

A-11-08  
2008 FCA 215

A-11-08  
2008 CAF 215

**The Minister of Citizenship and Immigration**  
(Appellant)

v.

**Alan Hinton and Irina Hinton** (Respondents)

**INDEXED AS: HINTON v. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (F.C.A.)**

Federal Court of Appeal, Linden, Nadon and Sexton JJ.A.—Toronto, May 26; Ottawa, June 13, 2008.

*Federal Court Jurisdiction — Appeal from Federal Court order granting respondents' motion to treat application for judicial review of appellant's decision charging male respondent \$75 for determination of sponsorship application for wife, under Immigration and Refugee Protection Regulations (IRPR), s. 304 as action; for action to be certified as class action on behalf of those who paid processing fees prescribed by IRPR, formerly enacted regulations for various immigration visas — Although Federal Court of Appeal's decision in Canada v. Grenier holding Federal Court's exclusive jurisdiction to hear, determine judicial review applications cannot be circumvented by launching collateral attack by way of action, Grenier not holding successful application for judicial review invalidating impugned immigration regulation first required before proceeding with class action — Grenier also not addressing impact of Federal Courts Act, s. 18.4(2), whereby Federal Court having discretion to convert judicial review application into action — Interpreting s. 18.4(2) liberally to consider not only procedural but also remedial inadequacies of judicial review, it can also be used to claim monetary remedies in "converted" action — In present case, initiating separate action for damages too cumbersome — Criteria to seek certification of class action relevant consideration on motion to convert under Federal Courts Act, s. 18.4(2) — Not wrong in principle to convert application for judicial review into action before final disposition thereof — Appeal allowed so as to confine certified class to individuals covered by leave application.*

**Le ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration**  
(appellant)

c.

**Alan Hinton et Irina Hinton** (intimés)

**RÉPERTORIÉ : HINTON c. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (C.A.F.)**

Cour d'appel fédérale, juges Linden, Nadon et Sexton, J.C.A.—Toronto, 26 mai; Ottawa, 13 juin 2008.

*Compétence de la Cour fédérale — Appel d'une ordonnance de la Cour fédérale accueillant la requête des intimés afin que leur demande de contrôle judiciaire de la décision de l'appellant réclamant la somme de 75 \$ à l'intimé en vue du traitement de la demande de parrainage de son épouse en application de l'art. 304 du Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés (RIPR) soit traitée comme s'il s'agissait d'une action, et que leur action soit autorisée comme recours collectif au nom de toutes les personnes qui ont payé des frais de traitement en vertu du RIPR et des règlements antérieurs pour l'obtention de divers visas d'immigration — Bien que la décision de la Cour d'appel fédérale dans l'arrêt Canada c. Grenier précise que la compétence exclusive de la Cour fédérale pour statuer sur les demandes de contrôle judiciaire ne peut être contournée par une contestation indirecte intentée sous forme d'action, Grenier ne précise pas que le règlement d'immigration contesté doit d'abord avoir été invalidé à l'issue d'un contrôle judiciaire avant qu'il soit possible d'intenter un recours collectif — En outre, Grenier ne dit rien au sujet de l'incidence de l'art. 18.4(2) de la Loi sur les Cours fédérales, qui prévoit que la Cour fédérale a le pouvoir discrétionnaire de convertir une demande de contrôle judiciaire en une action — En donnant une interprétation libérale à l'art. 18.4(2) de façon à tenir compte non seulement des lacunes procédurales mais aussi des lacunes des demandes de contrôle judiciaire en matière de réparation, il peut aussi être invoqué pour présenter une demande de réparation d'ordre financier dans une action « convertie » — En l'espèce, il est trop lourd d'intenter une action distincte en dommages-intérêts — Les conditions pour obtenir l'autorisation d'intenter un recours collectif est un facteur pertinent à prendre en compte dans le cadre d'une requête en vertu de l'art. 18.4(2) de la Loi sur les Cours fédérales en vue de « convertir » une demande — Il n'y a aucun problème à procéder à la conversion d'une demande de contrôle judiciaire en action avant qu'une décision définitive ait été rendue sur cette demande — Appel accueilli pour que le recours collectif se limite aux personnes visées par la demande d'autorisation.*

*Citizenship and Immigration — Judicial Review — Appeal from Federal Court order granting respondents' motion to treat application for judicial review of appellant's decision charging male respondent \$75 for determination of sponsorship application for wife, under Immigration and Refugee Protection Regulations (IRPR), s. 304 as action; for action to be certified as class action on behalf of those who paid processing fees prescribed by IRPR, formerly enacted regulations for various immigration visas — Motions Judge wrong to include in certified class persons paying fees under regulations not properly challenged in application for judicial review since Immigration and Refugee Protection Act (IRPA), s. 72(1) clearly stating leave must be obtained for any matter for which judicial review sought — Therefore, given mandatory language of IRPA, s. 72(1), leave application cannot be construed to include attacks on other impugned regulations made by remainder of class.*

*Practice — Class Proceedings — Appeal from Federal Court order granting respondents' motion to treat application for judicial review of appellant's decision charging male respondent \$75 for determination of sponsorship application for wife, under Immigration and Refugee Protection Regulations (IRPR), s. 304 as action; for action to be certified as class action on behalf of those who paid processing fees prescribed by IRPR, formerly enacted regulations for various immigration visas — Motions Judge not erring in deciding class action preferable procedure to application for judicial review — Factors such as simplicity of restitutionary award, appellant's refusal to set test case, fact-finding easier by way of discoveries, considered.*

This was an appeal of a Federal Court order granting the respondents' motion to treat their application for judicial review as an action and for their action against the appellant to be certified as a class action. The respondents initially sought leave and judicial review pursuant to subsection 72(1) of the *Immigration and Refugee Protection Act* (IRPA) of the appellant's decision whereby the male respondent was charged \$75 for the determination of an application for sponsorship for his wife. The application challenged only *Immigration and Refugee Protection Regulations*, section 304. In moving to "convert" the application to an action, the respondents sought to include in the proposed class all of those who had paid processing fees prescribed by the *Immigration and Refugee Protection Regulations* and formerly enacted regulations. They seek a partial refund and declaratory

*Citoyenneté et Immigration — Contrôle judiciaire — Appel d'une ordonnance de la Cour fédérale accueillant la requête des intimés afin que leur demande de contrôle judiciaire de la décision de l'appelant réclamant la somme de 75 \$ à l'intimé en vue du traitement de la demande de parrainage de son épouse en application de l'art. 304 du Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés (RIPR) soit traitée comme s'il s'agissait d'une action, et que leur action soit autorisée comme recours collectif au nom de toutes les personnes qui ont payé des frais de traitement en vertu du RIPR et des règlements antérieurs pour l'obtention de divers visas d'immigration — Le juge des requêtes a commis une erreur en décidant que le groupe devait inclure les personnes qui ont payé des frais prévus par les règlements, qui n'avaient pas été dûment attaqués par une demande de contrôle judiciaire, parce que l'art. 72(1) de la Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés (LIPR) établit clairement qu'une autorisation doit être obtenue à l'égard de toute mesure — Par conséquent, compte tenu du caractère impératif de l'art. 72(1) de la LIPR, la demande d'autorisation ne peut être interprétée de façon à inclure les contestations visant les autres règlements contestés faites par les autres membres du groupe.*

*Pratique — Recours collectif — Appel d'une ordonnance de la Cour fédérale accueillant la requête des intimés afin que leur demande de contrôle judiciaire de la décision de l'appelant réclamant la somme de 75 \$ à l'intimé en vue du traitement de la demande de parrainage de son épouse en application de l'art. 304 du Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés (RIPR) soit traitée comme s'il s'agissait d'une action, et que leur action soit autorisée comme recours collectif au nom de toutes les personnes qui ont payé des frais de traitement en vertu du RIPR et des règlements antérieurs pour l'obtention de divers visas d'immigration — Le juge des requêtes n'a pas commis d'erreur en décidant qu'un recours collectif était le meilleur moyen — Des facteurs comme le caractère plus simple de l'ordonnance de réparation, le refus de l'appelant de procéder au moyen d'une cause type et de la notion voulant qu'une conclusion de fait soit plus facilement déterminée par des interrogatoires préalables ont été examinés.*

Il s'agissait de l'appel d'une ordonnance rendue par la Cour fédérale, qui a accueilli la requête présentée par les intimés afin que leur demande de contrôle judiciaire soit traitée comme s'il s'agissait d'une action, et que leur action contre l'appelant soit autorisée comme recours collectif. Au départ, les intimés ont présenté une demande d'autorisation et de contrôle judiciaire conformément au paragraphe 72(1) de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés* (LIPR) de la décision par laquelle l'appelant a réclamé la somme de 75 \$ à l'intimé en vue du traitement de la demande de parrainage de son épouse. La demande ne contestait que l'article 304 du *Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés*. Lorsqu'ils ont demandé que leur demande soit « convertie », les intimés voulaient que soient visées par le recours collectif envisagé toutes les personnes qui ont payé des frais de traitement en

relief on the basis that the federal government made a profit on the service, which violated the *Financial Administration Act*. In granting the order, the motions Judge concluded that the Federal Court of Appeal's decision in *Canada v. Grenier* does not stand for the proposition that a judicial review must be completed before an action can be commenced especially in light of the existence of subsection 18.4(2) of the *Federal Courts Act*. The motions Judge also certified seven serious questions of general importance.

The issues were: (1) whether in the Federal Court, a class action can proceed before a decision is rendered on the validity of an impugned immigration regulation; (2) whether in a class proceeding arising under the IRPA, an application for leave must encompass all members of the class; and (3) whether a class action was the preferable procedure to fairly and efficiently determine the legal validity of the impugned regulations.

*Held*, the appeal should be allowed in part.

(1) While *Canada v. Grenier* underscored the importance of the Federal Court's exclusive jurisdiction to hear and determine challenges of decisions of federal boards using the judicial review procedure and held that this exclusive jurisdiction cannot be circumvented by launching a collateral attack by way of an action, it did not hold that there must first be a successful application for judicial review invalidating an impugned immigration regulation before proceeding with a class action. It also did not state that where an application for judicial review is treated as an action, a claim for damages cannot be added to that action. *Grenier* simply stands for the proposition that certain civil actions against the Crown must be preceded by an application for judicial review where the basis for the claim is a challenge to the lawfulness, *vires* or legality of the federal board or tribunal's decision. It says nothing about the impact of subsection 18.4(2) of the *Federal Courts Act*, which provides that a Federal Court judge may, if appropriate, direct that an application for judicial review be treated and proceeded with as if it were an action. Taking a more liberal approach to section 18.4 of the Act, once an application for judicial review is treated as an action, a claim for monetary remedies can be advanced therein. Subsection 18.4(2) should not be read narrowly so as to only apply to the procedural aspects of an action. Sometimes, it may also be appropriate to consider the remedial inadequacies of an application for judicial review. The fact that damages cannot be sought in applications for judicial review is not usually a concern. But in cases such as this, it may prove too cumbersome to initiate a separate action for damages either concurrently with, or subsequent to, an application for judicial review. Rather than attempting a joinder, employing subsection 18.4(2) of the Act to allow a claim for damages in a "converted" action should also be available and may even economize on scarce judicial resources.

vertu du *Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés* et des règlements antérieurs. Ils cherchent à obtenir un remboursement partiel et un jugement déclaratoire au motif que le gouvernement fédéral a tiré un profit du service, ce qui contrevenait à la *Loi sur la gestion des finances publiques*. Lorsqu'il a rendu l'ordonnance, le juge des requêtes a conclu que la décision de la Cour d'appel fédérale dans l'arrêt *Canada c. Grenier* ne permet pas d'affirmer que le processus de contrôle judiciaire doit être terminé avant qu'une action puisse être intentée, particulièrement au vu du paragraphe 18.4(2) de la *Loi sur les Cours fédérale*. Le juge des requêtes a aussi certifié sept questions graves de portée générale.

Les questions en litige étaient celles de savoir si 1) devant la Cour fédérale, un recours collectif peut être intenté avant qu'une décision ne soit rendue au sujet de la légalité du règlement d'immigration contesté; 2) dans un recours collectif intenté sous le régime de la LIPR, la demande d'autorisation doit viser tous les membres du groupe; et 3) le recours collectif était le meilleur moyen de régler de façon équitable et efficace la question de la validité juridique des règlements contestés.

*Arrêt* : l'appel doit être accueilli en partie.

1) Bien que l'arrêt *Canada c. Grenier* ait souligné l'importance de la compétence exclusive de la Cour fédérale pour statuer sur les contestations des décisions des offices fédéraux par voie de contrôle judiciaire et ait établi que cette compétence exclusive ne pouvait être contournée par une contestation indirecte intentée sous forme d'action, il n'a pas indiqué que le règlement d'immigration contesté doit d'abord avoir été invalidé à l'issue d'un contrôle judiciaire avant qu'il soit possible d'intenter un recours collectif. De plus, il n'a pas précisé que lorsqu'une demande de contrôle judiciaire est instruite comme s'il s'agissait d'une action, il n'est pas possible d'y joindre une demande de dommages-intérêts. L'arrêt *Grenier* permet uniquement d'affirmer que certaines actions civiles contre la Couronne doivent être précédées d'une demande de contrôle judiciaire lorsqu'elles visent essentiellement à contester la légitimité, la validité ou la légalité de la décision de l'office fédéral. Il ne dit rien au sujet de l'incidence du paragraphe 18.4(2) de la *Loi sur les Cours fédérales*, qui prévoit qu'un juge de la Cour fédérale peut, s'il estime indiqué, ordonner qu'une demande de contrôle judiciaire soit instruite comme s'il s'agissait d'une action. Lorsqu'on donne une interprétation plus libérale de l'article 18.4 de la Loi, dès qu'une demande de contrôle judiciaire est instruite comme s'il s'agissait d'une action, une demande de réparation d'ordre financier peut être présentée. Le paragraphe 18.4(2) ne doit pas être interprété étroitement, de manière à ce qu'il ne s'applique qu'aux aspects procéduraux d'une action. Il est parfois nécessaire de considérer les lacunes des demandes de contrôle judiciaire en matière de réparation. Règle générale, le fait qu'il n'est pas possible de réclamer des dommages-intérêts ne constitue pas un problème. Cependant, dans des cas comme en l'espèce, il peut s'avérer trop lourd d'intenter une action distincte en dommages-intérêts concurremment ou subséquemment à une demande de contrôle

The criteria to seek certification of a class action is a relevant consideration on a motion, pursuant to subsection 18.4(2) of the Act to “convert” an application for judicial review into an action. Conversion and certification applications should be heard together. There is no problem in principle with conversion prior to a final disposition of the application for judicial review. In a case such as this one, although all the evidence on both issues may be heard together, *vires* ought to be decided first before addressing the question of whether the class members are entitled to a partial refund.

