

A-169-05
2005 FCA 308

A-169-05
2005 CAF 308

The Minister of Citizenship and Immigration
(Appellant) (Respondent in the Federal Court)

Le ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration
(appellant) (défendeur en Cour fédérale)

v.

c.

Andrejs Tihomirovs (Respondent) (Applicant in the
Federal Court)

Andrejs Tihomirovs (intimé) (demandeur en Cour
fédérale)

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

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

Federal Court of Appeal, Létourneau, Rothstein and
Malone JJ.A.—Toronto, September 13; Ottawa,
September 28, 2005.

Cour d'appel fédérale, juges Létourneau, Rothstein et
Malone, J.C.A.—Toronto, 13 septembre; Ottawa,
28 septembre 2005.

Practice — Class Actions — Appeal from Federal Court decision on two certified questions — Respondent applying for permanent residence under former Immigration Act but application not processed before coming into force of Immigration and Refugee Protection Act — Respondent believing would have met requirements under former legislation but will not meet requirements under new legislation — Judicial review application seeking order of mandamus or permanent mandatory injunction directing appellant to assess application under former legislation — Also seeking order directing that application for judicial review be converted to action — Respondent intending to have action certified as class action brought on behalf of other applicants for permanent residence who submitted applications between January 1 and June 28, 2002 — Also wanting class action to be open to some 40,000 applicants for permanent residence between those dates who did not file judicial review applications — Certified questions — : (1) Intention to seek certification of class action relevant consideration on motion under Federal Courts Act, s. 18.4(2) to convert application for judicial review into action — No provision in Federal Courts Rules for class judicial reviews — To proceed on class basis, judicial review must be converted to action under Federal Courts Act, s. 18.4(2) to obtain certification of class — Consideration in s. 18.4(2) application may include intention to certify action as class action — Federal Courts Rules, r. 299.11 contemplating class action rules applying to matter originally commenced as judicial review and converted into action under Act, s 18.4(2) — (2) Where certification of class action is objective of conversion application, relevant considerations those pertaining to whether certification will be granted, as set out in Rules, s. 299.18(1), (2) — Same considerations should guide Court in deciding whether judicial review should be converted to action for purposes of certification of action as

Pratique — Recours collectifs — Appel de la décision de la Cour fédérale portant sur deux questions certifiées — L'intimé a demandé la résidence permanente en vertu de l'ancienne Loi sur l'immigration, mais sa demande n'a pas été traitée avant l'entrée en vigueur de la Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés — Il croyait qu'il aurait satisfait aux exigences de l'ancienne loi, mais qu'il ne remplirait pas celles de la nouvelle loi — Demande de contrôle judiciaire visant à obtenir une ordonnance de mandamus ou une ordonnance de faire permanente enjoignant à l'appellant d'évaluer la demande selon l'ancienne loi — Autre ordonnance pour que la demande de contrôle judiciaire soit convertie en action — L'intimé a l'intention de faire autoriser l'action comme un recours collectif au nom d'autres demandeurs de la résidence permanente qui ont déposé leur demande entre le 1^{er} janvier et le 28 juin 2002 — Il désire aussi ouvrir le groupe à environ 40 000 personnes qui ont demandé la résidence permanente entre ces dates et qui n'ont pas déposé de demandes de contrôle judiciaire — Questions certifiées — : 1) L'intention de faire autoriser un recours collectif est un facteur pertinent à prendre en compte dans le cadre d'une requête déposée en vertu de l'art. 18.4(2) de la Loi sur les Cours fédérales en vue de convertir une demande de contrôle judiciaire en action — Les Règles des Cours fédérales ne contiennent aucune disposition concernant les procédures de contrôle judiciaire collectives — Pour que l'instance procède comme un recours collectif, le contrôle judiciaire doit être converti en action en vertu de l'art. 18.4(2) de la Loi sur les Cours fédérales pour être autorisé comme tel — L'examen d'une demande présentée en vertu de l'art. 18.4(2) peut tenir compte de l'intention de faire autoriser l'action comme un recours collectif — La règle 299.11 des Règles des Cours fédérales prévoit des règles relatives aux recours collectifs qui s'appliquent aux litiges intentés à l'origine comme contrôle

class action — If certification application fails, conversion application should also fail — Technically, judicial review must first be converted to action before certification can be obtained — However, conversion/certification applications should be heard, considered together — Where intention of conversion to certify action as class action, conditions in Rules, r. 299.18 normally as relevant to application for conversion as to application for certification.

Citizenship and Immigration — Judicial Review — Leave must first be obtained to proceed with judicial review in immigration matters — Therefore, issue of reasonableness of cause of action already determined in judicial review applications in immigration matters giving rise to conversion/certification applications — Cause of action should not be issue on conversion/certification applications.

