribunals] Subject to section 28, the Federal Court has exclusive original jurisdiction

(a) to issue an injunction, writ of *certiorari*, writ of prohibition, writ of *mandamus* or writ of *quo warranto*, or grant declaratory relief, against any federal board, commission or other tribunal; and

(b) to hear and determine any application or other proceeding for relief in the nature of relief

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 prerogative royale, à l'exclusion de la Cour canadienne de l'impôt et ses juges, d'un organisme constitué sous le régime d'une loi provinciale ou d'une personne ou d'un groupe de personnes nommées aux termes d'une loi provinciale ou de l'article 96 de la *Loi constitutionnelle de 1867*.

17. (1) [Réparation contre la Couronne] Sauf disposition contraire de la présente loi ou de toute autre loi fédérale, la Cour fédérale a compétence concurrente, en première instance, dans les cas de demande de réparation contre la Couronne.

(2) [Motifs] Elle a notamment compétence concurrente en première instance, sauf disposition contraire, dans les cas de demande motivés par :

. . .

b) un contrat conclu par ou pour la Couronne;

. . .

d) une demande en dommages-intérêts formée au titre de la *Loi sur la responsabilité civile de l'État et le contentieux administratif*.

(5) [Actions en réparation] Elle a compétence concurrente, en première instance, dans les actions en réparation intentées :

. . .

b) contre un fonctionnaire, préposé ou mandataire de la Couronne pour des faits — actes ou omissions — survenus dans le cadre de ses fonctions.

18. (1) [Recours extraordinaires : offices fédéraux] Sous réserve de l'article 28, la Cour fédérale a compétence exclusive, en première instance, pour :

a) décerner une injonction, un bref de *certiorari*, de *mandamus*, de prohibition ou de *quo warranto*, ou pour rendre un jugement déclaratoire contre tout office fédéral;

b) connaître de toute demande de réparation de la nature visée par l'alinéa a), et notamment de toute

contemplated by paragraph (a), including any proceeding brought against the Attorney General of Canada, to obtain relief against a federal board, commission or other tribunal.

(3) [Remedies to be obtained on application] The remedies provided for in subsections (1) and (2) may be obtained only on an application for judicial review made under section 18.1.

18.1 (1) [Application for judicial review] An application for judicial review may be made by the Attorney General of Canada or by anyone directly affected by the matter in respect of which relief is sought.

(2) [Time limitation] An application for judicial review in respect of a decision or an order of a federal board, commission or other tribunal shall be made within 30 days after the time the decision or order was first communicated by the federal board, commission or other tribunal to the office of the Deputy Attorney General of Canada or to the party directly affected by it, or within any further time that a judge of the Federal Court may fix or allow before or after the end of those 30 days.

(3) [Powers of Federal Court] On an application for judicial review, the Federal Court may

(a) order a federal board, commission or other tribunal to do any act or thing it has unlawfully failed or refused to do or has unreasonably delayed in doing; or

(b) declare invalid or unlawful, or quash, set aside or set aside and refer back for determination in accordance with such directions as it considers to be appropriate, prohibit or restrain, a decision, order, act or proceeding of a federal board, commission or other tribunal.

18.4 (1) [Hearings in summary way] Subject to subsection (2), an application or reference to the Federal Court under any of sections 18.1 to 18.3 shall be heard and determined without delay and in a summary way.

(2) [Exception] The Federal Court may, if it considers it appropriate, direct that an application for judicial review be treated and proceeded with as an action.

procédure engagée contre le procureur général du Canada afin d'obtenir réparation de la part d'un office fédéral.

(3) [Exercice des recours] Les recours prévus aux paragraphes (1) ou (2) sont exercés par présentation d'une demande de contrôle judiciaire.

18.1 (1) [Demande de contrôle judiciaire] Une demande de contrôle judiciaire peut être présentée par le procureur général du Canada ou par quiconque est directement touché par l'objet de la demande.

(2) [Délai de présentation] Les demandes de contrôle judiciaire sont à présenter dans les trente jours qui suivent la première communication, par l'office fédéral, de sa décision ou de son ordonnance au bureau du sous-procureur général du Canada ou à la partie concernée, ou dans le délai supplémentaire qu'un juge de la Cour fédérale peut, avant ou après l'expiration de ces trente jours, fixer ou accorder.

(3) [Pouvoirs de la Cour fédérale] Sur présentation d'une demande de contrôle judiciaire, la Cour fédérale peut :

a) ordonner à l'office fédéral en cause d'accomplir tout acte qu'il a illégalement omis ou refusé d'accomplir ou dont il a retardé l'exécution de manière déraisonnable;

b) déclarer nul ou illégal, ou annuler, ou infirmer et renvoyer pour jugement conformément aux instructions qu'elle estime appropriées, ou prohiber ou encore restreindre toute décision, ordonnance, procédure ou tout autre acte de l'office fédéral.

18.4 (1) [Procédure sommaire d'audition] Sous réserve du paragraphe (2), la Cour fédérale statue à bref délai et selon une procédure sommaire sur les demandes et les renvois qui lui sont présentés dans le cadre des articles 18.1 à 18.3.

(2) [Exception] Elle peut, si elle l'estime indiqué, ordonner qu'une demande de contrôle judiciaire soit inscrite comme s'il s'agissait d'une action.

Crown Liability and Proceedings Act, R.S.C. 1985, c. C-50

3. [Liability] The Crown is liable for the damages for which, if it were a person, it would be liable

- (a) in the Province of Quebec, in respect of
 - (i) the damage caused by the fault of a servant of the Crown, or
 - (ii) the damage resulting from the act of a thing in the custody of or owned by the Crown or by the fault of the Crown as custodian or owner; and
- (b) in any other province, in respect of
 - (i) a tort committed by a servant of the Crown, or
 - (ii) a breach of duty attaching to the ownership, occupation, possession or control of property.

8. [Saving in respect of prerogative and statutory powers] Nothing in sections 3 to 7 makes the Crown liable in respect of anything done or omitted in the exercise of any power or authority that, if those sections had not been passed, would have been exercisable by virtue of the prerogative of the Crown, or any power or authority conferred on the Crown by any statute, and, in particular, but without restricting the generality of the foregoing, nothing in those sections makes the Crown liable in respect of anything done or omitted in the exercise of any power or authority exercisable by the Crown, whether in time of peace or of war, for the purpose of the defence of Canada or of training, or maintaining the efficiency of, the Canadian Forces.

21. (1) [Concurrent jurisdiction of provincial court] In all cases where a claim is made against the Crown, except where the Federal Court has exclusive jurisdiction with respect to it, the superior court of the province in which the claim arises has concurrent jurisdiction with respect to the subject-matter of the claim.

IV. Analysis

[18] This appeal is fundamentally about access to justice. People who claim to be injured by government action should have whatever redress the legal system permits through procedures that minimize unnecessary cost and complexity. The Court's approach should be practical and pragmatic with that objective in mind.

Loi sur la responsabilité civile de l'État et le contentieux administratif, L.R.C. 1985, ch. C-50

3. [Responsabilité] En matière de responsabilité, l'État est assimilé à une personne pour :

- a) dans la province de Québec :
 - (i) le dommage causé par la faute de ses préposés,
 - (ii) le dommage causé par le fait des biens qu'il a sous sa garde ou dont il est propriétaire ou par sa faute à l'un ou l'autre de ces titres;
- b) dans les autres provinces :
 - (i) les délits civils commis par ses préposés,
 - (ii) les manquements aux obligations liées à la propriété, à l'occupation, à la possession ou à la garde de biens.

8. [Sauvegarde de la prérogative et des pouvoirs de l'État] Les articles 3 à 7 n'ont pas pour effet d'engager la responsabilité de l'État pour tout fait — acte ou omission — commis dans l'exercice d'un pouvoir qui, sans ces articles, s'exercerait au titre de la prérogative royale ou d'une disposition législative, et notamment pour les faits commis dans l'exercice d'un pouvoir dévolu à l'État, en temps de paix ou de guerre, pour la défense du Canada, l'instruction des Forces canadiennes ou le maintien de leur efficacité.

21. (1) [Compétence concurrente des tribunaux provinciaux] Dans les cas de réclamation visant l'État pour lesquels la Cour fédérale n'a pas compétence exclusive, a compétence concurrente en la matière la cour supérieure de la province où survient la cause d'action.

IV. Analyse

[18] C'est essentiellement l'accès à la justice qui est en cause en l'espèce. Les personnes qui prétendent avoir subi un préjudice attribuable à une mesure administrative doivent pouvoir exercer les recours autorisés par la loi au moyen de procédures réduisant au minimum les frais et complexités inutiles. Notre Cour doit aborder cette question d'un point de vue pratique et pragmatique en gardant cet objectif à l'esprit.

[19] If a claimant seeks to set aside the order of a federal decision maker, it will have to proceed by judicial review, as the *Grenier* court held. However, if the claimant is content to let the order stand and instead seeks compensation for alleged losses (as here), there is no principled reason why it should be forced to detour to the Federal Court for the extra step of a judicial review application (itself sometimes a costly undertaking) when that is not the relief it seeks. Access to justice requires that the claimant be permitted to pursue its chosen remedy directly and, to the greatest extent possible, without procedural detours.

[20] The Attorney General argues that a detour to the Federal Court is necessary because the damages action represents a “collateral attack” prohibited by “inferences” derived from s. 18 of the *Federal Courts Act*. His argument, in a nutshell, is:

Simply pleading damages, or some other remedy that is not available by way of judicial review in the Federal Court, should not be accepted as a means to bypass the intention of Parliament that review of federal administrative decisions must take place in the Federal Court.

(A.G. Factum,¹ at para. 4)

[21] The Attorney General accepts that judicial review is not required “for all proceedings that in any manner involve a decision or conduct of a federal board, commission or tribunal” (para. 29). However, the detour is required for claims that engage, directly or indirectly, the “validity and unlawfulness” of such decisions (para. 2). “Lawfulness” is a broad term. The Attorney General uses “invalid” and “unlawful” conjunctively (e.g., at para. 49). He seems to use the term “unlawful” to cover virtually any government order that could lay the basis for a finding of fault

¹ The Attorney General’s principal argument was filed in the companion case of *Canada (Attorney General) v. McArthur*, 2010 SCC 63, [2010] 3 S.C.R. 626, and references herein are to that factum unless otherwise noted.

[19] Le demandeur qui veut obtenir l’annulation d’une décision de l’administration fédérale doit procéder par voie de contrôle judiciaire, comme le précise l’arrêt *Grenier*. Par contre, s’il ne s’oppose pas à ce que la décision continue de s’appliquer, mais cherche plutôt à se faire indemniser des pertes qu’il dit avoir subies (comme en l’espèce), il n’existe aucune raison logique de lui imposer l’étape supplémentaire d’un détour devant la Cour fédérale pour le contrôle judiciaire de la décision (entreprise pouvant parfois se révéler coûteuse en soi), alors que ce n’est pas le recours qui lui convient. L’accès à la justice exige que le demandeur puisse exercer directement le recours qu’il a choisi et, autant que possible, sans détours procéduraux.

[20] Selon le procureur général, il est nécessaire de passer par la Cour fédérale parce que l’action en dommages-intérêts constitue une « contestation indirecte » interdite « implicitement » par l’art. 18 de la *LCF*. En bref, voici son argument :

[TRADUCTION] On ne saurait permettre qu’il soit possible de contourner la volonté du législateur que le contrôle des décisions administratives fédérales soit réservé à la Cour fédérale en demandant simplement des dommages-intérêts ou une autre forme de réparation qui ne peut être obtenue par voie de contrôle judiciaire devant cette cour.

(Mémoire du P.G.¹, par. 4)

[21] Le procureur général reconnaît que le contrôle judiciaire ne s’impose pas [TRADUCTION] « dans toutes les affaires intéressant de quelque façon une décision ou la conduite d’un office fédéral » (par. 29), mais il affirme que ce détour est nécessaire lorsque la demande met directement ou indirectement en cause la « validité et l’illégalité » d’une telle décision (par. 2). La notion de « légalité » est très large. Le procureur général utilise les termes « invalide » et « illégal » de façon conjonctive (voir, p. ex., le par. 49). Il semble qualifier d’illégale presque toute décision de l’administration fédérale pouvant mener à la

¹ L’argumentation principale du procureur général a été présentée dans l’affaire connexe *Canada (Procureur général) c. McArthur*, 2010 CSC 63, [2010] 3 R.C.S. 626, et, à moins d’indication contraire, je renvoie dans les présents motifs au mémoire soumis dans cette affaire.

in the private law sense although he excludes such bureaucratic actions as providing erroneous information, performing a “physical task or activity” negligently, or breaching a duty to warn (Factum, at para. 50).

[22] The Attorney General’s concern is that permitting different damages claims to proceed in different provinces before a variety of superior court judges arising out of the same or related federal government decisions would re-introduce the spectre of inconsistency and uncertainty across Canada which the enactment of the *Federal Courts Act* was designed to alleviate. However, this concern must have been considered by Parliament when it granted concurrent jurisdiction in all cases in which relief is claimed against the federal Crown to the superior courts. Undoubtedly, the juxtaposition of ss. 17 and 18 of the *Federal Courts Act* creates a certain amount of subject matter overlap with respect to holding the federal government to account for its decision making. This degree of overlap is inherent in the legislative scheme designed to provide claimants with “convenience” and “a choice of forum” in the provincial courts (see statement of the Minister of Justice in Parliament, *House of Commons Debates*, 2nd Sess., 34th Parl., November 1, 1989, at p. 5414, reproduced below, at para. 58).

