

IMM-5015-06  
2008 FC 7

IMM-5015-06  
2008 CF 7

**Alan Hinton and Irina Hinton** (*Applicants*)

**Alan Hinton et Irina Hinton** (*demandeurs*)

v.

c.

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

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

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

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

Federal Court, Harrington J.—Vancouver, November 21, 2007; Ottawa, January, 4, 2008.

Cour fédérale, juge Harrington—Vancouver, 21 novembre 2007; Ottawa, 4 janvier 2008.

*Practice — Class Actions — Motion to have application for judicial review treated as action under Federal Courts Act, s. 18.4(2), certified as class action under Federal Courts Rules, r. 299.11 — Applicants seeking leave, judicial review of decision by Minister of Citizenship and Immigration charging \$75 for determination of application for sponsorship — Under Rules, judicial review may be treated as action, certified as class action — Five-part test for certification of proposed class action established under r. 299.18(1), reviewed — Validity of Immigration and Refugee Protection Regulations not pure point of law, as invalid only if Crown made profit — Issue better determined by action — Applicants fairly, adequately representing interests of class — Standard for class action met — Judicial economy, access to justice easier, more economical — Motion allowed, questions certified.*

*Pratique — Recours collectifs — Requête visant à faire instruire une demande de contrôle judiciaire comme une action en application de l'art. 18.4(2) de la Loi sur les Cours fédérales et à autoriser cette action comme recours collectif en vertu de la règle 299.11 des Règles des Cours fédérales — Les demandeurs ont présenté une demande d'autorisation et de contrôle judiciaire de la décision du ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration de facturer 75 \$ en vue du traitement d'une demande de parrainage — Selon les Règles, le contrôle judiciaire peut être instruit comme une action et cette action peut être autorisée comme recours collectif — Examen du critère en cinq volets pour autoriser le recours collectif envisagé en vertu de la règle 299.18(1) — La validité du Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés ne peut être jugée uniquement comme une question de droit puisque le Règlement ne sera jugé invalide que si Sa Majesté a fait un profit — La meilleure façon de trancher cette affaire est par une action — Les demandeurs représenteraient de façon équitable et appropriée les intérêts du groupe — Le critère applicable au recours collectif a été respecté — Des économies sur le plan judiciaire seront réalisées et l'accès à la justice sera facilité et plus économique — Requête accueillie, questions certifiées.*

This was a motion to have an application for judicial review treated as an action under subsection 18.4(2) of the *Federal Courts Act* and certified as a class action pursuant to rule 299.11 of the *Federal Court Rules*. The applicants applied for leave and for judicial review of a decision by the Minister of Citizenship and Immigration charging the applicant Alan Hinton \$75 for the determination of an application for sponsorship of his wife, pursuant to subsection 304(1) of the *Immigration and Refugee Protection Regulations*. According to the Minister, none of the conditions which justify a class action as laid down in rule 299.18 has been met. It was also submitted that a motion to treat a judicial review as a certified class action cannot serve as the basis to question fees which are not the subject of the original application for judicial review.

Il s'agissait d'une requête visant à faire instruire une demande de contrôle judiciaire comme une action en application du paragraphe 18.4(2) de la *Loi sur les Cours fédérales* et à autoriser cette action comme recours collectif en vertu de la règle 299.11 des *Règles des Cours fédérales*. Les demandeurs ont présenté une demande d'autorisation et de contrôle judiciaire d'une décision du ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration de facturer 75 \$ au demandeur Alan Hinton en vue du traitement de la demande de parrainage de son épouse en vertu du paragraphe 304(1) du *Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés*. Selon le ministre, aucune des conditions d'autorisation d'un recours collectif énumérées à la règle 299.18 n'a été remplie. Il a aussi soutenu que la requête visant à faire instruire un contrôle judiciaire comme un recours collectif ne

*Held*, the motion should be allowed.

Subsection 19(2) of the *Financial Administration Act* provides that “fees and charges for a service ... may not exceed the cost to Her Majesty”. Under rule 302 of the *Federal Courts Rules*, the application for judicial review herein had to be limited to the single decision which directly affected the applicants. If rule 299.11 has any meaning, a converted judicial review which has been certified as a class action must call into question more than one decision. The main issue was whether the standard for a class action has been met.

Subsection 299.18(1) of the *Federal Courts Rules* establishes a five-part test for certification of an action as a class action. First, the pleadings must disclose a reasonable cause of action, one that is not plainly and obviously deficient. There was a reasonable cause of action in this case. Second, there must be an identifiable class of two or more persons. There was clearly a class of two or more persons. Third, the claims of the class members must raise common questions of law or fact, whether or not those common questions predominate over questions affecting only individual members. The common question of fact was 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 so, the common question of law was whether the plaintiff class was entitled to recovery. This part of the test was also met. Fourth, a class action must be the preferable procedure for the fair and efficient resolution of the common questions of law or fact. Subsection 299.18(2) of the Rules requires certain matters to be considered in concluding whether a class action is the preferable procedure. The crux of the matter is found in paragraphs 299.18(2)(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”. The fundamental point was that the validity of the *Immigration and Refugee Protection Regulations* cannot be determined purely as a point of law. The Regulations are only invalid, or not fully enforceable, if Her Majesty made a profit. This is essentially a question of fact on which the Court will need the benefit of expert testimony. The best way to get to the bottom of things is by an action. Without a class action, the Court could theoretically be faced with millions of applications for extension of time and applications for leave. In an application for judicial review, the respondent may decide not to put in affidavits, and in any event may be selective in terms of the documentation produced and as to the matters deposed on affidavit. In an action, on the other hand, a party is required to issue an affidavit of documents identifying all the documents in its possession, custody and control that touch upon an issue,

peut servir de fondement à une remise en cause de frais non contestés dans la demande de contrôle judiciaire initiale.

*Jugement* : la requête doit être accueillie.

Le paragraphe 19(2) 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 ». Selon la règle 302 des *Règles des Cours fédérales*, la demande de contrôle judiciaire en l’espèce ne devait porter que sur la décision qui touchait directement les demandeurs. 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. La principale question litigieuse était de savoir si le critère applicable au recours collectif avait été respecté.

Le paragraphe 299.18(1) des *Règles des Cours fédérales* prévoit un critère en cinq volets pour autoriser une action comme recours collectif. D’abord, les actes de procédure doivent faire état d’une cause d’action valable, qui n’est pas viciée de façon évidente ou manifeste. Il y avait une cause d’action valable en l’espèce. Deuxièmement, il doit y avoir un groupe identifiable d’au moins deux personnes. Il y avait clairement un groupe d’au moins deux personnes. Troisièmement, les réclamations des membres du groupe doivent soulever des points de droit ou de fait collectifs, que ces points collectifs prédominent ou non sur ceux qui ne concernent que certains membres. Le point de fait collectif était de savoir si les frais de service 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 avait droit à un recouvrement. Cette partie du critère a aussi été remplie. Quatrièmement, un recours collectif doit être le meilleur moyen de régler de façon équitable et efficace les points de droit ou de fait collectifs. Le paragraphe 299.18(2) des Règles exige qu’on tienne compte de certaines questions lorsqu’on doit juger si le recours collectif est le meilleur moyen de régler l’affaire. Le nœud de l’affaire se trouve aux alinéas 299.18(2)d): « l’aspect pratique ou l’efficacité des autres moyens de régler les réclamations » et e) « la question de savoir si la gestion du recours collectif créerait de plus grandes difficultés que l’adoption d’un autre moyen ». Le point crucial était que la validité du *Règlement sur l’immigration et la protection des réfugiés* ne peut être jugée uniquement comme une question de droit. Le Règlement sera jugé invalide, ou partiellement applicable, seulement si Sa Majesté a fait un profit. Il s’agit essentiellement d’une question de fait et, pour y répondre, la Cour aura besoin de témoignages d’experts. La meilleure façon de connaître les tenants et aboutissants de cette affaire est par une action. Sans le recours collectif, la Cour pourrait théoriquement devoir faire face à des millions de demandes de prorogation de délai et de demandes d’autorisation. Le défendeur peut décider, dans le cadre d’un contrôle judiciaire, de ne pas

not simply those which were before the decision maker. The Minister submitted that if the narrow platform of an ordinary judicial review is found insufficient, then the judicial review could be converted into an action. This proposal is far less practical and far less efficient than converting now and through case management cutting back if, as and when appropriate. The administration of a class action would not cause greater difficulties than if relief were sought by other means. Finally, the applicants would fairly and adequately represent the interests of the class. Their litigation plan sets out a workable method of advancing the action and notifying class members of how the proceeding is progressing. They do not have a conflict on the common questions of law or fact, and have provided a summary of the agreement regarding fees and disbursements.

The standard for a class action was met. There is judicial economy, access to justice is easier and more economical, and were it not for this form of action there would be little incentive to apply to the courts for redress because, if the applicants are right, individual loss is minor but the overall loss is substantial. Serious questions of general importance were certified. As this application for judicial review should be treated and proceeded with as an action, and certified as a class action, rule 299.19 provides for the contents of the order certifying such action.

#### STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

- Corrections and Conditional Release Act*, S.C. 1992, c. 20.  
*Crown Liability and Proceedings Act*, R.S.C., 1985, c. C-50, s. 1 (as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 21).  
*Farm Income Protection Act*, S.C. 1991, c. 22.  
*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), 18.2 (as enacted by S.C. 1990, c. 8, s. 5; 2002, c. 8, s. 28), 18.4(2) (as enacted by S.C. 1990, c. 8, s. 5; 2002, c. 8, s. 27), 28 (as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 8; 2002, c. 8, s. 35).  
*Federal Courts Immigration and Refugee Protection Rules*, SOR/93-22 (as am. by SOR/2005-339, s. 1).  
*Federal Courts Rules*, SOR/98-106, rr. 1 (as am. by SOR/2004-283, s. 2), 106, 299 (as am. by SOR/2006-219, s. 9), 299.1 (as enacted by SOR/2002-417, s. 17), 299.11 (as enacted *idem*), 299.18 (as enacted *idem*),

déposer d'affidavits, et, de toute façon, il peut être sélectif concernant les documents déposés et les faits que renferme l'affidavit. Dans une action, par contre, chaque partie doit déposer un affidavit de documents qui renferme la liste de tous les documents qu'elle a en sa possession ou qui sont sous son autorité ou sous sa garde et qui touchent une question en litige, et non seulement les documents dont disposait le décideur. Le ministre soutenait que s'il s'avérait que le cadre restreint du contrôle judiciaire soit jugé insuffisant, alors ce contrôle judiciaire pourrait être converti en action. Cette proposition est beaucoup moins pratique et efficace que de convertir le contrôle judiciaire en action maintenant et, au besoin, d'élaguer au moyen de la gestion d'instance. La gestion du recours collectif ne causerait pas plus de problèmes que si on tentait d'obtenir une réparation d'une autre façon. Enfin, les demandeurs représenteraient les intérêts du groupe de façon équitable et appropriée. Leur plan de déroulement de l'instance établit une méthode réaliste pour la poursuite de l'action et pour l'information des membres du groupe quant au déroulement de l'instance. Ils n'ont pas de conflit d'intérêts quant aux points de droit ou de fait collectifs, et ils ont communiqué un sommaire des ententes relatives aux honoraires et aux débours.