This was an appeal from a Federal Court decision on two certified questions. The respondent had applied for permanent residence under the former *Immigration Act* on February 1, 2002. His application was not processed before the *Immigration and Refugee Protection Act* came into force on June 28, 2002. The respondent believes that he will not meet the requirements of the new legislation but that he would have met them under the former legislation. He therefore brought an application for judicial review seeking an order of *mandamus* or a permanent mandatory injunction directing the appellant to assess his application under the former legislation. He also sought an order directing that his application for judicial review be converted to an action, which he intends to have certified as a class action brought on behalf of all skilled worker, self-employed, entrepreneur and investor applicants for permanent residence who submitted their applications between January 1 and June 28, 2002. He also wants the class action to be open to some 40,000 individuals who applied for permanent residence in Canada within that same period but who did not file judicial review proceedings. The questions were: (1) whether an intention to seek certification of a class action is a relevant consideration on a motion under subsection 18.4(2) of the *Federal Courts Act* to convert an application for judicial review into an action; and (2) if so, whether the test for conversion includes consideration of the factors listed in rule 299.18 of the *Federal Courts Rules*

judiciaire et convertis en action en vertu de l'art. 18.4(2) de la Loi — 2) Lorsque l'autorisation du recours collectif est l'objectif de la demande de conversion, les facteurs pertinents sont les conditions d'autorisation d'un recours collectif, comme l'indiquent les art. 299.18(1) et (2) des Règles — Les mêmes facteurs devraient guider la Cour dans sa décision d'autoriser ou non la conversion d'un contrôle judiciaire en action afin d'autoriser cette action comme recours collectif — Si la demande d'autorisation est rejetée, la demande de conversion devrait l'être également — Sur le plan technique, la conversion doit être effectuée avant que l'autorisation du recours collectif ne soit accordé — Les demandes de conversion et d'autorisation devraient être entendues et étudiées de concert — Lorsque la conversion vise l'autorisation d'une action comme recours collectif, les facteurs énumérés à la règle 299.18 des Règles seront aussi pertinents pour la demande de conversion que pour celle de l'autorisation de l'action.

Citoyenneté et Immigration — Contrôle judiciaire — Il faut obtenir l'autorisation du tribunal avant de procéder par voie de contrôle judiciaire en matière d'immigration — En cette matière, la question du caractère raisonnable de la cause d'action a donc déjà été jugée dans les demandes de contrôle judiciaire qui donnent lieu à des demandes de conversion et d'autorisation — L'existence d'une telle cause d'action ne devrait pas être en litige dans les demandes de conversion et d'autorisation.

Il s'agissait de l'appel d'une décision de la Cour fédérale portant sur deux questions certifiées. L'intimé avait demandé la résidence permanente en vertu de l'ancienne *Loi sur l'immigration* le 1^{er} février 2002. Sa demande n'a pas été traitée avant l'entrée en vigueur de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés* le 28 juin 2002. L'intimé pensait qu'il ne satisferait pas aux exigences de la nouvelle loi, mais qu'il aurait rempli celles de l'ancienne loi. Il a donc fait une demande de contrôle judiciaire pour obtenir une ordonnance de *mandamus* ou une ordonnance de faire permanente enjoignant à l'appelant d'évaluer sa demande selon l'ancienne loi. Il a également demandé une ordonnance pour que sa demande de contrôle judiciaire soit convertie en action, qu'il a l'intention de faire autoriser comme un recours collectif au nom de tous les demandeurs de résidence permanente qui sont des travailleurs qualifiés, des travailleurs autonomes, des entrepreneurs et des investisseurs qui ont déposé leurs demandes entre le 1^{er} janvier et le 28 juin 2002. Il désire également ouvrir le groupe à environ 40 000 personnes qui ont demandé la résidence permanente au Canada pendant la même période, mais qui n'ont pas déposé de demandes de contrôle judiciaire. Les questions étaient les suivantes : 1) l'intention de faire autoriser un recours collectif est-elle un facteur pertinent à prendre en compte dans le cadre d'une requête déposée en vertu du paragraphe 18.4(2) de la *Loi sur les Cours fédérales* en vue de convertir une demande de contrôle

(test for certification of a class action).

Held, the appeal should be allowed.

(1) There is no provision in the *Federal Courts Rules* for class judicial review proceedings. If the matter is to proceed on a class basis, the judicial review application will have to be converted to an action under subsection 18.4(2) of the *Federal Courts Act* so that it may be certified as a class action. Subsection 18.4(2) places no limits on the considerations that may be taken into account in an application thereunder for conversion, and an intention to certify an action as a class action may be one such consideration. Section 299.11 of the Rules contemplates that the class action rules apply to a matter originally commenced as a judicial review application and converted under subsection 18.4(2). Although the intention of judicial review proceedings is to have public law matters decided in a summary manner, it is not a bar to conversion but just another consideration to be taken into account on the application for conversion. Therefore, a desire to seek certification of a class action is a relevant consideration on a motion to convert a judicial review into an action under subsection 18.4(2) of the *Federal Courts Act* but is not sufficient to justify the conversion.