[23] I do not interpret Parliament’s intent, as expressed in the text, context and purposes of the *Federal Courts Act*, to require an awkward and duplicative two-court procedure with respect to all damages claims that directly or indirectly challenge the validity or lawfulness of federal decisions. Such an outcome would have to be compelled by clear and explicit statutory language. Neither the *Federal Courts Act* nor the *Crown Liability and Proceedings Act* do so, in my opinion. With respect, not only is such language absent, but the reasonable inferences from both statutes, especially the concurrent jurisdiction in all cases where relief is claimed against the Crown granted to the provincial superior courts, leads to the opposite conclusion.

conclusion qu’il y a eu faute au sens du droit privé, mais il exclut les actes bureaucratiques comme la fourniture de renseignements erronés, la négligence dans l’accomplissement « d’une tâche ou d’une activité physique » ou le manquement à une obligation d’avertissement (mémoire, par. 50).

[22] Le procureur général craint de voir resurgir partout au Canada le spectre de l’incohérence et de l’incertitude auxquelles la *LCF* visait à remédier si différents recours en dommages-intérêts découlant des mêmes décisions de l’administration fédérale, ou de décisions connexes, pouvaient être instruits par divers juges de différentes cours supérieures. Il s’agit là cependant d’une préoccupation dont le législateur a sûrement tenu compte lorsqu’il a conféré aux cours supérieures une compétence concurrente dans les cas de demande de réparation contre la Couronne fédérale. Il ne fait aucun doute que la juxtaposition des articles 17 et 18 de la *LCF* entraîne un certain chevauchement de l’objet des recours dans le cadre desquels l’administration fédérale doit rendre compte de ses décisions. Ce chevauchement est indissociable d’un régime législatif qui donne aux demandeurs le « choix » de s’adresser à une cour provinciale, si c’est le tribunal qui leur « convient le mieux » (voir la déclaration du ministre de la Justice devant le Parlement, *Débats de la Chambre des communes*, 2^e sess., 34^e lég., 1^{er} novembre 1989, p. 5414, reproduite ci-dessous, au par. 58).

[23] Je ne crois pas que le respect de l’intention du législateur, telle qu’elle se dégage du texte, du contexte et des objets de la *LCF*, exige une procédure astreignante faisant appel à deux juridictions différentes pour tous les recours en dommages-intérêts qui mettent directement ou indirectement en cause la validité ou la légalité d’une décision fédérale. Seul un texte législatif clair et explicite pourrait l’exiger. Or, à mon avis, ni la *LCF* ni la *Loi sur la responsabilité civile de l’État et le contentieux administratif* n’ont cet effet. Non seulement elles ne comportent aucune disposition en ce sens, mais les inférences raisonnables que l’on peut tirer de ces deux lois et, plus particulièrement, de l’octroi aux cours supérieures provinciales d’une compétence concurrente dans les cas de demande de réparation contre la Couronne mènent à la conclusion opposée.

A. *The Nature of Judicial Review*

[24] The Attorney General correctly points to “the substantive differences between public law and private law principles” (Factum, at para. 6). Judicial review is directed at the legality, reasonableness, and fairness of the procedures employed and actions taken by government decision makers. It is designed to enforce the rule of law and adherence to the Constitution. Its overall objective is good governance. These public purposes are fundamentally different from those underlying contract and tort cases or causes of action under the *Civil Code of Québec*, R.S.Q., c. C-1991, and their adjunct remedies, which are primarily designed to right private wrongs with compensation or other relief.

[25] Not all invalid government decisions result in financial losses to private persons or entities. Not all financial losses that *do* occur will lay the basis for a private cause of action. Subordinate legislative and adjudicative functions do not in general attract potential government liability for damages. For practical purposes, the real concern here is with executive decisions by Ministers and civil servants causing losses that may or may not be excused by statutory authority.

[26] The focus of judicial review is to quash invalid government decisions — or require government to act or prohibit it from acting — by a speedy process. A bookstore, for example, will have a greater interest in getting its foreign books through Canada Customs — despite ill-founded allegations of obscenity — than in collecting compensation for the trifling profit lost on each book denied entry (*Little Sisters Book and Art Emporium v. Canada (Commissioner of Customs and Revenue)*, 2007 SCC 2, [2007] 1 S.C.R. 38). Thus s. 18.1 of the *Federal Courts Act* establishes a summary procedure with a 30-day time limit. There is no pre-hearing discovery, apart from what can be learned through affidavits and cross-examination. The applications judge hears no *viva voce* evidence. Damages are not available. Judicial review suits the

A. *La nature du contrôle judiciaire*

[24] Le procureur général souligne avec raison [TRADUCTION] « les différences substantielles entre les principes de droit public et les principes de droit privé » (mémoire, par. 6). Le contrôle judiciaire s’intéresse à la légalité, à la raisonnable et à l’équité du processus suivi et des mesures prises par l’administration publique. Il est conçu pour assurer la primauté du droit et le respect de la Constitution. Son but premier est le bon gouvernement. Ces objectifs publics se distinguent fondamentalement de ceux qui sous-tendent les instances en matière contractuelle et délictuelle ou les causes d’action régies par le *Code civil du Québec*, L.R.Q., c. C-1991, et les recours qui leur sont associés, lesquels visent principalement à redresser un tort privé au moyen d’une indemnité ou d’une autre réparation.

[25] Toutes les décisions invalides de l’administration publique ne causent pas de préjudice financier à des parties privées. Tous les préjudices financiers *effectivement* subis ne donnent pas ouverture à un recours de droit privé. Les fonctions judiciaires et législatives subordonnées n’engagent généralement pas la responsabilité civile de l’État. Ce qui est en jeu ici, en pratique, ce sont les décisions du pouvoir exécutif, rendues par les ministres et les fonctionnaires, qui causent un préjudice justifiable ou non par la défense de pouvoir d’origine législative.

[26] Le contrôle judiciaire a pour objet d’annuler les décisions invalides de l’administration publique — ou d’obliger l’administration publique à agir ou à ne pas agir — au moyen d’un processus expéditif. Par exemple, une librairie aura davantage intérêt à ce que les autorités douanières autorisent l’entrée au Canada d’ouvrages étrangers visés par des allégations non fondées d’obscénité qu’à toucher une indemnité pour la perte de profits négligeable afférente à chaque ouvrage refusé (*Little Sisters Book and Art Emporium c. Canada (Commissaire des Douanes et du Revenu)*, 2007 CSC 2, [2007] 1 R.C.S. 38). C’est pourquoi l’art. 18.1 de la *LCF* prévoit une procédure sommaire assortie d’un délai de 30 jours. Il n’y a pas de communication préalable de la preuve, hormis celle fournie par les affidavits et le contre-interrogatoire de leur auteur. Le juge

litigant who wishes to strike quickly and directly at the action (or inaction) it complains about. A damages claimant, on the other hand, will often be unaware of the nature or extent of its losses in a 30-day time frame, and may need pre-trial discovery to either make its case or find out it has none.

[27] The question must therefore be asked: What is the practical benefit to a litigant who wants compensation rather than a reversal of a government decision to undergo the *Grenier* two-court procedure? TeleZone, for example, would acquire no practical benefit from a judicial review application. Its primary complaint is for damages arising from the breach of an alleged tendering contract. It no longer seeks the benefit of the contract (or the PCS licence). It seeks compensation for substantial costs thrown away and lost profits. The Crown does not argue that the tendering contract (if it was made) was *ultra vires*, or that the alleged breach (if it occurred) was mandated by statutory authority. The argument, instead, is that TeleZone's claim constitutes a collateral attack on the ministerial order under the *Radiocommunication Act* that failed to award it a PCS licence. But in TeleZone's circumstances, judicial review of the Minister's decision would not address the claimed harm and would seem to offer little except added cost and delay.

[28] Negligence is also alleged by TeleZone. Tort liability, of course, is based on fault, not invalidity. As the Court made clear many years ago in *The Queen in Right of Canada v. Saskatchewan Wheat Pool*, [1983] 1 S.C.R. 205, at pp. 222-25, breach of a statute is neither necessary nor is it sufficient to ground a private cause of action. It is not necessary because a government decision that is perfectly valid may nevertheless give rise to liability in

des requêtes n'entend pas de témoins. Le contrôle judiciaire ne permet pas d'obtenir des dommages-intérêts. Ce recours convient au demandeur qui veut attaquer directement et rapidement la mesure (ou l'inaction) dont il se plaint. Par contre, celui qui réclame des dommages-intérêts n'est souvent pas en mesure d'établir dans un délai de 30 jours la nature ou l'importance du préjudice subi et doit pouvoir bénéficier d'une enquête préalable pour recueillir la preuve du bien-fondé de son recours ou constater qu'il ne peut l'établir.

[27] Il faut donc se demander quel intérêt pratique il y a, pour la partie qui demande une indemnité plutôt que l'annulation d'une décision de l'administration publique, à suivre la procédure faisant appel à deux juridictions décrite dans *Grenier*. Une demande de contrôle judiciaire ne serait, par exemple, d'aucune utilité pratique pour TeleZone. Le principal fondement de son recours est l'inexécution d'un présumé contrat issu d'un appel d'offres. Cependant, elle ne recherche plus l'exécution du contrat (ou l'obtention de la licence de SCP); elle veut être indemnisée des coûts substantiels qu'elle a engagés inutilement et des profits qu'elle a perdus. Le procureur général ne fait pas valoir que le contrat issu d'un appel d'offres (s'il a pris naissance) était *ultra vires* ni qu'un pouvoir d'origine législative justifie l'inexécution alléguée (si celle-ci est avérée). Il soutient plutôt que la demande de TeleZone conteste indirectement la décision, prise par le ministre sous le régime de la *Loi sur la radiocommunication*, de ne pas lui accorder de licence de SCP. Dans le cas de TeleZone, le contrôle judiciaire de la décision du ministre ne réparerait pas le préjudice qu'elle dit avoir subi et ne pourrait vraisemblablement guère donner de résultat, si ce n'est un allongement des délais et une augmentation des coûts.

[28] TeleZone invoque aussi la négligence. La responsabilité délictuelle procède bien sûr d'un acte fautif, et non de la nullité. Comme la Cour l'a clairement établi il y a longtemps, dans *La Reine du chef du Canada c. Saskatchewan Wheat Pool*, [1983] 1 R.C.S. 205, p. 222-225, il n'est ni nécessaire ni suffisant, pour fonder un recours de droit privé, qu'il y ait eu contravention à la loi. La contravention n'est pas nécessaire, car une décision tout à fait valide

contract (*Agricultural Research Institute of Ontario v. Campbell-High* (2002), 58 O.R. (3d) 321 (C.A.), leave to appeal refused, [2003] 1 S.C.R. vii) or tort (*Ryan v. Victoria (City)*, [1999] 1 S.C.R. 201).

[29] Nor is a breach of statutory power necessarily sufficient. Many losses caused by government decision making do not give rise to any cause of action known to the law. As the Attorney General correctly points out, “[e]ven if a discretionary decision of a federal board, commission or tribunal has been declared invalid or unlawful, that in itself does not create a cause of action in tort or under the Quebec regime of civil liability” (Factum, at para. 28).

[30] In *Miazga v. Kvello Estate*, 2009 SCC 51, [2009] 3 S.C.R. 339, Charron J. wrote that “[a] person accused of a criminal offence enjoys a private right of action when a prosecutor acts maliciously in fraud of his or her prosecutorial duties with the result that the accused suffers damage. However, the civil tort of malicious prosecution is not an after-the-fact judicial review of a Crown’s exercise of prosecutorial discretion” (para. 7 (emphasis added)). H. Woolf, J. Jowell and A. Le Sueur point out in *De Smith’s Judicial Review* (6th ed. 2007), that “[u]nlawfulness (in the judicial review sense) and negligence are conceptually distinct” (pp. 924-25). Put another way, while Crown liability in tort and the validity of an underlying administrative decision may generate some overlapping considerations, they present distinct and separate justiciable issues.

[31] The main difficulty in suing government for losses arising out of statutory decisions is often not the public law aspects of the decision but the need to identify a viable private cause of action, and thereafter to meet such special defences as statutory authority. In *Cooper v. Hobart*, 2001 SCC 79, [2001] 3 S.C.R. 537, for example, it was alleged that the conduct of the Registrar of mortgage brokers contributed significantly to the loss of some

de l’administration publique peut néanmoins engager sa responsabilité contractuelle (*Agricultural Research Institute of Ontario c. Campbell-High* (2002), 58 O.R. (3d) 321 (C.A.), autorisation d’appel refusée, [2003] 1 R.C.S. vii) ou délictuelle (*Ryan c. Victoria (Ville)*, [1999] 1 R.C.S. 201).

[29] Une irrégularité dans l’exercice d’un pouvoir d’origine législative ne suffit pas non plus. De nombreuses pertes causées par des décisions de l’administration publique ne génèrent aucune cause d’action reconnue en droit. Comme le signale avec justesse le procureur général : [TRADUCTION] « Même une déclaration de nullité ou d’invalidité d’une décision discrétionnaire d’un office fédéral ne crée pas en soi une cause d’action en responsabilité délictuelle ou en responsabilité civile selon le régime québécois de droit civil » (mémoire, par. 28).

[30] Par ailleurs, la juge Charron a écrit, dans *Miazga c. Kvello (Succession)*, 2009 CSC 51, [2009] 3 R.C.S. 339 : « Lorsqu’un procureur de la Couronne agit avec malveillance au mépris des obligations découlant de sa charge, l’accusé qui en subit un préjudice dispose d’un recours au civil. Cependant, le délit civil de poursuites abusives ne donne pas lieu à un contrôle judiciaire rétrospectif de l’exercice du pouvoir discrétionnaire du ministère public » (par. 7 (je souligne)). H. Woolf, J. Lowell et A. Le Sueur soulignent, dans *De Smith’s Judicial Review* (6^e éd. 2007), que [TRADUCTION] « [l]’illégalité (au sens qu’elle revêt en matière de contrôle judiciaire) et la négligence sont deux concepts distincts » (p. 924-925). Autrement dit, bien que la responsabilité délictuelle de la Couronne et la validité d’une décision administrative sous-jacente puissent faire intervenir des considérations qui se recoupent, elles soulèvent des questions justiciables distinctes.