(2) The motions Judge erred in defining the class that was certified to include persons who paid fees pursuant to the impugned regulations, which had not been properly challenged by way of an application for leave under subsection 72(1). The leave application was restricted to the respondents, but it was permissible to “convert” it into a class action to include people who were affected by the same regulation since the leave application requested an order for declaratory relief that the regulation was *ultra vires* due to its contravention of the *Financial Administration Act*. Given the mandatory language of subsection 72(1) of the IRPA, the leave application cannot be construed to include attacks on the other impugned regulations made by the remainder of the class as certified by the motions Judge.

(3) The motions Judge did not err in deciding that a class action was the preferable procedure based on the greater simplicity of the restitutionary award in the event of a successful claim, the appellant’s refusal to set a test case, and the notion that findings of fact would be more easily determined by way of discoveries. There was no superior, alternative approach for the class members to obtain a partial refund and individual applications for judicial review would not be practicable.

#### STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

*Access to Information Act*, R.S.C., 1985, c. A-1.  
*Federal Courts Act*, R.S.C., 1985, c. F-7, ss. 1 (as am. by S.C. 2002, c. 8, s. 14), 17 (as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 3; 2002, c. 8, s. 25), 18 (as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 4; 2002, c. 8, s. 26), 18.1(3) (as enacted by S.C. 1990, c. 8, s. 5; 2002, c. 8, s. 27), 18.4(2) (as enacted by S.C. 1990, c. 8, s. 5; 2002, c. 8, s. 28).

judiciaire. Plutôt que d’essayer de réunir les causes d’action, il devrait être possible, en application du paragraphe 18.4(2) de la Loi, de permettre une action en dommages-intérêts dans une action « convertie » et même d’économiser les ressources judiciaires limitées.

Les critères pour obtenir l’autorisation d’intenter un recours collectif est un facteur pertinent à prendre en compte dans le cadre d’une requête déposée en vertu du paragraphe 18.4(2) de la Loi en vue de « convertir » une demande de contrôle judiciaire en action. Les demandes de conversion et d’autorisation devraient être entendues simultanément. Il n’y a aucun problème à procéder à la conversion avant qu’une décision définitive ait été rendue sur la demande de contrôle judiciaire. Dans les cas comme celui de la présente espèce, bien que tous les éléments de preuve portant sur les deux questions puissent être entendus simultanément, il faut d’abord trancher la question de la légalité avant de répondre à la question de savoir si les membres du groupe ont droit à un remboursement partiel.

2) Le juge des requêtes a commis une erreur en décidant que le groupe devait inclure les personnes qui ont payé des frais prévus par les règlements contestés, qui n’avaient pas été dûment attaqués par une demande d’autorisation présentée en application du paragraphe 72(1). La demande d’autorisation a été limitée aux intimés, mais il était possible de la « convertir » en recours collectif afin d’englober les personnes touchées par le même règlement puisque la demande d’autorisation sollicitait un jugement déclaratoire portant que le règlement était invalide parce qu’il contrevenait à la *Loi sur la gestion des finances publiques*. Compte tenu du caractère impératif du paragraphe 72(1) de la LIPR, la demande d’autorisation ne peut être interprétée de façon à inclure les contestations visant les autres règlements contestés faites par les autres membres du groupe défini par le juge des requêtes.

3) Le juge des requêtes n’a pas commis d’erreur en décidant qu’un recours collectif était le meilleur moyen en raison du caractère plus simple de l’ordonnance de réparation dans l’éventualité où la demande serait accueillie, du refus de l’appelant de procéder au moyen d’une cause type et de la notion voulant qu’une conclusion de fait soit plus facilement déterminée par des interrogatoires préalables. Il n’existait pas de meilleur moyen d’obtenir un remboursement partiel pour les membres du groupe et les demandes individuelles de contrôle judiciaire ne seraient pas possibles en pratique.

#### LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

*Loi sur l’accès à l’information*, L.R.C. (1985), ch. A-1.  
*Loi sur la gestion des finances publiques*, L.R.C. (1985), ch. F-11, art. 19(2) (mod. par L.C. 1991, ch. 24, art. 6).  
*Loi sur les Cours fédérales*, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 1 (mod. par L.C. 2002, ch. 8, art. 14), 17 (mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 3; 2002, ch. 8, art. 25), 18 (mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 4; 2002, ch. 8, art. 26), 18.1(3) (édicte par

*Federal Courts Rules*, SOR/98-106, rr. 1 (as am. by SOR/2004-283, s. 2), 299 (as am. by SOR/2006-219, s. 9), 299.1 to 299.42 (as enacted by SOR/2002-417, s. 17; repealed by SOR/2007-301, s. 6), 334.1 to 334.4 (as enacted *idem*, s. 7).  
*Financial Administration Act*, R.S.C., 1985, c. F-11, s. 19(2) (as am. by S.C. 1991, c. 24, s. 6).  
*Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27, ss. 72 (as am. by S.C. 2002, c. 8, s. 194), 74(d).  
*Immigration and Refugee Protection Regulations*, SOR/2002-227, s. 304.

## CASES JUDICIALLY CONSIDERED

## APPLIED:

*Canada v. Grenier*, [2006] 2 F.C.R. 287; (2005), 262 D.L.R. (4th) 337; 344 N.R. 102; 2005 FCA 348; *Griffith v. Winter* (2003), 15 B.C.L.R. (4th) 390; 184 B.C.A.C. 121; 34 C.P.C. (5th) 216; 2003 BCCA 367; *Tihomirovs v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2006] 2 F.C.R. 531; (2005), 31 Admin. L.R. (4th) 257; 49 Imm. L.R. (3d) 163; 339 N.R. 210; 2005 FCA 308; *Shubenacadie Indian Band v. Canada (Attorney General)* (2001), 202 F.T.R. 30; 2001 FCT 181; affd (*sub nom. Canada (Minister of Fisheries and Oceans) v. Shubenacadie Indian Band*) 2002 FCA 255; *Noade v. Blood Tribe* (2002), 226 F.T.R. 87; 2002 FCT 2011

## CONSIDERED:

*Momi v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2007] 2 F.C.R. 291; (2006), 293 F.T.R. 133; 55 Imm. L.R. (3d) 133; 2006 FC 738; *Radil Bros. Fishing Co. v. Canada (Department of Fisheries and Oceans)* (1998), 158 F.T.R. 313 (F.C.T.D.); *Caputo v. Imperial Tobacco Ltd.* (2005), 74 O.R. (3d) 728; 250 D.L.R. (4th) 756; 9 C.P.C. (6th) 175; [2005] O.T.C. 160 (S.C.J.); *Guimond v. Quebec (Attorney General)*, [1996] 3 S.C.R. 347; (1996), 138 D.L.R. (4th) 647; 43 Admin. L.R. (2d) 44; 110 C.C.C. (3d) 223; 3 C.P.C. (4th) 1; 38 C.R.R. (2d) 212; 22 M.V.R. (3d) 251; 201 N.R. 380.

## REFERRED TO:

*Housen v. Nikolaisen*, [2002] 2 S.C.R. 235; (2002), 211 D.L.R. (4th) 577; [2002] 7 W.W.R. 1; 219 Sask. R. 1; 10 C.C.L.T. (3d) 157; 30 M.P.L.R. (3d) 1; 286 N.R. 1; 2002 SCC 33; *Canada v. Tremblay*, [2004] 4 F.C.R. 165; (2004), 244 D.L.R. (4th) 422; 327 N.R. 160; 2004 FCA 172; leave to appeal to S.C.C. refused, [2004] 3 S.C.R. xiii; *Haig v. Canada*, [1992] 3 F.C. 611; (1992), 97 D.L.R. (4th) 71; 145 N.R. 233 (C.A.); affd [1993] 2 S.C.R. 995; (1993), 105 D.L.R. (4th) 577; 16 C.R.R. (2d) 193; 156 N.R. 81; *Macinnis v. Canada (Attorney General)*, [1994] 2 F.C. 464; (1994), 113 D.L.R. (4th) 529; 25 Admin. L.R. (2d) 294; 47 M.P.L.R. (3d) 162; 166 N.R. 57 (C.A.); *Drapeau*

L.C. 1990, ch. 8, art. 5; 2002, ch. 8, art. 27), 18.4(2) (édicte par L.C. 1990, ch. 8, art. 5; 2002, ch. 8, art. 28).  
*Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27, art. 72 (mod. par L.C. 2002, ch. 8, art. 194), 74d).  
*Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés*, DORS/2002-227, art. 304.  
*Règles des Cours fédérales*, DORS/98-106, règles 1 (mod. par DORS/2004-283, art. 2), 299 (mod. par DORS/2006-219, art. 9), 299.1 à 299.42 (édictees par DORS/2002-417, art. 17; abrogées par DORS/2007-301, art. 6), 334.1 à 334.4 (édictees, *idem*, art. 7).

## JURISPRUDENCE CITÉE

## DÉCISIONS APPLIQUÉES :

*Canada c. Grenier*, [2006] 2 R.C.F. 287; 2005 CAF 348; *Griffith v. Winter* (2003), 15 B.C.L.R. (4th) 390; 184 B.C.A.C. 121; 34 C.P.C. (5th) 216; 2003 BCCA 367; *Tihomirovs c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2006] 2 R.C.F. 531; 2005 CAF 308; *Bande indienne de Shubenacadie c. Canada (Procureur général)*, 2001 CFPI 181; conf. par (*sub nom. Canada (Ministre des Pêches et des Océans) c. Bande indienne de Shubenacadie*) 2002 CAF 255; *Noade c. Tribu des Blood*, 2002 CFPI 2011.

## DÉCISIONS EXAMINÉES :

*Momi c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2007] 2 R.C.F. 291; 2006 CF 738; *Radil Bros. Fishing Co. c. Canada (Ministère des Pêches et des Océans)*, [1998] A.C.F. n° 1744 (1<sup>re</sup> inst.) (QL); *Caputo v. Imperial Tobacco Ltd.* (2005), 74 O.R. (3d) 728; 250 D.L.R. (4th) 756; 9 C.P.C. (6th) 175; [2005] O.T.C. 160 (C.S.J.); *Guimond c. Québec (Procureur général)*, [1996] 3 R.C.S. 347.

## DÉCISIONS CITÉES :

*Housen c. Nikolaisen*, [2002] 2 R.C.S. 235; 2002 CSC 33; *Canada c. Tremblay*, [2004] 4 R.C.F. 165; 2004 CAF 172; autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée, [2004] 3 R.C.S. xiii; *Haig c. Canada*, [1992] 3 C.F. 611 (C.A.); conf. par [1993] 2 R.C.S. 995; *Macinnis c. Canada (Procureur général)*, [1994] 2 C.F. 464 (C.A.); *Drapeau c. Canada (Ministre de la Défense nationale)*, [1995] A.C.F. n° 536 (C.A.F) (QL); *Al-Mhamad c. Canada (Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications)*, 2003 CAF 45; *Nanaimo Immigrant Settlement Society v. British Columbia* (2001), 149 B.C.A.C. 26; 84 B.C.L.R. (3d) 208; 2001 BCCA 75.

*v. Canada (Minister of National Defence)* (1995), 179 N.R. 398 (F.C.A.); *Al-Mhamad v. Canada (Radio-Television and Telecommunications Commission)*, 2003 FCA 45; *Nanaimo Immigrant Settlement Society v. British Columbia* (2001), 149 B.C.A.C. 26; 84 B.C.L.R. (3d) 208; 2001 BCCA 75.

## AUTHORS CITED

Branch, Ward K. *Class Actions in Canada*, looseleaf. Aurora, Ont.: Canada Law Book, 1996.

APPEAL from a Federal Court order ([2008] 4 F.C.R. 391; (2008), 67 Imm. L.R. (3d) 61; 2008 FC 7) granting the respondents' motion to treat their application for judicial review of fees charged by the appellant pursuant to the *Immigration and Refugee Protection Regulations* and formerly enacted regulations as an action and for their action to be certified as a class action. Appeal allowed in part.

## APPEARANCES:

*Marie-Louise Wcislo and Lorne McClenaghan* for appellant.  
*Lorne Waldman and Gerry A. Cuttler* for respondents.

## SOLICITORS OF RECORD:

*Deputy Attorney General of Canada* for appellant.  
*Waldman & Associates*, Toronto, for respondents.

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

SEXTON J.A.:

Introduction

[1] This is an appeal of the order of Mr. Justice Harrington [[2008] 4 F.C.R. 391 (F.C.)] (the motions Judge) who granted the motion of Alan and Irina Hinton (the respondents) to treat their application for judicial review of fees charged by the Minister of Citizenship and Immigration (the appellant) pursuant to the *Immigration and Refugee Protection Regulations*,

## DOCTRINE CITÉE

Branch, Ward K. *Class Actions in Canada*, feuilles mobiles. Aurora, Ont. : Canada Law Book, 1996.

APPEL d'une ordonnance rendue par la Cour fédérale ([2008] 4 R.C.F. 391; 2008 CF 7) qui a accueilli la requête présentée par les intimés afin que leur demande de contrôle judiciaire des frais perçus par l'appelant en application du *Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés* et des règlements antérieurs soit traitée comme s'il s'agissait d'une action, et que leur action soit autorisée comme recours collectif. Appel accueilli en partie.

## ONT COMPARU :

*Marie-Louise Wcislo et Lorne McClenaghan* pour l'appelant.  
*Lorne Waldman et Gerry A. Cuttler* pour les intimés.

## AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER :

*Le sous-procureur général du Canada* pour l'appelant.  
*Waldman & Associates*, Toronto, pour les intimés.

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

LE JUGE SEXTON, J.C.A. :

Introduction

[1] Il s'agit de l'appel d'une ordonnance rendue par le juge Harrington [[2008] 4 R.C.F. 391 (C.F.)] (le juge des requêtes) qui a accueilli la requête présentée par Alan et Irina Hinton (les intimés) afin que leur demande de contrôle judiciaire concernant des frais facturés par le ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration (l'appelant) en vertu du *Règlement sur l'immigration et*

SOR/2002-227 and formerly enacted regulations (collectively, the impugned regulations) as an action and for their action against the appellant to be certified as a class action. The respondents sought to initiate a class action on behalf of those who paid processing fees prescribed by the impugned regulations and thus charged by the Department of Citizenship and Immigration Canada (CIC) with respect to various immigration visas. They seek a partial refund and declaratory relief on the basis that Her Majesty the Queen made a profit on the service, rendering the impugned regulations contrary to the provisions of the *Financial Administration Act*, R.S.C., 1985, c. F-11.