(2) Because judicial review is to provide for the speedy and summary resolution of public law matters, it will always be necessary for the Court to weigh the advantages of a class action proceeding against the efficiency of a judicial review proceeding. Where certification of a class action is the objective of the conversion application, the relevant considerations are those pertaining to whether certification will be granted, as set out in subsections 299.18(1) and (2) of the Rules. These considerations are intended to guide the Court in determining whether an action should be certified as a class action. It logically follows that the same considerations should guide the Court in deciding whether a judicial review should be converted to an action for the purposes of certification of the action as a class action. Where the reason advanced to support an application for conversion is an intention to certify a class action, and an applicant is unable to satisfy the Court that a class action should be certified, justification for conversion has not been made out. If a certification application fails, the conversion application should also fail.

Even though technically, the judicial review must first be converted to an action before certification can be granted, both

judiciaire en action? 2) Dans l'affirmative, le critère applicable à la conversion vise-t-il l'examen des facteurs énumérés à la règle 299.18 des *Règles des Cours fédérales* (critère applicable aux demandes d'autorisation de recours collectif).

Arrêt : l'appel doit être accueilli.

1) Les *Règles des Cours fédérales* ne contiennent aucune disposition concernant les procédures de contrôle judiciaire collectives. Pour que l'instance procède comme un recours collectif, la demande de contrôle judiciaire devra être convertie en action en vertu du paragraphe 18.4(2) de la *Loi sur les Cours fédérales* afin d'être autorisée à titre de recours collectif. Le paragraphe 18.4(2) ne place aucune limite aux facteurs à prendre en considération dans une demande fondée sur ce paragraphe, et l'intention de faire autoriser une action comme recours collectif pourrait être un facteur de conversion. L'article 299.11 des Règles prévoit l'application des règles concernant les recours collectifs à la procédure intentée à l'origine sous forme de contrôle judiciaire et convertie en application du paragraphe 18.4(2). Même si la procédure de contrôle judiciaire vise à régler de façon sommaire les questions de droit public, elle ne fait pas obstacle à la conversion, mais constitue simplement un facteur supplémentaire dont il convient de tenir compte dans une telle demande. Par conséquent, l'intention de faire autoriser un recours collectif est un facteur pertinent à prendre en compte dans le cadre d'une requête déposée en vertu du paragraphe 18.4(2) de la *Loi sur les Cours fédérales* en vue de convertir une demande de contrôle judiciaire en action, mais elle est insuffisante pour justifier la conversion.

2) Étant donné que le contrôle judiciaire vise le règlement expéditif et sommaire des questions de droit public, la Cour sera toujours obligée d'évaluer les avantages de la procédure par voie de recours collectif par rapport à l'efficacité de la procédure par voie de contrôle judiciaire. Lorsque l'autorisation de recours collectif est l'objectif de la demande de conversion, les facteurs pertinents sont les conditions d'autorisation de recours collectif énumérées aux paragraphes 299.18(1) et (2) des Règles. Ces facteurs visent à guider la Cour dans sa décision d'autoriser une action comme recours collectif. Il en découle logiquement que les mêmes facteurs devraient guider la Cour dans sa décision d'autoriser la conversion du contrôle judiciaire en action afin d'autoriser cette action comme recours collectif. Si le motif invoqué au soutien d'une demande de conversion est l'intention de faire autoriser un recours collectif et si le demandeur ne peut convaincre la Cour qu'un recours collectif devrait être autorisé, la demande de conversion n'est pas justifiée. Si la demande d'autorisation est rejetée, la demande de conversion devrait l'être également.

Même si, sur le plan technique, la conversion doit être effectuée avant que l'autorisation du recours collectif ne soit

conversion and certification applications should be heard and considered together. If the evidence satisfies the certification tests, conversion should be ordered followed immediately by a certification order. Only if a party can demonstrate that the simultaneous consideration of conversion and certification would be prejudicial should conversion be dealt with in advance of certification. In immigration matters, leave must first be obtained in order to proceed with judicial review. Therefore, in immigration matters, when a judicial review application gives rise to conversion/certification applications, the question of whether there is a reasonable cause of action has been determined and should not be an issue on the conversion/certification applications. In non-immigration judicial reviews, the parties must demonstrate the reasonableness of the cause of action in order that the conversion/certification application be granted. Where the intention of conversion is to certify an action as a class action, the conditions in rule 299.18 will normally be as relevant to the conversion application as they are to the application for certification.

accordée, les demandes de conversion et d'autorisation devraient être entendues et étudiées de concert. Si la preuve satisfait aux critères relatifs à l'autorisation, la conversion devrait être ordonnée et suivie immédiatement d'une ordonnance autorisant le recours collectif. La demande de conversion ne devrait être tranchée avant la demande d'autorisation que si une des parties peut prouver que l'examen simultané des deux demandes sera préjudiciable. En matière d'immigration, il faut obtenir l'autorisation du tribunal avant de procéder par voie de contrôle judiciaire. En cette matière, la demande de contrôle judiciaire qui donne lieu à des demandes de conversion et d'autorisation se fonde sur une décision quant à l'existence d'une cause d'action raisonnable, et l'existence d'une telle cause d'action ne devrait pas être en litige dans les demandes de conversion et d'autorisation. Dans le cas des contrôles judiciaires ne portant pas sur l'immigration, les parties doivent faire la preuve du caractère raisonnable de la cause d'action pour que les demandes de conversion et d'autorisation soient accordées. Lorsque la conversion vise l'autorisation d'une action comme recours collectif, les conditions énumérées à la règle 299.18 seront normalement aussi pertinentes pour la demande de conversion que pour la demande d'autorisation.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