[31] Souvent, la principale difficulté que la partie lésée par une décision prise en application de la loi doit surmonter pour être indemnisée par l’administration publique ne tient pas aux aspects de droit public de la décision, mais au fardeau qui lui incombe d’invoquer une cause d’action valable de droit privé et de réfuter des moyens de défense spéciaux comme la défense de pouvoir d’origine législative. Dans *Cooper c. Hobart*, 2001 CSC 79,

claimant investors, but it was held that there was insufficient proximity between the Registrar and the claimants to give rise to a duty of care. See also *Edwards v. Law Society of Upper Canada*, 2001 SCC 80, [2001] 3 S.C.R. 562; *Holland v. Saskatchewan*, 2008 SCC 42, [2008] 2 S.C.R. 551, at para. 8.

[32] The enactment of the *Federal Court Act*, S.C. 1970-71-72, c. 1, and the subsequent amendments in 1990 were designed to enhance government accountability as well as to promote access to justice. The legislation should be interpreted in such a way as to promote those objectives. The *Grenier* approach does not do so, in my respectful opinion, as will now be discussed.

B. *The Grenier Case*

[33] The shadow of the *Grenier* case perhaps extends beyond what was intended by the *Grenier* court itself.

[34] *Grenier* did not concern a conflict between the Federal Court and a provincial superior court. It concerned which of two alternative Federal Court modes of procedure should be pursued by an inmate of a federal penitentiary. He complained of the adverse effects of administrative segregation for 14 days pursuant to the *Corrections and Conditional Release Act*, S.C. 1992, c. 20. The inmate did not seek judicial review of the decision of the head of the institution to place him in administrative segregation. Instead, after waiting three years, he brought an action for damages against the federal Crown under s. 17 of the *Federal Courts Act*. At trial, the administrative segregation was found to be arbitrary. He was awarded \$5,000 in compensatory and exemplary damages.

[35] On appeal, the Attorney General objected that the inmate should have sought judicial review

[2001] 3 R.C.S. 537, par exemple, certains investisseurs alléguaient que la conduite du registraire des courtiers en hypothèques avait compté pour beaucoup dans les pertes qu'ils avaient subies, mais la Cour a jugé que le lien de proximité entre le registraire et ces investisseurs n'était pas suffisamment étroit pour donner naissance à une obligation de diligence. Voir également *Edwards c. Barreau du Haut-Canada*, 2001 CSC 80, [2001] 3 R.C.S. 562; *Holland c. Saskatchewan*, 2008 CSC 42, [2008] 2 R.C.S. 551, par. 8.

[32] L'adoption de la *Loi sur la Cour fédérale*, S.C. 1970-71-72, ch. 1, et les modifications qui y ont été apportées en 1990 visaient à accroître la responsabilité de l'administration publique ainsi qu'à promouvoir l'accès à la justice. Il faut donc en interpréter le libellé de façon à promouvoir ces objets. À mon humble avis, la démarche suivie dans *Grenier* ne le permet pas, comme nous le verrons maintenant.

B. *L'affaire Grenier*

[33] La portée de l'arrêt *Grenier* va peut-être plus loin que ne l'entendait la cour qui l'a rendu.

[34] L'affaire *Grenier* ne portait pas sur un conflit entre la Cour fédérale et une cour supérieure provinciale. Il s'agissait de déterminer quelle voie de droit devant la Cour fédérale elle-même devait emprunter un détenu d'un pénitencier fédéral qui prétendait avoir subi un préjudice du fait de son placement en isolement préventif pendant 14 jours sous le régime de la *Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition*, L.C. 1992, ch. 20. Le détenu n'avait pas demandé le contrôle judiciaire de la décision du directeur de l'établissement. Il avait plutôt attendu trois ans avant d'intenter une action en dommages-intérêts contre l'administration fédérale en vertu de l'art. 17 de la *LCF*. En première instance, la décision de le placer en isolement préventif a été jugée arbitraire. Il a obtenu des dommages-intérêts compensatoires et exemplaires s'élevant à 5 000 \$.

[35] En appel, le procureur général a fait valoir que le détenu aurait dû demander le contrôle judiciaire

of his administrative segregation under s. 18 of the Act before bringing his action for damages under s. 17 of the Act. The argument, in essence, was that the *Federal Courts Act* has several procedural doors and the inmate had tried to enter the wrong one. He knocked on s. 17 whereas he should have gone through s. 18. The Federal Court of Appeal agreed, taking the view that “Parliament assigned the exercise of reviewing the lawfulness of the decisions of federal agencies to a single court, the Federal Court. This review must be exercised under section 18, and only by filing an application for judicial review” (para. 24 (emphasis added)). The court reasoned that even within the same court, the s. 17 action for damages constituted an impermissible collateral attack on the decision of the prison authority (paras. 32-33) because the trial court “had to review the lawfulness of the institutional head’s decision . . . and set it aside” (para. 34), which could only be done under s. 18 of the same Act. It was thought that the judicial review jurisdiction of the Federal Court, with its unique statutory procedure, must be protected from erosion. Such a conclusion, in the *Grenier* court’s view, was consistent with *R. v. Consolidated Maybrun Mines Ltd.*, [1998] 1 S.C.R. 706.

[36] Moreover, according to the *Grenier* court, it made no difference that the administrative segregation Mr. Grenier complained of had long since been served. “[A] decision of a federal agency, such as the one by the institutional head in this case”, the court reasoned, “retains its legal force and authority, and remains juridically operative and legally effective so long as it has not been invalidated” (para. 19). Accordingly, the prison order, even in its afterlife, was still a complete answer to the s. 17 damages action.

[37] More recently, the Federal Court of Appeal itself seems to be losing some enthusiasm for *Grenier*’s “separate silos” approach. In *Hinton v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2008 FCA 215, [2009] 1 F.C.R. 476, the court allowed an application for judicial review to be converted into an action for damages which was

de son isolement préventif en application de l’art. 18 de la Loi avant d’intenter son recours en dommages-intérêts en vertu de l’art. 17. Elle a soutenu, essentiellement, que la *LCF* offrait plusieurs avenues procédurales, mais que le détenu n’avait pas emprunté la bonne voie en s’engageant dans celle prévue à l’art. 17 plutôt qu’à l’art. 18. La Cour d’appel fédérale lui a donné raison, signalant que « le Parlement a confié à une seule cour, la Cour fédérale, l’exercice du contrôle de la légalité des décisions des organismes fédéraux. Ce contrôle doit s’exercer et s’exerce, aux termes de l’article 18, seulement par la présentation d’une demande de contrôle judiciaire » (par. 24 (je souligne)). La Cour d’appel a jugé que l’action en dommages-intérêts fondée sur l’art. 17, même si elle était intentée devant le même tribunal, n’en constituait pas moins une contestation indirecte interdite de la décision de l’autorité carcérale (par. 32-33), parce que le tribunal de première instance « devait contrôler la légalité de la décision du directeur [. . .] et l’annuler » (par. 34), ce qui ne pouvait se faire qu’en application de l’art. 18 de la *LCF*. Elle a estimé qu’il fallait empêcher l’érosion de la compétence de la Cour fédérale en matière de contrôle judiciaire et de la procédure particulière établie à son égard par le législateur. Selon l’arrêt *Grenier*, une telle conclusion était compatible avec *R. c. Consolidated Maybrun Mines Ltd.*, [1998] 1 R.C.S. 706.

[36] Toujours suivant l’arrêt *Grenier*, il était sans conséquence que l’isolement préventif ait pris fin depuis longtemps. « [U]ne décision d’un organisme fédéral, comme celle en l’espèce du directeur, conserve sa force et son autorité légales, demeure juridiquement opérante et produit des effets légaux tant qu’elle n’a pas été invalidée » (par. 19). En conséquence, même après avoir cessé de produire ses effets, la mesure carcérale fournissait toujours une défense complète à l’action en dommages-intérêts fondée sur l’art. 17.

[37] Récemment, l’enthousiasme de la Cour d’appel fédérale elle-même à l’égard du « cloisonnement » établi dans *Grenier* a semblé s’estomper. Dans *Hinton c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, 2008 CAF 215, [2009] 1 R.C.F. 476, elle a permis qu’une demande de contrôle judiciaire soit convertie en action en dommages-intérêts, aussi

also certified as a class action, Sexton J.A. commenting that “[s]ometimes, such as the case at bar, it may prove too cumbersome to initiate a separate action for damages either concurrently with, or subsequent to, an application for judicial review” (para. 50).

[38] More recently in *Parrish & Heimbecker Ltd. v. Canada (Minister of Agriculture and Agri-Food)*, 2008 FCA 362, [2009] 3 F.C.R. 568 (which, on appeal, was heard concurrently in this Court with the present appeal), Sharlow J.A., dissenting, took the view that “the *Grenier* principle was developed without taking into account certain aspects of the statutory scheme governing federal Crown litigation [including the *Crown Liability and Proceedings Act*] that in my view cast doubt on the *Grenier* analysis” (para. 41).

[39] At the same time, some provincial courts have accepted the *Grenier* approach: see, e.g., *Donovan v. Canada (Attorney General)*, 2008 NLCA 8, 273 Nfld. & P.E.I.R. 116; *Lidstone v. Canada (Minister of Canadian Heritage)*, 2008 PESCTD 6, 286 Nfld. & P.E.I.R. 244. Most provincial courts, however, have either not followed *Grenier* or distinguished it: see, e.g., *River Valley Poultry Farm Ltd. v. Canada (Attorney General)*, 2009 ONCA 326, 95 O.R. (3d) 1, at para. 30; *Los Angeles Salad Co. v. Canadian Food Inspection Agency*, 2009 BCSC 109, 92 B.C.L.R. (4th) 379, at para. 24; *Leroux v. Canada Revenue Agency*, 2010 BCSC 865, 2010 D.T.C. 5123, at para. 54; see also *Fantasy Construction Ltd., Re*, 2007 ABCA 335, 89 Alta. L.R. (4th) 93, at para. 43; *Genge v. Canada (Attorney General)*, 2007 NLCA 60, 270 Nfld. & P.E.I.R. 182, at para. 34.

C. *The Attorney General’s Expansive View of the Grenier Decision*

[40] According to the Attorney General, *Grenier* denied the *jurisdiction* of either the Federal Court or a provincial superior court to proceed to adjudicate a damages claim without first passing through

autorisée à titre de recours collectif. Le juge Sexton a fait le commentaire suivant : « Parfois, comme en l’espèce, il peut s’avérer trop lourd d’intenter une action distincte en dommages-intérêts, concurrentement ou subséquemment à une demande de contrôle judiciaire » (par. 50).

[38] Plus récemment encore, dans l’arrêt *Parrish & Heimbecker Ltd. c. Canada (Ministre de l’Agriculture et de l’Agroalimentaire)*, 2008 CAF 362, [2009] 3 R.C.F. 568 (dont l’appel a été instruit par notre Cour concurrentement avec le présent pourvoi), la juge Sharlow, dissidente, a exprimé l’opinion que « [l]e principe établi dans l’arrêt *Grenier* a [. . .] été élaboré sans tenir compte de certains des aspects du régime législatif applicable au contentieux fédéral de l’État [dont la *Loi sur la responsabilité civile de l’État et le contentieux administratif*], ce qui, à mon avis, soulève des doutes au sujet de l’analyse de l’arrêt *Grenier* » (par. 41).

[39] Pour leur part, certaines cours provinciales ont adopté le raisonnement formulé dans *Grenier* : voir, notamment, *Donovan c. Canada (Attorney General)*, 2008 NLCA 8, 273 Nfld. & P.E.I.R. 116; *Lidstone c. Canada (Minister of Canadian Heritage)*, 2008 PESCTD 6, 286 Nfld. & P.E.I.R. 244. La plupart des cours provinciales ne l’ont toutefois pas suivi ou ont conclu que des distinctions s’imposaient : voir, notamment, *River Valley Poultry Farm Ltd. c. Canada (Attorney General)*, 2009 ONCA 326, 95 O.R. (3d) 1, par. 30; *Los Angeles Salad Co. c. Canadian Food Inspection Agency*, 2009 BCSC 109, 92 B.C.L.R. (4th) 379, par. 24; *Leroux c. Canada Revenue Agency*, 2010 BCSC 865, 2010 D.T.C. 5123, par. 54; voir aussi *Fantasy Construction Ltd., Re*, 2007 ABCA 335, 89 Alta. L.R. (4th) 93, par. 43; *Genge c. Canada (Attorney General)*, 2007 NLCA 60, 270 Nfld. & P.E.I.R. 182, par. 34.

C. *La conception large de l’arrêt Grenier invoquée par le procureur général*

[40] Suivant le procureur général, l’arrêt *Grenier* confirme que, lorsque la « légalité » d’une décision ou ordonnance administrative est en cause, ni la Cour fédérale ni une cour supérieure provinciale

the “unique” judicial review procedure set out in s. 18 of the *Federal Courts Act* if the “lawfulness” of an administrative decision or order is in issue. The Attorney General uses the expression “invalidity or lawfulness” which, he points out, may extend even to contract claims. He cites *Gestion Complexe Cousineau (1989) Inc. v. Canada (Minister of Public Works and Government Services)*, [1995] 2 F.C. 694, at pp. 703-6, where the Federal Court of Appeal concluded that the exercise by a Minister of a statutory power to seek tenders and to enter into contracts for the lease of land by the Crown could be subject to judicial review. See also *Irving Shipbuilding Inc. v. Canada (Attorney General)*, 2009 FCA 116, 314 D.L.R. (4th) 340, at paras. 21-25, leave to appeal refused, [2009] 3 S.C.R. vii. However, in this Court’s decision in *Martel Building Ltd. v. Canada*, 2000 SCC 60, [2000] 2 S.C.R. 860, a tendering case, although in the end the claim was dismissed, there was no suggestion in the judgment that judicial review was a necessary preliminary step to the recovery of contract damages against the Crown.