[2] By virtue of section 18 [as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 4; 2002, c. 8, s. 26] of the *Federal Courts Act*, R.S.C., 1985, c. F-7 [s. 1 (as am. *idem*, s. 14)], the Federal Court has exclusive original jurisdiction to hear and determine challenges of the decisions of federal boards, commissions or other tribunals by way of declaratory relief, *certiorari*, *mandamus*, etc. Pursuant to this Court's decision in *Canada v. Grenier*, [2006] 2 F.C.R. 287 (F.C.A.) (*Grenier*), such challenges must be commenced by way of an application for judicial review, rather than being collaterally attacked by way of an action.

[3] Subsequent to commencing their application for leave and judicial review on September 14, 2006, the respondents moved, in June 2007, to simultaneously "convert" their application into an action and have such an action certified as a class action. It is this stage of the proceedings that is at issue in this appeal.

[4] The appellant takes the position that: (1) the originating leave application commenced by the respondents pursuant to subsection 72(1) of the *Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27 (IRPA), which only questioned the *vires* of a single regulation, was not sufficiently broad to encompass individuals affected by one of over 40 other regulations; (2) a damages claim could not be commenced prior to a final disposition of the application for judicial review; and (3) a class action was not the preferable procedure for the fair and efficient resolution of the common questions of law and fact in determining the legal validity of the impugned regulations.

*la protection des réfugiés*, DORS/2002-227 et des règlements antérieurs (collectivement, les règlements contestés) soit traitée comme s'il s'agissait d'une action, et que leur action contre l'appelant soit autorisée comme recours collectif. Les intimés souhaitaient intenter un recours collectif au nom de ceux qui ont payé des frais de traitement en vertu des règlements contestés, donc des frais exigés par le ministère de la Citoyenneté et de l'Immigration du Canada (CIC), pour l'obtention de divers visas d'immigration. Les intimés cherchent à obtenir un remboursement partiel et un jugement déclaratoire au motif que Sa Majesté la Reine a tiré un profit du service, ce qui rend les règlements contestés contraires à la *Loi sur la gestion des finances publiques*, L.R.C. (1985), ch. F-11.

[2] En vertu de l'article 18 [mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 4; 2002, ch. 8, art. 26] de la *Loi sur les Cours fédérales*, L.R.C. (1985), ch. F-7 [art. 1 (mod., *idem*, art. 14)], la Cour fédérale a compétence exclusive pour rendre un jugement déclaratoire, ou pour décerner un bref de *certiorari*, de *mandamus*, etc., à l'égard des décisions de tout office fédéral. Conformément à la décision de la Cour dans *Canada c. Grenier*, [2006] 2 R.C.F. 287 (C.A.F.) (*Grenier*), ces décisions doivent être contestées par voie de demande de contrôle judiciaire, et non attaquées collatéralement par voie d'action.

[3] Après avoir présenté leur demande d'autorisation et de contrôle judiciaire, le 14 septembre 2006, les intimés ont demandé, en juin 2007, à ce que leur demande soit « convertie » en action et qu'un recours collectif soit autorisé par le fait même. C'est de cette étape de la procédure qu'il est question en l'espèce.

[4] L'appelant estime que : 1) la demande d'autorisation initiale présentée par les intimés conformément au paragraphe 72(1) de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27 (LIPR), qui ne visait à contester la validité que d'un seul règlement, n'était pas suffisamment large pour englober les personnes touchées par l'un des quelque 40 autres règlements; 2) une action en dommages-intérêts ne pouvait être présentée avant qu'une décision définitive sur la demande de contrôle judiciaire n'ait été rendue; 3) s'agissant de déterminer la validité juridique des règlements contestés, le recours collectif n'était pas le meilleur moyen de régler de façon équitable et efficace les points de droit ou de fait collectifs.

[5] For the reasons that follow I agree with the appellant on the first ground, but disagree with respect to the second and third grounds. Thus in the result I would allow the appeal in part by limiting the class of plaintiffs to consist of individuals covered by the leave application, but without prejudice to the right of the respondents or some other person on behalf of the remainder of the proposed class to apply for leave for judicial review and to be added into the certified class as limited by this judgment.

### Facts

[6] Since approximately 1986, CIC has charged processing service fees to persons who submit various applications under the IRPA, including applications to temporarily visit, work or study in Canada, applications to sponsor relatives living abroad wishing to emigrate to Canada, and applications to come to Canada as a permanent resident. Pursuant to the impugned regulations, different service fees are set for each kind of application.

[7] On or about May 30, 2003, Alan Hinton submitted an application to sponsor his wife, who resided in Russia, to come to Canada. A few months after Alan Hinton paid his processing fee, Irina Hinton was notified by the Canadian Embassy in Moscow to pick up her permanent resident visa. There was no immigration interview for either of the respondents. Alan Hinton had paid \$75. Based on a draft of an internal CIC report of the costs of delivering immigration services obtained through an *Access to Information Act* [R.S.C., 1985, c. A-1] request, the respondents believe that the “unit cost” for sponsorship determinations for spouses (including children) was roughly half of what Mr. Hinton paid.

[8] In March of 2005, a proposed class action, which included the respondents, was filed by way of statement of claim against the appellant. That claim challenged the legal validity of more than 40 current (and former) immigration service fees, enacted between 1986 and

[5] Pour les motifs qui suivent, je partage l’avis de l’appelant au sujet du premier argument, mais je suis en désaccord avec lui quant aux deux autres. Par conséquent, j’accueillerais l’appel en partie et limiterais le groupe de demandeurs aux personnes visées par la demande d’autorisation, mais sans porter atteinte au droit des intimés, ou de toute autre personne, de présenter, au nom des autres membres du groupe proposé, une demande d’autorisation de contrôle judiciaire et une demande en vue de faire partie du groupe visé par le recours autorisé, tel que limité par le présent jugement.

### Faits

[6] Depuis environ 1986, CIC a facturé des frais de traitement aux personnes qui présentent différentes demandes en application de la LIPR, y compris les demandes de visas de résident temporaire, de travail ou d’étude au Canada, les demandes visant à parrainer des proches vivant à l’étranger et qui désirent émigrer au Canada, et les demandes d’entrée au Canada en tant que résident permanent. Conformément aux règlements contestés, des frais de traitement divers ont été fixés pour chaque type de demande.

[7] Le 30 mai 2003, ou vers cette date, Alan Hinton a présenté une demande visant à parrainer son épouse, qui résidait en Russie, afin qu’elle puisse venir au Canada. Quelques mois après qu’il eut payé les frais de traitement, l’ambassade canadienne à Moscou a informé Irina Hinton qu’elle pouvait venir chercher son visa de résidence permanente. Aucun des intimés n’a dû passer une entrevue d’immigration. Alan Hinton a versé 75 \$. Se fondant sur un projet de rapport interne de CIC, obtenu grâce à une requête présentée en vertu de la *Loi sur l’accès à l’information* [L.R.C. (1985), ch. A-1] et portant sur les coûts liés aux services d’immigration, les intimés soutiennent que le « coût à l’unité » des décisions portant sur le parrainage des époux (y compris les enfants) était d’environ la moitié du prix payé par M. Hinton.

[8] En mars 2005, un recours collectif envisagé, visant notamment les intimés, a été déposé par voie de déclaration contre l’appelant. Par cette action, la validité juridique de quelque 40 frais de traitement actuels (ou anciens) en matière d’immigration, imposés entre 1986

2002, on the basis that those fees violated subsection 19(2) [as am. by S.C. 1991, c. 24, s. 6] of the *Financial Administration Act* [R.S.C., 1985, c. F-11], which provides that the fees charged by the federal government for a service cannot exceed the cost of providing it. On June 26, 2006, because of *Grenier*, the motions Judge (for clarification, Justice Harrington is the case management Judge for this entire proceeding and thus has presided over all stages of the proceeding) decided in *Momi v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2007] 2 F.C.R. 291 (F.C.) (*Momi*) to stay the action so that an application for judicial review could be launched in its place.

[9] In *Momi*, despite staying the class action, the motions Judge made a number of comments about the appropriateness of certification, and then concluded at paragraphs 81 and 83:

I have taken into account the matters set out in subsection 299.18(2) of the Rules. Common questions of law or fact predominate. There is not a significant number of members of the class who would have a valid interest in individually controlling their separate actions. It will cost a fortune to advance a claim, whether it is for one visa, or ten million. It is difficult to think any member of the class would want to take his or her separate action. Other possible means of resolving the claims are in my view less practical and less efficient.

...

Although I am dismissing the motion to certify at this time, the action remains under case management. Nothing further need be done until the delays to appeal have expired. If the plaintiffs launch an appeal, the issue is whether this action should be stayed and, if so, on what basis. If they do not appeal, the modalities of the application for judicial review contemplated herein should be discussed.

[10] Rather than appeal, the respondents applied for leave to commence an application for judicial review pursuant to subsection 72(1) of the IRPA, filed September 14, 2006. The application was to review a decision of Citizenship and Immigration Canada issued on or about May 30, 2003, wherein the Minister charged and Alan Hinton paid \$75 to the Receiver General for Canada for the determination of an application for

et 2002, était contestée au motif que l'imposition de ces frais contrevenait au paragraphe 19(2) [mod. par L.C. 1991, ch. 24, art. 6] de la *Loi sur la gestion des finances publiques* [L.R.C. (1985), ch. F-11], selon lequel les frais de traitement facturés par le gouvernement fédéral ne peuvent excéder les coûts supportés pour leur prestation. Le 26 juin 2006, s'appuyant sur *Grenier*, le juge des requêtes (précisons que le juge Harrington est le juge responsable de la gestion de l'instance pour l'ensemble de la présente procédure et qu'il a ainsi présidé à toutes les étapes de la procédure) a décidé, dans *Momi c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2007] 2 R.C.F. 291 (C.F.) (*Momi*), de suspendre l'action afin que l'on puisse y substituer une demande de contrôle judiciaire.

[9] Dans *Momi*, bien qu'il ait suspendu l'action, le juge des requêtes a formulé de nombreux commentaires au sujet du bien-fondé de l'autorisation, et a conclu ainsi, aux paragraphes 81 et 83 :

J'ai tenu compte des éléments exposés au paragraphe 299.18(2) des Règles. Les points de droit et de fait collectifs prédominent. Le nombre des membres du groupe qui pourraient avoir un véritable intérêt à contrôler individuellement leur propre action est très faible. Présenter une réclamation, qu'elle vise un seul visa ou dix millions de visas, coûtera une fortune. Il est difficile d'imaginer qu'un membre du groupe pourrait souhaiter tenter sa propre action. Les autres voies permettant de résoudre ces demandes sont, à mon avis, moins pratiques et moins efficaces.

[...]

Je rejette pour le moment la requête en autorisation, mais l'action demeure une instance à gestion spéciale. Il n'y a pas lieu de prendre d'autre mesure avant l'expiration des délais d'appel. Si les demandeurs interjettent appel, il faudrait se demander si la présente action doit être suspendue et, si c'est le cas, pour quel motif. S'ils n'interjettent pas appel, il conviendra d'examiner les modalités de la demande de contrôle judiciaire envisagée dans les présents motifs.

[10] Plutôt que d'interjeter appel, les intimés ont déposé, le 14 septembre 2006, une demande de contrôle judiciaire conformément au paragraphe 72(1) de la LIPR. La demande portait sur une décision de Citoyenneté et Immigration Canada rendue le 30 mai 2003 ou vers cette date, par laquelle le ministre a réclamé la somme de 75 \$ à Alan Hinton, somme qu'Alan Hinton a versée au receveur général du Canada, en vue du

sponsorship for his wife. Unlike *Momi*, the leave application in this case challenged only one CIC fee regulation: section 304 of the *Immigration and Refugee Protection Regulations* which require that a sponsor pay a service fee of \$75 to have CIC process an application seeking to be a sponsor for a member of the family class.

[11] Concerned that the application for leave had been out of time, the Court extended the time for commencing the application. The motions Judge ordered that the proceeding be managed as a specially managed proceeding on November 17, 2006. The motions Judge ultimately granted the application for leave on April 24, 2007, and ordered the appointment of a case management Judge on May 14, 2007.

[12] In June 2007, the respondents moved to “convert” the application into an action and certify it as a class action. Included in the proposed class were all the people under the impugned regulations, despite the application for leave only applying to one regulation, namely section 304 of the current *Immigration and Refugee Protection Regulations*.

### Legislation

[13] The substance of the respondents’ claim lies in subsection 19(2) of the *Financial Administration Act* which provides:

19. ...

(2) Fees and charges for a service or the use of a facility provided by or on behalf of Her Majesty in right of Canada that are prescribed under subsection (1) or the amount of which is adjusted under section 19.2 may not exceed the cost to Her Majesty in right of Canada of providing the service or the use of the facility to the users or class of users.

[14] Section 18 of the *Federal Courts Act* provides, in part:

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

traitement de la demande de parrainage de son épouse. Contrairement à *Momi*, la demande d’autorisation en l’espèce ne visait à contester qu’une seule disposition réglementaire relative à des frais à payer à CIC : l’article 304 du *Règlement sur l’immigration et la protection des réfugiés*, qui prévoit que le parrain doit payer une somme de 75 \$ afin que CIC examine la demande de parrainage d’un membre de la catégorie du regroupement familial.

[11] Préoccupée par le fait que la demande d’autorisation avait été présentée après l’expiration du délai prescrit, la Cour a prorogé le délai de présentation de la demande. Le 17 novembre 2006, le juge des requêtes a ordonné que l’instance soit gérée comme une instance à gestion spéciale. Il a finalement accueilli la demande d’autorisation, le 24 avril 2007, et a ordonné la nomination d’un juge responsable de la gestion de l’instance, le 14 mai 2007.

[12] En juin 2007, les intimés ont demandé à ce que la demande soit « convertie » en action et qu’elle soit autorisée comme recours collectif. Étaient visées par le recours collectif envisagé, toutes les personnes concernées par les règlements contestés, même si la demande d’autorisation ne s’appliquait qu’à une seule disposition réglementaire, à savoir l’article 304 du *Règlement sur l’immigration et la protection des réfugiés*, actuellement en vigueur.

### Dispositions législatives

[13] La demande des intimés repose essentiellement sur le paragraphe 19(2) de la *Loi sur la gestion des finances publiques*, qui prévoit ce qui suit :

19. [...]

(2) Le prix fixé en vertu du paragraphe (1) ou rajusté conformément à l’article 19.2 ne peut excéder les coûts supportés par Sa Majesté du chef du Canada pour la prestation des services aux bénéficiaires ou usagers, ou à une catégorie de ceux-ci, ou la mise à leur disposition des installations.

[14] L’article 18 de la *Loi sur les Cours fédérales* prévoit, en partie, ce qui suit :

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

(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

[15] The powers of the Federal Court on applications for judicial review are outlined by subsection 18.1(3) [as enacted by S.C. 1990, c. 8, s. 5; 2002, c. 8, s. 27]:

#### 18.1 ...

(3) 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.