Federal Courts Act, R.S.C., 1985, c. F-7, ss. 1 (as am. by S.C. 2002, c. 8, s. 14), 18.4 (as enacted by S.C. 1990, c. 8, s. 5; 2002, c. 8, s. 28).
Federal Courts Rules, SOR/98-106, rr. 1 (as am. by SOR/2004-283, s. 2), 299.11 (as enacted by SOR/2002-417, s. 17), 299.18 (as enacted *idem*).
Immigration Act, R.S.C., 1985, c. I-2.
Immigration and Refugee Protection Act, S.C. 2001, c. 27.

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

Drapeau v. Canada (Minister of National Defence) (1995), 179 N.R. 398 (F.C.A.).

APPEAL from a Federal Court decision ((2005), 31 Admin. L.R. (4th) 265; 2005 FC 479) on two certified questions as to whether the desire to seek certification of a class action is a relevant consideration on a motion, under subsection 18.4(2) of the *Federal Courts Act*, to convert an application for judicial review into an action and, if so, what the test for conversion is in the

LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

Loi sur les Cours fédérales, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 1 (mod. par L.C. 2002, ch. 8, art. 14), 18.4 (édicte par L.C. 1990, ch. 8, art. 5; 2002, ch. 8, art. 28).
Loi sur l'immigration, L.R.C. (1985), ch. I-2.
Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés, L.C. 2001, ch. 27.
Règles des Cours fédérales, DORS/98-106, règles 1 (mod. par DORS/2004-283, art. 2), 299.11 (édicte par DORS/2002-417, art. 17), 299.18 (édicte, *idem*).

JURISPRUDENCE CITÉE

DÉCISION APPLIQUÉE :

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

APPEL d'une décision de la Cour fédérale (2005 CF 479) portant sur deux questions certifiées, à savoir si l'intention de faire autoriser un recours collectif est un facteur pertinent à prendre en compte dans le cadre d'une requête déposée en vertu du paragraphe 18.4(2) de la *Loi sur les Cours fédérales* en vue de convertir une demande de contrôle judiciaire en

circumstances. Appeal allowed.

action et, dans l'affirmative, quel est le critère applicable dans les circonstances. Appel accueilli.

APPEARANCES:

Kevin Lunney for appellant (respondent in the Federal Court).
Dan Miller for respondent (applicant in the Federal Court).

ONT COMPARU :

Kevin Lunney pour l'appelant (défendeur en Cour fédérale).
Dan Miller pour l'intimé (demandeur en Cour fédérale).

SOLICITORS OF RECORD:

Deputy Attorney General of Canada, for appellant (respondent in the Federal Court).
Dan Miller, Toronto, for respondent (applicant in the Federal Court).

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER :

Le sous-procureur général du Canada pour l'appelant (défendeur en Cour fédérale).
Dan Miller, Toronto, pour l'intimé (demandeur en Cour fédérale).

The following are the reasons for judgment rendered in English by

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

[1] ROTHSTEIN J.A.: This is an appeal from a judgment of the Federal Court (2005), 31 Admin. L.R. (4th) 265, on two certified questions:

[1] LE JUGE ROTHSTEIN, J.C.A. : Il s'agit de l'appel d'un jugement de la Cour fédérale (2005 CF 479) portant sur les deux questions certifiées suivantes :

1. Is the desire to seek certification of a class action a relevant consideration on a motion, pursuant to section 18.4(2) of the *Federal Courts Act*, to convert an application for judicial review into an action?

1. L'intention de faire autoriser un recours collectif est-elle un facteur pertinent à prendre en compte dans le cadre d'une requête déposée en vertu du paragraphe 18.4(2) de la *Loi sur les Cours fédérales* en vue de convertir une demande de contrôle judiciaire en action?

2. If so, what is the test for conversion in the circumstances? Does it include consideration of the factors listed in Rule 299.18, which sets out the test for certification of a class action?

2. Dans l'affirmative, quel est le critère applicable à la demande de conversion, dans les circonstances? La Cour doit-elle tenir compte des facteurs énumérés à l'article 299.18 des *Règles des Cours fédérales*, dans lequel est défini le critère applicable aux demandes d'autorisation de recours collectif?

FACTS

LES FAITS

[2] On February 1, 2002, Andrejs Tihomirovs applied for permanent residence under the provisions of the *Immigration Act*, R.S.C., 1985, c. I-2. His application was not processed prior to the coming into force of the *Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27, on June 28, 2002.

[2] Le 1^{er} février 2002, Andrejs Tihomirovs a demandé la résidence permanente en vertu des dispositions de la *Loi sur l'immigration*, L.R.C. (1985), ch. I-2. Sa demande n'a pas été traitée avant l'entrée en vigueur de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27, le 28 juin 2002.