Le critère applicable au recours collectif a été respecté. Des économies seront réalisées sur le plan judiciaire, l'accès à la justice sera facilité et plus économique et, sans ce type de recours, il n'y aurait guère d'avantage à présenter des demandes de réparation aux tribunaux, étant donné que, si les demandeurs ont raison, les pertes individuelles sont minimes, mais les pertes globales sont importantes. Des questions graves de portée générale ont été certifiées. Comme la demande de contrôle judiciaire en l'espèce doit être instruite comme s'il s'agissait d'une action, la règle 299.19 prévoit le contenu de l'ordonnance qui autorise cette action.

#### LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

- Loi sur la gestion des finances publiques*, L.R.C. (1985), ch. F-11, art. 19(1a) (mod. par L.C. 1991, ch. 24, art. 6), (2) (mod., *idem*), 19.1a) (édicte, *idem*), 20(2).  
*Loi sur la protection du revenu agricole*, L.C. 1991, ch. 22.  
*Loi sur la responsabilité civile de l'État et le contentieux administratif*, L.R.C. (1985), ch. C-50, art. 1 (mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 21).  
*Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition*, L.C. 1992, ch. 20.  
*Loi sur les Cours fédérales*, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 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), 18.2 (édicte par L.C. 1990, ch. 8, art. 5; 2002, ch. 8, art. 28), 18.4(2) (édicte par L.C. 1990, ch. 8, art. 5; 2002, ch. 8, art. 27), 28 (mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 8; 2002, ch. 8, art. 35).  
*Loi sur l'immigration*, L.R.C. (1985), ch. I-2.

299.19 (as enacted *idem*), 299.34 (as enacted *idem*), 299.41 (as enacted *idem*), 302, 313, 316.  
*Financial Administration Act*, R.S.C., 1985, c. F-11, s. 19(1)(a) (as am. by S.C. 1991, c. 24, s. 6), (2) (as am. *idem*), 19.1(a) (as enacted *idem*), 20(2).  
*Fishery (General) Regulations*, SOR/93-53.  
*Immigration Act*, R.S.C., 1985, c. I-2.  
*Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27, ss. 5(1), 72 (as am. by S.C. 2002, c. 8, s. 194), 74(d).  
*Immigration and Refugee Protection Regulations*, SOR/2002-227, s. 304(1).  
*Marine Mammal Regulations*, SOR/93-56.

*Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27, art. 5(1), 72 (mod. par L.C. 2002, ch. 8, art. 194), 74d).  
*Règlement de pêche (dispositions générales)*, DORS/93-53.  
*Règlement sur les mammifères marins*, DORS/93-56.  
*Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés*, DORS/2002-227, art. 304(1).  
*Règles des Cours fédérales*, DORS/98-106, règles 1 (mod. par DORS/2004-283, art. 2), 106, 299 (mod. par DORS/2006-219, art. 9), 299.1 (éditée par DORS/2002-417, art. 17), 299.11 (éditée, *idem*), 299.18 (éditée, *idem*), 299.19 (éditée, *idem*), 299.34 (éditée, *idem*), 299.41 (éditée, *idem*), 302, 313, 316.  
*Règles des Cours fédérales en matière d'immigration et de protection des réfugiés*, DORS/93-22 (mod. par DORS/2005-339, art. 1).

#### CASES JUDICIALLY CONSIDERED

##### APPLIED:

*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.

##### DISTINGUISHED:

*Tihomirovs v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2006] 4 F.C.R. 341; (2006), 43 Admin. L.R. (4th) 139; 287 F.T.R. 71; 53 Imm. L.R. (3d) 236; 2006 FC 197; *Cassano v. Toronto-Dominion Bank* (2007), 87 O.R. (3d) 401; 47 C.P.C. (6th) 209; 230 O.A.C. 224; 2007 ONCA 781.

##### CONSIDERED:

*Canada v. Grenier*, [2006] 2 F.C.R. 287; (2005), 262 D.L.R. (4th) 337; 344 N.R. 102; 2005 FCA 348; *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; *Augustawestland International Ltd. v. Canada (Minister of Public Works and Government Services)* (2006), 307 F.T.R. 62; 2006 FC 767; *Augustawestland International Ltd. v. Canada (Minister of Public Works and Government Services)* (2006), 303 F.T.R. 209; 2006 FC 1371; *Genge v. Canada (Attorney General)* (2007), 285 D.L.R. (4th) 259; 270 Nfld. & P.E.I.R. 182 (N.L.C.A.); *Sander Holdings Ltd. v. Canada (Minister of Agriculture)* (2006), 289 F.T.R. 221; 2006 FC 327; affd (2007), 370 N.R. 274; 2007 FCA 322; *Cassano v. Toronto-Dominion Bank* (2005), 9 C.P.C. (6th) 291 (Ont. S.C.J.).

#### JURISPRUDENCE CITÉE

##### DÉCISION APPLIQUÉE :

*Tihomirovs c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2006] 2 R.C.F. 531; 2005 CAF 308.

##### DÉCISIONS DIFFÉRENCIÉES :

*Tihomirovs c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2006] 4 R.C.F. 341; 2006 CF 197; *Cassano v. Toronto-Dominion Bank* (2007), 87 O.R. (3d) 401; 47 C.P.C. (6th) 209; 230 O.A.C. 224; 2007 ONCA 781.

##### DÉCISIONS EXAMINÉES :

*Canada c. Grenier*, [2006] 2 R.C.F. 287; 2005 CAF 348; *Momi c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2007] 2 R.C.F. 291; 2006 CF 738; *Augustawestland International Ltd. c. Canada (Ministre des Travaux publics et des Services gouvernementaux)*, 2006 CF 767; *Augustawestland International Ltd. c. Canada (Ministre des Travaux publics et des Services gouvernementaux)*, 2006 CF 1371; *Genge v. Canada (Attorney General)* (2007), 285 D.L.R. (4th) 259; 270 Nfld. & P.E.I.R. 182 (C.A. T.-N.-L.); *Sander Holdings Ltd. c. Canada (Ministre de l'Agriculture)*, 2006 CF 327; conf. par 2007 CAF 322; *Cassano v. Toronto-Dominion Bank* (2005), 9 C.P.C. (6th) 291 (C.S.J. Ont.).

## REFERRED TO:

*Canada c. Capobianco*, 2005 QCCA 209; *Saskatchewan Wheat Pool v. Canada (Attorney General)* (1993), 107 D.L.R. (4th) 190; 17 Admin. L.R. (2d) 243; 67 F.T.R. 98 (F.C.T.D.); *Saskatchewan Wheat Pool v. Canada (Attorney General)* (1993), 107 D.L.R. (4th) 63; 113 Sask. R. 99; 17 Admin. L.R. (2d) 236 (C.A.); *Western Canadian Shopping Centres Inc. v. Dutton*, [2001] 2 S.C.R. 534; (2000), 286 A.R. 201; 201 D.L.R. (4th) 385; [2002] 1 W.W.R. 1; 94 Alta. L.R. (3d) 1; 8 C.P.C. (5th) 1; 272 N.R. 135; 2001 SCC 46; *Le Corre v. Canada (Attorney General)* (2005), 347 N.R. 126; 2005 FCA 127; *Bisaillon v. Concordia University*, [2006] 1 S.C.R. 666; (2006), 266 D.L.R. (4th) 542; [2006] CLLC 220-033; 51 C.C.P.B. 163; 149 L.A.C. (4th) 225; 348 N.R. 201; 2006 SCC 19.

MOTION to have an application for judicial review treated as and proceeded with as an action under subsection 18.4(2) of the *Federal Courts Act*, and certified as a class action under rule 299.11 of the *Federal Courts Rules*. Motion allowed, questions certified.

## APPEARANCES:

*Lorne Waldman* and *Gerry A. Cuttler* for applicants.

*Marie-Louise Wcislo* and *Lorne McClenaghan* for respondent.

## SOLICITORS OF RECORD:

*Waldman & Associates*, Toronto, for applicants.

*Deputy Attorney General of Canada* for respondent.

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

[1] HARRINGTON J.: This is the sequel to *Momi v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2007] 2 F.C.R. 291 (F.C.). *Momi* is a proposed class action taken by 11 plaintiffs on their own behalf as well as on behalf of literally millions of others who applied for and paid processing fees with respect to various immigration visas. They seek a partial refund on the basis that Her

## DÉCISIONS CITÉES :

*Canada c. Capobianco*, 2005 QCCA 209; *Saskatchewan Wheat Pool c. Canada (Procureur général)* (1993), 107 D.L.R. (4th) 190; 17 Admin. L.R. (2d) 243; 67 F.T.R. 98 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.); *Saskatchewan Wheat Pool v. Canada (Attorney General)* (1993), 107 D.L.R. (4th) 63; 113 Sask. R. 99; 17 Admin. L.R. (2d) 236 (C.A.); *Western Canadian Shopping Centres Inc. c. Dutton*, [2001] 2 R.C.S. 534; 2001 CSC 46; *Le Corre c. Canada (Procureur général)*, 2005 CAF 127; *Bisaillon c. Université Concordia*, [2006] 1 R.C.S. 666; 2006 CSC 19.

REQUÊTE visant à faire instruire une demande de contrôle judiciaire comme une action en application du paragraphe 18.4(2) de la *Loi sur les Cours fédérales* et à autoriser cette action comme recours collectif en vertu de la règle 299.11 des *Règles des Cours fédérales*. Requête accueillie, questions certifiées.

## ONT COMPARU :

*Lorne Waldman* et *Gerry A. Cuttler* pour les demandeurs.

*Marie-Louise Wcislo* et *Lorne McClenaghan* pour le défendeur.

## AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER :

*Waldman & Associates*, Toronto, pour les demandeurs.

*Le sous-procureur général du Canada* pour le défendeur.

*Ce qui suit est la version française des motifs de l'ordonnance rendus par*

[1] LE JUGE HARRINGTON : Il s'agit de la suite de la décision *Momi c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2007] 2 R.C.F. 291 (C.F.). L'affaire *Momi* est un recours collectif envisagé par 11 demandeurs pour leur propre compte et au nom de millions d'autres personnes qui ont présenté diverses demandes de visa et déboursé les frais de traitement y



Majesty made a profit on the service, contrary to the restraints of the *Financial Administration Act* [R.S.C., 1985, c. F-11]. They calculate the excess payments to be more than \$700 million dollars.

[2] Were it not for the decision of the Federal Court of Appeal in *Canada v. Grenier*, [2006] 2 F.C.R. 287, I would have certified *Momi* as a class action. *Grenier* held that challenges to decisions of federal boards and tribunals must be by way of judicial review, rather than by action. The fees in question are found in regulations enacted by Her Excellency the Governor General in Council. As it has been held that such statutory instruments are decisions of a federal board or tribunal, I held the *Momi* action was premature, and stayed it.

[3] Alan and Irina Hinton were prepared to act as the representative plaintiffs in *Momi*, which is one of the requirements of a class action. Taking *Momi* to heart, they applied for leave and for judicial review of the decision of Citizenship and Immigration Canada dated on or about May 30, 2003 whereby the Minister charged and Alan Hinton paid \$75 to the Receiver General of Canada for the determination of an application for sponsorship of his wife, Irina, the whole pursuant to subsection 304(1) of the *Immigration and Refugee Protection Regulations* [SOR/2002-227].