[41] Moreover, I do not think the Attorney General’s position is supported by *Consolidated Maybrun* or its companion case of *R. v. Al Klippert Ltd.*, [1998] 1 S.C.R. 737. Those cases dealt with the narrow issue of whether a person facing penal charges for failing to comply with an administrative order can challenge the validity of the order by way of defence despite failure to take advantage of the appeal process provided for by the law under which the order was issued. In both cases, the Court paid close attention to the regulatory statute under which an order is made and concluded that to permit such a defence “would encourage conduct contrary to the [regulatory] Act’s objectives and would tend to undermine its effectiveness” (*Consolidated Maybrun*, at para. 60). These cases thus stand for a rather nuanced view of where collateral attack is (or is not) permissible. The outcome largely depends on the court’s view of the statute under which an order is made “and must be answered in light of the legislature’s intention as to the appropriate forum” for resolving the dispute (*Consolidated Maybrun*, at para. 52). In my

n’ont *compétence* pour instruire une action en dommages-intérêts sans contrôle judiciaire préalable au moyen de la procédure « particulière » établie à l’art. 18 de la *LCF*. Le procureur général emploie l’expression [TRADUCTION] « invalidité ou légalité » et signale que celle-ci peut s’étendre même aux recours contractuels. Il cite l’arrêt *Gestion Complexe Cousineau (1989) Inc. c. Canada (Ministre des Travaux publics et Services gouvernementaux)*, [1995] 2 C.F. 694, p. 703-706, dans lequel la Cour d’appel fédérale a jugé que l’exercice par un ministre du pouvoir légal de lancer un appel d’offres et de conclure des marchés concernant la location de biens-fonds par la Couronne peut faire l’objet d’un contrôle judiciaire. Voir aussi *Irving Shipbuilding Inc. c. Canada (Procureur général)*, 2009 CAF 116 (CanLII), par. 21-25, autorisation d’appel refusée, [2009] 3 R.C.S. vii. Toutefois, dans l’arrêt *Martel Building Ltd. c. Canada*, 2000 CSC 60, [2000] 2 R.C.S. 860, qui portait lui aussi sur un appel d’offres, notre Cour a rejeté la demande, en définitive, mais elle n’a pas indiqué qu’un recours en dommages-intérêts contre la Couronne devait être précédé d’un contrôle judiciaire.

[41] De plus, je ne pense pas que *Consolidated Maybrun* ou le pourvoi connexe *R. c. Al Klippert Ltd.*, [1998] 1 R.C.S. 737, appuient la position du procureur général. Ces affaires soulevaient la question très étroite de savoir si une personne accusée au criminel de ne pas s’être conformée à une ordonnance administrative pouvait, en défense, contester la validité de l’ordonnance bien qu’elle ne se fût pas prévalu de la procédure d’appel prévue par la loi sous le régime de laquelle l’ordonnance avait été rendue. Dans les deux cas, la Cour a conclu, après un examen minutieux de la loi de nature réglementaire en vertu de laquelle l’ordonnance avait été rendue, qu’autoriser une telle défense « encouragerait un comportement contraire aux objectifs de la Loi [de nature réglementaire] et tendrait à miner son efficacité » (*Consolidated Maybrun*, par. 60). Ces arrêts établissent en conséquence une position assez nuancée quant à savoir si une contestation indirecte est possible ou non. La réponse à cette question dépend largement de l’analyse que fait le tribunal de la loi dont découle la décision et exige qu’on recherche « l’intention législative quant au

respectful view, having regard to these policy considerations, it would be adherence to the *Grenier* approach that “would tend to undermine [the] effectiveness” of the *Federal Courts Act* reforms which had as one of their objectives making the provincial superior courts an equally “appropriate forum” for resolving in an efficient way financial claims against the federal Crown.

D. *The Jurisdiction of the Provincial Superior Courts*

[42] What is required, at this point of the discussion, is to remind ourselves of the rule that any derogation from the jurisdiction of the provincial superior courts (in favour of the Federal Court or otherwise) requires clear and explicit statutory language: “[The] ouster of jurisdiction from the provincial superior courts in favour of vesting exclusive jurisdiction in a statutory court . . . requires clear and explicit statutory wording to this effect”: *Ordon Estate v. Grail*, [1998] 3 S.C.R. 437, at para. 46; see also *Pringle v. Fraser*, [1972] S.C.R. 821, at p. 826; *Canada (Human Rights Commission) v. Canadian Liberty Net*, [1998] 1 S.C.R. 626, at para. 38. The Attorney General’s argument rests too heavily on what he sees as the negative implications to be read into s. 18.

[43] The oft-repeated incantation of the common law is that “nothing shall be intended to be out of the jurisdiction of a Superior Court, but that which specially appears to be so; and, on the contrary, nothing shall be intended to be within the jurisdiction of an Inferior Court but that which is so expressly alleged”: *Peacock v. Bell* (1667), 1 Wms. Saund. 73, 85 E.R. 84, at pp. 87-88. In contrast, the jurisdiction of the Federal Court is purely statutory.

[44] The term “jurisdiction” simply is shorthand for the collection of attributes that enables a court or tribunal to issue an enforceable order or judgment. A court has jurisdiction if its authority

forum approprié » pour le règlement du différend (*Consolidated Maybrun*, par. 52). À mon avis, étant donné les considérations de principe susmentionnées, c’est l’adoption de l’approche retenue dans *Grenier* qui [TRADUCTION] « tendrait à miner [l’]efficacité » des réformes mises en place par la *LCF*, qui visaient notamment à ce qu’une cour supérieure provinciale devienne tout autant un « forum approprié » pour le règlement efficace des réclamations pécuniaires contre la Couronne fédérale.

D. *La compétence des cours supérieures provinciales*

[42] À ce stade de l’analyse, il faut se rappeler que la compétence des cours supérieures provinciales ne peut être amoindrie (en faveur de la Cour fédérale ou d’un autre tribunal) que si une disposition législative claire le prévoit expressément. « [L]a dévolution d’une compétence exclusive à un tribunal créé par loi et la perte corrélative de cette compétence par les cours supérieures provinciales [. . .] doit être énoncée expressément en termes clairs dans la loi » : *Succession Ordon c. Grail*, [1998] 3 R.C.S. 437, par. 46; voir aussi *Pringle c. Fraser*, [1972] R.C.S. 821, p. 826; *Canada (Commission des droits de la personne) c. Canadian Liberty Net*, [1998] 1 R.C.S. 626, par. 38. Dans son argumentation, le procureur général accorde trop d’importance à ce qu’il perçoit comme les inférences négatives qu’il faut tirer de l’art. 18.

[43] La formule souvent répétée en common law veut que [TRADUCTION] « rien n’est censé échapper à la compétence d’une cour supérieure sauf ce qui paraît en être spécialement exclu et, inversement, rien n’est censé relever de la compétence d’une cour d’instance inférieure sauf ce qui est expressément déclaré en relever » : *Peacock c. Bell* (1667), 1 Wms. Saund. 73, 85 E.R. 84, p. 87-88. À l’opposé, la compétence de la Cour fédérale est purement d’origine législative.

[44] Le terme « compétence » désigne simplement l’ensemble des attributions qui permettent à un tribunal judiciaire ou administratif de rendre des ordonnances ou jugements susceptibles

extends to “the person and the subject matter in question and, in addition, has authority to make the order sought”: *Mills v. The Queen*, [1986] 1 S.C.R. 863, *per* McIntyre J., at p. 960, quoting Brooke J.A. in *R. v. Morgentaler* (1984), 41 C.R. (3d) 262, at p. 271, and *per* Lamer J., dissenting, at p. 890; see also *R. v. Rahey*, [1987] 1 S.C.R. 588, at p. 603; *R. v. 974649 Ontario Inc.*, 2001 SCC 81, [2001] 3 S.C.R. 575, at para. 15; *R. v. Conway*, 2010 SCC 22, [2010] 1 S.C.R. 765. The Attorney General does not deny that the Superior Court possesses *in personam* jurisdiction over the parties, or dispute the Superior Court’s authority to award damages. The dispute centres on subject matter jurisdiction.

[45] It is true that apart from constitutional limitations (see, e.g., *Attorney General of Canada v. Law Society of British Columbia*, [1982] 2 S.C.R. 307, and cases under s. 96 of the *Constitution Act, 1867*, which are not relevant here), Parliament may by statute transfer jurisdiction from the superior courts to other adjudicative bodies including the Federal Court. It did so, for example, with respect to the judicial review of federal decision makers: *Canada Labour Relations Board v. Paul L’Anglais Inc.*, [1983] 1 S.C.R. 147, at p. 154. However, the onus lies here on the Attorney General to establish the existence and extent of such a transfer of jurisdiction in statutory terms that are clear, explicit and unambiguous.

[46] Nothing in the *Federal Courts Act* satisfies this test. Indeed, as mentioned, the explicit grant to the provincial superior courts of concurrent jurisdiction in claims against the Crown in s. 17 of that Act (as well as s. 21 of the *Crown Liability and Proceedings Act*) directly refutes it. As Sharlow J.A., dissenting, pointed out in *Parrish & Heimbecker Ltd.* (appeal allowed and judgment released concurrently herewith, 2010 SCC 64, [2010] 3 S.C.R. 639), s. 8 of the *Crown Liability and Proceedings Act*, which codifies the defence of statutory authority, is evidence that Parliament envisaged that the assessment of lawfulness would be made by the provincial superior court

d’exécution. Un tribunal judiciaire est compétent s’il possède « une compétence *ratione personae* et *ratione materiae* [. . .] et s’il détient en outre le pouvoir de rendre l’ordonnance sollicitée » : *Mills c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 863, le juge McIntyre, p. 960 — citant le juge Brooke dans *R. c. Morgentaler* (1984), 41 C.R. (3d) 262, p. 271 — et le juge Lamer, dissident, p. 890; voir aussi *R. c. Rahey*, [1987] 1 R.C.S. 588, p. 603; *R. c. 974649 Ontario Inc.*, 2001 CSC 81, [2001] 3 R.C.S. 575, par. 15; *R. c. Conway*, 2010 CSC 22, [2010] 1 R.C.S. 765. Le procureur général ne nie pas que la Cour supérieure a compétence *ratione personae* à l’égard des parties ni qu’elle a le pouvoir d’octroyer des dommages-intérêts. Le litige porte sur la compétence relative à l’objet du litige.

[45] Il est vrai que, sous réserve de restrictions constitutionnelles (voir, p. ex., *Procureur général du Canada c. Law Society of British Columbia*, [1982] 2 R.C.S. 307, et d’arrêts relatifs à l’art. 96 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, non pertinents en l’espèce), le législateur peut transférer un pouvoir appartenant aux cours supérieures à d’autres organismes juridictionnels, comme la Cour fédérale. Il l’a fait, notamment, en matière de contrôle judiciaire des décisions de l’administration fédérale : *Conseil canadien des relations du travail c. Paul L’Anglais Inc.*, [1983] 1 R.C.S. 147, p. 154. C’est toutefois au procureur général qu’il incombe de démontrer qu’une disposition législative claire, explicite et non équivoque a opéré un tel transfert juridictionnel et d’en établir la portée.

[46] Rien dans la *LCF* ne lui permet de faire cette démonstration. En effet, comme il en a été fait mention, l’octroi explicite aux cours supérieures provinciales d’une compétence concurrente en matière de demandes de réparation contre la Couronne, à l’art. 17 (ainsi qu’à l’art. 21 de la *Loi sur la responsabilité civile de l’État et le contentieux administratif*), réfute directement l’hypothèse d’un transfert. Comme la juge Sharlow, dissidente, l’a signalé dans *Parrish & Heimbecker Ltd.* (appel accueilli et jugement rendu concurremment avec le présent arrêt, 2010 CSC 64, [2010] 3 R.C.S. 639), l’art. 8 de la *Loi sur la responsabilité civile de l’État et le contentieux administratif*, qui codifie la défense de

in the course of adjudicating a claim for damages (para. 39).

E. *Claimed “Inferences” From Section 18 of the Federal Courts Act*

[47] An application for judicial review under the *Federal Courts Act* combines an allegation that a federal authority has acted contrary to the substantive principles of public law, along with a claim for one of the kinds of relief listed in s. 18(1). It is only this procedure that is in the exclusive jurisdiction of the Federal Court. As the Court recently observed in *Canada (Citizenship and Immigration) v. Khosa*, 2009 SCC 12, [2009] 1 S.C.R. 339, “[t]he genesis of the *Federal Courts Act* lies in Parliament’s decision in 1971 to remove from the superior courts of the provinces the jurisdiction over prerogative writs, declarations, and injunctions against federal boards, commissions and other tribunals” (para. 34). Section 18 does *not* say that a dispute over the lawfulness of exercise of statutory authority cannot be assessed in the course of a trial governed by the *Crown Liability and Proceedings Act* brought in the provincial superior court or pursuant to s. 17 of the *Federal Courts Act* itself.

[48] The Attorney General argues that a “remedies” oriented approach, similar to the view adopted by the Ontario Court of Appeal in this case, results in “a rigid, formalistic and literal interpretation” of s. 18 (Factum, at para. 66) and gives insufficient weight to context and, in particular, to the intention of Parliament. I agree that the context and Parliamentary purpose are essential to a proper interpretation of s. 18, but I do not think a broad and contextual approach assists the Attorney General’s argument.