[3] Mr. Tihomirovs is of the view that had his application been dealt with under the *Immigration Act*, it would have been successful. He also believes that he

[3] M. Tihomirovs estime que sa demande aurait été acceptée si elle avait été traitée sous le régime de la *Loi sur l'immigration*. Il pense aussi qu'il ne satisfera pas

will not meet the requirements of the new legislation. As a consequence, Mr. Tihomirovs brought an application for judicial review wherein he seeks an order of *mandamus*, or a permanent mandatory injunction, directing the Minister of Citizenship and Immigration to assess his application in accordance with the former legislation.

[4] Mr. Tihomirovs sought an order directing that his application for judicial review be converted to an action. His intention is to have the action certified as a class action brought on behalf of all skilled worker, self-employed, entrepreneur and investor applicants for permanent residence who submitted their applications between January 1, 2002, and June 28, 2002 (excluding provincial nominees and those destined for the province of Quebec).

[5] Counsel for Mr. Tihomirovs says that his intention is that not only should 21 other judicial review applicants be included in the class action, but that the class be open to some 40,000 individuals who applied for permanent residence in Canada between January 1 and June 28, 2002, who did not file judicial review applications.

ANALYSIS

[6] There is no provision in the *Federal Courts Rules*, SOR/98-106, r. 1 (as am. by SOR/2004-283, s. 2), for class judicial review proceedings. If the matter is to proceed on a class basis, certification of a class will require that the judicial review be converted to an action pursuant to subsection 18.4(2) [as enacted by S.C. 1998, c. 8, s. 5; 2002, c. 8 s. 28] of the *Federal Courts Act*, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 1 (as am. by S.C. 2002, c. 8, s. 14):

18.4 (1) . . .

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

[7] The Minister acknowledges that rule 299.11 [as enacted by SOR/2002-417, s. 17] says that the rules

aux exigences de la nouvelle loi. Par conséquent, M. Tihomirovs a fait une demande de contrôle judiciaire pour obtenir soit une ordonnance de *mandamus* soit une ordonnance de faire permanente enjoignant au ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration d'évaluer sa demande conformément à l'ancienne loi.

[4] M. Tihomirovs a demandé une ordonnance pour que sa demande de contrôle judiciaire soit convertie en action. Il a l'intention de faire autoriser l'action comme un recours collectif au nom de tous les demandeurs de résidence permanente qui sont des travailleurs qualifiés, des travailleurs autonomes, des entrepreneurs et des investisseurs qui ont déposé leur demande entre le 1^{er} janvier 2002 et le 28 juin 2002 (à l'exception des candidats des provinces et de ceux destinés à la province de Québec).

[5] L'avocat de M. Tihomirovs déclare que son intervention ne se limite pas aux 21 autres demandeurs de contrôle judiciaire, mais qu'elle vise aussi à ouvrir le groupe à environ 40 000 personnes qui ont demandé la résidence permanente au Canada entre le 1^{er} janvier et le 28 juin 2002 et qui n'ont pas déposé de demande de contrôle judiciaire.

ANALYSE

[6] Les *Règles des Cours fédérales*, DORS/98-106, règle 1 (mod. par DORS/2004-283, art. 2) ne contiennent aucune disposition concernant les procédures de contrôle judiciaire collectives. Pour que l'instance procède comme un recours collectif, l'autorisation du recours exigera la conversion du contrôle judiciaire en action, en application du paragraphe 18.4(2) [édicte par L.C. 1998, ch. 8, art. 5; 2002, ch. 8, art. 28] de la *Loi sur les Cours fédérales*, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 1 (mod. par L.C. 2002, ch. 8, art. 14), dont voici le libellé :

18.4 (1) [. . .]

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

[7] Le ministre reconnaît que la règle 299.11 [édicte par DORS/2002-417, art. 17] prévoit que les règles

applicable to class actions apply to an application for judicial review that is to be treated and proceeded with as an action under subsection 18.4(2). Rule 299.11 provides:

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

Nonetheless, the Minister submits that the proper interpretation of rule 299.11 is that an intention to initiate a class action cannot be grounds for conversion of a judicial review to an action under subsection 18.4(2). Only if a conversion order is made on the basis of some other ground would it then be open to move for certification of the converted action as a class action.

[8] The primary basis of the Minister's argument is that the *Federal Courts Rules* do not extend the class action scheme to judicial reviews. Citing proceedings before the Rules Committee of the Court and the Regulatory Impact Analysis Statement which accompanies the Rules (SOR/2002-417) incorporating the class action scheme into the *Federal Courts Rules* in 2002, the Minister says this exclusion of class proceedings in judicial review applications was deliberate. He says that subsection 18.4(1) [as enacted by S.C. 1990, c. 8, s. 5; 2002, c. 8, s. 28] of the Act is a statutory expression of the public interest in having public law disputes resolved speedily:

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

Conversion for class action purposes would delay proceedings contrary to the intent of subsection 18.4(1). Therefore, an intention to initiate a class action cannot be the basis for an application to convert a judicial review to an action under subsection 18.4(2).