[4] Although the application was out of time (it should have been taken within either 15 or 30 days), the Court extended the delays and granted leave. The Hintons have now moved that their application for judicial review be treated as and proceeded with as an action, as permitted by subsection 18.4(2) [as enacted by S.C. 1990, c. 8, s. 5; 2002, c. 8, s. 27] of the *Federal Courts Act* [R.S.C., 1985, c. F-7, s. 1 (as am. *idem*, s. 14)] and that it be certified as a class action pursuant to rule 299.11 [as enacted by SOR/2002-417, s. 17] of the *Federal Courts Rules* [SOR/98-106, r. 1 (as am. by SOR/2004-283, s. 2)]. This is the very approach recommended by the Federal Court of Appeal in *Tihomirovs v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2006] 2 F.C.R. 531.

afférents. Ils cherchent à obtenir un remboursement partiel au motif que Sa Majesté a tiré un profit du service, et ce, en contravention des restrictions imposées par la *Loi sur la gestion des finances publiques* [L.R.C. (1985), ch. F-11]. Ils calculent que les paiements excédentaires s'élèvent à plus de 700 millions de dollars.

[2] Si ce n'était de l'arrêt *Canada c. Grenier*, [2006] 2 R.C.F. 287, rendu par la Cour d'appel fédérale, j'aurais autorisé un recours collectif dans l'affaire *Momi*. La Cour d'appel a jugé dans l'arrêt *Grenier* que les décisions des offices fédéraux doivent être contestées par voie de contrôle judiciaire plutôt que par voie d'action. Les frais en question sont établis dans des règlements pris par Son Excellence la gouverneure générale en conseil. Étant donné qu'il a été jugé que de tels textes réglementaires constituent des décisions d'offices fédéraux, j'ai conclu que l'action présentée dans l'affaire *Momi* était prématurée et je l'ai suspendue.

[3] Alan et Irina Hinton étaient prêts à agir en qualité de représentants demandeurs dans l'affaire *Momi*, ce qui constitue l'une des conditions d'autorisation du recours collectif. Prenant l'affaire *Momi* à cœur, ils ont présenté une demande d'autorisation et de contrôle judiciaire d'une décision de Citoyenneté et Immigration Canada rendue le 30 mai 2003, dans laquelle le ministre a facturé 75 \$ à Alan Hinton, montant qu'il a payé au receveur général du Canada, en vue du traitement de la demande de parrainage de son épouse, Irina, le tout en vertu du paragraphe 304(1) du *Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés* [DORS/2002-227].

[4] Bien que la demande fût prescrite (elle aurait dû être présentée dans les 15 ou 30 jours de la décision), la Cour a prorogé le délai et a accordé l'autorisation. Les Hinton veulent maintenant que leur demande de contrôle judiciaire soit instruite comme s'il s'agissait d'une action, comme le permet le paragraphe 18.4(2) [édicte par L.C. 1990, ch. 8, art. 5; 2002, ch. 8, art. 27] de la *Loi sur les Cours fédérales* [L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 1 (mod., *idem*, art. 14)], et que cette action soit autorisée comme recours collectif en vertu de la règle 299.11 [édicte par DORS/2002-417, art. 17] des *Règles des Cours fédérales* [DORS/98-106, règle 1 (mod. par DORS/2004-283, art. 2)] (les Règles). Il s'agit de la démarche recommandée par la Cour d'appel fédérale

[5] The Minister opposes both aspects of the motion. She submits that the judicial review should not be treated as an action and failing that, should not be certified as a class action. In her view, none of the conditions which justify a class action as laid down in rule 299.18 [as enacted by SOR/2002-417, s. 17] has been met.

[6] The history and benefits of class actions were reviewed in *Momi* and need not be repeated. We can proceed directly to the conditions of certification required under rule 299.18, i.e. a reasonable cause of action, an identifiable class, common questions, preferred procedure and a representative plaintiff. Although the Minister argues that the Hintons do not meet any of the required conditions, she has two overarching submissions which percolate into all five of the conditions. I think it better to deal with them at the outset. The first is that in light of *Grenier*, the motion is still premature. The second is that the proposed certification unduly expands what is in issue. The application for judicial review only puts the validity of one fee, the spousal sponsorship fee, in issue, while the motion before me puts more than 40 fees in issue.

#### Grenier Revisited

[7] Grenier was an inmate whose behaviour was perceived as a threat to a corrections officer. He was found guilty of a disciplinary offence and sentenced to 14 days' segregation. On the eve of the third anniversary of the decision he took an action in damages in this Court. The validity of the *Corrections and Conditional Release Act* [S.C. 1992, c. 20] and the regulations thereunder were not challenged. The question considered by Mr. Justice Létourneau, speaking for the Federal Court of Appeal, was whether it was necessary for Mr. Grenier "to attack the administrative segregation decision of the institutional head by way of judicial review before bringing an action in damages" (at paragraph 12).

dans l'arrêt *Tihomirovs c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2006] 2 R.C.F. 531.

[5] La ministre conteste les deux aspects de la requête. Elle soutient que le contrôle judiciaire ne devrait pas être instruit en tant qu'action et que, subsidiairement, l'action ne devrait pas être autorisée comme recours collectif. À son avis, aucune des conditions d'autorisation d'un recours collectif énumérées à la règle 299.18 [éditée par DORS/2002-417, art. 17] n'est remplie.

[6] L'historique et les avantages du recours collectif ont été examinés dans la décision *Momi* et il n'est pas nécessaire d'y revenir. Nous pouvons aller de l'avant sans tarder et traiter des conditions d'autorisation prévues à la règle 299.18, c'est-à-dire la présence d'une cause d'action valable, d'un groupe identifiable, de points de droit ou de fait collectifs, d'un représentant demandeur, de même que le fait que le recours collectif est le meilleur moyen de régler l'affaire. Bien qu'elle soutienne que les Hinton ne remplissent aucune des conditions nécessaires, la ministre met de l'avant deux arguments principaux qui englobent les cinq conditions. Je pense qu'il est préférable d'analyser ces arguments dès maintenant. Le premier argument est que, eu égard à l'arrêt *Grenier*, la requête est encore prématurée. Le second argument est que l'autorisation demandée élargit de façon exagérée ce qui fait l'objet du contrôle judiciaire, soit la validité d'un seul type de frais demandé, celui relatif au parrainage par l'époux, alors que la requête dont je suis saisi en énumère plus de 40.

#### L'arrêt Grenier revisité

[7] M. Grenier était un prisonnier dont le comportement avait été perçu comme étant une menace pour une agente de correction. Il avait été déclaré coupable d'une infraction disciplinaire et condamné à une peine de 14 jours d'isolement préventif. Juste avant le troisième anniversaire de la décision, il avait déposé une action en dommages-intérêts en Cour fédérale. La validité de la *Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition* [L.C. 1992, ch. 20] et des règlements en découlant n'avait pas été contestée. La question examinée au paragraphe 12 de l'arrêt par le juge Létourneau au nom de la Cour d'appel fédérale était de savoir si M. Grenier devait « attaquer par voie de

[8] He pointed out that under section 17 [as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 3; 2002, c. 8, s. 25] of the *Federal Courts Act*, the Federal Court and the provincial courts have concurrent jurisdiction to try actions in damages under the *Crown Liability and Proceedings Act* [R.S.C., 1985, c. C-50, s. 1 (as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 21)]. However, judicial review is reserved to the exclusive jurisdiction of the Federal Court and the Federal Court of Appeal under sections 18 [as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 4; 2002, c. 8, s. 26] and 28 [as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 8; 2002, c. 8, s. 35] of the *Federal Courts Act*.

[9] The following passages of *Grenier*, at paragraphs 24 and 33 are most important:

In the interests of justice, equity and efficiency, subject to the exceptions in section 28..., 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....

...

It is especially important not to allow a section 17 proceeding as a mechanism for reviewing the lawfulness of a federal agency's decision when this indirect challenge to the decision is used to obviate the mandatory provisions of subsection 18(3) of the *Federal Courts Act*.

[10] He noted that the Quebec Court of Appeal had already acknowledged the Federal Court's exclusive jurisdiction to rule on the legality of decisions of a federal tribunal by way of judicial review (*Canada c. Capobianco*, 2005 QCCA 209).

[11] Combining *Grenier* with the decisions of Mr. Justice Rothstein, as he then was, in *Saskatchewan Wheat Pool v. Canada (Attorney General)* (1993), 107 D.L.R. (4th) 190 (F.C.T.D.), and the Saskatchewan Court of

contrôle judiciaire la décision du directeur relative à l'isolement préventif avant de procéder par action en dommages-intérêts ».

[8] Le juge Létourneau a souligné qu'aux termes de l'article 17 [mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 3; 2002, ch. 8, art. 25] de la *Loi sur les Cours fédérales*, la Cour fédérale et les cours provinciales ont compétence concurrente concernant les actions en dommages-intérêts intentées en vertu de la *Loi sur la responsabilité civile de l'État et le contentieux administratif* [L.R.C. (1985), ch. C-50, art. 1 (mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 21)]. Cependant, la Cour fédérale et la Cour d'appel fédérale ont compétence exclusive pour connaître des demandes de contrôle judiciaire en application des articles 18 [mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 4; 2002, ch. 8, art. 26] et 28 [mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 8; 2002, ch. 8, art. 35] de la *Loi sur les Cours fédérales*.

[9] Les passages de l'arrêt *Grenier*, aux paragraphes 24 et 33, qui suivent sont des plus importants :

Par souci de justice, d'équité et d'efficacité, sous réserve des exceptions de l'article 28 [...] 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 [...]

[...]

Il est d'autant plus important de ne pas permettre un recours sous l'article 17 comme mécanisme de contrôle de la légalité d'une décision d'un organisme fédéral que cette procédure de contestation indirecte de la décision permet de contourner les dispositions impératives du paragraphe 18(3) de la *Loi sur les Cours fédérales*.

[10] Le juge Létourneau a souligné que la Cour d'appel du Québec avait déjà reconnu la compétence exclusive de la Cour fédérale pour connaître des contestations de la légalité des décisions des offices fédéraux au moyen du contrôle judiciaire (*Canada c. Capobianco*, 2005 QCCA 209).

[11] En interprétant l'affaire *Grenier* de concert avec la décision *Saskatchewan Wheat Pool v. Canada (Procureur général)* (1993), 107 D.L.R. (4th) 190 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.), rendue par le juge Rothstein, maintenant juge



Appeal in *Saskatchewan Wheat Pool v. Canada (Attorney General)* (1993), 107 D.L.R. (4th) 63, I held that by enacting the Regulations by Order in Council, the Governor General in Council was acting as a federal board, commission or tribunal, subject to the superintending power of this Court. Thus *Momi* could not commence as an action.