(i) The Parliamentary Context

[49] The Parliamentary debates in 1971 took place in the context of the enormous growth of

pouvoir d’origine législative, prouve que le législateur prévoyait que la cour supérieure provinciale saisie d’une action en dommages-intérêts se prononcerait sur la légalité de la décision dans le cadre de cette action (par. 39).

E. *Les « inférences » proposées à partir de l’art. 18 de la Loi sur les Cours fédérales*

[47] Une demande de contrôle judiciaire présentée en vertu de la *LCF* combine l’allégation qu’un office fédéral n’a pas respecté les principes fondamentaux du droit public et la revendication de l’une des réparations énumérées au par. 18(1). La compétence exclusive de la cour fédérale se limite à cette procédure. Comme notre Cour l’a récemment signalé dans *Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Khosa*, 2009 CSC 12, [2009] 1 R.C.S. 339, « [l]a *Loi sur les Cours fédérales* résulte de la décision prise par le législateur en 1971 de retirer aux cours supérieures des provinces leur compétence en matière de brefs de prérogative, jugements déclaratoires et injonctions visant des offices fédéraux » (par. 34). L’article 18 n’interdit *pas* qu’un litige sur la légalité de l’exercice d’un pouvoir d’origine législative soit tranché lors d’un procès tenu en vertu de la *Loi sur la responsabilité civile de l’État et le contentieux administratif* devant la cour supérieure provinciale ou en vertu de l’art. 17 de la *LCF* elle-même.

[48] Selon le procureur général, un raisonnement axé sur les « recours », semblable à la position retenue par la Cour d’appel de l’Ontario en l’espèce, entraîne [TRADUCTION] « une interprétation rigide, formaliste et littérale » de l’art. 18 (mémoire, par. 66) et n’accorde pas assez d’importance au contexte et, plus particulièrement, à l’intention du législateur. Je suis d’accord qu’il est indispensable de tenir compte du contexte et de l’intention du législateur pour bien interpréter l’art. 18, mais je ne pense pas qu’une méthode d’interprétation large et contextuelle serve l’argumentation du procureur général.

(i) Le contexte parlementaire

[49] En 1971, le contexte entourant les débats parlementaires était marqué par la multiplication des

federal regulatory regimes, the perceived need for a “national perspective” on judicial review, and a concern about inconsistent supervision of federal public bodies by various provincial superior courts across the country (see D. J. M. Brown and J. M. Evans, *Judicial Review of Administrative Action in Canada* (loose-leaf), at para. 2:4100). Thus, Parliament radically transformed the old Exchequer Court into a new Federal Court and crafted a new procedure which resulted in the Federal Court’s supervisory jurisdiction over federal decision makers.

[50] The Minister of Justice in 1970 emphasized that Parliament’s concern was supervision (not compensation) and in particular its concern was about fragmented judicial review of federal adjudicative tribunals. One provincial superior court might uphold as valid an important decision, e.g., by the National Energy Board, which a superior court in a different province might decide to quash. Thus:

This multiple supervision [by the provincial courts], with a lack of consistent jurisprudence and application, can work serious hardship not only on the boards and commissions but on those who appear before them. . . . It is for this reason . . . that the conclusion was reached that this superintending jurisdiction should be vested in a single court that enjoyed the same nation wide jurisdiction as the federal boards, commissions and tribunals themselves. The bill is therefore designed to create a single and uniform basis of superintending jurisdiction in relation to federal boards and commissions and to place them on the same footing in this regard as provincial boards and commissions.

(*House of Commons Debates*, 2nd Sess., 28th Parl. March 25, 1970, at pp. 5470-71; see also A.G. Factum, at para. 79; *Khosa*, at para. 34.)

However, the very broad statutory definition in s. 2 of “federal board, commission or other tribunal” goes well beyond what are usually thought of as “boards and commissions” and its very breadth belatedly (and perhaps unintentionally) precipitated the *Grenier* controversy about how to

régimes de réglementation fédérale, le sentiment qu’une [TRADUCTION] « perspective nationale » s’imposait en matière de contrôle judiciaire et des préoccupations concernant le manque d’uniformité dans l’exercice du pouvoir de surveillance des différentes cours supérieures provinciales du pays sur les offices fédéraux (voir D. J. M. Brown et J. M. Evans, *Judicial Review of Administrative Action in Canada* (feuilles mobiles), par. 2:4100). Le législateur a donc transformé radicalement l’ancienne Cour de l’Échiquier pour créer la Cour fédérale et il a établi une nouvelle procédure, qui a conféré à la Cour fédérale son pouvoir de surveillance sur les décideurs fédéraux.

[50] En 1970, le ministre de la Justice a souligné que la question qui préoccupait le législateur était celle de la surveillance (non de l’indemnisation) et qu’il s’inquiétait plus particulièrement de la fragmentation du contrôle judiciaire exercé sur les organismes juridictionnels fédéraux. Ainsi, une décision importante de l’Office national de l’énergie, p. ex., aurait pu être jugée valide et confirmée par la cour supérieure d’une province, mais annulée par une cour supérieure d’une autre province :

Cette surveillance multiple [par les cours provinciales], en l’absence d’uniformité dans la jurisprudence et son application, peut nuire sérieusement non seulement aux offices et commissions eux-mêmes, mais aussi à ceux qui comparaissent devant eux. [. . .] Pour cette raison [. . .] on a jugé que ce pouvoir de surveillance ne devait être conféré qu’à une seule cour dont la juridiction est d’ordre national, comme celle des offices, commissions et tribunaux fédéraux eux-mêmes. Le bill est donc destiné à établir sur une base unique et uniforme le pouvoir de surveillance exercé sur les commissions et offices fédéraux et à les placer sur le même pied sous ce rapport que les commissions et offices provinciaux.

(*Débats de la Chambre des communes*, 2^e sess., 28^e lég., 25 mars 1970, p. 5470-5471; voir aussi le mémoire du P.G., au para. 79; *Khosa*, par. 34.)

Toutefois, la définition extrêmement large d’« office fédéral » figurant à l’art. 2 dépasse largement l’idée qu’on se fait généralement de ce concept, et sa très vaste portée a provoqué plus tard (peut-être de façon involontaire) la controverse en cause dans *Grenier* sur la façon de traiter le chevauchement de l’objet

prioritize the overlapping subject matter shared by judicial review and the trial of common law claims for compensation based on fault. The grant of concurrent jurisdiction in s. 17 does not negate the possibility of inconsistency, but Parliament has agreed to live with the possibility in the interest of easier access to justice.

(ii) The Statutory Text

[51] The grant of *exclusive* jurisdiction to judicially review federal decision makers is found in s. 18 of the *Federal Courts Act* and is expressed in terms of particular remedies:

18. (1) Subject to section 28, the Federal Court has exclusive original jurisdiction

(a) to issue an injunction, writ of *certiorari*, writ of prohibition, writ of *mandamus* or writ of *quo warranto*, or grant declaratory relief, against any federal board, commission or other tribunal; and

(b) to hear and determine any application or other proceeding for relief in the nature of relief contemplated by paragraph (a), including any proceeding brought against the Attorney General of Canada, to obtain relief against a federal board, commission or other tribunal.

. . .

(3) The remedies provided for in subsections (1) and (2) may be obtained only on an application for judicial review made under section 18.1.

[52] All of the remedies listed in s. 18(1)(a) are traditional administrative law remedies, including the four prerogative writs — *certiorari*, prohibition, *mandamus* and *quo warranto* — and declaratory and injunctive relief in the administrative law context. Section 18 does not include an award of damages. If a claimant seeks compensation, he or she cannot get it on judicial review. By the same token, the plaintiff in a damages action is not entitled to add a supplementary claim for a declaration or injunction to prevent the government from acting on a decision said to be tainted by illegality. That is the domain of the Federal Court.

du contrôle judiciaire et de l'instruction des demandes d'indemnisation en common law fondées sur la faute. L'octroi d'une compétence concurrente à l'art. 17 n'écarte pas la possibilité de jugements contradictoires, mais le législateur a accepté de composer avec ce risque au nom d'un meilleur accès à la justice.

(ii) Le libellé de la loi

[51] L'attribution de la compétence *exclusive* en matière de contrôle judiciaire des décisions de l'administration fédérale figure à l'art. 18 de la *LCF*, et elle est énoncée sous forme de recours particuliers :

18. (1) Sous réserve de l'article 28, la Cour fédérale a compétence exclusive, en première instance, pour :

a) décerner une injonction, un bref de *certiorari*, de *mandamus*, de prohibition ou de *quo warranto*, ou pour rendre un jugement déclaratoire contre tout office fédéral;

b) connaître de toute demande de réparation de la nature visée par l'alinéa a), et notamment de toute procédure engagée contre le procureur général du Canada afin d'obtenir réparation de la part d'un office fédéral.

. . .

(3) Les recours prévus aux paragraphes (1) ou (2) sont exercés par présentation d'une demande de contrôle judiciaire.

[52] Tous les recours énumérés à l'al. 18(1)a) sont des recours classiques du droit administratif, y compris les quatre brefs de prérogative — *certiorari*, *mandamus*, prohibition et *quo warranto* — et les demandes d'injonction et de jugement déclaratoire en droit administratif. L'article 18 ne prévoit pas l'octroi de dommages-intérêts. L'indemnisation n'est pas possible dans le cadre d'une procédure de contrôle judiciaire. De même, on ne peut, dans le cadre d'une action en dommages-intérêts, demander par surcroît un jugement déclaratoire ou une injonction visant à empêcher la mise en œuvre d'une décision administrative prétendument illégale. Pareille demande est du ressort de la Cour fédérale.

(iii) Reading the Act as a Whole

[53] There is much internal evidence in ss. 18 and 18.1 of the *Federal Courts Act* to indicate that Parliament could not have intended judicial review to have the gatekeeper function envisaged by *Grenier*.

[54] As mentioned, the 30-day limitation period for judicial review applications under s. 18.1(2) of the *Federal Courts Act* is one such indication. Such a short limitation is consistent with a quick and summary judicial review procedure — but not a damages action. TeleZone’s action in Ontario would have a six-year limitation. A 30-day cut off for a damages claimant would be unrealistic. The claimant may not be in a position to apply for judicial review within the limitation period. The facts necessary to ground a civil cause of action may not emerge until after 30 days have passed.

[55] The 30-day limit can be extended by order of a Federal Court judge (s. 18.1(2)) but the extension is discretionary, and would subordinate the fate of a civil suit brought in a superior court to the discretion of a Federal Court judge ruling upon a request for an extension of time for reasons that have to do with public law concerns, not civil damages. In practical terms, the effect of the *Grenier* argument would be to impose a discretionary limitation period (determined by the Federal Court) on actions for damages against the Crown in a provincial superior court, an outcome which, in my opinion, Parliament cannot have intended. Apart from anything else, it undermines s. 39 of the *Federal Courts Act*, which provides that, ordinarily, claims against the Crown in the Federal Court are subject to the limitation period applicable “between subject and subject” in the province where the claim arose, or six years in respect of a “cause of action arising otherwise than in a province”.

(iii) Interprétation de la loi dans son ensemble

[53] Beaucoup d’éléments intrinsèques des art. 18 et 18.1 de la *LCF* indiquent que le législateur ne peut avoir eu l’intention de faire du contrôle judiciaire une épreuve préliminaire comme le laisse entrevoir l’arrêt *Grenier*.

[54] Comme je l’ai mentionné, le délai de 30 jours applicable à la présentation des demandes de contrôle judiciaire sous le régime du par. 18.1(2) de la *LCF* constitue l’un de ces éléments. Un délai aussi court convient à une procédure sommaire et expéditive de contrôle judiciaire, mais non à une action en dommages-intérêts. Le délai de prescription applicable à l’action de TeleZone en Ontario est de six ans. Il ne serait pas réaliste qu’une action en dommages-intérêts se prescrive par 30 jours. Il se pourrait qu’un demandeur ne soit pas en mesure de déposer sa demande de contrôle judiciaire dans un tel délai. Les faits nécessaires pour fonder un recours civil peuvent fort bien n’être connus qu’après 30 jours.

[55] Un juge de la Cour fédérale peut proroger par ordonnance le délai de 30 jours (par. 18.1(2)), mais il s’agit là d’une décision discrétionnaire, et l’issue d’une action civile intentée devant une cour supérieure serait ainsi subordonnée au pouvoir discrétionnaire d’un juge de la Cour fédérale statuant sur une demande de prorogation de délai en fonction de considérations de droit public et non de facteurs propres aux dommages-intérêts de droit civil. Concrètement, l’argument tiré de l’arrêt *Grenier* mènerait à l’application d’un délai de prescription discrétionnaire (fixé par la Cour fédérale) aux actions en dommages-intérêts contre la Couronne (intentées devant une cour supérieure provinciale), un résultat qui, à mon avis, ne peut correspondre à l’intention du législateur. Indépendamment de toute autre considération, ce résultat contrecarrerait l’art. 39 de la *LCF* selon lequel, règle générale, les instances introduites contre la Couronne devant la Cour fédérale sont assujetties aux règles de prescription régissant « les rapports entre particuliers » dans la province où le fait générateur de l’instance s’est produit ou se prescrivent par six ans à compter du fait générateur « lorsque celui-ci n’est pas survenu dans une province ».