[16] In contrast, the Federal Court's concurrent original jurisdiction with respect to actions against the Crown is provided by subsections 17(1) [as am. by S.C. 2002, c. 8, s. 25] and (2) [as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 3; 2002, c. 8, s. 25]:

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.

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

(a) the land, goods or money of any person is in the possession of the Crown;

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.

[15] Les pouvoirs de la Cour fédérale en ce qui concerne les demandes de contrôle judiciaire sont énoncés au paragraphe 18.1(3) [édicte par L.C. 1990, ch. 8, art. 5; 2002, ch. 8, art. 27] :

#### 18.1 [...]

(3) 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.

[16] Par ailleurs, la compétence concurrente, en première instance, de la Cour fédérale dans les cas d'actions contre la Couronne est prévue aux paragraphes 17(1) [mod. par L.C. 2002, ch. 8, art. 25] et (2) [mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 3; 2002, ch. 8, art. 25] :

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.

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

a) la possession par la Couronne de terres, biens ou sommes d'argent appartenant à autrui;

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

(c) there is a claim against the Crown for injurious affection; or

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

b) un contrat conclu par ou pour la Couronne;

c) un trouble de jouissance dont la Couronne se rend coupable;

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

[17] Subsection 18.4(2) [as enacted by S.C. 1990, c. 8, s. 5; 2002, c. 8, s. 28] of the *Federal Courts Act* provides for the “conversion” of an application into an action:

**18.4 ...**

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

[18] All decisions arising under the IRPA can only be judicially reviewed subsequent to the granting of leave, pursuant to section 72 [s. 72(2)(b) (as am. by S.C. 2002, c. 8, s. 194)] of the IRPA:

**72. (1)** Judicial review by the Federal Court with respect to any matter—a decision, determination or order made, a measure taken or a question raised—under this Act is commenced by making an application for leave to the Court.

(2) The following provisions govern an application under subsection (1):

(a) the application may not be made until any right of appeal that may be provided by this Act is exhausted;

(b) subject to paragraph 169(f), notice of the application shall be served on the other party and the application shall be filed in the Registry of the Federal Court (“the Court”) within 15 days, in the case of a matter arising in Canada, or within 60 days, in the case of a matter arising outside Canada, after the day on which the applicant is notified of or otherwise becomes aware of the matter;

(c) a judge of the Court may, for special reasons, allow an extended time for filing and serving the application or notice;

(d) a judge of the Court shall dispose of the application without delay and in a summary way and, unless a judge of the Court directs otherwise, without personal appearance; and

[17] Le paragraphe 18.4(2) [édicte par L.C. 1990, ch. 8, art. 5; 2002, ch. 8, art. 28] de la *Loi sur les Cours fédérales* prévoit la « conversion » d’une demande en action :

**18.4 [...]**

(2) Elle peut, si elle l’estime indiqué, ordonner qu’une demande de contrôle judiciaire soit instruite comme s’il s’agissait d’une action.

[18] Le contrôle judiciaire de toutes les décisions rendues sous le régime de la LIPR est subordonné à l’octroi d’une autorisation, conformément à l’article 72 [art. 72(2)(b) (mod. par L.C. 2002, ch. 8, art. 194)] de la LIPR :

**72. (1)** Le contrôle judiciaire par la Cour fédérale de toute mesure — décision, ordonnance, question ou affaire — prise dans le cadre de la présente loi est subordonné au dépôt d’une demande d’autorisation.

(2) Les dispositions suivantes s’appliquent à la demande d’autorisation :

a) elle ne peut être présentée tant que les voies d’appel ne sont pas épuisées;

b) elle doit être signifiée à l’autre partie puis déposée au greffe de la Cour fédérale — la Cour — dans les quinze ou soixante jours, selon que la mesure attaquée a été rendue au Canada ou non, suivant, sous réserve de l’alinéa 169f), la date où le demandeur en est avisé ou en a eu connaissance;

c) le délai peut toutefois être prorogé, pour motifs valables, par un juge de la Cour;

d) il est statué sur la demande à bref délai et selon la procédure sommaire et, sauf autorisation d’un juge de la Cour, sans comparution en personne;

(e) no appeal lies from the decision of the Court with respect to the application or with respect to an interlocutory judgment.

e) le jugement sur la demande et toute décision interlocutoire ne sont pas susceptibles d'appel.

[19] Rule 299 [as am. by SOR/2006-219, s. 9 of the *Federal Courts Rules*, SOR/98-106, r. 1 (as am. by SOR/2004-283, s. 2)] outlines the Federal Court regime governing class actions that was in force when the respondents' application was commenced. The conditions to certify a class are provided in rule 299.18 [as enacted by SOR/2002-417, s. 17]:

[19] La règle 299 [mod. par DORS/2006-219, art. 9 des *Règles des Cours fédérales*, DORS/98-106, règle 1 (mod. par DORS/2004-283, art. 2)] établit le régime applicable aux recours collectifs devant la Cour fédérale, qui était en vigueur au moment où la demande des intimés a été présentée. Les conditions préalables à l'autorisation d'un recours collectif figurent à la règle 299.18 [éditée par DORS/2002-417, art. 17] des Règles :

**299.18** (1) Subject to subsection (3), a judge shall certify an action as a class action if

**299.18** (1) Sous réserve du paragraphe (3), le juge autorise une action comme recours collectif si les conditions suivantes sont réunies :

(a) the pleadings disclose a reasonable cause of action;

a) les actes de procédure révèlent une cause d'action valable;

(b) there is an identifiable class of two or more persons;

b) il existe un groupe identifiable formé d'au moins deux personnes;

(c) the claims of the class members raise common questions of law or fact, whether or not those common questions predominate over questions affecting only individual members;

c) les réclamations des membres du groupe soulèvent des points de droit ou de fait collectifs, qu'ils prédominent ou non sur ceux qui ne concernent qu'un membre;

(d) a class action is the preferable procedure for the fair and efficient resolution of the common questions of law or fact; and

d) le recours collectif est le meilleur moyen de régler de façon équitable et efficace les points de droit ou de fait collectifs;

(e) there is a representative plaintiff who

e) un des membres du groupe peut agir comme représentant demandeur et, à ce titre :

(i) would fairly and adequately represent the interests of the class,

(i) représenterait de façon équitable et appropriée les intérêts du groupe,

(ii) has prepared a plan for the action that sets out a workable method of advancing the action on behalf of the class and of notifying class members how the proceeding is progressing,

(ii) a élaboré un plan qui propose une méthode efficace pour poursuivre l'action au nom du groupe et tenir les membres du groupe informés du déroulement de l'instance,

(iii) does not have, on the common questions of law or fact, an interest that is in conflict with the interests of other class members, and

(iii) n'a pas de conflit d'intérêts avec d'autres membres du groupe en ce qui concerne les points de droit ou de fait collectifs,

(iv) provides a summary of any agreements respecting fees and disbursements between the representative plaintiff and the representative plaintiff's solicitor.

(iv) communique un sommaire des ententes relatives aux honoraires et débours qui sont intervenues entre lui et son avocat.

(2) All relevant matters shall be considered in a determination of whether a class action is the preferable procedure for the fair and efficient resolution of the common questions of law or fact, including whether

(2) Afin de déterminer si le recours collectif est le meilleur moyen de régler les points de droit ou de fait collectifs de façon équitable et efficace, tous les facteurs pertinents doivent être pris en compte, notamment les facteurs suivants :

(a) questions of law or fact common to the members of the class predominate over any questions affecting only individual members;

(b) a significant number of the members of the class have a valid interest in individually controlling the prosecution of separate actions;

(c) the class action would involve claims that are or have been the subject of any other action;

(d) other means of resolving the claims are less practical or less efficient; and

(e) the administration of the class action would create greater difficulties than those likely to be experienced if relief were sought by other means.

(3) If the judge determines that a class includes a subclass whose members have claims that raise common questions of law or fact not shared by all the class members so that the protection of the interests of the subclass members requires that they be separately represented, the judge shall not certify the action as a class action unless there is a representative plaintiff who

(a) would fairly and adequately represent the interests of the subclass;

(b) has prepared a plan for the action that sets out a workable method of advancing the action on behalf of the subclass and of notifying subclass members how the proceeding is progressing;

(c) does not have, on the common questions of law or fact for the subclass, an interest that is in conflict with the interests of other subclass members; and

(d) provides a summary of any agreements respecting fees and disbursements between the representative plaintiff and the representative plaintiff's solicitor.

[20] The contents of the order for certification are delineated in rule 299.19 [as enacted by SOR/2002-417, s. 17]:

**299.19** (1) An order certifying an action as a class action shall

(a) describe the class;

(b) state the name of the representative plaintiff;

(c) state the nature of the claims made on behalf of the class;

a) la prédominance des points de droit ou de fait collectifs sur ceux qui ne concernent que certains membres;

b) le nombre de membres du groupe qui ont véritablement intérêt à poursuivre des actions séparées;

c) la question de savoir si le recours collectif comprendrait des réclamations qui ont été ou qui sont l'objet d'autres actions;

d) l'aspect pratique ou l'efficacité des autres moyens de régler les réclamations;

e) la question de savoir si la gestion du recours collectif créerait de plus grandes difficultés que l'adoption d'un autre moyen.

(3) Si le juge constate qu'il existe au sein du groupe un sous-groupe dont les réclamations soulèvent des points de droit ou de fait collectifs que ne partagent pas tous les membres du groupe de sorte que la protection des intérêts des membres du sous-groupe exige qu'ils aient un représentant distinct, il n'autorise l'action comme recours collectif que si un des membres du sous-groupe peut agir comme représentant demandeur et, à ce titre :

a) représenterait de façon équitable et appropriée les intérêts du sous-groupe;

b) a élaboré un plan qui propose une méthode efficace pour poursuivre l'action au nom du sous-groupe et tenir les membres du sous-groupe informés du déroulement de l'instance;

c) n'a pas de conflit d'intérêts avec d'autres membres du sous-groupe en ce qui concerne les points de droit ou de fait collectifs;

d) communique un sommaire des ententes relatives aux honoraires et débours qui sont intervenues entre lui et son avocat.

[20] Le contenu de l'ordonnance d'autorisation est décrit à la règle 299.19 [éditée par DORS/2002-417, art. 17] des Règles :

**299.19** (1) L'ordonnance d'autorisation de l'action comme recours collectif contient les éléments suivants :

a) la description du groupe;

b) le nom du représentant demandeur;

c) l'énoncé de la nature des réclamations présentées au nom du groupe;

(d) state the relief claimed by or from the class;

(e) set out the common questions of law or fact for the class; and

(f) specify the time and manner for members to opt out of the class action.

(2) If the judge determines that a class includes a subclass whose members have claims that raise common questions of law or fact not shared by all class members so that the protection of the interests of the subclass members requires that they be separately represented, the order certifying the action as a class action shall include the information referred to in subsection (1) in respect of the subclass.

[21] Rule 299.2 [as enacted *idem*] provides further guidance with respect to certifying a class:

**299.2** A judge shall not refuse to certify an action as a class action solely on one or more of the following grounds:

(a) the relief claimed includes a claim for damages that would require an individual assessment after a determination of the common questions of law or fact;

(b) the relief claimed relates to separate contracts involving different class members;

(c) different remedies are sought for different class members;

(d) the number of class members or the identify of each class member is not known; or

(e) the class includes a subclass whose members have claims that raise common questions of law or fact not shared by all class members.

[22] Rule 299.11 [as enacted *idem*] envisioned the possibility of an application for judicial review being treated as a class action in subsection 18.4(2) of the *Federal Courts Act*:

**299.11** Rules 299.1 and 299.12 to 299.42 also apply to an application for judicial review that is to be treated and proceeded with as an action under subsection 18.4(2) of the Act.

d) l'énoncé des réparations demandées par ou contre le groupe;

e) l'énumération des points de droit et de fait collectifs du groupe;

f) des instructions quant à la façon dont les membres du groupe peuvent s'exclure du recours collectif et la date limite pour le faire.

(2) Si le juge constate qu'il existe au sein du groupe un sous-groupe dont les réclamations soulèvent des points de droit ou de fait collectifs que ne partagent pas tous les membres du groupe de sorte que la protection des intérêts des membres du sous-groupe exige qu'ils aient un représentant distinct, l'ordonnance d'autorisation de l'action comme recours collectif contient les éléments visés au paragraphe (1) à l'égard du sous-groupe.

[21] La règle 299.2 [éditée, *idem*] des Règles fournit d'autres indications sur l'autorisation d'un recours collectif :

**299.2** Le juge ne peut refuser d'autoriser une action comme recours collectif en se fondant uniquement sur l'un ou plusieurs des motifs suivants :

a) les réparations demandées comprennent une réclamation de dommages-intérêts qui exigerait, une fois les points de droit ou de fait collectifs tranchés, une évaluation individuelle;

b) les réparations demandées portent sur des contrats distincts concernant différents membres du groupe;

c) les réparations demandées ne sont pas les mêmes pour tous les membres du groupe;

d) le nombre de membres du groupe ou l'identité de chacun des membres est inconnu;

e) il existe au sein du groupe un sous-groupe dont les réclamations soulèvent des points de droit ou de fait collectifs que ne partagent pas tous les membres du groupe.

[22] La règle 299.11 [édité, *idem*] des Règles laisse entrevoir la possibilité qu'une demande de contrôle judiciaire soit instruite comme s'il s'agissait d'un recours collectif en vertu du paragraphe 18.4(2) de la *Loi sur les Cours fédérales* :

**299.11** Les règles 299.1 et 299.12 à 299.42 s'appliquent notamment à une demande de contrôle judiciaire dans le cas où la Cour a ordonné, en vertu du paragraphe 18.4(2) de la Loi, qu'elle soit instruite comme une action.

[23] Rules 299.1 to 299.42 were repealed effective December 13, 2007 [SOR/2007-301, s. 6]—following the hearing under appeal before the motions Judge but prior to the release of his decision—and replaced by class proceedings rules 334.1 to 334.4 (SOR/2007-301, s.7).

#### Decision below

[24] The motions Judge granted an order to convert the application for judicial review into an action and certified the class action.

[25] He concluded that this Court’s decision in *Grenier* does not stand for the proposition that a judicial review must be completed before an action can be commenced, especially in light of the existence of subsection 18.4(2) of the *Federal Courts Act*.

[26] He rejected the argument that the class action could not encompass fees chargeable under the regulations which were not attacked in the original application for leave. The motions Judge said, at paragraphs 18 and 20:

Although the Minister’s proposition may have merit in the abstract, subsection 19(2) [as am. by S.C. 1991, c. 24, s. 6] of the *Financial Administration Act* provides that “[f]ees and charges for a service ... may not exceed the cost to Her Majesty.” Notice the singular “service” and the plural “fees.” As mentioned in *Momi*, the fee differential for different types of visas may well depend on the amount of time or labour required. There is no real basis at this stage for suggesting that each “fee” is a distinct “service.”