[12] The effect of *Grenier* was carefully considered by Mr. Justice Kelen in *Agustawestland International Ltd. v. Canada (Minister of Public Works and Government Services)* (2006), 307 F.T.R. 62 (F.C.T.D.), and again at [*Agustawestland International Ltd. v. Canada (Minister of Public Works and Government Services)*] (2006), 303 F.T.R. 209. In the former, he “converted” an application for judicial review into an action. As he said in the latter decision, at paragraphs 26-27:

In my reasons for order dated June 15, 2006, [2006] F.C.J. No. 961, 2006 FC 767, I stated the following at paragraph 47:

In *Grenier v. Canada*, the Federal Court of Appeal held that a person cannot indirectly challenge the lawfulness of a decision, by way of an action for damages, that is subject to judicial review within 30 days after the decision is made pursuant to subsection 18.1(2) of the *Federal Courts Act*. I would add that subsection 18(3) of the *Federal Courts Act* provides that the remedies of judicial review may be obtained only on an application for judicial review under section 18.1. The *Grenier* case applies to administrative decisions which are generally subject to judicial review, not to acts by the Crown which are normally subject to legal actions for breach of contract or tort. For this reason, the plaintiff’s action in this case for breach of contract and for tort would not be barred if the plaintiff had not, as the plaintiff has, also commenced applications for judicial review over the same subject matter. [Footnotes omitted.]

I shall elaborate. *Grenier* provides that an action in damages arising out of a ministerial decision cannot precede the judicial review of the decision at issue. However, I disagree with the defendants’ submission that *Grenier* has the far-reaching effect of prohibiting an action in damages from proceeding *concurrently* with a judicial review. A review of the Court of Appeal’s policy reasons in *Grenier* for prohibiting collateral

à la Cour suprême du Canada, et avec l’arrêt *Saskatchewan Wheat Pool v. Canada (Attorney General)* (1993), 107 D.L.R. (4th) 63, rendu par la Cour d’appel de la Saskatchewan, j’ai conclu que lorsque la gouverneure générale en conseil prend un règlement par décret, elle agit alors en qualité d’office fédéral subordonné au pouvoir de surveillance de la Cour. L’affaire *Momi* ne pouvait donc débiter par une action.

[12] L’effet de l’arrêt *Grenier* a fait l’objet d’un examen minutieux de la part du juge Kelen dans la décision *Agustawestland International Ltd. c. Canada (Ministre des Travaux publics et des Services gouvernementaux)*, 2006 CF 767, et également dans la décision [*Agustawestland International Ltd. c. Canada (Ministre des Travaux publics et des Services gouvernementaux)*], 2006 CF 1371. Dans la première décision, il a « converti » une demande de contrôle judiciaire en action. Comme il l’a affirmé, aux paragraphes 26 et 27 de la seconde décision :

Dans les motifs de l’ordonnance que j’ai rendue le 15 juin 2006, 2006 CF 767, j’ai dit ce qui suit au paragraphe 47 :

Dans l’arrêt *Grenier c. Canada* [ . . . ] la Cour d’appel fédérale a déclaré qu’une personne ne pouvait remettre en cause indirectement, par voie d’une action en dommages-intérêts, la légalité d’une décision pouvant faire l’objet d’une demande de contrôle judiciaire dans les trente jours de son prononcé, ainsi que le prévoit le paragraphe 18.1(2) de la *Loi sur les Cours fédérales*. J’ajouterais que le paragraphe 18(3) de la *Loi sur les Cours fédérales* dispose que les recours extraordinaires prévus aux paragraphes 18(1) ou (2) [*sic*] sont exercés exclusivement par présentation d’une demande de contrôle judiciaire. L’arrêt *Grenier* s’applique aux décisions administratives qui peuvent en principe faire l’objet d’un contrôle judiciaire, et non aux actes pour lesquels Sa Majesté peut normalement être poursuivie en justice pour inexécution de contrat ou au titre de sa responsabilité civile délictuelle. Pour cette raison, l’action contractuelle et délictuelle de la demanderesse ne serait pas irrecevable si la demanderesse n’avait pas, contrairement à ce qu’elle a fait, introduit une instance en contrôle judiciaire portant sur le même objet. [Renvoi omis.]

Je précise ma pensée. L’arrêt *Grenier* établit qu’une action en dommages-intérêts qui découle d’une décision ministérielle ne peut précéder le contrôle judiciaire de la décision en cause. Toutefois, je ne peux pas souscrire à l’argument des défendeurs selon lequel l’arrêt *Grenier* a pour conséquence importante d’interdire qu’une action en dommages-intérêts et un contrôle judiciaire se poursuivent simultanément. L’examen des

attacks leads me to conclude that the ratio of that judgment does not extend to the facts of this case.

[13] On reconsideration, I question whether *Grenier* was simply intended to be limited to administrative decisions or whether, as I thought, it also extended to regulations enacted by Order in Council.

[14] *Grenier* was not followed by the Newfoundland and Labrador Court of Appeal in *Genge v. Canada (Attorney General)* (2007), 270 Nfld. & P.E.I.R. 182. The Attorney General had moved to strike a statement of claim which alleged that a seal fishery area had been closed when in fact no such order had been issued under the *Marine Mammal Regulations* [SOR/93-56] and the *Fishery (General) Regulations* [SOR/93-53]. The action was for loss of revenue.

[15] At paragraph 34, Barry J.A. stated:

On the facts of *Grenier*, Létourneau J.A. concluded that the claim should properly be characterized as in essence a challenge to the authority of a warden to issue a segregation order in the circumstances. If the reasoning employed should be interpreted as going further in deciding that, as a matter of law, in every tort action regarding federal administrative action, judicial review is a prerequisite for the superior court of a province to have jurisdiction, however the essence of the claim should be properly characterized, I must disagree.

[16] In any event, nowhere is it stated in *Grenier* that a judicial review must run its ordinary course, before an action can be commenced. The Rules allow that a judicial review may be treated as an action and certified as a class action. Rule 299.11 is quite specific as is the decision of the Federal Court of Appeal in *Tihomirovs*, a decision in which Mr. Justice Létourneau also sat. I conclude that *Grenier* does not serve as a bar.

considérations de principe qu'a exposées la Cour d'appel dans l'arrêt *Grenier* pour interdire les contestations indirectes m'amène à conclure que le raisonnement qui sous-tend ce jugement ne s'étend pas aux faits de la présente espèce.

[13] À bien y penser, je me demande si l'on a voulu que l'arrêt *Grenier* soit retreint aux décisions administratives, ou bien, comme je le croyais, qu'il touche également aux règlements pris par décret.

[14] L'arrêt *Grenier* n'a pas été suivi par la Cour d'appel de Terre-Neuve-et-Labrador dans l'arrêt *Genge v. Canada (Attorney General)* (2007), 270 Nfld. & P.E.I.R. 182. Le procureur général avait présenté une requête en radiation d'une déclaration, dans laquelle on alléguait qu'une zone de pêche de phoques avait été fermée alors qu'en fait aucun décret n'avait été pris en vertu du *Règlement sur les mammifères marins* [DORS/93-56] et du *Règlement de pêche (dispositions générales)* [DORS/93-53]. Il s'agissait d'une action en perte de revenu.

[15] Le juge Barry a affirmé ce qui suit, au paragraphe 34 :

[TRADUCTION] Au vu des faits de l'affaire *Grenier*, le juge Létourneau a conclu que l'objet de la demande devait être qualifié adéquatement comme étant essentiellement une contestation du pouvoir du directeur du pénitencier d'ordonner, dans les circonstances, l'isolement préventif. Si l'on doit donner une interprétation large à ce raisonnement et en venir à la conclusion qu'en droit toutes les actions en matière délictuelle concernant les actes de l'administration fédérale doivent d'abord faire l'objet d'un contrôle judiciaire avant que les cours supérieures des provinces aient compétence, encore faudrait-il qu'elles soient correctement qualifiées, je ne peux souscrire à ce raisonnement.

[16] Quoi qu'il en soit, nulle part dans l'arrêt *Grenier* il n'est affirmé qu'un contrôle judiciaire doit suivre son cours normal avant qu'une action soit intentée. Les Règles disposent qu'un contrôle judiciaire peut être instruit comme s'il s'agissait d'une action et que cette action peut être autorisée comme recours collectif. La règle 299.11 est très explicite à ce sujet tout comme l'arrêt *Tihomirovs*, rendu par la Cour d'appel fédérale, arrêt auquel a participé le juge Létourneau. Je conclus que l'arrêt *Grenier* ne constitue pas un obstacle.

## ONE FEE OR MANY FEES?

[17] The Hinton's application for judicial review, as it currently stands, is limited to the \$75 fee paid pursuant to subsection 304(1) of the *Immigration and Refugee Protection Regulations*. Prior to hearing this motion, the Court directed that a draft statement of claim in support of the proposed class action be filed. It puts into question some 43 types of visas, authorizations and extensions. Twenty-eight relate to regulations under the former *Immigration Act* [R.S.C., 1985, c. I-2] and 15 under the current Regulations. The Minister submits that a motion to treat a judicial review as a certified class action cannot serve as the basis to question fees which are not the subject of the original application for judicial review. Indeed, since revenue and expenses are determined on an annual basis, it is possible that a profit was made on one fee, one year, but not in another. Given a six-year time bar, this could lead to 258 separate applications for leave and for judicial review, each then subject to motions for leave, extensions of time and to be treated as a class action.

[18] 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."

[19] This case is a bit unusual in that the record comprises far more than the bare pleadings. The various motions are replete with affidavits, and contrary to the usual practice in immigration matters, permission was

## UN OU PLUS D'UN TYPE DE FRAIS ?

[17] La demande de contrôle judiciaire présentée par les Hinton, dans sa version actuelle, se limite aux frais de 75 \$ payés en application du paragraphe 304(1) du *Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés*. Avant de traiter de la présente requête, la Cour a ordonné qu'un projet de déclaration soit déposé en appui au recours collectif envisagé. Il remet en cause quelque 43 types de visas, d'autorisations et de prolongations, dont 28 se rapportent aux règlements pris sous le régime de l'ancienne *Loi sur l'immigration* [L.R.C. (1985), ch. I-2] et 15 sont rattachés au Règlement actuel. Le ministre soutient que la requête visant à faire instruire le contrôle judiciaire comme un recours collectif autorisé ne peut servir de fondement à une remise en cause de frais non contestés dans la demande de contrôle judiciaire initiale. En effet, étant donné que les revenus et les dépenses sont déterminés annuellement, il est possible qu'un type de frais ait généré un profit une année, sans que cela se soit reproduit une autre année. Compte tenu de la prescription de six ans, cela pourrait se traduire par 258 demandes d'autorisation et de contrôle judiciaire distinctes, chacune d'entre elle pouvant ensuite faire l'objet de requêtes en autorisation, en prorogation de délai et en conversion en recours collectif.

[18] 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.

[19] La présente affaire est quelque peu inhabituelle en ce sens que le dossier renferme bien plus que les simples actes de procédure. Les affidavits abondent dans les différentes requêtes et, contrairement à la pratique en

granted to cross-examine before leave to commence the judicial review was granted. The motion to convert was supported by affidavit, and an affidavit was filed in reply.

[20] At its commencement, the Hinton's application for judicial review had to be limited to the single decision which directly affected them (rule 302). 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.