[56] As recently affirmed in *Khosa*, the grant of relief on judicial review is in its nature discretionary and may be denied even if the applicant establishes valid grounds for the court's intervention:

... the language of s. 18.1 generally sets out threshold grounds which permit but do not require the court to grant relief. Whether or not the court should exercise its discretion in favour of the application will depend on the court's appreciation of the respective roles of the courts and the administration as well as the "circumstances of each case". [para. 36]

See also *Harelkin v. University of Regina*, [1979] 2 S.C.R. 561, at pp. 592-93; *Immeubles Port Louis Ltée v. Lafontaine (Village)*, [1991] 1 S.C.R. 326, at p. 372. Such an approach does not align well with the paradigm of a common law action for damages where, if the elements of the claim are established, compensation ought generally to follow as a matter of course. In judicial review, "the discretionary nature of the courts' supervisory jurisdiction reflects the fact that unlike private law, its orientation is not, and never has been, directed exclusively to vindicating the rights of individuals" (Brown and Evans, at para. 3:1100).

(iv) The 1990 Amendments to the *Federal Courts Act*

[57] The current version of s. 17 of the *Federal Courts Act*, which only came into force on February 1, 1992, allows parties to institute civil claims against the Federal Crown in the superior courts of the provinces. For ease of reference, I repeat the operative language:

17. (1) Except as otherwise provided in this Act or any other Act of Parliament, the Federal Court has concurrent original jurisdiction in all cases in which relief is claimed against the Crown.

The grant of jurisdiction is thus framed in terms of relief, i.e., "all cases in which relief is claimed" except as otherwise provided. Section 18(1) otherwise provides in relation to the specific forms of relief listed therein. Section 18(3) of the Act expressly provides that *remedies in the nature*

[56] Notre Cour a récemment confirmé, dans *Khosa*, la nature discrétionnaire des décisions en matière de contrôle judiciaire et indiqué qu'une demande de contrôle peut être rejetée même lorsque le demandeur a établi l'existence de motifs qui justifieraient l'intervention de la cour :

... l'art. 18.1 énonce en termes généraux les motifs qui autorisent la Cour à prendre une mesure, sans lui en imposer l'obligation. La question de savoir si la cour devrait exercer son pouvoir discrétionnaire d'accorder réparation dépendra de son appréciation des rôles respectifs des cours de justice et des organismes administratifs ainsi que des « circonstances de chaque cas ». [par. 36]

Voir aussi *Harelkin c. Université de Regina*, [1979] 2 R.C.S. 561, p. 592-593; *Immeubles Port Louis Ltée c. Lafontaine (Village)*, [1991] 1 R.C.S. 326, p. 372. Cette approche ne concorde pas avec le paradigme de l'action en dommages-intérêts de la common law, suivant lequel la preuve des éléments de la demande entraîne normalement l'indemnisation. En matière de contrôle judiciaire, [TRADUCTION] « la nature discrétionnaire du pouvoir de surveillance des tribunaux témoigne du fait que, contrairement au droit privé, il n'est pas et n'a jamais été axé exclusivement sur la défense des droits des particuliers » (Brown et Evans, par. 3:1100).

(iv) Les modifications apportées à la *Loi sur les Cours fédérales* en 1990

[57] La version actuelle de l'art. 17 de la *LCF*, qui n'est entré en vigueur que le 1^{er} février 1992, permet d'intenter des poursuites civiles contre la Couronne fédérale devant les cours supérieures provinciales. Par souci de commodité, j'en reproduis les termes essentiels :

17. (1) Sauf disposition contraire de la présente loi ou de toute autre loi fédérale, la Cour fédérale a compétence concurrente, en première instance, dans les cas de demande de réparation contre la Couronne.

La compétence accordée est donc axée sur la réparation, c.-à-d. qu'elle est attribuée « dans les cas de demande de réparation », sauf disposition contraire. Le paragraphe 18(1) constitue une disposition contraire en ce qui concerne les formes de réparations qui y sont énumérées. Selon le par. 18(3), les

of judicial review “may be obtained only on an application for judicial review made under section 18.1”. The *Federal Courts Act* lists no other relevant exclusions from s. 17, and we have not been referred to any other Act of Parliament having a bearing on this subject.

[58] As the Minister of Justice stated in 1989 before the Legislation Committee examining Bill C-38, which resulted in, among other changes, today’s version of s. 17:

[W]e have made provision in the bill whereby ordinary common law and civil law actions for relief against the federal Crown, which are presently the exclusive jurisdiction of the Federal Court, may also be heard by provincial courts. Such provision acknowledges the fact that the Federal Court possesses no unique expertise in areas of ordinary contract and tort law. [The Minister here went on to describe the practical jurisdictional and procedural problems created by the Federal Court’s prior exclusive jurisdiction over federal authorities.]

(Minutes of Proceedings and Evidence of the Legislative Committee on Bill C-38, No. 1, 2nd Sess., 34th Parl., November 23, 1989, at pp. 14-15)

On second reading of the Bill, the Minister again emphasized that the purpose of the amendments was to allow the plaintiffs to sue the federal Crown in either the provincial superior courts or the Federal Court:

For example, a person should be able to sue the Crown in a suitably convenient court for breach of contract to purchase goods or for negligent driving by a Crown employee that causes injuries to another motorist. At the moment, such actions can only be brought in the Federal Court. However, it is not as available as provincial courts.

Moreover, for both citizen and lawyer alike, provincial courts, including their procedures and personnel, are much more familiar.

Therefore, the Federal Court is often not the most convenient one for the private litigant. With this in

recours de la nature d’un contrôle judiciaire « sont exercés par présentation d’une demande de contrôle judiciaire ». La *LCF* ne prévoit aucune autre exclusion qui limiterait la portée de l’art. 17, et on n’a porté à notre attention aucune autre loi fédérale qui aurait cet effet.

[58] Voici ce que le ministre de la Justice a déclaré en 1989 devant le comité législatif chargé de l’examen du projet de loi C-38 qui est à l’origine, notamment, de la version actuelle de l’art. 17 :

[N]ous avons inséré, dans ce projet de loi, une disposition permettant également aux tribunaux judiciaires des provinces d’instruire des litiges ordinaires, de common law et de droit civil, visant à obtenir réparation de la Couronne. Ces litiges relèvent actuellement de la compétence exclusive de la Cour fédérale. Cette disposition reconnaît que la Cour fédérale ne possède pas de connaissances spécialisées en matière de contrats et en matière d’actes délictuels. [Le Ministre a ensuite décrit les problèmes pratiques d’ordre juridictionnel ou procédural posés par l’exclusivité juridictionnelle de la Cour fédérale sur les autorités fédérales.]

(Procès-verbaux et témoignages du Comité législatif sur le projet de loi C-38, n° 1, 2^e sess., 34^e lég., 23 novembre 1989, p. 14-15)

Lors de la deuxième lecture du projet de loi, le ministre a souligné de nouveau que les modifications visaient à permettre à un demandeur de poursuivre la Couronne fédérale soit devant une cour supérieure provinciale, soit devant la Cour fédérale :

Par exemple, une poursuite fondée sur le bris d’un contrat d’achat de marchandises ou sur des blessures causées à un automobiliste par la négligence au volant d’un préposé de la Couronne devrait pouvoir être intentée devant le tribunal qui convient le mieux au demandeur. Actuellement, seule la Cour fédérale peut entendre de telles actions. Or, elle n’est pas aussi accessible que les cours provinciales.

De plus, citoyens et avocats connaissent mieux les cours provinciales, y compris leurs règles de pratique et leur personnel.

Il est donc évident que souvent la Cour fédérale n’est pas le tribunal qui convient le mieux aux parties privées.

mind, the government has proposed that both the provincial courts and the Federal Court share jurisdiction with respect to such actions, thereby generally giving a plaintiff a choice of forum. [Emphasis added.]

(*House of Commons Debates*, 2nd Sess., 34th Parl., November 1, 1989, at p. 5414)

[59] The effect of the argument of the Attorney General, if accepted, would be to undermine the purpose and intended effect of the 1990 amendment by retaining in the Federal Court exclusive jurisdiction over a key element of many causes of action proceeding in the provincial courts despite the promise to give plaintiffs a “choice of forum” and to make available relief in the provincial superior courts that may be more “familiar” to litigants.

F. *The Doctrine of Collateral Attack*

[60] The Attorney General contends that to permit TeleZone to proceed with its claim in the provincial superior court in the absence of prior judicial review would be to allow an impermissible “collateral attack” on the Minister’s decision. The Court has described a collateral attack as

an attack made in proceedings other than those whose specific object is the reversal, variation, or nullification of the order or judgment.

(*Wilson v. The Queen*, [1983] 2 S.C.R. 594, at p. 599)

[61] The rule is a judicial creation (which must therefore yield to a contrary legislative enactment) based on general considerations related to the administration of justice, as explained in *Garland v. Consumers’ Gas Co.*, 2004 SCC 25, [2004] 1 S.C.R. 629, at para. 72:

The fundamental policy behind the rule against collateral attack is to “maintain the rule of law and to preserve the repute of the administration of justice” (*R. v. Litchfield*, [1993] 4 S.C.R. 333, at p. 349). The idea is that if a party could avoid the consequences of an order issued against it by going to another forum, this would undermine the integrity of the justice system. Consequently, the doctrine is intended to prevent a party from circumventing the effect of a decision rendered against it. [Emphasis added.]

C’est pourquoi le gouvernement propose que les cours provinciales et la Cour fédérale se partagent la compétence relative à ce type d’actions. Ceci donnerait généralement au demandeur le choix du tribunal. [Je souligne.]

(*Débats de la Chambre des communes*, 2^e sess., 34^e lég., 1^{er} novembre 1989, p. 5414)

[59] S’il était retenu, l’argument du procureur général compromettrait l’objet et le but des modifications de 1990, en maintenant l’exclusivité juridictionnelle de la Cour fédérale à l’égard d’un élément fondamental de nombreux recours instruits devant les cours provinciales, en dépit de la promesse de donner au demandeur « le choix du tribunal » et de permettre aux parties l’accès aux cours supérieures provinciales que, vraisemblablement, elles « connaissent mieux ».

F. *La règle relative à la contestation indirecte*

[60] Selon le procureur général, permettre à TeleZone de faire trancher sa demande par la cour supérieure provinciale sans contrôle judiciaire préalable, c’est autoriser la « contestation indirecte » de la décision du ministre, ce qui est interdit. Notre Cour a décrit une contestation indirecte comme

une attaque dans le cadre de procédures autres que celles visant précisément à obtenir l’infirmité, la modification ou l’annulation de l’ordonnance ou du jugement.

(*Wilson c. La Reine*, [1983] 2 R.C.S. 594, p. 599)

[61] Il s’agit d’une règle d’origine jurisprudentielle (qui doit donc céder le pas à un texte de loi contraire) fondée sur des considérations générales ayant trait à l’administration de la justice, comme l’explique l’arrêt *Garland c. Consumers’ Gas Co.*, 2004 CSC 25, [2004] 1 R.C.S. 629, au par. 72 :

La règle interdisant les contestations indirectes a pour objet fondamental de « maintenir la primauté du droit et [de] préserver la considération dont jouit l’administration de la justice » (*R. c. Litchfield*, [1993] 4 R.C.S. 333, p. 349). On estime que l’intégrité du système de justice serait compromise si une partie pouvait échapper aux conséquences d’une ordonnance prononcée contre elle en s’adressant à un autre tribunal. La règle vise donc à empêcher une partie de contourner les effets d’une décision prononcée contre elle. [Je souligne.]

[62] In *R. v. Litchfield*, [1993] 4 S.C.R. 333, the criminal case referred to in *Garland*, the Court declined to apply the rule against collateral attack. In *Garland* itself, class action plaintiffs brought a claim against a gas company seeking restitution on the grounds of unjust enrichment of late payment penalties previously approved by the Ontario Energy Board. In its defence, the gas company argued that the claim for restitution was a collateral attack on the Board's order. The defence failed.

[63] I do not think the Attorney General's collateral attack argument can succeed on this appeal for three reasons. Firstly, as Borins J.A. pointed out in his scholarly judgment, the doctrine of collateral attack may be raised by the Attorney General in the provincial superior court as a defence if he or she believes that, in the particular circumstances, to do so is appropriate. However, the possible availability of the defence is not an argument against provincial superior court jurisdiction. Nor does it justify inserting the Federal Court into every claim for damages predicated on an allegation that the government's decision that caused the loss was "invalid or unlawful".

[64] Secondly, TeleZone is not seeking to "avoid the consequences of [the ministerial] order issued against it" (*Garland*, at para. 72). On the contrary, the ministerial order and the financial losses allegedly consequent on that order constitute the foundation of the damages claim. This was the result in *Garland* itself, where Iacobucci J. held for the Court:

Based on a plain reading of this rule, the doctrine of collateral attack does not apply in this case because here the specific object of the appellant's action is not to invalidate or render inoperative the Board's orders, but rather to recover money that was illegally collected by the respondent as a result of Board orders. Consequently, the collateral attack doctrine does not apply. [Emphasis added; para. 71.]

[62] Dans *R. c. Litchfield*, [1993] 4 R.C.S. 333, l'affaire criminelle mentionnée dans *Garland*, notre Cour a refusé d'appliquer la règle interdisant les contestations indirectes. Dans *Garland*, il s'agissait d'un recours collectif contre une société gazière dans lequel les demandeurs invoquaient l'enrichissement sans cause pour réclamer la restitution de pénalités pour paiement tardif approuvées par la Commission de l'énergie de l'Ontario (« Commission »). La société gazière a fait valoir en défense que la demande de restitution constituait une contestation indirecte de la décision de la Commission. Ce moyen de défense a été rejeté.

[63] Trois motifs m'amènent à rejeter l'argument du procureur général concernant la contestation indirecte. Premièrement, comme l'a souligné le juge Borins dans son savant jugement, le procureur général peut invoquer la doctrine de la contestation indirecte en défense devant la cour supérieure provinciale, s'il le juge opportun compte tenu des circonstances. La possibilité de recourir à ce moyen de défense ne peut cependant étayer la thèse de l'incompétence de la cour supérieure provinciale. Elle ne justifie pas non plus l'intervention de la Cour fédérale dans toutes les demandes de dommages-intérêts fondées sur la prétention que la décision de l'administration publique à l'origine de la perte était « nulle ou illégale ».