...

If rule 299.11 has any meaning, a converted judicial review which has been certified if it were a class action must call into question more than one decision. It appears that only one service is in issue. This is not to say that as the case develops, subclasses may have to be created with respect to specific fees.

[27] The motions Judge then turned to the five-part test for certification as outlined in rule 299.18. Given that leave had already been granted for the application for

[23] Les règles 299.1 à 299.42 ont été abrogées le 13 décembre 2007 [DORS/2007-301, art. 6] — après l’audience visée par l’appel, mais avant que le juge des requêtes n’ait rendu sa décision — et ont été remplacées par les règles 334.1 à 334.4 relatives aux recours collectifs (DORS/2007-301, art. 7).

#### La décision de la Cour fédérale

[24] Le juge des requêtes a prononcé une ordonnance portant « conversion » de la demande de contrôle judiciaire en action et a autorisé le recours collectif.

[25] Il a conclu que la décision de la Cour dans *Grenier* ne permet pas d’affirmer que le processus de contrôle judiciaire doit être terminé avant qu’une action puisse être intentée, particulièrement au vu du paragraphe 18.4(2) de la *Loi sur les Cours fédérales*.

[26] Il a rejeté l’argument voulant que le recours collectif ne puisse pas porter sur les frais exigibles en application de règlements qui n’étaient pas contestés dans la demande d’autorisation initiale. Le juge des requêtes a déclaré ce qui suit, aux paragraphes 18 et 20 :

Bien que l’argument du ministre puisse être bien fondé dans l’abstrait, le paragraphe 19(2) [mod. par L.C. 1991, ch. 24, art. 6] de la *Loi sur la gestion des finances publiques* dispose que « [l]e prix fixé [...] ne peut excéder les coûts supportés par Sa Majesté [...] pour la prestation des services ». Noter dans la version anglaise le singulier du mot « service » et le pluriel du mot « fees ». Comme je l’ai mentionné dans la décision *Momi*, l’écart entre les frais selon les différents types de visa peut très bien dépendre du temps et du travail nécessaires à leur traitement. Il n’y a aucun fondement véritable à ce stade-ci qui puisse donner à penser que chaque « fee » (type de frais) correspond à un « service » (service) distinct.

[...]

Pour que la règle 299.11 garde tout son sens, un contrôle judiciaire converti en action qui est elle-même autorisée comme recours collectif doit remettre en question plus d’une décision. Il semble que seulement un service pose un problème, ce qui n’empêche pas qu’à mesure que l’affaire évolue, on ne puisse pas créer des sous-groupes relativement à certains frais.

[27] Le juge des requêtes a ensuite porté son attention sur le critère en cinq parties relatif à l’autorisation décrit à la règle 299.18 des Règles. Comme la demande de

judicial review, the motions Judge concluded that there was a reasonable cause of action.

[28] Excluding those in the class who may face a six-year time bar defence, the motions Judge concluded that there was an identifiable class, namely plaintiffs alleging a systemic violation of subsection 19(2) of the *Financial Administration Act*. The class consists of those persons who, at any time during the period 1 April 1994 to 31 March 2004, paid a fee or charge to Her Majesty in right of Canada for a determination of any of the applications made pursuant to any one or more of the impugned regulations, and who were informed of determination decisions in respect of such applications on or after September 12, 2000.

[29] There were common questions of law or fact, as allegations of systemic violations of subsection 19(2) of the *Financial Administration Act* permeated throughout. The motions Judge acknowledged that some subclasses might have to be created if it were established that different fees were determined by way of different methodologies. He identified the common question of fact to be whether the fees and charges for the service exceeded the cost to Her Majesty in right of Canada of providing the service to the plaintiff class. If that question of fact were answered in the affirmative, the common question of law would be whether the plaintiff class is entitled to recovery.

[30] The motions Judge considered the factors outlined in subsection 299.18(2) of the Rules to determine whether or not a class action was the preferable procedure, and decided that inquiry in the affirmative. He found that questions of law or fact common to the members of the class predominated over questions affecting individual members, once those who could face a time-bar defence were eliminated from the class. Given the small size of the award per member, he concluded that members did not have a valid interest in individually controlling the prosecution of separate actions.

[31] The motions Judge did not agree with the appellant that the validity of the impugned regulations were better considered in an ordinary judicial review.

contrôle judiciaire avait déjà été autorisée, le juge des requêtes a conclu qu'il existait une cause d'action valable.

[28] Sous réserve des membres du groupe à qui la prescription de six ans pourrait être opposée, le juge des requêtes a conclu à l'existence d'un groupe identifiable, en l'occurrence les demandeurs alléguant une violation systématique du paragraphe 19(2) de la *Loi sur la gestion des finances publiques*. Le groupe est constitué des personnes qui, au cours de la période du 1<sup>er</sup> avril 1994 au 31 mars 2004, ont payé un type de frais à Sa Majesté du chef du Canada en vue du traitement de toute demande présentée dans le cadre d'au moins un des règlements contestés, et qui ont été informées de la décision relative à ces demandes à compter du 12 septembre 2000.

[29] La décision portait sur des points de droit ou de fait collectifs, puisque des allégations de violation systématique du paragraphe 19(2) de la *Loi sur la gestion des finances publiques* en constituaient la toile de fond. Le juge des requêtes a reconnu que des sous-groupes devraient possiblement être créés s'il était prouvé que d'autres frais ont été déterminés par des méthodologies différentes. Il a établi que le point de fait collectif était de savoir si les frais de traitement ont excédé le coût supporté par Sa Majesté du chef du Canada pour fournir les services au groupe demandeur. Dans l'affirmative, le point de droit collectif était de savoir si le groupe demandeur a droit à un recouvrement.

[30] Le juge des requêtes a examiné les facteurs décrits au paragraphe 299.18(2) des Règles afin de déterminer si le recours collectif était le meilleur moyen de régler l'affaire, question à laquelle il a répondu par l'affirmative. Il a conclu que les points de droit ou de fait collectifs prédominaient sur ceux qui ne concernent que certains membres, après avoir exclu du groupe les personnes qui pouvaient faire l'objet d'un moyen de défense fondé sur la prescription. Compte tenu des dommages-intérêts peu élevés que chacun des membres obtiendrait, il a conclu que les membres n'avaient pas de véritable intérêt à poursuivre des actions séparées.

[31] Le juge des requêtes a rejeté l'argument de l'appelant voulant que la validité des règlements contestés aurait été mieux à même d'être analysée lors

He also rejected the appellant's suggestion that the judicial review be converted into an action only after an application for judicial review had been completed. He noted that the validity of the impugned regulations cannot be determined purely as a point of law, as the question was whether or not the appellant received a profit, which is a question of fact. This would need to be determined by expert evidence, he decided. The motions Judge commented, at paragraphs 42-43:

The question is whether an exchange of affidavits, and cross-examinations thereon, would be sufficient to allow the Court to tote up the expenses, which are the real subject of controversy, and compare them to the revenue generated by the visa program. Barring testimony at the hearing, which is not the standard practice; the Court would be unable to pose questions of its own. Take for example the affidavit of Tom Heinze, a law clerk, filed in opposition to the motion. His assertions were on information and belief, but presumably his affidavit would be replaced when the matter is heard on the merits by those with personal knowledge. Among other things, he set out various expenses which the Minister submits should be taken into account when considering the cost of administering the service. One interesting item for the fiscal year commencing 1 April 2004 is the salary of the Federal Court and Federal Court of Appeal judges, of which just over half was attributed to the visa program.

Leaving aside whether the cost to Her Majesty should extend to the cost of maintaining Parliament and judges, the figures raise an almost unlimited number of questions. The *Immigration and Refugee Protection Act* takes less than half of the Federal Court's time, and the vast majority of that time relates to refugee claims, not visa claims. The Federal Court of Appeal only gets involved if a serious question of general importance is certified. How was the percentage determined? The costing is more properly dealt with on an examination for discovery. Plaintiffs' experts should have an opportunity to examine that information before filing their affidavits and testifying in open court.

The motions Judge also noted that the appellant had not agreed to a test case or to a blanket extension of time: those options could have militated towards preferring an application for judicial review.

d'un contrôle judiciaire normal. Il a également rejeté la suggestion de l'appelant voulant que le contrôle judiciaire soit converti en action seulement après le règlement complet de la demande de contrôle judiciaire. Il a fait remarquer qu'il n'était pas possible de juger de la validité des règlements contestés uniquement sur une question de droit, car il s'agissait de savoir si l'appelant a fait un profit, ce qui constitue une question de fait. Pour répondre à cette question, la Cour aurait besoin de témoignages d'experts, a-t-il conclu. Le juge des requêtes a affirmé ce qui suit, aux paragraphes 42 et 43 :

La question est de savoir si un échange d'affidavits suivi de contre-interrogatoires les concernant serait suffisant pour que la Cour puisse établir le total des dépenses, ce qui constitue l'objet réel de la controverse, en vue de les comparer au revenu tiré du programme de visa. Sauf les témoignages à l'audience, ce qui n'est pas d'usage, la Cour serait dans l'incapacité de poser ses propres questions. Qu'en serait-il, par exemple, de l'affidavit déposé par Tom Heinze, stagiaire, en contestation de la requête? Ses allégations étaient fondées sur ses croyances, mais on peut présumer que son affidavit serait remplacé par ceux de personnes ayant des connaissances personnelles lorsque l'affaire sera entendue sur le fond. Notamment, il énumère diverses dépenses qui, selon le ministre, devraient être prises en compte lors de l'évaluation du coût de la prestation des services. Un élément intéressant de l'exercice commençant le 1<sup>er</sup> avril 2004 est le salaire des juges de la Cour fédérale et de la Cour d'appel fédérale, dont un peu plus de la moitié a été attribuée au programme de visa.

Abstraction faite de la question de savoir si le coût payé par Sa Majesté devrait comprendre le coût de fonctionnement du Parlement et les salaires des juges, les chiffres soulèvent une quantité presque illimitée de questions. La *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés* accapare moins de la moitié de la charge de travail de la Cour fédérale et, dans la vaste majorité des cas, il s'agit de demandes d'asile et non de demandes de visa. La Cour d'appel fédérale intervient seulement si une question grave de portée générale est certifiée. De quelle façon a-t-on déterminé le pourcentage? L'interrogatoire préalable est la façon la plus appropriée d'établir les coûts. Les experts des demandeurs devraient avoir l'occasion d'examiner ces renseignements avant de déposer leurs affidavits et de témoigner en audience publique.

Le juge des requêtes a aussi fait remarquer que l'appelant n'a pas accepté de procéder au moyen d'une cause type ni d'une prorogation indéterminée du délai pour instruire l'affaire : accepter l'une ou l'autre de ces possibilités aurait pu militer en faveur d'une demande de contrôle judiciaire.

[32] Finally, the motions Judge was satisfied that the respondents would fairly and adequately represent the interests of the class, and that they presented a workable litigation plan.

### Issues

[33] Pursuant to paragraph 74(d) of the IRPA, the motions Judge granted leave to appeal by certifying seven serious questions of general importance. They are [at paragraphs 57-59]:

(a) Is leave required to commence an action for judicial review, the purpose of which is to put in issue the *vires* of a regulation issued pursuant to the *Immigration and Refugee Protection Act*?

(b) Must claimants who seek recovery of money paid under a regulation alleged to be *ultra vires* commence proceedings by way of judicial review?

(c) May a judicial review, which is treated and proceeded with as an action, call into question the *vires* of fee categories not paid by the representative plaintiffs?

(d) Since recovery of money is beyond the scope of judicial review, must the claimants await the outcome of judicial review before commencing an action?

...

(e) When the legality of a federal Regulation is properly challenged in a judicial review application in Federal Court, is it premature to “convert” that judicial review into an action (pursuant to subsection 18.4(2) of the *Federal Courts Act*) before the Federal Court has heard and rendered its decision disposing of the judicial review?

(f) When the central legal issue in a proposed class action (launched pursuant to rule 299 [as am. by SOR/2006-219, s. 9] of the *Federal Courts Rules*) is the legality of a federal regulation, does *Grenier* (2005 FCA 348) require that the legality of the federal regulation first be determined by the Federal Court, through the process of judicial review pursuant to subsection 18(1) of the *Federal Courts Act*?

...

(g) Where the central issue in an application for judicial review which is the subject of an application for conversion and certification as a class action involves a mixed question of fact

[32] Finalement, le juge des requêtes a estimé que les intimés représenteraient de façon équitable et appropriée les intérêts du groupe, et qu’ils avaient présenté un plan de déroulement de l’instance efficace.

### Questions en litige

[33] En vertu de l’alinéa 74d) de la LIPR, le juge des requêtes a accueilli l’appel et a certifié sept questions graves de portée générale. Les voici [aux paragraphes 57 à 59] :

a) Une autorisation est-elle nécessaire pour présenter une demande de contrôle judiciaire dont l’objet est de remettre en question la validité d’un règlement pris en vertu de la *Loi sur l’immigration et la protection des réfugiés*?

b) Le demandeur qui cherche à recouvrir une somme payée en application d’un règlement qu’il allègue être invalide doit-il procéder par voie de contrôle judiciaire?

c) Un contrôle judiciaire qui est instruit comme s’il s’agissait d’une action peut-il remettre en question la validité de catégories de frais que les représentants demandeurs n’ont pas payés?

d) Étant donné que le recouvrement d’une somme d’argent ne peut être ordonné par suite d’un contrôle judiciaire, les demandeurs doivent-ils attendre le résultat du contrôle judiciaire avant d’engager une action?

[...]

e) Lorsque la validité d’un règlement fédéral est adéquatement contestée dans le cadre d’une demande de contrôle judiciaire présentée devant la Cour fédérale, est-il prématuré de « convertir » le contrôle judiciaire en action (en vertu du paragraphe 18.4(2) de la *Loi sur les Cours fédérales*) avant que la Cour fédérale ait rendu sa décision sur le contrôle judiciaire?

f) Lorsque la principale question de droit dans un recours collectif envisagé (engagé en vertu de la règle 299 (mod. par DORS/2006-219, art. 9) des *Règles des Cours fédérales*) concerne la validité d’un règlement fédéral, l’arrêt *Grenier* (2005 CAF 348) exige-t-il que cette question soit tout d’abord tranchée par la Cour fédérale dans le cadre d’un contrôle judiciaire fondé sur le paragraphe 18(1) de la *Loi sur les Cours fédérales*?