#### The Five-Part Test for Certification

[21] The requirements of rule 299.18 were set out at paragraph 26 and following of *Momi*:

In *Western Canada [sic] Shopping Centres*, Chief Justice McLachlin recommended that it would be better if the skeletal rules of practice, then current in Alberta, were fleshed out. At that time, the *Federal Courts Rules* also lacked detail, leaving it to individual judges to deal with individual cases on an *ad hoc* basis. Specific class action rules, rule 299.1 and following, were added in 2002 [SOR/2002-417, s. 17]. The key is that a proposed class action must be certified before it can proceed on behalf of anyone other than the plaintiffs specifically named therein. The rest is detail.

#### (a) Reasonable cause of action

[22] In this context, a reasonable cause of action for the purposes of certification is one that is not plainly and obviously deficient (*Western Canadian Shopping Centers Inc. v. Dutton*, [2001] 2 S.C.R. 534 and *Le Corre v. Canada (Attorney General)* (2005), 347 N.R. 126 (F.C.A.)). Notwithstanding the Minister's comment that the remark was *obiter*, in *Tihomirovs*, above, Mr. Justice Rothstein pointed out that in the immigration context,

matière d'immigration, on a donné l'autorisation de contre-interroger, avant que l'autorisation de présenter une demande de contrôle judiciaire soit accordée. La requête en vue de faire convertir le contrôle judiciaire en action était appuyée par un affidavit, et un affidavit a été déposé en guise de réponse.

[20] Au tout début, selon la règle 302, la demande de contrôle judiciaire des Hinton ne devait porter que sur la décision qui les touchait directement. 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.

#### Le critère en cinq parties relatif à l'autorisation

[21] Aux paragraphes 26 et suivants de la décision *Momi*, je traite des conditions énumérées à la règle 299.18 :

Dans *Western Canada [sic] Shopping Centres*, précité, le juge en chef McLachlin a déclaré qu'il serait préférable d'étoffer les règles de pratique squelettiques en vigueur à cette époque en Alberta. À la même époque, les *Règles des Cours fédérales* étaient également peu détaillées, et laissaient au juge le soin de se prononcer de façon ponctuelle dans chaque affaire. Les règles relatives au recours collectif, la règle 299.1 et suivantes, ont été ajoutées en 2002 [DORS/2007-417, art. 17]. L'élément essentiel est qu'un recours collectif envisagé doit être autorisé avant que les demandeurs dont les noms sont expressément mentionnés dans la demande d'autorisation puissent poursuivre l'action pour le compte d'autres personnes. Le reste n'est que des détails accessoires.

#### a) Une cause valable d'action

[22] Dans le contexte d'une demande d'autorisation, une cause d'action est valable si elle n'est pas viciée de façon évidente ou manifeste (*Western Canadian Shopping Centers Inc. c. Dutton*, [2001] 2 R.C.S. 534, et *Le Corre c. Canada (Procureur général)*, 2005 CAF 127). Je rappelle, en dépit du commentaire du ministre selon lequel l'observation était une opinion incidente, que le juge Rothstein a souligné dans l'arrêt *Tihomirovs*, précité,

leave must first be obtained before applying for judicial review. Leave is not given unless the Court considers there is a fairly arguable case. Furthermore, since the application was out of time, the Court also had to be satisfied the delay was justified and that the pleadings established a reasonable cause of action on the merits. There is a reasonable cause of action.

(b) Identifiable class

[23] It is clear that there is a class of two or more persons. The Minister's position is that there are 43 classes, or perhaps 258. However, as stated in *Momi*, all potential plaintiffs allege a systemic violation of subsection 19(2) of the *Financial Administration Act*. As the case may develop, it may become necessary to create subclasses. Furthermore, I would exclude from the overall class those who may face a six-year time-bar defence.

(c) Common questions of law or fact

[24] This test has been met. As mentioned above, the systemic violation of section 19(2) of the *Financial Administration Act* permeates throughout. Again, I acknowledge that some subclasses may have to be created if it is established that different fees were determined by way of different methodologies.

(d) Is a class action the preferable procedure?

[25] While not downplaying the Minister's other submissions, I think it accurate to say that the main objection rested on this point. The actual text of paragraph 299.18(1)(d) [of the Rules] provides "Subject to subsection (3), a judge shall certify an action as a class action if... (d) a class action is the preferable procedure for the fair and efficient resolution of the common questions of law or fact".

que dans le domaine de l'immigration, on doit d'abord obtenir une autorisation avant de présenter une demande de contrôle judiciaire. L'autorisation n'est accordée que si la Cour juge que la cause est raisonnablement défendable. De plus, étant donné que leur demande était présentée en dehors du délai prescrit, les demandeurs devaient également convaincre la Cour que le retard était justifié et que les actes de procédure établissaient une cause d'action valable sur le fond. Il y a une cause d'action valable en l'espèce.

b) L'existence d'un groupe identifiable

[23] Il y a clairement un groupe d'au moins deux personnes. La position du ministre est qu'il y a 43 groupes, si ce n'est 258. Cependant, comme je l'ai mentionné dans la décision *Momi*, tous les demandeurs éventuels allègueraient une violation systémique du paragraphe 19(2) de la *Loi sur la gestion des finances publiques*. Selon l'évolution de l'affaire, il se peut qu'il devienne nécessaire de créer des sous-groupes. De plus, j'exclurais de l'ensemble les demandeurs à qui la prescription de six ans pourrait être opposée en l'espèce.

c) Les points de droit ou de fait collectifs

[24] Cette partie du critère a été remplie. Comme je l'ai mentionné précédemment, la violation systémique du paragraphe 19(2) de la *Loi sur la gestion des finances publiques* est la toile de fond. Encore une fois, je reconnais qu'il faudra peut-être créer quelques sous-groupes s'il est prouvé que d'autres frais ont été déterminés par des méthodologies différentes.

d) Le recours collectif est-il le meilleur moyen de régler l'affaire?

[25] Sans nier la valeur des autres arguments du ministre, je crois qu'il est juste d'affirmer que son principal argument repose sur le point suivant. Le texte de l'alinéa 299.18(1)d des Règles dispose que « [s]ous réserve du paragraphe (3), le juge autorise une action comme recours collectif si [...] d) le recours collectif est le meilleur moyen de régler de façon équitable et efficace les points de droit ou de fait collectifs ».



[26] Subsection 299.18(2) [of the Rules] requires certain matters to be considered in concluding whether a class action is the preferable procedure. There are five such matters.

[27] The first is whether questions of law or fact common to the member of the class predominate over questions affecting individual members. Common questions predominate, as I will exclude from the class those individuals who may be facing a time-bar defence.

[28] The second is whether a significant number of the members of the class have a valid interest in individually controlling the prosecution of separate actions. The answer is clearly no. For instance, based on their calculations, the Hintons would only be entitled to a recovery of \$36.69. The costs will easily run into the hundreds of thousands of dollars.

[29] The third matter to be considered is whether the class action would involve claims that are or have been the subject of any other action. The Hintons have excluded those who have amicably resolved another dispute with the Minister. The only other individuals who were involved in other actions are the 10 individuals otherwise within the class who filed separate actions in 2001, actions which were either discontinued or dismissed for want of prosecution. I shall exclude them from the class.

[30] The crux of the matter is to be found in paragraphs 299.18(2)(d) and (e) [of the Rules]: “(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.”

[31] I am guided by the words of Mr. Justice Rothstein in *Tihomirovs*, above, at paragraphs 12 and 19:

I agree with the Minister that the intention of judicial review proceedings is to have public law matters decided in a summary manner. However, as I will explain, this is not a bar to conversion. It is just another consideration to be taken into account on the application for conversion.

[26] Le paragraphe 299.18(2) des Règles exige qu'on tienne compte de cinq facteurs lorsque l'on doit juger si le recours collectif est le meilleur moyen de régler l'affaire.

[27] Le premier facteur consiste à savoir si les points de droit ou de fait collectifs prédominent sur ceux qui ne concernent que certains membres. Les points de droit ou de fait collectifs prédominent puisque je vais exclure du groupe les personnes qui pourraient faire l'objet d'un moyen de défense fondé sur la prescription.

[28] Le deuxième facteur est le nombre de membres du groupe qui ont véritablement intérêt à poursuivre des actions séparées. La réponse est manifestement aucun. Par exemple, selon leur calcul, les Hinton auraient droit à un recouvrement de 36,69 \$. Les dépens s'élèveront facilement à hauteur de centaines de milliers de dollars.

[29] Le troisième facteur est la question de savoir si le recours collectif comprendrait des réclamations qui ont été ou qui sont l'objet d'autres actions. Les Hinton ont exclu les personnes qui ont réglé à l'amiable un autre litige avec le ministre. Les seules autres personnes qui étaient parties dans une autre action sont les 10 personnes qui, bien qu'elles fassent partie du groupe, ont déposé des actions séparées en 2001, lesquelles ont été soit interrompues, soit rejetées pour défaut de poursuivre. Ces personnes seront exclues du groupe.

[30] Le nœud de l'affaire se trouve aux alinéas 299.18(2)d) et e) [des Règles] respectivement : « 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 ».

[31] Je prends pour guide les propos du juge Rothstein dans l'arrêt *Tihomirovs*, précité, aux paragraphes 12 et 19 :

Je conviens avec le ministre que la procédure de contrôle judiciaire vise à régler de façon sommaire les questions de droit public. Toutefois, comme je l'expliquerai plus loin, il ne s'agit pas là d'un obstacle à la conversion. Il s'agit simplement d'un facteur supplémentaire dont il convient de tenir compte dans une telle demande.

...

To answer the Minister's concern that conversion for the purpose of certifying a class action defeats the purpose of judicial review, the question of the preferable procedure is a matter to be taken into account in the conversion/certification proceeding. The Court will look at the questions of practicality and efficiency and which procedure will provide the least difficulty for resolving the matter. For example, a multiplicity of judicial review proceedings, which a class action might avoid, might also be avoided if the parties agree to treat one judicial review as a test case for other judicial reviews dealing with the same issue. These and other considerations should allow the court to determine whether to grant conversion and certification.

[32] *Tihomirovs* was sent back to the Federal Court for reconsideration. The issue in that case was whether the applications for permanent residence of the proposed class be assessed in accordance with the old criteria set out in the *Immigration Act* or the new criteria under the *Immigration and Refugee Protection Act* [S.C. 2001, c. 27]. As Madam Justice Mactavish stated in *Tihomirovs v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2006] 4 F.C.R. 341 (F.C.), at paragraphs 119 and 120:

As the respondent pointed out, the Minister is obliged to follow the law. As a consequence, should the Court ultimately declare that the regulation in question is *ultra vires*, and that members of the proposed class are entitled to have their applications for permanent residence assessed in accordance with the criteria set out in the *Immigration Act*, the Minister will be obliged to act accordingly. This will be the case, whether or not individual members of the proposed class assert their right to have their applications treated in this fashion.

As a result, there is no need to ensure that all of the members of the proposed class be party to a class action in order to derive a benefit from a favourable decision in Mr. Tihomirovs' case. Moreover, requiring that notice be given of the litigation and of the court's resolution of the common question will only add unnecessary cost and delay to the process.