[64] Deuxièmement, TeleZone ne cherche pas à « échapper aux conséquences d'une ordonnance [du ministre] prononcée contre elle » (*Garland*, par. 72). Au contraire, elle fait de la décision du ministre et des pertes pécuniaires qui en auraient résulté les assises mêmes de sa demande de dommages-intérêts. C'est la conclusion qui a été tirée dans *Garland*, où le juge Iacobucci a déclaré, au nom de notre Cour :

Simplement en la lisant, on constate que la règle interdisant les contestations indirectes ne s'applique pas en l'espèce parce que l'action de l'appelant a pour objet précis non pas d'invalider ou de rendre inopérantes les ordonnances de la Commission, mais plutôt de recouvrer les sommes que l'intimée a perçues illégalement à la suite de ces ordonnances. Par conséquent, la règle interdisant les contestations indirectes ne s'applique pas. [Je souligne; par. 71.]

[65] Similarly in *Toronto (City) v. C.U.P.E., Local 79*, 2003 SCC 63, [2003] 3 S.C.R. 77, Arbour J. declined to apply the collateral attack doctrine in a case arising out of a grievance arbitration where CUPE sought to challenge the underlying facts of a conviction of one of its members for sexual assault. Arbour J. reasoned that the Union's argument was "an implicit attack on the correctness of the factual basis of the decision, not a contest about whether that decision has legal force, as clearly it does" (para. 34).

[66] Thirdly, the Attorney General's argument fails even if one takes a more expansive view of the doctrine of collateral attack, as does Professor David Mullan:

The cause of action [in *Garland*] depended necessarily on establishing the invalidity of the Board's order on which the utility was relying in collecting interest. If the order had been valid, there would have been no cause of action. This was in every sense a collateral attack on the Board's orders. Collateral attack is not and never has been confined to situations where the challenge is by way of resistance to the enforcement of an order. It is also implicated in situations where someone, in asserting a civil claim for monetary or other relief, needs to attack a law or order that the defendant is advancing as justification for the actions on which the plaintiff's claim is based. . . . [Emphasis added.]

(D. J. Mullan, "Administrative Law Update — 2008-2009", prepared for the Continuing Legal Education conference, *Administrative Law Conference—2009*, October 2009, at p. 1.1.22.)

In Professor Mullan's view, the Court in *Garland* should have taken what he sees as the more principled route of applying the factors in *Consolidated Maybrun* to determine whether the collateral attack was of a permissible variety. In that case, as set out in the judgment of L'Heureux-Dubé J., the appropriate factors to apply in determining whether the Court is confronted with an impermissible collateral attack on an administrative order are (1) the wording of the statute from which the power to issue the order derives; (2) the purpose of the legislation; (3) the availability of an appeal; (4) the nature of

[65] De même, dans *Toronto (Ville) c. S.C.F.P., section locale 79*, 2003 CSC 63, [2003] 3 R.C.S. 77, la juge Arbour a refusé d'appliquer la règle interdisant les contestations indirectes. Dans cette affaire découlant de l'arbitrage d'un grief, le SCFP contestait les faits à l'origine de la déclaration de culpabilité d'un de ses membres pour agression sexuelle. La juge Arbour a dit de l'argument du syndicat qu'il s'agissait « d'une attaque implicite du bien-fondé factuel de la décision, non pas de la contestation de la validité juridique de celle-ci, puisqu'elle est manifestement valide » (par. 34).

[66] Troisièmement, l'argument du procureur général n'est pas fondé même si, comme le professeur David Mullan, on attribue une portée étendue à la règle interdisant les contestations indirectes :

[TRADUCTION] Pour établir la cause d'action [dans *Garland*], il fallait démontrer l'invalidité de l'ordonnance de la Commission sur laquelle le service public s'appuyait pour percevoir des intérêts. Il n'y aurait pas eu de cause d'action si l'ordonnance avait été valide. Il s'agissait à tous égards d'une contestation indirecte des ordonnances de la Commission. La contestation indirecte ne consiste pas et n'a jamais consisté seulement, à s'opposer à l'exécution d'une ordonnance. Elle est aussi en cause dans des cas où le demandeur dans un recours civil visant l'obtention d'une réparation pécuniaire ou autre doit attaquer une loi ou une ordonnance que le défendeur invoque pour justifier les mesures sur lesquelles le demandeur fonde son recours. . . . [Je souligne.]

(D. J. Mullan, « Administrative Law Update — 2008-2009 », préparé pour la Continuing Legal Education conference, *Administrative Law Conference—2009*, octobre 2009, p. 1.1.22.)

Selon le professeur Mullan, la Cour aurait dû emprunter, dans *Garland*, la voie la plus rationnelle, à son avis, en appliquant les facteurs énoncés par la juge L'Heureux-Dubé dans *Consolidated Maybrun* pour déterminer si la contestation indirecte d'une ordonnance administrative est interdite ou peut être autorisée. Ces facteurs sont : (1) les termes de la loi dont découle le pouvoir de rendre l'ordonnance; (2) l'objectif de la loi; (3) l'existence d'un droit d'appel; (4) la nature de la contestation indirecte eu égard à l'expertise du tribunal et à sa raison d'être (notamment, à la question de savoir si « le législateur a

the collateral attack in light of the tribunal's expertise and *raison d'être* (including whether "the legislature intended to confer jurisdiction to hear and determine the question raised"); and (5) the penalty on a conviction for failing to comply with the order (paras. 45, 50-51 and 62). These factors have also been applied in the civil context; see, generally, K. Horsman and G. Morley, eds., *Government Liability: Law and Practice* (loose-leaf), at p. 11-9.

[67] Judicial doctrine necessarily yields to a contrary statutory enactment. Accepting, as Professor Mullan puts it, at p. 1.1.22, that the rule against collateral attack may be "implicated in situations where someone, in asserting a civil claim for monetary or other relief, needs to attack a law or order that the defendant is advancing as justification for the actions on which the plaintiff's claim is based", the s. 17 statutory grant of concurrent jurisdiction again defeats the Attorney General's submission. This is because the claimant's "need to attack a law or order" is essential to its cause of action, and adjudication of that allegation (even if raised by way of reply) is a necessary step in disposing of the claim. Parliament has stated that provincial superior courts possess the concurrent necessary jurisdiction to dispose of the whole of such a claim, not just part of it.

[68] In summary, I agree with Borins J.A. that the *Grenier* approach cannot be justified by the rule against collateral attack.

G. *The Defence of Statutory Authority*

[69] It would also be open to the Crown, by way of defence to a damages action, to argue that the government decision maker was acting under a statutory authority which precludes compensation for consequent losses. This, again, is a matter of defence, not jurisdiction. It is a hurdle facing any claimant. Governments make discretionary decisions all the time which will inflict losses on people or businesses without conferring any cause of action known to the law.

voulu donner juridiction pour entendre et trancher la question soulevée »); (5) la sanction imposable pour défaut d'avoir respecté l'ordonnance (par. 45, 50, 51 et 62). Les cours de justice ont aussi appliqué ces facteurs en matière civile : voir, de façon générale, K. Horsman et G. Morley, dir., *Government Liability : Law and Practice* (feuilles mobiles), p. 11-9.

[67] Une règle jurisprudentielle cède forcément le pas à un texte de loi contraire. Si l'on admet, pour reprendre les propos tenus par le professeur Mullan à la p. 1.1.22, que la règle interdisant les contestations indirectes peut être [TRADUCTION] « en cause dans des cas où le demandeur dans un recours civil visant l'obtention d'une réparation pécuniaire ou autre doit attaquer une loi ou une ordonnance que le défendeur invoque pour justifier les mesures sur lesquelles le demandeur fonde son recours », l'attribution d'une compétence concurrente à l'art. 17 contredit elle aussi l'argument du procureur général. Il en est ainsi parce qu'il est essentiel pour le demandeur d'« attaquer une loi ou une ordonnance » pour établir sa cause d'action, et qu'il faut statuer sur cette allégation (même si elle est faite en réplique) pour rendre une décision sur la demande. Le législateur a spécifié que les cours supérieures provinciales disposent de la compétence concurrente voulue pour trancher pareille demande dans son intégralité, et pas seulement en partie.

[68] En résumé, je partage l'opinion du juge Borins que la règle interdisant les contestations indirectes ne peut justifier l'approche proposée dans *Grenier*.

G. *La défense de pouvoir d'origine législative*

[69] La Couronne pourrait également faire valoir, en défense à une action en dommages-intérêts, que la décision administrative procède de l'exercice d'un pouvoir d'origine législative qui exclut l'indemnisation des pertes pouvant en résulter. Il s'agit là encore d'une question qui a trait à la défense, non à la compétence. Tout demandeur peut se voir opposer ce moyen. L'administration publique prend continuellement des décisions discrétionnaires qui causent des pertes à des particuliers ou à des entreprises sans qu'il en résulte une cause d'action reconnue en droit.

[70] In a case of nuisance, for example, the claimant property owner may have all the elements of a good common law action in nuisance yet be defeated by the defence that the government was authorized to do what it did and that collateral damage to the claimant was an inevitable result of the authority so provided. See, e.g., P. W. Hogg and P. J. Monahan, *Liability of the Crown* (3rd ed. 2000), at p. 139, and Horsman and Morley, at p. 6-41.

[71] However, as stated earlier, the defence of “statutory authority” will not always provide a complete answer to a damages claim. In some cases, the outcome may depend on whether the statute either explicitly or implicitly authorized the act that caused the harm. In *Tock v. St. John’s Metropolitan Area Board*, [1989] 2 S.C.R. 1181, Sopinka J. pointed out, referring to the dictum of Viscount Dunedin in *City of Manchester v. Farnworth*, [1930] A.C. 171 (H.L.), that there may be “alternate methods of carrying out the work [that would have avoided the loss]. The mere fact that one is considerably less expensive will not avail. If only one method is practically feasible, it must be established that it was practically impossible to avoid the nuisance” (p. 1226). Reference should also be made to the qualifying observation of what is “practically impossible” made by Viscount Dunedin and quoted by Sopinka J., at p. 1224:

The onus of proving that the result is inevitable is on those who wish to escape liability for nuisance, but the criterion of inevitability is not what is theoretically possible but what is possible according to the state of scientific knowledge at the time, having also in view a certain common sense appreciation, which cannot be rigidly defined, of practical feasibility in view of situation and of expense. [Emphasis added.]

This caveat, also quoted by Wilson J., at p. 1213 of *Tock*, was the subject of some disagreement on the Court, an issue that need not detain us. The issue of statutory authority does not go to the jurisdiction of the provincial superior courts. That is all that needs to be decided here.

[70] Dans un cas de nuisance, par exemple, un propriétaire capable d’établir tous les éléments d’une action pour nuisance en common law pourrait quand même être débouté s’il est établi que l’administration publique avait le pouvoir d’agir comme elle l’a fait et que les dommages indirects subis par le demandeur sont le résultat inévitable de l’exercice de ce pouvoir. Voir, notamment, P. W. Hogg et P. J. Monahan, *Liability of the Crown* (3^e éd. 2000), p. 139, et Horsman et Morley, p. 6-41.

[71] Comme on l’a vu, toutefois, la défense de « pouvoir d’origine législative » ne fournira pas toujours une défense complète à une action en dommages-intérêts. Dans certains cas, l’issue peut dépendre de la question de savoir si la loi autorise explicitement ou implicitement le fait générateur de dommages. Dans *Tock c. St. John’s Metropolitan Area Board*, [1989] 2 R.C.S. 1181, le juge Sopinka a précisé, en mentionnant les propos du vicomte Dunedin dans *City of Manchester c. Farnworth*, [1930] A.C. 171 (H.L.), qu’il peut exister un « autre moyen d’exécuter l’ouvrage [qui aurait permis d’éviter la perte]. Le simple fait qu’un moyen soit considérablement moins onéreux ne sera pas retenu. S’il n’existe qu’un seul moyen réalisable sur le plan pratique, il faut établir qu’il était pratiquement impossible d’éviter la nuisance » (p. 1226). Il convient également de signaler la nuance apportée par le vicomte Dunedin au sujet de ce qui est « pratiquement impossible », citée par le juge Sopinka, à la p. 1224 :

[TRADUCTION] Le fardeau d’établir que le résultat est inévitable incombe à ceux qui désirent se dégager de leur responsabilité à l’égard de la nuisance, mais le critère du caractère inévitable de la nuisance n’est pas ce qui est théoriquement possible mais ce qui est possible suivant l’état des connaissances scientifiques à l’époque, compte tenu également d’une saine appréciation, qu’on ne peut pas définir de façon précise, de la possibilité pratique de réalisation étant donné la situation et le coût. [Je souligne.]

Notre Cour était divisée au sujet de cette nuance, également citée par la juge Wilson à la p. 1213 de l’arrêt *Tock*, mais il n’y a pas lieu que nous nous y arrêtions en l’espèce. La question du pouvoir d’origine législative n’a pas d’incidence sur la compétence des cours supérieures provinciales. C’est la seule conclusion nécessaire en l’espèce.