[9] I am unable to agree with the Minister. In *Drapeau v. Canada (Minister of National Defence)*

applicables aux recours collectifs s'appliquent aux demandes de contrôle judiciaire devant être instruites comme une action en application du paragraphe 18.4(2). Selon la règle 299.11,

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

Cependant, le ministre prétend que l'interprétation correcte de la règle 299.11 est que l'intention d'intenter un recours collectif ne peut justifier la conversion d'un contrôle judiciaire en action en vertu du paragraphe 18.4(2). Ce n'est que si l'ordonnance visant la conversion est fondée sur un autre motif qu'une autorisation de l'action convertie en recours collectif peut être demandée.

[8] Le ministre fonde son argument surtout sur le fait que les *Règles des Cours fédérales* n'étendent pas aux contrôles judiciaires le régime applicable aux recours collectifs. Citant les procès-verbaux du Comité des règles et le Résumé de l'étude d'impact de la réglementation joint aux Règles (DORS/2002-417) qui ont incorporé le régime de recours collectif dans les *Règles des Cours fédérales* en 2002, le ministre a déclaré que l'exclusion des recours collectifs dans les demandes de contrôle judiciaire était délibérée. Il a dit que le paragraphe 18.4(1) [édicte par L.C. 1990, ch. 8, art. 5; 2002, ch. 8, art. 28] était l'expression, dans la Loi, de l'intérêt public concernant la résolution expéditive des différends de droit public :

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

La conversion d'un contrôle judiciaire en recours collectif retarderait la procédure, en contravention à l'objectif du paragraphe 18.4(1). Par conséquent, l'intention d'intenter un recours collectif ne peut être le fondement d'une demande de conversion d'un contrôle judiciaire en action en application du paragraphe 18.4(2).

[9] Je ne puis être d'accord avec le ministre. Dans *Drapeau c. Canada (Ministre de la Défense nationale)*,

(1995), 179 N.R. 398 (F.C.A.) [at paragraph 1], Hugessen J.A. (as he then was) for the majority, found that there were no limits placed on the considerations which may be taken into account in a subsection 18.4(2) application:

In our view, subsection 18.4(2) places no limits on the considerations which may properly be taken into account in deciding whether or not to allow a judicial review application to be converted into an action. The desirability of facilitating access to justice and avoiding unnecessary cost and delay is certainly one of them.

[10] I agree with Hugessen J.A. I see no reason why an intention to certify an action as a class action is not a consideration on conversion when that is the reason for conversion.

[11] Rule 299.11 expressly contemplates that the class action rules apply to a matter originally commenced as a judicial review and converted under subsection 18.4(2). Since subsection 18.4(2) does not limit the considerations to be taken into account on a conversion application, it must follow that an intention to certify a class action is not excluded from consideration.

[12] 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.

[13] I would answer the first certified question in the affirmative.

[14] The second certified question asks what the test is on a motion for conversion where the purpose is to certify an action as a class action. Mr. Tihomirovs says the mere expressed intention to initiate a class action satisfies the test. I am unable to agree. Because judicial review is to provide for the speedy and summary

[1995] A.C.F. n° 536 (C.A.) (QL) [au paragraphe 1], le juge Hugessen (tel était alors son titre) a conclu, au nom de la majorité, qu'il n'y avait pas de limites aux facteurs à prendre en considération dans une demande fondée sur le paragraphe 18.4(2) :

De l'avis de la Cour, le paragraphe 18.4(2) n'établit aucune limite quant aux facteurs qui peuvent à juste titre être pris en considération lorsqu'il s'agit de savoir s'il convient ou non de permettre qu'une demande de contrôle judiciaire soit instruite comme s'il s'agissait d'une action. Parmi ces facteurs, figurent certainement les commodités de l'accès à la justice et la prévention des coûts et délais inutiles.

[10] Je suis d'accord avec le juge Hugessen. Je ne vois pas pourquoi l'intention de faire autoriser une action comme recours collectif ne pourrait être un facteur de la conversion lorsqu'il s'agit effectivement du motif de la demande.

[11] La règle 299.11 prévoit explicitement l'application des règles concernant les recours collectifs à la procédure intentée à l'origine sous forme de contrôle judiciaire et convertie en application du paragraphe 18.4(2). Étant donné que cette dernière disposition ne limite pas les facteurs à prendre en considération dans le cas d'une demande de conversion, il en découle que l'intention de faire autoriser un recours collectif n'est pas exclue de la liste des facteurs pertinents.

[12] 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.

[13] Je répondrais donc par l'affirmative à la première question certifiée.

[14] Selon la deuxième question certifiée, quel est le critère applicable à une demande de conversion lorsque l'objectif visé est l'autorisation d'une action comme recours collectif? M. Tihomirovs déclare que la simple expression de l'intention d'intenter un recours collectif suffit pour satisfaire au critère. J'en disconviens. Étant

resolution of public law matters, it will always be necessary for the Court to weigh the advantages of a class action proceeding against the efficiency of a judicial review proceeding.