[33] Consequently, she did not convert *Tihomirovs* into an action, and certify it as a class action. Her decision was followed by Mr. Justice von Finckenstein in *Sander Holdings Ltd. v. Canada (Minister of Agriculture)* (2006),

[...]

En réponse à la prétention du ministre selon laquelle la conversion effectuée aux fins de l'autorisation d'un recours collectif contrevient à l'objet du contrôle judiciaire, la procédure souhaitable est l'un des facteurs à prendre en considération dans le cadre de la procédure de conversion et d'autorisation. Le tribunal examinera les problèmes liés à la facilité et à l'efficacité des procédures, et choisira celle qui offrira le moins de difficultés pour régler les questions en litige. Par exemple, une pluralité de contrôles judiciaires que permettrait d'éviter un recours collectif pourrait également être évitée si les parties convenaient de considérer un seul contrôle judiciaire comme une cause type pour les autres contrôles judiciaires qui portent sur la même question. Ces facteurs, parmi d'autres, devraient permettre au tribunal de décider s'il convient d'autoriser la conversion et l'autorisation du recours collectif.

[32] L'affaire *Tihomirovs* a été renvoyée à la Cour fédérale pour nouvel examen. La question en litige était de savoir si les demandes de résidence permanente des membres du groupe envisagé devaient être évaluées conformément aux anciens critères de la *Loi sur l'immigration* ou, plutôt, conformément aux nouveaux critères prévus à la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés* [L.C. 2001, ch. 27]. Comme l'a affirmé la juge Mactavish dans la décision *Tihomirovs c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2006] 4 R.C.F. 341 (C.F.), aux paragraphes 119 et 120 :

Comme l'a souligné le défendeur, le ministre est tenu d'appliquer la loi. Par conséquent, si la Cour finit par déclarer que le règlement en cause est *ultra vires* et que les membres du groupe envisagé ont droit à ce que leur demande de résidence permanente soit évaluée en conformité avec les critères établis dans la *Loi sur l'immigration*, le ministre sera tenu d'agir en conséquence. Il en sera ainsi que les membres individuels du groupe envisagé revendiquent ou non leurs droits à ce que leur demande soit traitée de cette façon.

Par conséquent, il n'est pas du tout nécessaire de veiller à ce que tous les membres du groupe envisagé soient parties à un recours collectif pour qu'ils puissent tirer avantage d'une décision favorable dans le dossier de M. Tihomirovs. En outre, exiger un avis du litige et de la décision de la Cour relativement au point collectif aurait pour seul effet d'ajouter inutilement des coûts et des retards au processus.

[33] Par conséquent, la juge Mactavish n'a pas converti l'affaire *Tihomirovs* en action ni autorisé le recours collectif. Sa décision a été suivie par le juge von Finckenstein dans la décision *Sander Holdings Ltd.*

289 F.T.R. 221 (F.C.), recently upheld by the Federal Court of Appeal (2007), 370 N.R. 274. That case related to the net income stabilization program under the *Farm Income Protection Act* [S.C. 1991, c. 22]. The program was voluntary and set out what were called Point of Sale Guidelines (POS). The guidelines were changed over the life of the program. The plaintiffs argued that the change amounted to an invalid amendment or were *ultra vires* the agreement, and that in any event the defendant was obliged to reimburse amounts allegedly improperly excluded from the relevant calculations.

[34] As I read *Sander*, the focus was on the legitimacy of the changes, although at paragraph 57, Mr. Justice von Finckenstein did note that there were factual differences in affidavits as to financial calculations. He was of the view that there was no need for a trial and *viva voce* evidence to get the facts properly established. He said: “Should the Plaintiff be successful in having the POS Guidelines declared *ultra vires*, that decision will have to be addressed by the Defendant and appropriate action will undoubtedly ensue.” In this case, the main focus is on financial calculations. If income did not exceed outgo, the Regulations are perfectly valid.

[35] The Minister submits that the Hinton claim should continue on the narrow platform of a judicial review. In simple terms, the tribunal (the Governor in Council) files the record before it when the decision was made, the applicants file their motion record with supporting affidavits, the respondent files her motion record which may or may not be supported by affidavit, cross-examinations ensue, and then a hearing is scheduled. Although the respondent is not obliged to put in affidavit evidence, she represents she would do so. Furthermore, the Court under rule 313 may order other material to be filed, and even in special circumstances authorize a witness to testify (rule 316). The validity of the Regulations is better considered in an ordinary judicial review and if declared invalid, as noted by Madam Justice Mactavish in *Tihomirovs*, other members of the proposed class would benefit from that declaration,

*c. Canada (Ministre de l’Agriculture)*, 2006 CF 327, récemment confirmée par la Cour d’appel fédérale, 2007 CAF 322. Cette affaire concernait le programme de compte de stabilisation du revenu net instauré sous le régime de la *Loi sur la protection du revenu agricole* [L.C. 1991, ch. 22]. Le programme était facultatif, et il établissait les lignes directrices concernant les points de vente. Les lignes directrices avaient changé au cours de la durée du programme. Les demandeurs alléguaient que le changement constituait une modification invalide ou qu’il excédait les pouvoirs conférés par l’accord et que, de toute façon, le défendeur devait rembourser les sommes qui, selon eux, avaient été injustement exclues des calculs pertinents.

[34] Selon mon interprétation de la décision *Sander*, l’enjeu était la légitimité des changements, et ce, même si au paragraphe 57 le juge von Finckenstein a bien souligné qu’il y avait des différences entre les affidavits relativement aux calculs financiers. Il était d’avis qu’un procès et que des témoignages de vive voix étaient inutiles pour établir les faits de façon satisfaisante. Il a affirmé : « [s]i les demandeurs réussissent à faire déclarer les Lignes directrices *ultra vires*, le défendeur devra tenir compte de cette décision et prendre les mesures appropriées par la suite ». Dans la présente affaire, l’enjeu principal repose sur les calculs financiers. Si les revenus n’ont pas excédé les dépenses, le Règlement est parfaitement valide.

[35] La ministre soutient que la demande des Hinton devrait se poursuivre dans le cadre restreint du contrôle judiciaire. En termes clairs, le tribunal administratif (la gouverneure en conseil) dépose le dossier dont elle disposait lorsque la décision a été prise; les demandeurs déposent leur dossier de requête avec affidavits; le défendeur dépose son dossier avec ou sans affidavit; les contre-interrogatoires suivent et la date d’audience est alors fixée. Bien qu’il ne soit pas dans l’obligation de déposer des affidavits, le défendeur affirme qu’il le fera. De plus, la Cour peut ordonner le dépôt de documents supplémentaires en vertu de la règle 313 et, dans des circonstances particulières, elle peut même autoriser l’audition d’un témoin en vertu de la règle 316. La validité du Règlement est mieux à même d’être analysée lors d’un contrôle judiciaire normal et, comme l’a souligné la juge Mactavish dans l’affaire *Tihomirovs*, s’il

without all the unnecessary paraphernalia and expense of a class action.

[36] I do not agree. As aforesaid, the fundamental point is that the validity of the Regulations cannot be determined purely as a point of law. The Regulations are only invalid, or not fully enforceable, if Her Majesty made a profit. This is essentially a question of fact on which the Court will need the benefit of expert testimony. The Minister takes the position that the cost of the service exceeded the revenue. If so, that is a perfectly valid defence. The best way to get to the bottom of things is by an action.

[37] The tribunal record already produced in accordance with the *Federal Courts Immigration and Refugee Protection Rules* [SOR/93-22 (as am. by SOR/2005-339, s.1)] is limited to the statutory instrument registered and published in the *Canada Gazette* enacting the *Immigration and Refugee Protection Regulations*. The bilingual record comprises a mere 25 pages. There is no information whatsoever as to past expenses, past income, and future projections.

[38] *Tihomirovs* was a very different situation. The declaration was prospective. If Mr. Tihomirovs succeeded, then those whose applications for permanent residence had not yet been processed would be processed under the same regulations. In this case, all the fees were paid in advance. Depending on the time frame fixed by the Court, the Minister estimates that over 12 million visas may be in issue.

[39] 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 millions of applications for extension of time and applications for leave. Not very

est déclaré invalide, d'autres membres du groupe envisagé bénéficieront du jugement déclaratoire, sans la complexité et les dépenses inutiles reliées à un recours collectif.

[36] Je ne suis pas de cet avis. Comme je l'ai déjà mentionné, le point crucial est que la validité du Règlement ne peut être jugée uniquement sur une question de droit. Le Règlement sera jugé invalide, ou partiellement applicable, seulement si Sa Majesté a fait un profit. Il s'agit essentiellement d'une question de fait et, pour y répondre, la Cour aura besoin de témoignages d'experts. La position du ministre est que les coûts du service excèdent les revenus. Si c'est bien le cas, c'est une défense parfaitement adéquate. La meilleure façon de connaître les tenants et aboutissants de cette affaire est par une action.

[37] Le dossier du tribunal administratif, qui a été déposé en application des *Règles des Cours fédérales en matière d'immigration et de protection des réfugiés* [DORS/93-22 (mod. par DORS/2005-339, art. 1)], se limite au texte réglementaire enregistré et publié dans la *Gazette du Canada* promulguant le *Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés*. Le dossier bilingue ne renferme qu'un petit 25 pages. Il n'y a absolument aucun renseignement sur les dépenses et les revenus antérieurs ou sur les prévisions.

[38] L'affaire *Tihomirovs* était très différente. Le jugement déclaratoire était prospectif. Si M. Tihomirovs avait eu gain de cause, les membres du groupe envisagé dont la demande de résident permanent n'avait pas encore été traitée auraient vu leur dossier évalué suivant le même règlement. Dans la présente affaire, tous les frais ont été payés en avance. Tout dépendant de la période qui sera établie par la Cour, le ministre estime que plus de 12 millions de visas pourraient être touchés.

[39] 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 recours collectif, la Cour pourrait théoriquement devoir faire face à des millions de

many will bother. As I stated in *Momi*, above, at paragraph 16:

In *Western Canadian Shopping Centres Inc. v. Dutton*, [2001] 2 S.C.R. 534 on appeal from the Court of Appeal for Alberta, Chief Justice McLachlin stated three important advantages of a class action over a multiplicity of individual actions. First, there is judicial economy in that unnecessary duplication is avoided. Second, litigation costs are spread over a large number of plaintiffs. This makes access to justice easier in that the advancement of claims is more economical than if pursued on an individual basis. Finally, these actions ensure that actual and potential wrong-doers modify their future behaviour. Without such actions, those who cause widespread but individually minor harm may not otherwise have their conduct called into account.

[40] As mentioned above, in an application for judicial review, the respondent may decide not to put in affidavits, and in any event may be selective in terms of the documentation produced and as to the matters deposed on affidavit. This has been a recurring problem in *Agustawestland*, above.

[41] In an action, on the other hand, a party is required to issue an affidavit of documents identifying all the documents in its possession, custody or control that touch upon an issue, not simply those which were before the decision maker. The representative of a party examined on discovery must testify to knowledge, information and belief, not limiting himself or herself to personal knowledge. The examination for discovery is far more intrusive, and well designed to elicit admissions which could either shorten or bring the proceedings to an end. The questions are based on the pleadings and are less constrained than a cross-examination, which should automatically find its way into the court record.