[...]

g) Dans le cas où la question principale dans une demande de contrôle judiciaire qui fait l’objet d’une demande de conversion en action qui, elle-même, fait l’objet d’une demande

and law in which resolution of disputed facts is critical to the determination of these common questions of fact and law, and where in the exercise of its discretion the Court concludes that it is appropriate to direct that the application for judicial review be treated and proceeded with as an action pursuant to section 18.2 [as enacted by S.C. 1990, c. 8, s. 5; 2002, c. 8, s. 28] and subsection 18.4(2) of the *Federal Courts Act* and that the proceeding be converted as a class action pursuant to rule 299, does *Grenier* preclude the Court from making such order and instead require that the validity of the regulation in issue in the judicial review first be determined without conversion or certification pursuant to subsection 18(1)?

[34] The appellant has framed this appeal in terms of three errors of law by the motions Judge. They are:

- He erred in holding that section 18 of the *Federal Courts Act* and *Grenier* permit a class action to proceed in advance of, and instead of, a decision first being rendered on the validity of the impugned immigration regulation through the outcome of an application for leave and judicial review;
- He erred in defining the class to include persons who paid fees pursuant to the immigration regulations which were not challenged by way of the respondents' application for leave pursuant to subsection 72(1) of the IRPA; and
- He erred in finding that a class action was the preferable procedure to fairly and efficiently determine the legal validity of the impugned regulations.

It will be sufficient to address the appellant's alleged errors of law to adequately dispose of this appeal.

#### Standard of review

[35] A determination of the correct procedure to follow in order to contest the *vires* of the impugned regulations (as well as to claim a partial refund of fees paid under such regulations) is a question of law for which no deference is accorded and thus will

d'autorisation comme recours collectif soulève une question mixte de fait et de droit pour la résolution de laquelle l'établissement des faits contestés est capital, et que, dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire, la Cour conclut qu'il est opportun d'ordonner que la demande de contrôle judiciaire soit instruite comme s'il s'agissait d'une action en vertu de l'article 18.2 et du paragraphe 18.4(2) de la *Loi sur les Cours fédérales* et que l'action soit autorisée comme recours collectif en vertu de la règle 299, l'arrêt *Grenier* empêche-t-il la Cour de rendre une telle ordonnance et exige-t-il plutôt que l'on doive d'abord juger de la validité du règlement au coeur du contrôle judiciaire sans qu'il y ait conversion ou certification en vertu du paragraphe 18(1)?

[34] L'appelant a formulé le présent appel, faisant valoir que le juge des requêtes a commis trois erreurs de droit. Ces erreurs sont les suivantes :

- Le juge des requêtes a commis une erreur en concluant que l'article 18 de la *Loi sur les Cours fédérales* et l'arrêt *Grenier* permettent d'intenter un recours collectif avant qu'une décision ne soit rendue au sujet de la légalité des règlements contestés à l'issue d'une demande d'autorisation et de contrôle judiciaire, ou en remplacement d'une telle décision;
- Le juge des requêtes a commis une erreur en définissant le groupe de manière à y inclure les personnes qui ont payé des frais sous le régime de règlements en matière d'immigration qui n'ont pas été contestés dans le cadre de la demande d'autorisation présentée par les intimés conformément au paragraphe 72(1) de la LIPR;
- Le juge des requêtes a commis une erreur en concluant que le recours collectif était le meilleur moyen de régler de façon équitable et efficace la question de la validité juridique des règlements contestés.

L'examen des allégations de l'appelant au sujet des erreurs de droit suffira pour trancher correctement le présent appel.

#### Norme de contrôle

[35] Déterminer la procédure à suivre pour attaquer la légalité des règlements contestés (et demander un remboursement partiel des frais payés en application de ces règlements) est une question de droit à l'égard de laquelle il n'y a pas lieu de faire preuve de déférence et

be determined on a correctness standard: *Housen v. Nikolaisen*, [2002] 2 S.C.R. 235, at paragraph 8.

[36] With respect to the certification decision itself, appellate courts should be reluctant to interfere given the discretionary nature of assessing the preferability of a class proceeding generally: Ward Branch, *Class Actions in Canada*, looseleaf, Aurora: Canada Law Book, 1996, at paragraph 4.1850. As stated by the British Columbia Court of Appeal in *Griffith v. Winter* (2003), 15 B.C.L.R. (4th) 390 (C.A.), at paragraph 22:

Absent an error of law or principle the decision of a certification judge is discretionary. Under the *Class Proceedings Act* the certification judge is the case management judge who is seized with all aspects of management of a class proceedings at least up to trial. The familiarity with the case thereby acquired is a reason to give greater deference to decisions of the case management judge on certification and procedural issues generally.

### Analysis

In the Federal Court, can a class action proceed in advance of a decision first being rendered on the validity of an impugned immigration regulation?

### Summary

[37] Section 18 of the *Federal Courts Act* grants exclusive jurisdiction to the Federal Court to hear and determine challenges of decisions of federal boards by way of *certiorari*, *mandamus*, declarations, etc. using the judicial review procedure. The decision of this Court in *Grenier* underscored the importance of this exclusive jurisdiction and holds that it cannot be circumvented by launching a collateral attack by way of an action.

[38] However, *Grenier* does not hold that there must first be a successful application for judicial review

qui sera donc tranchée selon la norme de la décision correcte : *Housen c. Nikolaisen*, [2002] 2 R.C.S. 235, au paragraphe 8.

[36] En ce qui concerne la décision d'autorisation en soi, les tribunaux d'appel devraient hésiter à intervenir étant donné la nature discrétionnaire du processus visant à déterminer si le recours collectif est le meilleur moyen de régler une affaire : Ward Branch, *Class Actions in Canada*, feuilles mobiles, Aurora : Canada Law Book, 1996, au paragraphe 4.1850. Comme l'a dit la Cour d'appel de la Colombie-Britannique dans *Griffith v. Winter* (2003), 15 B.C.L.R. (4th) 390 (C.A.), au paragraphe 22 :

[TRADUCTION] À moins d'une erreur de droit ou de principe, la décision rendue par un juge appelé à se prononcer sur l'autorisation est discrétionnaire. En vertu de la *Loi sur les recours collectifs (Class Proceedings Act)* le juge appelé à se prononcer sur l'autorisation est le juge chargé de la gestion de l'instance qui est responsable de tous les aspects de la gestion du recours collectif, du moins jusqu'à la tenue du procès. La connaissance qu'il acquiert ainsi de l'affaire explique pourquoi il faut accorder une plus grande déférence à ses décisions en matière d'autorisation et de questions procédurales en général.

### Analyse

En Cour fédérale, un recours collectif peut-il être entendu avant qu'une décision ne soit d'abord rendue sur la validité d'un règlement contesté en matière d'immigration?

### Sommaire

[37] Selon l'article 18 de la *Loi sur les Cours fédérales*, la Cour fédérale a compétence exclusive pour statuer sur les contestations des décisions des offices fédéraux par voie de bref de *certiorari* ou de *mandamus*, de jugements déclaratoires, etc., lors d'un contrôle judiciaire. Dans *Grenier*, la Cour a souligné l'importance de cette compétence exclusive et a établi qu'elle ne pouvait être contournée par une contestation indirecte intentée sous forme d'action.

[38] Or, la Cour ne conclut pas dans *Grenier* que le règlement d'immigration contesté doit d'abord avoir été

invalidating an impugned immigration regulation before proceeding with a class action. There is also nothing stated in *Grenier* to suggest that where an application for judicial review is treated as an action, a claim for damages cannot be added to that action.

[39] This Court's decision in *Tihomirovs v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2006] 2 F.C.R. 531 (F.C.A.) (*Tihomirovs*) confirmed that an application for judicial review could be the basis for a class action prior to a complete disposition of the application for judicial review, provided that subsection 18.4(2) of the *Federal Courts Act* were employed to treat the application as an action and that the proposed class action satisfies the criteria set out in what was then rule 299.18.

#### A Review of *Grenier*: What it Does and Does Not Stand For

[40] The case of *Grenier* concerned an action brought by an inmate seeking damages for administrative and disciplinary segregations he faced while serving time in a maximum security penitentiary. The inmate had not sought a judicial review of the institutional head's decision, even though he knew or ought to have known of the effect of the decision upon him personally and knew or ought to have known that judicial review was available to him if he wished to challenge the decision. Following this Court's decision in *Canada v. Tremblay*, [2004] 4 F.C.R. 165 (F.C.A.), leave to appeal to S.C.C. refused [2004] 3 S.C.R. xiii, Justice Létourneau concluded that a litigant who seeks to impugn a federal agency's decision is not free to choose between a judicial review proceeding and an action in damages but must rather proceed by judicial review in order to have the decision invalidated. According to *Grenier*, to assert such a claim as an action as opposed to an application for judicial review would constitute a collateral attack on the original decision in light of section 18 of the *Federal Courts Act*.

invalidé à l'issue d'un contrôle judiciaire avant qu'il soit possible d'intenter un recours collectif. De plus, rien dans l'arrêt *Grenier* ne permet d'affirmer que, lorsqu'une demande de contrôle judiciaire est instruite comme s'il s'agissait d'une action, il n'est pas possible d'y joindre une demande de dommages-intérêts.

[39] La décision de la Cour dans *Tihomirovs c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2006] 2 R.C.F. 531 (C.A.F.) (*Tihomirovs*) a confirmé qu'une demande de contrôle judiciaire pouvait servir de fondement à un recours collectif avant que la décision définitive n'ait été prononcée sur la demande de contrôle judiciaire, à condition que le paragraphe 18.4(2) de la *Loi sur les Cours fédérales* soit appliqué de sorte que la demande puisse être instruite comme s'il s'agissait d'une action et que le recours collectif envisagé réponde aux critères énoncés à la règle 299.18, alors en vigueur.

#### L'arrêt *Grenier* : quelle interprétation lui donner?

[40] Dans l'arrêt *Grenier*, un détenu avait intenté une action en dommages-intérêts après avoir été condamné à l'isolement préventif, puis à l'isolement disciplinaire, pendant qu'il était incarcéré dans un établissement à sécurité maximale. Le détenu n'avait pas demandé le contrôle judiciaire de la décision du directeur, même s'il connaissait, ou aurait dû connaître, les conséquences qu'une telle décision aurait sur lui, et même s'il savait, ou aurait dû savoir, qu'il pouvait demander le contrôle judiciaire de la décision s'il souhaitait la contester. À la suite du jugement rendu par la Cour dans *Canada c. Tremblay*, [2004] 4 R.C.F. 165 (C.A.F.); autorisation d'appel devant la C.S.C. refusée [2004] 3 R.C.S. xiii, le juge Létourneau a conclu que le justiciable qui veut s'attaquer à la décision d'un organisme fédéral n'a pas le libre choix d'opter entre une procédure de contrôle judiciaire et une action en dommages-intérêts : il doit procéder par contrôle judiciaire pour faire invalider la décision. Selon l'arrêt *Grenier*, faire valoir une telle demande par voie d'action plutôt que par contrôle judiciaire constituerait une contestation indirecte de la décision initiale, à la lumière de l'article 18 de la *Loi sur les Cours fédérales*.

[41] Justice Létourneau explained the rationales and importance of the exclusive jurisdiction outlined in section 18 of the *Federal Courts Act*, at paragraphs 24-26:

In creating the Federal Court and in enacting section 18, Parliament sought to put an end to the existing division in the review of the lawfulness of the decisions made by federal agencies. At the time, this review was performed by the courts of the provinces: see Patrice Garant, *Droit administratif*, 4th ed., vol. 2, Yvon Blais, 1996, at pages 11-15. Harmonization of disparities in judicial decisions had to be achieved at the level of the Supreme Court of Canada. In the interests of justice, equity and efficiency, subject to the exceptions in section 28 [as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 8; 2002, c. 8, s. 35], 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. The Federal Court of Appeal is the Court assigned to ensure harmonization in the case of conflicting decisions, thereby relieving the Supreme Court of Canada of a substantial volume of work, while reserving it the option to intervene in those cases that it considers of national interest.

To accept that the lawfulness of the decisions of federal agencies can be reviewed through an action in damages is to allow a remedy under section 17. Allowing, for that purpose, a remedy under section 17 would, in the first place, disregard or deny the intention clearly expressed by Parliament in subsection 18(3) that the remedy must be exercised only by way of an application for judicial review. The English version of subsection 18(3) emphasizes on the latter point by the use of the word “only” in the expression “may be obtained only on an application for judicial review”.

It would also judicially reintroduce the division of jurisdictions between the Federal Court and the provincial courts. It would revive in fact an old problem that Parliament remedied through the enactment of section 18 and the granting of exclusive jurisdiction to the Federal Court and, in the section 28 cases, the Federal Court of Appeal. It is precisely this legislative intention that the Quebec Court of Appeal recognized in the *Capobianco* case, in order to preclude the action in damages filed in the Superior Court of Quebec attacking the lawfulness of the decisions of federal boards, commissions or other tribunals from leading, in fact and in law, to a dysfunctional dismemberment of federal administrative law.

The respondents emphasize—and I agree—that one of the primary concerns of this Court in *Grenier* was also that an action should not be used as a way to circumvent

[41] Le juge Létourneau a expliqué le fondement et l'importance de la compétence exclusive énoncée à l'article 18 de la *Loi sur les Cours fédérales*, aux paragraphes 24 à 26 :

En créant la Cour fédérale et en édictant l'article 18, le législateur fédéral a voulu mettre un terme au morcellement existant du contrôle de la légalité des décisions des organismes fédéraux. À l'époque, ce contrôle était effectué par les tribunaux des provinces : voir Patrice Garant, *Droit administratif*, 4<sup>e</sup> éd., vol. 2, Yvon Blais, 1996, aux pages 11 à 15. L'harmonisation des disparités dans les décisions judiciaires devait se faire au niveau de la Cour suprême du Canada. Par souci de justice, d'équité et d'efficacité, sous réserve des exceptions de l'article 28 [mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 8; 2002, ch. 8, art. 35], 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. La Cour d'appel fédérale est le tribunal investi du mandat d'assurer l'harmonisation en cas de décisions conflictuelles, dégageant ainsi la Cour suprême du Canada d'un volume considérable de travail, tout en lui réservant la possibilité d'intervenir dans les cas qu'elle juge d'intérêt national.

Or, accepter que le contrôle de la légalité des décisions des organismes fédéraux puisse se faire par le biais d'une action en dommages-intérêts, c'est permettre un recours en vertu de l'article 17. Permettre à cette fin un recours sous l'article 17, c'est tout d'abord soit ignorer, soit dénier l'intention clairement exprimée par le législateur au paragraphe 18(3) que le recours doit s'exercer seulement par voie de demande de contrôle judiciaire. La version anglaise du paragraphe 18(3) met l'emphase sur ce dernier point en utilisant le mot « *only* » dans l'expression « *may be obtained only on an application for judicial review* » .