[15] Where certification of a class action is the objective of the conversion application, it seems to me that the relevant considerations are those pertaining to whether certification will be granted. These considerations are set out in subsections 299.18(1) and (2) of the Rules [as enacted by SOR/2002-417, s. 17]:

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

- (a) the pleadings disclose a reasonable cause of action;
- (b) there is an identifiable class of two or more persons;
- (c) the claims of the class members raise common questions of law or fact . . .
- (d) a class action is the preferable procedure for the fair and efficient resolution of the common questions of law or fact; and
- (e) there is a representative plaintiff who
 - (i) would fairly and adequately represent the interests of the class,
 - (ii) has prepared a plan for the action that sets out a workable method of advancing the action on behalf of the class and of notifying class members how the proceeding is progressing,
 - (iii) does not have, on the common questions of law or fact, an interest that is in conflict with the interests of other class members, and
 - (iv) provides a summary of any agreements respecting fees and disbursements between the representative plaintiff and the representative plaintiff's solicitor.

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

donné que le contrôle judiciaire vise le règlement expéditif et sommaire des questions de droit public, les tribunaux seront toujours obligés d'évaluer les avantages de la procédure par voie de recours collectif par rapport à l'efficacité de la procédure par voie de contrôle judiciaire.

[15] Lorsque l'autorisation d'un recours collectif est l'objectif de la demande de conversion, il me semble que les facteurs pertinents sont les conditions d'autorisation d'un recours collectif. Ces facteurs sont énumérés aux paragraphes 299.18 (1) et (2) des Règles [édicte par DORS/2002-417, art. 17], dont voici le libellé :

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

- a) les actes de procédure révèlent une cause d'action valable;
- b) il existe un groupe identifiable formé d'au moins deux personnes;
- c) les réclamations des membres du groupe soulèvent des points de droit ou de fait collectifs, qu'ils prédominent ou non sur ceux qui ne concernent qu'un membre;
- d) le recours collectif est le meilleur moyen de régler de façon équitable et efficace les points de droit ou de fait collectifs;
- e) un des membres du groupe peut agir comme représentant demandeur et, à ce titre :
 - (i) représenterait de façon équitable et appropriée les intérêts du groupe,
 - (ii) a élaboré un plan qui propose une méthode efficace pour poursuivre l'action au nom du groupe et tenir les membres du groupe informés du déroulement de l'instance,
 - (iii) n'a pas de conflit d'intérêts avec d'autres membres du groupe en ce qui concerne les points de droit ou de fait collectifs,
 - (iv) communique un sommaire des ententes relatives aux honoraires et débours qui sont intervenues entre lui et son avocat.

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

...

[...]

(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.

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.

The matters referred to in rule 299.18 are intended to guide the Court in determining whether or not an action should be certified as a class action. It seems to me that it logically follows that the same considerations should guide the Court in deciding whether or not a judicial review should be converted to an action for the purposes of certification of the action as a class action.

Les facteurs énumérés dans la règle 299.18 visent à guider les tribunaux dans leur décision d'autoriser ou non une action comme recours collectif. Il me semble qu'il en découle logiquement que les mêmes facteurs devraient guider les tribunaux dans leur décision d'autoriser ou non la conversion d'un contrôle judiciaire en action afin d'autoriser cette action comme recours collectif.

[16] Where the reason advanced to support an application for conversion is an intention to certify a class action and an applicant is unable to satisfy the Court that a class action should be certified, it would follow that justification for conversion has not been made out. If a certification application would fail, the conversion application should also fail.

[16] Si le motif invoqué au soutien d'une demande de conversion est l'intention de faire autoriser un recours collectif et si le demandeur ne peut convaincre le tribunal qu'un recours collectif devrait être autorisé, la demande de conversion n'est pas alors justifiée. Si la demande d'autorisation du recours collectif est rejetée, la demande de conversion devrait alors être rejetée également.

[17] Technically, of course, conversion must precede certification because a judicial review cannot be certified for class proceedings. In other words, the judicial review must first be converted to an action before certification can be granted. Therefore, it may be suggested that having to satisfy the criteria for certification before a conversion order is made is to put the cart before the horse.

[17] Bien entendu, sur le plan technique, la conversion doit précéder l'autorisation parce qu'un contrôle judiciaire ne peut être autorisée à procéder comme un recours collectif. Autrement dit, la conversion doit être effectuée avant que l'autorisation de recours collectif ne soit accordée. Par conséquent, on peut prétendre que l'obligation de satisfaire aux critères d'autorisation de procéder par voie de recours collectif ne saurait précéder l'ordonnance visant la conversion, car cela serait mettre la charrue avant les boeufs.

[18] The practical answer is that both conversion and certification applications should be heard and considered together. If the evidence satisfies the certification tests, conversion should be ordered followed immediately by a certification order. Only if a party can demonstrate that the simultaneous consideration of conversion and certification would be prejudicial should conversion be dealt with in advance of certification. However, in such case, I would think the considerations applicable to certification would still be

[18] Concrètement, il faut répondre que les deux demandes, celle visant la conversion et celle visant l'autorisation, devraient être entendues et étudiées de concert. Si la preuve produite satisfait aux critères relatifs à l'autorisation, la conversion devrait être ordonnée et suivie immédiatement d'une ordonnance autorisant le recours collectif. La demande de conversion ne devrait être tranchée avant la demande d'autorisation que si l'une des parties peut prouver que l'examen simultané des deux demandes serait préjudi-

applicable to conversion unless it could be shown otherwise.