[72] It is sufficient to say that it is always open to the Crown to argue the defence of statutory authority; see, e.g., in s. 8 of the *Crown Liability and Proceedings Act*:

Nothing in sections 3 to 7 makes the Crown liable in respect of anything done or omitted in the exercise of any power or authority that, if those sections had not been passed, would have been exercisable by virtue of the prerogative of the Crown, or any power or authority conferred on the Crown by any statute

The defence of statutory authority is regularly interpreted and applied by the provincial superior courts: see, e.g., *Sutherland v. Canada (Attorney General)*, 2002 BCCA 416, [2002] 10 W.W.R. 1, leave to appeal refused, [2003] 1 S.C.R. xi (*sub nom. Jones v. Attorney General of Canada*); *Lake v. St. John's (City)*, 2000 NFCA 48, 192 Nfld. & P.E.I.R. 84; *Neuman v. Parkland (County)*, 2004 ABPC 58, 36 Alta. L.R. (4th) 161; *Danco v. Thunder Bay (City)* (2000), 13 M.P.L.R. (3d) 130 (Ont. S.C.J.); *Landry v. Moncton (City)*, 2008 NBCA 32, 329 N.B.R. (2d) 212.

[73] I give an example. In *Ryan v. Victoria (City)*, the “inevitable result” defence was tested in a claim for damages arising out of road works. Mr. Ryan, a motorcyclist, sued the municipality and a railway for negligence and nuisance after he was injured while crossing tracks in an urban area. The front wheel of the plaintiff’s motorcycle got caught in the flangeway gap of the rail whose width was at the upper end of the allowed range set by the applicable regulation. The defence argued statutory authority. Writing for a unanimous Court, Major J. noted that “[s]tatutory authority provides, at best, a narrow defence to nuisance” (para. 54), and rejected it on the facts of the case.

[74] For present purposes, we need go no further than to repeat that “statutory authority” is an argument that goes to defence, not jurisdiction. If the provincial superior court (or the Federal Court under s. 17) finds that the government has a good

[72] Il suffit de dire que la Couronne peut toujours se prévaloir de la défense de pouvoir d’origine législative : voir, p. ex., l’art. 8 de la *Loi sur la responsabilité civile de l’État et le contentieux administratif* :

Les articles 3 à 7 n’ont pas pour effet d’engager la responsabilité de l’État pour tout fait — acte ou omission — commis dans l’exercice d’un pouvoir qui, sans ces articles, s’exercerait au titre de la prérogative royale ou d’une disposition législative . . .

Les cours supérieures provinciales interprètent et appliquent régulièrement ce moyen de défense : voir, p. ex., *Sutherland c. Canada (Attorney General)*, 2002 BCCA 416, [2002] 10 W.W.R. 1, autorisation d’appel refusée, [2003] 1 R.C.S. xi (*sub nom. Jones c. Attorney General of Canada*); *Lake c. St. John’s (City)*, 2000 NFCA 48, 192 Nfld. & P.E.I.R. 84; *Neuman c. Parkland (County)*, 2004 ABPC 58, 36 Alta. L.R. (4th) 161; *Danco c. Thunder Bay (City)* (2000), 13 M.P.L.R. (3d) 130 (C.S.J. Ont.); *Landry c. Moncton (Ville)*, 2008 NBCA 32, 329 R.N.-B. (2^e) 212.

[73] À titre exemple, dans l’affaire *Ryan c. Victoria (Ville)*, la Cour devait statuer sur la défense du « résultat inévitable » dans une action en dommages-intérêts intentée à la suite de travaux de voirie. M. Ryan poursuivait la municipalité et une société de chemin de fer en raison de blessures qu’il avait subies en traversant une voie ferrée à moto dans une zone urbaine. La roue avant de la moto s’était coincée dans l’ornière adjacente aux rails, dont la largeur approchait la valeur maximale permise par la réglementation. La défenderesse a invoqué un pouvoir d’origine législative. Rédigeant le jugement unanime de la Cour, le juge Major a fait remarquer que « [l]’autorisation du législateur fournit, au mieux, un moyen de défense limité contre la nuisance » (par. 54), et a rejeté ce moyen de défense compte tenu des faits en cause.

[74] Pour les besoins de la présente analyse, il nous suffit de réitérer que l’argument du « pouvoir d’origine législative » a trait à la défense, non à la compétence. Si la cour supérieure provinciale (ou la Cour fédérale, sous le régime de l’art. 17) conclut

defence based on statutory authority, it will simply dismiss the claimant's action.

H. *The Concern About "Artful Pleading"*

[75] The Crown contends that TeleZone's argument would risk putting judicial review of federal decision makers back in the provincial superior courts dressed up as damages claims. On this view the "artful pleader" will forum-shop by the way the case is framed. Of course, "artful pleaders" exist and they will formulate a claim in a way that best suits their clients' interests. However, no amount of artful pleading in a damages case will succeed in setting aside the order said to have harmed the claimant or enjoin its enforcement. Such relief is not available in the provincial superior court. The claimant must, as here, be content to take its money (if successful) and walk away leaving the order standing.

[76] Where a plaintiff's pleading alleges the elements of a private cause of action, I think the provincial superior court should not in general decline jurisdiction on the basis that the claim looks like a case that should be pursued on judicial review. If the plaintiff has a valid cause of action for damages, he or she is normally entitled to pursue it.

[77] In the U.K., a similar position has been expressed by the House of Lords in *Roy v. Kensington and Chelsea and Westminster Family Practitioner Committee*, [1992] 1 A.C. 624, per Lord Bridge, at pp. 628-29:

... where a litigant asserts his entitlement to a subsisting right in private law, whether by way of claim or defence, the circumstance that the existence and extent of the private right asserted may incidentally involve the examination of a public law issue cannot prevent the litigant from seeking to establish his right by action

que l'administration publique est fondée à se réclamer d'un pouvoir d'origine législative, elle rejettera tout simplement l'action du demandeur.

H. *La question du « plaideur habile »*

[75] Le procureur général soutient que, si l'argument de TeleZone est retenu, les cours supérieures provinciales pourraient de nouveau procéder au contrôle judiciaire des décisions de l'administration fédérale, sous le couvert d'actions en dommages-intérêts. Selon ce point de vue, la façon dont un « plaideur habile » formulera sa demande lui permettra de choisir le tribunal qu'il préfère. Bien sûr, les « plaideurs habiles » existent, et ils formuleront la demande de la manière qui sert le mieux les intérêts de leurs clients. Néanmoins, quelle que soit leur habileté, elle ne leur permettra jamais d'obtenir, dans le cadre d'une action en dommages-intérêts, l'annulation ou l'exécution forcée de l'ordonnance administrative à laquelle le demandeur attribue son préjudice. Les cours supérieures provinciales ne peuvent pas accorder ce type de réparation. Comme en l'espèce, le demandeur doit (s'il a gain de cause) se contenter d'une indemnité et se résigner à ce que l'ordonnance continue d'avoir effet.

[76] Je pense que, lorsque le demandeur allègue les éléments d'une cause d'action en droit privé dans son argumentation devant une cour supérieure provinciale, celle-ci ne doit généralement pas décliner compétence au motif que l'action s'apparente à un recours qui doit être instruit comme une demande de contrôle judiciaire. Si le demandeur a une cause d'action valide en dommages-intérêts, il est normalement admis à exercer son recours à ce titre.

[77] Au Royaume-Uni, la Chambre des lords a exprimé une position semblable dans *Roy c. Kensington and Chelsea and Westminster Family Practitioner Committee*, [1992] 1 A.C. 624, le lord Bridge, aux p. 628-629 :

[TRADUCTION] ... lorsqu'une partie revendique un droit existant qui relève du droit privé, en demande ou en défense, le fait que l'existence et la portée de ce droit privé puissent soulever accessoirement une question de droit public ne l'empêche pas plus de faire reconnaître son droit en engageant une action par bref d'assignation

commenced by writ or originating summons, any more than it can prevent him from setting up his private law right in proceedings brought against him.

It is generally true here, as it is in the U.K., that a plaintiff is not required to bring an application for judicial review so long as private rights are legitimately engaged by the action. Under the English authorities, as in Canada, there is a special concern where the availability of judicial review depends on special leave, or is restricted by an abbreviated limitation period, or where the relief available on judicial review is discretionary (*Roy, per Lord Lowry*, at p. 654). See also P. P. Craig, *Administrative Law* (6th ed. 2008), at p. 869. These considerations echo the concerns already canvassed in rejecting the *Grenier* approach.

[78] To this discussion, I would add a minor caveat. There is always a residual discretion in the inherent jurisdiction of the provincial superior court (as well as in the Federal Court under s. 50(1) of its Act), to stay the damages claim because in its essential character, it is a claim for judicial review with only a thin pretence to a private wrong. Generally speaking the fundamental issue will always be whether the claimant has pleaded a reasonable private cause of action for damages. If so, he or she should generally be allowed to get on with it.

I. *Application to the Facts*

[79] TeleZone is not attempting to nullify or set aside the Minister's order. Its case is that the Minister, in deciding not to issue a licence to TeleZone, acted in breach of his contractual and equitable duties or in breach of a duty of care. TeleZone does not say that the Minister's decision should be quashed. On the contrary, TeleZone's causes of action in contract, tort and equity are predicated on the finality of that decision excluding TeleZone from participation in the telecommunications market, thereby (it says) causing it financial loss. Nor does TeleZone seek to deprive

ou par assignation introductive d'instance, que de le faire valoir en défense.

Il s'avère généralement, ici comme au Royaume-Uni, que le demandeur n'a pas à déposer une demande de contrôle judiciaire si son action met légitimement en jeu des droits privés. Suivant les sources anglaises, comme les sources canadiennes, on se préoccupe particulièrement du fait que le contrôle judiciaire ne soit possible que sur autorisation spéciale, qu'il soit assorti d'un court délai de prescription ou que la réparation possible dans le cadre d'un contrôle judiciaire soit de nature discrétionnaire (*Roy*, le lord Lowry, p. 654). Voir aussi P. P. Craig, *Administrative Law* (6^e éd. 2008), p. 869. Ces considérations font écho à celles que nous avons examinées en rejetant la démarche proposée dans *Grenier*.

[78] J'apporterais cependant la réserve mineure suivante. Les cours supérieures provinciales conservent toujours, en raison de leur compétence inhérente (tout comme la Cour fédérale en vertu du par. 50(1) de la *LCF*), le pouvoir discrétionnaire résiduel de suspendre une action en dommages-intérêts au motif qu'il s'agit essentiellement d'une demande de contrôle judiciaire qui n'a que superficiellement l'apparence d'un recours délictuel de droit privé. Règle générale, la question fondamentale consiste toujours à savoir si le demandeur a plaidé une cause d'action valable donnant ouverture à des dommages-intérêts de droit privé. Dans l'affirmative, il devrait généralement être admis à exercer son recours.

I. *Application aux faits*

[79] TeleZone ne cherche pas à obtenir l'annulation de la décision du ministre. Elle soutient que le ministre a manqué à ses obligations contractuelles et en equity ou à une obligation de diligence en ne lui délivrant pas de licence. Telezone ne soutient pas que la décision du ministre devrait être invalidée. Au contraire, ses causes d'action contractuelles, délictuelles et en equity sont fondées sur le caractère définitif de cette décision qui l'écarte du marché des télécommunications, lui causant ainsi une perte financière (selon ses dires). Elle ne cherche pas non plus à priver la décision du ministre de

the Minister's decision of any legal effect. It does not challenge the licences issued to its competitors. It does not seek to undo what was done. It complains about what was *not* done, namely fulfilment by Industry Canada of its alleged contractual and equitable duties and its duty of care towards TeleZone itself.

[80] To the extent that TeleZone's claim can be characterized as a collateral attack on the Minister's order (i.e., because the order failed to include TeleZone), I conclude, for the reasons discussed, that the grant of concurrent jurisdiction to determine claims against the Crown to the provincial superior courts negates any inference the Crown seeks to draw that Parliament intended the detour to the Federal Court advocated by *Grenier*. The TeleZone claim as pleaded is dominated by private law considerations. In a different case, on different facts, the Attorney General is free to raise "collateral attack" as a defence and the superior court will consider and deal with it.

V. Disposition

[81] The Superior Court of Ontario has jurisdiction over the parties and the subject matter, and has the power to grant the remedy of damages. There is nothing in the *Federal Courts Act* to prevent the Ontario Superior Court from adjudicating this claim. I would dismiss the appeal with costs.

Appeal dismissed with costs.

Solicitor for the appellant: Attorney General of Canada, Ottawa.

Solicitors for the respondent: Stikeman Elliott, Toronto.

ses effets juridiques. Elle ne conteste pas les licences délivrées à ses concurrents. Elle ne cherche pas à défaire ce qui a été fait. Elle se plaint de ce qui *n'a pas* été fait, soit d'un manquement aux obligations contractuelles, en equity et de diligence qu'Industrie Canada aurait eues envers Telezone.

[80] Dans la mesure où le recours de TeleZone peut être qualifié de contestation indirecte de l'arrêté du ministre (parce qu'il n'incluait pas TeleZone), j'estime, pour les motifs que j'ai exposés, que la compétence concurrente conférée aux cours supérieures provinciales en matière de recours contre la Couronne empêche de conclure, comme le procureur général nous y invite, que le législateur avait l'intention d'imposer le détour par la Cour fédérale préconisé dans *Grenier*. Tel qu'il a été présenté, le recours de TeleZone met principalement en jeu des questions de droit privé. Dans une affaire différente, reposant sur d'autres faits, le procureur général pourra invoquer le moyen de défense de la « contestation indirecte », et la cour supérieure statuera sur ce moyen.

V. Dispositif

[81] La Cour supérieure de l'Ontario a compétence sur les parties et sur l'objet du litige, et elle a le pouvoir d'accorder des dommages-intérêts. Aucune disposition de la *LCF* n'empêche la Cour supérieure de l'Ontario de statuer sur la demande. Je suis d'avis de rejeter le pourvoi avec dépens.

Pourvoi rejeté avec dépens.

Procureur de l'appellant : Procureur général du Canada, Ottawa.

Procureurs de l'intimée : Stikeman Elliott, Toronto.