C'est aussi réintroduire judiciairement le partage des compétences entre la Cour fédérale et les tribunaux des provinces. C'est faire renaître dans les faits une ancienne problématique à laquelle le législateur fédéral a remédié par l'adoption de l'article 18 et l'attribution d'une compétence exclusive à la Cour fédérale et, dans les cas de l'article 28, à la Cour d'appel fédérale. C'est précisément cette intention législative que la Cour d'appel du Québec a reconnue dans l'affaire *Capobianco*, afin d'éviter que l'action en dommages, introduite en Cour supérieure du Québec et s'attaquant à la légalité des décisions d'offices fédéraux, ne conduise, en fait et en droit, à un démembrement dysfonctionnel du droit administratif fédéral.

Les intimés insistent sur le fait — et je suis d'accord — qu'une des principales préoccupations de la Cour dans *Grenier* était également qu'une action ne devait pas être

the procedural requirements and limitation periods outlined in section 18 of the *Federal Courts Act*. Such concerns are of no relevance in this proceeding as the respondents—after the Federal Court’s decision of *Momi*—correctly commenced this proceeding by way of an application for judicial review.

[42] *Grenier* simply stands for the proposition that certain civil actions against the Crown must be preceded by an application for judicial review where the basis for the claim is a challenge to the lawfulness, *vires* or legality of the federal board or tribunal’s decision.

The effect of subsection 18.4(2) of the *Federal Courts Act*

[43] *Grenier* says nothing about the impact of subsection 18.4(2) of the *Federal Courts Act*, which provides that a Federal Court judge may, if it is appropriate, direct that an application for judicial review be treated and proceeded with as if it were an action. Indeed, there was no need to do so as no judicial review had been commenced, and, as such, no request for “conversion” had been made, either.

[44] Subsection 18.4(2) is a legislative response to the concerns expressed in some of the cases arising prior to February 1, 1992, that an application for judicial review did not provide appropriate procedural safeguards where declaratory relief was sought: *Haig v. Canada*, [1992] 3 F.C. 611 (C.A.), *affd* on other grounds [1993] 2 S.C.R. 995 (*Haig*). For instance, an application may be treated as if it were an action because facts necessary to render a decision on the application cannot be established through affidavit evidence alone: *Macinnis v. Canada (Attorney General)*, [1994] 2 F.C. 464 (C.A.), at page 470. The provision places no limits on the considerations which may properly be taken into account in deciding whether or not to allow a judicial review application to be “converted” into an action (*Drapeau v. Canada (Minister of National Defence)* (1995), 179 N.R. 398 (F.C.A.)).

utilisée de façon à contourner les exigences procédurales et les délais de prescription prévus à l’article 18 de la *Loi sur les Cours fédérales*. Ces préoccupations ne sont pas pertinentes en l’espèce puisque les intimés — après la décision de la Cour fédérale dans *Momi* — ont correctement intenté la présente procédure en présentant une demande de contrôle judiciaire.

[42] L’arrêt *Grenier* permet uniquement d’affirmer que certaines actions civiles contre la Couronne doivent être précédées d’une demande de contrôle judiciaire lorsqu’elles visent essentiellement à contester la légitimité, la validité ou la légalité de la décision d’un office fédéral.

L’effet du paragraphe 18.4(2) de la *Loi sur les Cours fédérales*

[43] L’arrêt *Grenier* ne dit rien au sujet de l’incidence du paragraphe 18.4(2) de la *Loi sur les Cours fédérales*, qui prévoit qu’un juge de la Cour fédérale peut, s’il l’estime indiqué, ordonner qu’une demande de contrôle judiciaire soit instruite comme s’il s’agissait d’une action. De fait, il n’était pas nécessaire de le faire puisqu’aucune demande de contrôle judiciaire n’avait été présentée et que, par conséquent, aucune demande de « conversion » n’avait non plus été faite.

[44] Le paragraphe 18.4(2) est une réponse du législateur aux préoccupations exprimées dans certaines des affaires survenues avant le 1<sup>er</sup> février 1992 et selon lesquelles la demande de contrôle judiciaire n’offrait pas les garanties procédurales appropriées lorsqu’on cherchait à obtenir un jugement déclaratoire : *Haig c. Canada*, [1992] 3 C.F. 611 (C.A.); confirmé par d’autres motifs [1993] 2 R.C.S. 995 (*Haig*). Par exemple, une demande peut être instruite comme s’il s’agissait d’une action parce que les faits permettant de rendre une décision sur la demande ne peuvent être établis uniquement au moyen d’une preuve par affidavit; voir *Macinnis c. Canada (Procureur général)*, [1994] 2 C.F. 464 (C.A.), à la page 470. La disposition n’impose aucune limite quant aux facteurs qui peuvent à juste titre être pris en considération lorsqu’il s’agit de savoir s’il convient ou non de permettre qu’une demande de contrôle judiciaire soit instruite comme s’il s’agissait

[45] It is trite to say that damages cannot be awarded on an application for judicial review: *Al-Mhamad v. Canada (Radio-Television and Telecommunications Commission)*, 2003 FCA 45. However, there is very little jurisprudence that considers whether, once an application for judicial review is treated as an action, a claim for monetary remedies can be advanced in that action. In my opinion, it can.

[46] The authorities are not yet in agreement on this issue. In *Radil Bros. Fishing Co. v. Canada (Department of Fisheries and Oceans)* (1998), 158 F.T.R. 313 (F.C.T.D.) (*Radil Bros.*), Justice Rouleau, at paragraph 22, suggested a more limited application to subsection 18.2(4) of the *Federal Courts Act*:

... the conversion of a judicial review application into an action does not entitle the plaintiff to subsequently file a statement of claim wherein different relief is sought than that set out in the Originating Notice of Motion. The purpose of rule 18.2(4) is to permit a judicial review application to be proceeded with as if it were an action; that is, with discoveries, and the presentation of witnesses and their viva voce evidence. It does not create a new cause of action nor does it permit a party to seek new or additional relief than that originally sought.

[47] On the other hand, and more recently, Justice Hugessen took a more liberal approach to the provision in *Shubenacadie Indian Band v. Canada (Attorney General)* (2001), 202 F.T.R. 30 (F.C.T.D.); affd [*sub nom. Canada (Minister of Fisheries and Oceans) v. Shubenacadie Indian Band*] 2002 FCA 255 (*Shubenacadie*), stating, at paragraph 4:

The Crown asserts that section 18.4 of the *Federal Court Act* does not allow an applicant who has become a plaintiff to add new claims or new parties to an action which has been converted from a judicial review application. I do not agree. There is nothing in the statutory text of section 18.4 [footnote omitted], nor in principle, that would prevent the plaintiffs from doing what they have done. The rules of the Court are extremely generous in respect of both amendments and joinder of parties and causes of action and as a matter of principle, it

d'une action (*Drapeau c. Canada (Ministre de la Défense nationale)*), [1995] A.C.F. n° 536 (C.A.) (QL)).

[45] Il va sans dire que des dommages-intérêts ne sauraient être octroyés dans le cadre d'une demande de contrôle judiciaire : voir *Al-Mhamad c. Canada (Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications)*, 2003 CAF 45. Or, il existe très peu de jurisprudence sur la question de savoir s'il est possible, lorsqu'une demande de contrôle judiciaire est instruite comme s'il s'agissait d'une action, de présenter une demande de réparation d'ordre financier. À mon avis, c'est possible.

[46] Pour l'instant, les autorités ne s'entendent pas sur cette question. Dans *Radil Bros. Fishing Co. c. Canada (Ministère des Pêches et des Océans)*, [1998] A.C.F. n° 1744 (1<sup>re</sup> inst.) (QL) (*Radil Bros.*), le juge Rouleau a suggéré une application plus restreinte du paragraphe 18.2(4) de la *Loi sur les Cours fédérales*, au paragraphe 22 :

[...] la conversion d'une demande de contrôle judiciaire en action n'autorise pas la demanderesse à déposer par la suite une déclaration dans laquelle la réparation demandée est différente de celle contenue dans l'avis de requête introductive d'instance. Le paragraphe 18.2(4) a pour objet de permettre l'instruction d'une demande de contrôle judiciaire comme s'il s'agissait d'une action, c'est-à-dire avec des interrogatoires préalables, l'assignation de témoins et l'audition de leurs témoignages. Il ne crée pas une nouvelle cause d'action et ne permet pas à une partie de demander une nouvelle réparation ou une réparation qui s'ajoute à celle qui était initialement demandée.

[47] Par ailleurs, dans *Bande indienne de Shubenacadie c. Canada (Procureur général)*, 2001 CFPI 181; confirmé par [*sub nom. Canada (Ministre des Pêches et des Océans) c. Bande indienne de Shubenacadie*] 2002 CAF 255 (*Shubenacadie*), le juge Hugessen a récemment donné une interprétation plus libérale de la disposition, déclarant ce qui suit, au paragraphe 4 :

La Couronne affirme que l'article 18.4 de la *Loi sur la Cour fédérale* ne permet pas à la partie qui est devenue demanderesse dans une action d'ajouter de nouvelles causes d'action ou de désigner de nouvelles parties à une action qui a initialement fait l'objet d'une demande de contrôle judiciaire. Je ne suis pas d'accord. Il n'y a rien dans le texte de l'article 18.4 ou en principe qui empêche les demandeurs de faire ce qu'ils ont fait. Les règles de la Cour sont fort libérales en ce qui concerne les modifications, la jonction des parties et la réunion de causes

would seem to me that there is nothing that can be said against the joinder in a case such as this. Indeed, as I mentioned during an earlier hearing, if the plaintiffs were to institute a separate action claiming damages, it is entirely probable that the Court would, at some stage, order either the consolidation or the joinder of the two proceedings. If, at a later date the joinder turns out to be cumbersome or otherwise inappropriate, the Court retains a discretionary power under Rule 107 to order separate trials. That aspect of the Crown's motion is accordingly without foundation.

[48] In *Noade v. Blood Tribe* (2002), 226 F.T.R. 87 (F.C.T.D.), Prothonotary Hargrave explored the conflicting jurisprudence with respect to the ability to add new claims following the “conversion” of an application to an action, and stated, at paragraph 12, that he preferred the approach of Mr. Justice Hugessen. So do I.

[49] I am not convinced that subsection 18.4(2) should be read narrowly so as to only apply to the procedural aspects of an action, such as discoveries, the admission of *viva voce* evidence, and the like. It is well recognized that the right to treat an application as if it were an action is to compensate for certain procedural inadequacies with the process underlying applications. In my mind, however, I think it may sometimes also be appropriate to consider the remedial inadequacies of an application for judicial review, as well. One problem with applications for judicial review is that a remedy for damages cannot be sought. In most applications for judicial review, this is not a major concern as the desired remedy will usually lie in the form of *mandamus*, *certiorari*, or a declaration. Where it is of concern, however, is when a totally separate action afterwards may be necessary in either Federal Court or a provincial court to advance a claim for damages: this is a potentially undesirable situation.

[50] Sometimes, 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. Instead of attempting a joinder, which is sometimes inevitable, employing subsection 18.4(2) of the *Federal Courts Act* to allow a claim

d'action et, en principe, il me semble que l'on ne saurait s'y opposer dans un cas comme celui-ci. De fait, comme je l'ai mentionné lors d'une audience antérieure, si les demandeurs intentaient une action en dommages-intérêts distincte, la Cour ordonnerait fort probablement, à un stade quelconque, la réunion des deux instances. Si, à une date ultérieure, la réunion s'avère peu commode ou par ailleurs non appropriée, la Cour conserve, en vertu de la règle 107, le pouvoir discrétionnaire d'ordonner que des instructions distinctes soient tenues. La requête de Sa Majesté est donc à cet égard dénuée de fondement.

[48] Dans *Noade c. Tribu des Blood*, 2002 CFPI 2011, le protonotaire Hargrave a examiné la jurisprudence contradictoire au sujet de la possibilité d'ajouter de nouvelles causes d'action à la suite de la « conversion » d'une demande en action, et a affirmé, au paragraphe 12, qu'il préférerait l'approche du juge Hugessen. Je partage son opinion.

[49] Je ne suis pas convaincu que le paragraphe 18.4(2) doive être interprété étroitement, de manière à ce qu'il ne s'applique qu'aux aspects procéduraux d'une action, tels que la communication de la preuve, l'admission de témoignages de vive voix, etc. Il est bien établi que le droit d'instruire une demande comme s'il s'agissait d'une action sert à compenser certaines lacunes procédurales du processus qui sous-tend les demandes. Cependant, j'estime qu'il est parfois nécessaire de considérer les lacunes des demandes de contrôle judiciaire en matière de réparation. Les demandes de contrôle judiciaire posent problème, notamment parce qu'il n'est pas possible de réclamer des dommages-intérêts. Dans la majorité des cas, il ne s'agit pas d'un problème majeur, car la réparation souhaitée prendra normalement la forme d'un bref de *mandamus* ou de *certiorari*, ou d'un jugement déclaratoire. Là où le bât blesse, cependant, c'est lorsqu'il est nécessaire après coup d'intenter une action complètement distincte à la Cour fédérale ou auprès d'une cour provinciale pour réclamer des dommages-intérêts : il s'agit d'une situation potentiellement indésirable.

[50] Parfois, comme en l'espèce, il peut s'avérer trop lourd d'intenter une action distincte en dommages-intérêts, concurremment ou subséquemment à une demande de contrôle judiciaire. Plutôt que d'essayer de réunir les causes d'action, ce qui est parfois inévitable, il devrait également être possible, en

for damages in a “converted” action should also be available. In cases such as this one, it may even economize on scarce judicial resources.

Subsection 18.4(2) and class proceedings—Justice Rothstein’s instructions in *Tihomirovs*

[51] The appellant argues that allowing subsection 18.4(2) of the *Federal Courts Act* to “convert” an application into an action prior to the judicial review running its course constitutes a procedural charade that renders section 18 of the *Federal Courts Act* meaningless. I do not agree.

[52] The existing jurisprudence as set by this Court in *Tihomirovs* acts as a sufficient gatekeeper to ensure that parties like the respondents are not simply “going through the motions”. *Tihomirovs* establishes that the criteria to seek certification of a class action is a relevant consideration on a motion, pursuant to subsection 18.4(2) of the *Federal Courts Act*, to “convert” an application for judicial review into an action. Rothstein J.A. (as he then was) added, at paragraph 14:

The second certified question asks what the test is on a motion for conversion where the purpose is to certify an action as a class action. Mr. Tihomirovs says the mere expressed intention to initiate a class action satisfies the test. I am unable to agree. Because judicial review is to provide for the speedy and summary resolution of public law matters, it will always be necessary for the court to weigh the advantages of a class action proceeding against the efficiency of a judicial review proceeding. [Emphasis added.]