[19] 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.

[20] I would observe that, in immigration matters, leave must be obtained before judicial review may proceed. Therefore, in immigration matters, when a judicial review application gives rise to conversion/certification applications, the question of whether there is a reasonable cause of action has been determined and should not be an issue on the conversion/certification applications. In the case of non-immigration judicial reviews, the reasonableness of the cause of action will be argued by the parties. If it is demonstrated that there is no reasonable cause of action, the conversion/certification application will be dismissed. The judicial review may proceed but the applicant will know that the prospects of success are dim.

[21] For these reasons, I am of the view that where the intention of conversion is to certify an action as a class action, the conditions in rule 299.18 will normally be as relevant to the conversion application as they are to the application for certification. Of course, as there are no

ciable. Toutefois, dans de telles circonstances, je crois que les facteurs applicables à l'autorisation demeureraient applicables à la conversion sous réserve d'une preuve contraire.

[19] 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.

[20] Je ferais observer que, en matière d'immigration, il faut obtenir l'autorisation du tribunal avant de procéder par voie de contrôle judiciaire. Par conséquent, en cette matière, la demande de contrôle judiciaire qui donne lieu à des demandes de conversion et d'autorisation se fonde sur une décision quant à l'existence d'une cause d'action raisonnable, et l'existence d'une telle cause d'action ne devrait pas être en litige dans les demandes de conversion et d'autorisation. Dans le cas des contrôles judiciaires qui ne portent pas sur l'immigration, les parties plaideront le caractère raisonnable de la cause d'action. Les demandes de conversion et d'autorisation seront rejetées si l'absence de cause d'action raisonnable est démontrée. Le contrôle judiciaire pourra procéder, mais le demandeur saura alors que ses chances d'avoir gain de cause sont minces.

[21] Pour ces motifs, je suis d'avis que lorsque la conversion vise l'autorisation d'une action comme recours collectif, les facteurs énumérés à la règle 299.18 seront normalement tout aussi pertinents pour la demande de conversion que pour celle de l'autorisation

limits on the matters the Court may consider relevant in a conversion application, I do not rule out other matters being taken into account by the Court. However, the focus will normally be on the conditions for certification in rule 299.18.

[22] I would answer the certified questions as follows:

1. A desire to seek certification of a class action is a relevant consideration on a motion to convert a judicial review into an action under subsection 18.4(2) of the *Federal Courts Act*. However, such desire is not sufficient to justify conversion.

2. The matters relevant for consideration on an application for conversion for the purpose of certifying a class action include those in rule 299.18. As a practical matter, the applications for conversion and certification should be heard and considered together unless a party can demonstrate prejudice in doing so. Then, where the applications for conversion and certification are considered together, if the test for certification is satisfied, a conversion order should be made and it should immediately be followed by an order certifying the class action.

[23] The appeal should be allowed, the judgment of the Federal Court set aside and the matter remitted to the Federal Court Judge for redetermination in accordance with these reasons. There should be no order as to costs.

LÉTOURNEAU J.A.: I agree.

MALONE J.A.: I agree.

de l'action comme recours collectif. Bien entendu, étant donné qu'il n'y a pas de limite aux facteurs que les tribunaux peuvent considérer comme pertinents dans une demande de conversion, je n'exclus pas la possibilité que le tribunal tienne compte d'autres facteurs. Toutefois, le tribunal devrait normalement se concentrer sur les conditions énumérées à la règle 299.18.

[22] J'apporterais donc les réponses suivantes aux questions certifiées :

1. L'intention de faire autoriser un recours collectif est un facteur pertinent à prendre en compte dans le cadre d'une requête déposée en vertu du paragraphe 18.4(2) de la *Loi sur les Cours fédérales* en vue de convertir une demande de contrôle judiciaire en action. Cependant, une telle intention est insuffisante pour justifier la conversion.

2. Les facteurs à prendre en considération dans le cadre d'une demande de conversion visant l'autorisation d'un recours collectif englobent ceux qui sont énumérés à la règle 299.18. Sur le plan pratique, les demandes de conversion et d'autorisation devraient être entendues et étudiées de concert, sauf si l'une des parties est en mesure de prouver, de ce fait, l'existence d'un préjudice. Par la suite, si les deux demandes sont entendues de concert et si les critères relatifs à l'autorisation sont respectés, une ordonnance visant la conversion devrait être rendue et suivie immédiatement d'une ordonnance autorisant le recours collectif.

[23] L'appel devrait être accueilli, le jugement de la Cour fédérale devrait être annulé et l'affaire devrait être renvoyée au juge de la Cour fédérale pour qu'il statue à nouveau sur l'affaire compte tenu des présents motifs. Il ne devrait pas y avoir d'ordonnance quant aux dépens.

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

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