[42] 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

demandes de prorogation de délai et de demandes d'autorisation. Peu de membres du groupe envisagé s'en donneraient la peine. Comme je l'ai affirmé dans la décision *Momi*, au paragraphe 16 :

Dans l'arrêt *Western Canadian Shopping Centres Inc. c. Dutton*, [2001] 2 R.C.S. 534, un appel d'une décision de la Cour d'appel de l'Alberta, la juge en chef McLachlin expose les trois grands avantages qu'offre le recours collectif par rapport à une multiplicité d'actions individuelles. Premièrement, il permet de faire des économies sur le plan judiciaire, en évitant toute duplication inutile. Deuxièmement, les frais judiciaires sont répartis entre un grand nombre de demandeurs, ce qui facilite l'accès à la justice en rendant économiques des poursuites qui auraient été trop coûteuses pour être intentées individuellement. Enfin, ces recours incitent les malfaisants réels et éventuels à modifier à l'avenir leur comportement. Sans le recours collectif, les personnes qui causent des préjudices individuels mineurs mais nombreux n'auraient peut-être pas à répondre de leurs agissements.

[40] Comme je l'ai mentionné précédemment, le défendeur peut décider, dans le cadre d'un contrôle judiciaire, de ne pas déposer d'affidavits, et, de toute façon, il peut être sélectif concernant les documents déposés et les faits que renferme l'affidavit; cela a constitué un problème récurrent dans l'affaire *Agustawestland*, précitée.

[41] Dans une action, par contre, chaque partie doit déposer un affidavit de documents qui renferme la liste de tous les documents qu'elle a en sa possession ou qui sont sous son autorité ou sous sa garde et qui touchent une question en litige, et non seulement les documents dont disposait le décideur. Le représentant d'une partie interrogé dans le cadre d'un interrogatoire préalable doit répondre au mieux de sa connaissance et de sa croyance, en ne se limitant pas à sa connaissance personnelle. L'interrogatoire préalable est bien plus rigoureux et il est conçu pour faciliter des admissions qui pourraient soit mettre un terme à l'instance, soit l'abrèger. Les questions sont fondées sur les actes de procédure et moins limitées que celles d'un contre-interrogatoire qui, lui, doit normalement être consigné au dossier de la Cour.

[42] 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,



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.

[43] 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.

[44] The Minister submits that if it turns out that the narrow platform of an ordinary judicial review, even with the Court ordering that more documentation be produced and allowing for the testimony of witnesses in open court, is found insufficient, then the judicial review could be converted into an action. To my way of thinking, this proposal is far less practical and far less efficient than converting now and through case management cutting back if, as and when appropriate. By the same token, I do not think that the administration of a class action would cause greater difficulties than if relief were sought by other means.

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 attribué au programme de visa.

[43] 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.

[44] Le ministre soutient que s'il s'avérait que le cadre restreint du contrôle judiciaire soit jugé insuffisant, même après que la Cour ait ordonné le dépôt de documents supplémentaires et permis l'audition de témoins lors d'une audience publique, alors le contrôle judiciaire pourrait être converti en action. À mon avis, cette proposition est beaucoup moins pratique et efficace que de convertir le contrôle judiciaire en action maintenant et, au besoin, d'élargir au moyen de la gestion d'instance. De même, je ne pense pas que la gestion du recours collectif causerait plus de problèmes que si les membres du groupe envisagé tentaient d'obtenir une réparation d'une autre façon.

[45] The Minister has expressed some concern over the sheer volume of applications which would be covered by the class action. There may well be in excess of 12 million. This will not add up to 12 million plaintiffs, as some would have paid more than one and perhaps several processing fees. Nevertheless, although records may no longer be complete with respect to some of the earlier visas, the Minister does have extensive records. Furthermore, the fees for the different visas remained constant over the years. This is to be contrasted with the recent decision of the Court of Appeal of Ontario in *Cassano v. Toronto-Dominion Bank* (2007), 47 C.P.C. (6th) 209, where Chief Justice Winkler, speaking for the Court, certified a class action involving foreign currency transactions conducted with Visa credit cards issued by the Bank. The motions Judge noted that in 2003 alone there were in excess of 4 million Toronto-Dominion Bank Visa cards ([*Cassano v. Toronto-Dominion Bank*] (2005), 9 C.P.C. (6th) 209 (Ont. S.C.J.)). One of the complaints was that the Bank charged a “conversion fee” which was undisclosed and unauthorized. Rates of exchange, unlike the fees in this case, change almost daily. The Bank estimated that it would take 1 500 people about one year to identify and record the foreign exchange transactions on the cardholder statements that are available only on microfiche and at a cost of \$48 500 000. However as Chief Justice Winkler stated, at paragraph 49:

The economic argument advanced by TD ignores the fact that the damages calculation would only be necessary if TD is found to have breached the contract with its cardholders. Therefore, the essence of TD’s argument is that the recovery phase of the litigation, subsequent to a finding of liability, will cause it to incur significant expense. It would hardly be sound policy to permit a defendant to retain a gain made from a breach of contract because the defendant estimates its costs of calculating the amount of the gain to be substantial. A principal purpose of the *CPA* is to facilitate recovery by plaintiffs in circumstances where otherwise meritorious claims are not economically viable to pursue. To give any effect to the economic argument advanced by TD here would be to pervert the policy underpinning the statute.

[45] Le ministre a exprimé des craintes quant au nombre considérable de demandes qui seraient englobées par le recours collectif, car il pourrait bien y en avoir plus de 12 millions. Cela ne veut pas dire que le nombre total des demandeurs s’élèvera à 12 millions, étant donné que certains demandeurs ont payé plus d’une fois des frais de traitement, si ce n’est plusieurs types de frais de traitement. Néanmoins, bien que le dossier puisse ne plus contenir de renseignements quant à certains anciens visas, le ministre a bel et bien un dossier volumineux. De plus, les frais demandés pour les divers visas sont demeurés constants au fil des années. Il faut différencier cette situation du récent arrêt rendu par la Cour d’appel de l’Ontario *Cassano v. Toronto-Dominion Bank* (2007), 47 C.P.C. (6th) 209, dans lequel le juge en chef Winkler, au nom de la Cour, a autorisé un recours collectif concernant des transactions effectuées en devises étrangères à l’aide de cartes de crédit Visa émises par la banque. Le juge des requêtes avait souligné qu’en 2003 seulement il y avait plus de quatre millions de cartes de crédit de la Banque Toronto-Dominion en circulation ([*Cassano v. Toronto-Dominion Bank*] (2005), 9 C.P.C. (6th) 291 (C.S.J. Ont.)). Une des plaintes était que la banque avait prélevé des [TRADUCTION] « frais de conversion » qui n’étaient ni divulgués ni autorisés. Les taux de change, contrairement aux frais en l’espèce, changent presque quotidiennement. La banque estimait qu’il faudrait que 1 500 personnes travaillent pendant environ un an, au coût de 48 500 000 \$, pour qu’elles puissent repérer et recenser les transactions effectuées en devises étrangères, lesquelles se trouvent seulement sur microfiches. Cependant, comme l’a affirmé le juge en chef Winkler, au paragraphe 49 :

[TRADUCTION] L’argument économique soulevé par la banque TD ne tient pas compte du fait que le calcul des dommages ne serait nécessaire que s’il est conclu qu’elle a manqué à ses obligations contractuelles envers les détenteurs de cartes de crédit. Par conséquent, le cœur de l’argument de la banque TD est que l’étape de recouvrement du litige, ultérieure à une conclusion de responsabilité, lui fera engager d’importantes dépenses. Il ne serait pas judicieux de permettre à un défendeur de garder un gain réalisé grâce à un manquement à ses obligations contractuelles, parce qu’il estime que le coût pour effectuer le calcul du montant du gain serait trop important. Un des objectifs principaux de la *Loi sur les recours collectifs* est de faciliter le recouvrement aux demandeurs dans des circonstances où des demandes de recouvrement par ailleurs bien fondées ne seraient pas rentables. Retenir l’argument

This concern is addressed in the Hinton litigation plan, as the initial focus would be on a single year, a bifurcation allowed under rule 106 and following.

(e) Representative plaintiff

[46] I am satisfied that the Hintons would fairly and adequately represent the interests of the class. Their litigation plan sets out a workable method of advancing the action and notifying class members of how the proceeding is progressing (although the plan can and will be improved). They do not have a conflict on the common questions of law or fact, and have provided a summary of the agreement regarding fees and disbursements.

[47] The plan calls for notices to be given to class members through the plaintiffs' solicitors' Web site, the Citizenship and Immigration Web site, by notices at counsellor offices and notices in Canadian newspapers which cater to recent immigrants. These notices do not go far enough. For instance, those who paid for student and other temporary visas are presumably no longer here, and have no particular reason to visit the nominated Web sites. Many may not have computers. Until these matters are refined, and given the real possibility of an appeal, I dispense with notice as authorized by rule 299.34 [as enacted by SOR/2002-417, s. 17].

[48] The litigation plan is probably too ambitious in estimating that the matter would be ready for trial in a year. However that is a detail which can be modified from time to time through scheduling orders. I will order that a statement of claim which is already in draft form be filed and served by January 31, 2008. As a statement of defence was already filed in the *Momi* action, the Minister's statement of defence shall be due within the

économique de la banque TD en l'espèce dénaturerait l'objet de la loi.

Le plan de déroulement de l'instance des Hinton tient compte de ces réserves étant donné qu'il ciblera initialement une seule année, une bifurcation possible en vertu des règles 106 et suivantes.

e) Les représentants demandeurs

[46] Je suis convaincu que les Hinton représenteraient de façon équitable et appropriée les intérêts du groupe. Leur plan de déroulement de l'instance (bien qu'il puisse être amélioré, et il le sera assurément) établit une méthode réaliste pour la poursuite de l'action et pour l'information des membres du groupe quant au déroulement de l'instance. Ils n'ont pas de conflit d'intérêts quant aux points de droit ou de fait collectifs, et ils ont communiqué un sommaire des ententes relatives aux honoraires et aux débours.

[47] Selon le plan, les membres du groupe seront avisés par l'intermédiaire du site Internet de l'avocat des demandeurs et de celui de Citoyenneté et Immigration Canada, par des avis envoyés dans les cabinets d'avocat et par des avis dans les journaux canadiens qui s'adressent aux nouveaux immigrants. Ces avis n'ont pas une assez grande portée. Par exemple, les personnes qui ont payé des frais pour un visa d'étudiant ou pour tout autre visa temporaire ne sont probablement plus au pays, et il n'y a aucune raison particulière pour laquelle ils se rendraient sur les sites Internet énumérés. Nombre d'entre eux ne possèdent peut-être pas d'ordinateur. Tant que ces détails ne seront pas peaufinés et vu la possibilité d'un appel, je dispense les représentants demandeurs de l'obligation d'aviser les membres du groupe, comme le prévoit la règle 299.34 [éditée par DORS/2002-417, art. 17].