Conversion and certification applications should be heard together, unless the simultaneous consideration of conversion and certification can be demonstrated to be prejudicial: at paragraph 18.

application du paragraphe 18.4(2) de la *Loi sur les Cours fédérales*, de permettre qu’une action en dommages-intérêts soit combinée à une demande instruite comme s’il s’agissait d’une action. Dans les cas comme celui de la présente espèce, cela permettrait même d’économiser les ressources judiciaires limitées.

Le paragraphe 18.4(2) et les recours collectifs — les directives du juge Rothstein dans *Tihomirovs*

[51] L’appelant fait valoir que le fait de permettre, en application du paragraphe 18.4(2) de la *Loi sur les Cours fédérales*, la « conversion » d’une demande en action avant que le processus de contrôle judiciaire soit terminé représente un casse-tête procédural qui fait perdre tout son sens à l’article 18 de la *Loi sur les Cours fédérales*. Je ne suis pas d’accord.

[52] Le précédent établi par la Cour dans *Tihomirovs* constitue un moyen efficace de s’assurer que les parties, comme les intimés, ne passent pas simplement [TRADUCTION] « outre aux requêtes ». Dans l’arrêt *Tihomirovs*, la Cour a établi que les conditions pour obtenir l’autorisation d’intenter un recours collectif est un facteur pertinent à prendre en compte dans le cadre d’une requête déposée en vertu du paragraphe 18.4(2) de la *Loi sur les Cours fédérales* en vue de « convertir » une demande de contrôle judiciaire en action. Le juge Rothstein (alors juge à la Cour d’appel fédérale) a ajouté, au paragraphe 14 :

Selon la deuxième question certifiée, quel est le critère applicable à une demande de conversion lorsque l’objectif visé est l’autorisation d’une action comme recours collectif? M. Tihomirovs déclare que la simple expression de l’intention d’intenter un recours collectif suffit pour satisfaire au critère. J’en disconviens. Étant donné que le contrôle judiciaire vise le règlement expéditif et sommaire des questions de droit public, les tribunaux seront toujours obligés d’évaluer les avantages de la procédure par voie de recours collectif par rapport à l’efficacité de la procédure par voie de contrôle judiciaire. [Non souligné dans l’original.]

Les demandes de conversion et d’autorisation devraient être entendues simultanément, à moins que l’on puisse prouver que l’examen simultané des deux demandes serait préjudiciable (au paragraphe 18).

[53] The motions Judge explicitly followed the approach suggested by this Court in *Tihomirovs*. As such, contrary to the argument of the appellant, I find no problem in principle with conversion prior to a final disposition of the application for judicial review.

[54] I conclude on this issue with one caveat. It would be an error to permit a claim for monetary relief to be decided prior to determining the underlying basis for liability—namely, the validity of the governmental decision, or in this case, the regulation. Indeed, this is the logical way in which other actions proceed. In patent infringement cases, the questions of the validity of the patent and infringement of the patent are considered before one explores the question of damages. Similarly, in tort-law cases, liability is established before damages are addressed. In a case such as this one, although all the evidence on both issues may be heard together, *vires* ought to be decided first before the question of whether the class members are entitled to a partial refund is addressed.

In a class proceeding arising under the IRPA, must the application for leave encompass all members of the class?

[55] The motions Judge certified a class for all fees listed and collected pursuant to the impugned regulations even though the original leave was granted to Alan Hinton only as a representative of those paying the \$75 sponsorship fee pursuant to one regulation. In my opinion, the motions Judge erred in doing so.

[56] Subsection 72(1) of the IRPA makes it clear that leave must be obtained for any matter:

**72.** (1) Judicial review by the Federal Court with respect to any matter — a decision, determination or order made, a measure taken or a question raised — under this Act is commenced by making an application for leave to the Court. [Emphasis added.]

[53] Le juge des requêtes a explicitement adopté l'approche proposée par la Cour dans *Tihomirovs*. Ainsi, contrairement à l'argument de l'appelant, j'estime qu'en principe, il n'y a aucun problème à procéder à la conversion avant qu'une décision définitive ait été rendue sur la demande de contrôle judiciaire.

[54] Je conclus l'analyse de cette question par une réserve. Ce serait une erreur de permettre qu'une demande de réparation d'ordre financier soit tranchée avant d'avoir déterminé le fondement sous-jacent de la responsabilité — c'est-à-dire, la validité de la décision gouvernementale, ou en l'espèce, du règlement. En effet, c'est cette logique qui régit le déroulement des autres actions. Dans les affaires de contrefaçon de brevets, les questions relatives à la validité et à la contrefaçon du brevet sont examinées avant celle des dommages-intérêts. De la même façon, dans les cas de responsabilité délictuelle, la responsabilité est établie avant que la question des dommages-intérêts soit abordée. Dans les cas comme celui de la présente espèce, bien que tous les éléments de preuve portant sur les deux questions puissent être entendus simultanément, il faut d'abord trancher la question de la légalité avant de répondre à la question de savoir si les membres du groupe ont droit à un remboursement partiel.

Dans un recours collectif intenté sous le régime de la LIPR, la demande d'autorisation doit-elle viser tous les membres du groupe?

[55] Le juge des requêtes a autorisé un recours collectif à l'égard de tous les frais perçus en application des règlements contestés, même si l'autorisation initiale n'a été accordée qu'à Alan Hinton, en tant que représentant des personnes ayant versé les frais de parrainage de 75 \$ exigés en vertu d'un seul règlement. Ce faisant, le juge des requêtes a, selon moi, commis une erreur.

[56] Le paragraphe 72(1) de la LIPR établit clairement qu'une autorisation doit être obtenue à l'égard de toute mesure :

**72.** (1) Le contrôle judiciaire par la Cour fédérale de toute mesure — décision, ordonnance, question ou affaire — prise dans le cadre de la présente loi est subordonné au dépôt d'une demande d'autorisation. [Non souligné dans l'original.]

[57] In my opinion, the motions Judge erred in defining the class to include persons who paid fees pursuant to the impugned regulations which had not been properly challenged by way of application for leave pursuant to subsection 72(1) of the IRPA. The leave application was restricted to the respondents, but it was permissible to “convert” it into a class action to include people who were affected by the same regulation, since the application for leave requested an order for declaratory relief that the regulation was *ultra vires* due to its contravention of the *Financial Administration Act*. However, given the mandatory language of subsection 72(1) of the IRPA, the leave application cannot be construed to include attacks on the other impugned regulations made by the remainder of the class as certified by the motions Judge.

[58] In the present case, without dictating to the motions Judge (as case management Judge), or the respondents, how to rectify the situation, in my view it would suffice for the respondents to simultaneously apply for leave pursuant to section 72 of the IRPA with respect to the remaining class members and move that those remaining members be allowed to join the class as modified by these reasons.

Was a class action the preferable procedure to fairly and efficiently determine the legal validity of the impugned regulations?

[59] In *Caputo v. Imperial Tobacco Ltd.* (2005), 74 O.R. (3d) 728 (S.C.J.), at paragraph 29, Winkler J., as he then was, described the consideration of whether a class proceeding is the preferable procedure for determining the common issues as “a matter of broad discretion.” I am not convinced that the motions Judge erred in law, principle, or made a palpable and overriding error in fact in deciding that a class action was a preferable proceeding to an application for judicial review.

[60] At best, the appellant’s argument on this issue discloses that there were some factors that might militate

[57] J’estime que le juge des requêtes a commis une erreur en décidant que le groupe devait inclure les personnes qui ont payé des frais prévus par les règlements contestés, qui n’avaient pas été dûment attaqués par une demande d’autorisation présentée en application du paragraphe 72(1) de la LIPR. La demande d’autorisation a été limitée aux intimés, mais il était possible de la « convertir » en recours collectif afin d’englober les personnes touchées par le même règlement, puisque la demande d’autorisation sollicitait un jugement déclaratoire portant que le règlement était invalide parce qu’il contrevenait à la *Loi sur la gestion des finances publiques*. Cependant, compte tenu du caractère impératif du paragraphe 72(1) de la LIPR, la demande d’autorisation ne peut être interprétée de façon à inclure les contestations visant les autres règlements contestés faites par les autres membres du groupe défini par le juge des requêtes.

[58] En l’espèce, sans vouloir imposer au juge des requêtes (en tant que juge chargé de la gestion de l’instance), ou aux intimés, la façon de corriger la situation, j’estime qu’il suffirait que les intimés présentent simultanément une demande d’autorisation fondée sur l’article 72 de la LIPR qui viserait les autres membres du groupe, et qu’ils demandent à ce que ces membres puissent faire partie du groupe, tel que modifié par les présents motifs.

Le recours collectif était-il le meilleur moyen de régler de façon équitable et efficace la question de la validité juridique des règlements contestés?

[59] Dans *Caputo v. Imperial Tobacco Ltd.* (2005), 74 O.R. (3d) 728 (C.S.J.), au paragraphe 29, le juge Winkler, alors juge de la Cour supérieure, a décrit l’examen visant à déterminer si un recours collectif est le meilleur moyen de trancher les questions communes comme étant [TRADUCTION] « de nature largement discrétionnaire ». Je ne suis pas convaincu que le juge des requêtes a commis une erreur de droit, une erreur de principe ou une erreur de fait manifeste et dominante en décidant qu’un recours collectif était un meilleur moyen qu’une demande de contrôle judiciaire.

[60] Dans le meilleur des cas, l’argument de l’appelant sur cette question indique que certains facteurs

against deciding that a class action is the preferable procedure. The motions Judge, for his part, found a number of factors indicating that a class action was the preferable procedure, including: (1) the greater simplicity of the restitutionary award in the event of a successful claim; (2) the appellant's refusal to set a test case; and (3) the notion that findings of fact would be more easily determined by way of discoveries and *viva voce* evidence available only in an action. The respondents also pointed out that it would be helpful if the entire class action were managed by a single case management Judge, and that a class proceeding places the class members and the appellant on a more equal footing.

[61] The appellant draws this Court's attention to the *obiter* comments of Justice Gonthier in *Guimond v. Quebec (Attorney General)*, [1996] 3 S.C.R. 347, at paragraph 20: "it is not necessary to pursue a class action to obtain a declaration of constitutional invalidity and therefore... it is generally undesirable to do so." However, courts have sometimes rejected this comment in deciding whether a class action is a preferable procedure in public law cases: see *Nanaimo Immigrant Settlement Society v. British Columbia* (2001), 149 B.C.A.C. 26 (C.A.), at paragraphs 19-21, as an example.

[62] For these reasons I conclude that the motions Judge did not err in exercising his discretion to decide that a class action was the preferable procedure. I am not satisfied that there exists a superior, alternative approach for the class members to obtain a partial refund. As implied by the motions Judge, at paragraph 39 of his decision, individual applications for judicial review would not be practicable:

The Minister has not agreed to a test case, or to a blanket extension of suit time. Unless protected now, as time goes by, members of the proposed class who do not currently face a six-year time bar will in the future. Furthermore, without a class action, the Court could theoretically be faced with

pourraient militer contre la décision suivant laquelle le recours collectif était le meilleur moyen. Le juge des requêtes a quant à lui estimé qu'un certain nombre de facteurs permettaient de conclure que le recours collectif était le meilleur moyen, par exemple : 1) le caractère plus simple de l'ordonnance de réparation dans l'éventualité où la demande serait accueillie; 2) le refus de l'appelant de procéder au moyen d'une cause type; 3) la notion voulant qu'une conclusion de fait soit plus facilement déterminée par des interrogatoires préalables et des témoignages de vive voix, possibles seulement dans le cadre d'une action. Les intimés ont également fait remarquer qu'il serait utile que le recours collectif dans son ensemble soit confié à un seul juge chargé de la gestion de l'instance, ajoutant que le recours collectif a pour effet de placer les membres du groupe et l'appelant sur un pied d'égalité.

[61] L'appelant a attiré l'attention de la Cour sur les commentaires incidents formulés par le juge Gonthier dans l'arrêt *Guimond c. Québec (Procureur général)*, [1996] 3 R.C.S. 347, au paragraphe 20 : « il n'est pas nécessaire d'exercer un recours collectif pour obtenir une déclaration d'inconstitutionnalité et [...] il est donc en général peu souhaitable de suivre cette voie. » Cependant, les tribunaux ont parfois rejeté ces commentaires lorsqu'il leur fallait décider si le recours collectif est le meilleur moyen de procéder dans les affaires de droit public : voir, par exemple *Nanaimo Immigrant Settlement Society v. British Columbia* (2001), 149 B.C.A.C. 26 (C.A.), aux paragraphes 19 à 21.

[62] Pour ces motifs, je conclus que le juge des requêtes n'a pas commis d'erreur dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire lui permettant de décider que le recours collectif était le meilleur moyen de régler l'affaire. Je ne suis pas convaincu qu'il existe un meilleur moyen d'obtenir un remboursement partiel pour les membres du groupe. Comme l'a laissé entendre le juge des requêtes, au paragraphe 39 de sa décision, les demandes individuelles de contrôle judiciaire ne sont pas possibles en pratique :

Le ministre n'a pas accepté de procéder au moyen d'une cause type ou d'une prorogation indéterminée du délai pour instruire l'affaire. Avec le temps qui passe, les membres du groupe envisagé qui ne sont pas protégés actuellement seront aux prises avec la prescription de six ans. De plus, sans le

millions of applications for extension of time and applications for leave. Not very many will bother.

recours collectif, la Cour pourrait théoriquement devoir faire face à des millions de demandes de prorogation de délai et de demandes d'autorisation. Peu de membres du groupe envisagé s'en donneraient la peine.

### Conclusion

[63] For the reasons above, I would allow the appeal in part to the extent that the class as presently certified must be modified so as to be confined to the individuals covered by the leave application. However, this holding is without prejudice to the right of Mr. Hinton or another person to apply for leave, pursuant to section 72 of the IRPA, on behalf of persons affected by the other impugned regulations and to be added into this class already certified.

### Conclusion

[63] Pour les motifs susmentionnés, j'accueillerais l'appel en partie dans la mesure où le recours collectif, tel qu'il est actuellement autorisé, est modifié afin qu'il se limite aux personnes visées par la demande d'autorisation. Cependant, cette décision ne porte pas atteinte au droit de M. Hinton ou de toute autre personne de présenter, au nom des personnes touchées par les autres règlements contestés, une demande d'autorisation, conformément à l'article 72 de la LIPR, et une demande en vue de faire partie du groupe visé par le recours déjà autorisé.

[64] No costs will be awarded.

[64] Aucuns dépens ne seront adjugés.

LINDEN J.A. : I agree.

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

NADON J.A. : I agree.

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