[48] Le plan de déroulement de l'instance est probablement trop ambitieux lorsqu'il tient pour acquis que l'affaire pourrait être prête pour l'instruction dans un an. Cependant, ce n'est qu'un détail qui peut être modifié de façon ponctuelle par voie d'ordonnance modifiant l'échéancier. J'ordonnerai qu'une déclaration, dont le projet est déjà rédigé, soit déposée et signifiée au plus tard le 31 janvier 2008. Étant donné qu'une défense

normal delays, that is to say 30 days after service of the statement of claim.

### Contents of Order

[49] As I am satisfied that this application for judicial review should be treated and proceeded with as an action, and certified as a class action, rule 299.19 [as enacted *idem*] requires the order to:

**299.19 (1) ...**

- (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;
- (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.

The *Momi* statement of claim was filed 11 March 2005 while the Hinton application for leave and for judicial review was only filed 12 September 2006. This means that some individuals who would have fallen within the *Momi* class are, by my reasoning, excluded from the Hinton class because they may have to deal with a six-year time bar, which is an individualized problem. On the other hand, in *Momi* I would have excluded those who filed applications on or after 1 April 2003 as the data for that fiscal year was not available when the statement of claim was filed. However, it was available when the Hinton application was filed, and, as with the other years, the plaintiffs have a reasonable cause of action. The *Momi* action is still alive, and depending how the law develops, may possibly serve as a class action for those who do not fall within the Hinton class.

a déjà été déposée dans l'affaire *Momi*, la ministre devra déposer sa défense dans le délai normal, soit dans les 30 jours de la signification de la déclaration.

### Le contenu de l'ordonnance

[49] Étant donné que je suis convaincu que la demande de contrôle judiciaire doit être instruite comme s'il s'agissait d'une action, et que cette action doit être autorisée comme recours collectif, la règle 299.19 [éditée, *idem*] dispose que l'ordonnance doit renfermer :

**299.19 (1) [...]**

- 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) l'énoncé des réparations demandées par ou contre le groupe;
- e) l'énumération des points de droit ou 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.

La déclaration dans l'affaire *Momi* avait été déposée le 11 mars 2005, alors que la demande d'autorisation et de contrôle judiciaire en l'espèce n'a été déposée que le 12 septembre 2006. Cela signifie que certaines personnes qui auraient pu faire partie du groupe dans l'affaire *Momi* sont, selon mon interprétation, exclues du groupe en l'espèce parce qu'elles pourraient devoir faire face à la prescription de six ans, ce qui constitue un problème individuel. Par contre, dans l'affaire *Momi*, j'aurais exclu les demandeurs qui ont présenté une demande à compter du 1<sup>er</sup> avril 2003, parce que les données pour cet exercice n'étaient pas disponibles lors du dépôt de la déclaration. Cependant, ces données étaient disponibles lors du dépôt de la demande des Hinton, et, tout comme pour les autres années, les demandeurs ont une cause d'action valable. L'affaire *Momi* est toujours en instance, et selon le développement de la jurisprudence, elle pourrait peut-être servir de recours collectif pour les demandeurs qui ne font pas partie du groupe en l'espèce.

[50] Thus the plaintiff 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 the defendant for a determination of any of the applications made pursuant to any one or more of the regulations listed in Schedule A of the order, and who were informed of determination decisions in respect of such applications on or after 12 September 2000 and includes all such persons regardless of the outcome of their application, as well as all such applications that are currently in progress.

[51] Excluded from the class are the 10 individuals referred to in paragraph 29 hereof, as well as those covered by an amicable settlement, being certain persons who before 1 January 2002 submitted applications seeking an immigrant visa in the skilled worker, self-employed, entrepreneur and investor categories, excluding provincial nominees and those destined to Quebec, as more precisely defined in the accompanying order.

[52] The representative plaintiffs are Alan Hinton and Irina Hinton.

[53] The nature of the claims, and the relief claimed by and on behalf of the class are:

(a) a declaration that the fee regulations, and each of them are unlawful, unconstitutional and *ultra vires*;

(b) restitution of the portion of the fees paid by the plaintiff class to Her Majesty which exceeds the cost of providing the service to the plaintiff class during the period in question;

(c) a declaration that all such excess fees are held in trust for the plaintiffs and the plaintiff class;

(d) an order that such excess fees be repaid to the plaintiffs and the plaintiff class; and

[50] Par conséquent, le groupe des demandeurs 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 au défendeur en vue du traitement de toute demande présentée dans le cadre d'au moins un des règlements énumérés à l'annexe A de l'ordonnance, et qui ont été informées de la décision relative à ces demandes à compter du 12 septembre 2000, et ce, peu importe le résultat de leur demande; font aussi partie du groupe les personnes dont les demandes sont actuellement en traitement.

[51] Sont exclues du groupe les 10 personnes mentionnées au paragraphe 29 des présents motifs, de même que celles qui ont réglé à l'amiable, soit les personnes qui, avant le 1<sup>er</sup> janvier 2002, ont déposé des demandes de visa en qualité de travailleur qualifié, de travailleur autonome, d'entrepreneur et d'investisseur, à l'exception de la catégorie des candidats des provinces et de ceux destinés au Québec; ces exclusions sont décrites plus précisément dans l'ordonnance qui accompagne les présents motifs.

[52] Les représentants demandeurs sont Alan Hinton et Irina Hinton.

[53] La nature des réclamations présentées au nom du groupe et les réparations demandées par et au nom du groupe se présentent comme suit :

a) un jugement déclaratoire selon lequel les frais réglementaires sont illégaux, anticonstitutionnels et invalides;

b) la restitution de la portion des frais payés à Sa Majesté par le groupe demandeur qui excède le coût de la prestation du service au cours de la période en question;

c) un jugement déclaratoire selon lequel tous ces frais excédentaires sont détenus en fiducie au nom des demandeurs et du groupe demandeur;

d) une ordonnance selon laquelle ces frais excédentaires doivent être remboursés aux demandeurs et au groupe demandeur;



(e) interest.

[54] The common question of fact is whether the fees and charges for the service exceed the cost to Her Majesty in right of Canada of providing the service to the plaintiff class. If so, the common question of law is whether the plaintiff class is entitled to recovery.

[55] As stated earlier, the time and manner for members to opt out of the class is left in abeyance for the time being.

#### Certified Questions

[56] The Regulations were issued on the recommendation of the Minister of Citizenship and Immigration and the Treasury Board pursuant to the subsection 5(1) of the *Immigration and Refugee Protection Act* and paragraphs 19(1)(a) [as am. by S.C. 1991, c. 24, s. 6], 19.1(a) [as enacted *idem*] and subsection 20(2) of the *Financial Administration Act*. An application for judicial review under the *Immigration and Refugee Protection Act* requires leave (section 72 [as am. by S.C. 2002, c. 8, s. 194]). A negative judicial review by the Federal Court under the *Immigration and Refugee Protection Act* is normally final. An appeal to the Federal Court of Appeal only lies under paragraph 74(d) if the judge certifies that a serious question of general importance is involved and states the question.

[57] The very fact that this is the first contested case certified as a class action under rule 299.1 [as enacted by SOR/2002-417, s. 17] and following raises serious questions of general importance, some of which I pose myself. I am quite uncertain whether the *Immigration and Refugee Protection Act* should be read in such a way that one who is directly affected by a regulation under the Act must obtain leave in order to challenge the *vires* of the regulation, and has no right of appeal if leave is not given. The serious questions of general importance which I have certified are as follows:

e) le paiement des intérêts.

[54] Le point de fait collectif est de savoir si les frais de service 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 est de savoir si le groupe demandeur a droit à un recouvrement.

[55] Comme je l'ai déjà affirmé, la façon dont les membres du groupe peuvent s'exclure du recours collectif et la date limite pour le faire sont laissées en suspens pour le moment.

#### Les questions certifiées

[56] Le Règlement a été pris sur la recommandation du ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration et du Conseil du Trésor en vertu du paragraphe 5(1) de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés* et des alinéas 19(1)a) [mod. par L.C. 1991, ch. 24, art. 6] et 19.1a) [édicte, *idem*] et du paragraphe 20(2) de la *Loi sur la gestion des finances publiques*. Une demande de contrôle judiciaire présentée en vertu de l'article 72 [mod. par L.C. 2002, ch. 8, art. 194] de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés* nécessite une demande d'autorisation. Une décision défavorable rendue par la Cour fédérale dans le cadre d'un contrôle judiciaire relevant de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés* est normalement définitive. Le seul droit d'appel à la Cour d'appel fédéral est prévu à l'alinéa 74d) : le juge doit certifier que l'affaire soulève une question grave de portée générale et l'énoncer.

[57] Le simple fait qu'il s'agit de la première affaire contestée qui soit autorisée comme recours collectif en vertu des règles 299.1 [édicte par DORS/2002-417, art. 17] et suivantes, soulève des questions graves de portée générale, dont certaines que je vais formuler moi-même. Je ne suis pas convaincu que la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés* doive être interprétée d'une telle façon qu'une personne qui est directement touchée par un règlement pris sous le régime de cette Loi doit obtenir une autorisation pour contester la validité de ce règlement ou n'ait pas le droit d'interjeter appel si elle n'en reçoit pas l'autorisation. Les questions graves de portée générale que je certifie sont les suivantes :

(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?

[58] In addition, and despite some overlapping, I certify the two questions posed by the Minister as follows:

(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*?

[59] Although the Hinton submitted there was no need to certify questions, in the event the Court did determine a question ought to be certified they proposed the following, which I also certify, notwithstanding some repetition with the others:

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 recouvrer 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 payé?

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?

[58] De plus, et malgré quelques chevauchements, je certifie les deux questions suivantes soulevées par le ministre :

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*?

[59] Bien qu’ils aient soutenu qu’il n’était pas nécessaire de certifier des questions, les Hinton ont proposé la question qui suit pour le cas où la Cour en aurait décidé autrement; je la certifie également, malgré quelques répétitions :

(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 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 section 18(1)?

[60] In summation, I am satisfied that the standard for a class action has been met. There is judicial economy, access to justice is easier and more economical, and were it not for this form of action there would be little incentive to apply to the courts for redress, because, if the applicants are right, individual loss is minor but the overall loss is substantial (*Western Canadian Shopping Centers*, above, and *Bisaillon v. Concordia University*, [2006] 1 S.C.R. 666).

[61] There is no reason to depart from the no-cost principle set out in rule 299.41 [as enacted by SOR/2002-417, s. 17].

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 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 [édicte par L.C. 1990, ch. 8, art. 5; 2002, ch. 8, art. 28] 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 cœur du contrôle judiciaire sans qu'il y ait conversion ou certification en vertu du paragraphe 18(1) ?

[60] En résumé, je suis convaincu que le critère du recours collectif est respecté. Ainsi, des économies sur le plan judiciaire seront réalisées, l'accès à la justice sera facilité et plus économique, et, sans ce type de recours, il n'y aurait guère d'avantage à présenter des demandes de réparation aux tribunaux, étant donné que, si les demandeurs ont raison, les pertes individuelles sont minimales, mais les pertes globales sont importantes (*Western Canadian Shopping Centers*, précité, et *Bisaillon c. Université Concordia*, [2006] 1 R.C.S. 666).

[61] Il n'y a aucune raison de ne pas suivre le principe de non-adjudication des dépens établi par la règle 299.41 [édicte par DORS/2002-417, art. 17].