

IMM-8863-04  
2006 FC 197

IMM-8863-04  
2006 CF 197

**Andrejs Tihomirovs** (*Applicant*)

**Andrejs Tihomirovs** (*demandeur*)

v.

c.

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

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

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

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

Federal Court, Mactavish J.—Toronto, January 9;  
Ottawa, February 14, 2006.

Cour fédérale, juge Mactavish—Toronto, 9 janvier;  
Ottawa, 14 février 2006.

*Citizenship and Immigration — Status in Canada — Permanent Residents — Applicant filing application for permanent residence as part of federal skilled worker class February 1, 2002 — Application not processed prior to coming into force of Immigration and Refugee Protection Act on June 28, 2002 — Applicant seeking to convert application for order directing Minister of Citizenship and Immigration to assess application for permanent residence in accordance with former Immigration Act into action, and to have action certified as class action — Arguing Immigration and Refugee Protection Regulations, s. 361(3), limiting evaluation pursuant to former Regulations to those applications filed prior to January 1, 2002, ultra vires Immigration and Refugee Protection Act — That provision not ultra vires — Test for certification of class action not met — Motion to convert to action dismissed.*

*Citoyenneté et Immigration — Statut au Canada — Résidents permanents — Le demandeur a présenté une demande de résidence permanente le 1<sup>er</sup> février 2002 à titre de membre de la catégorie des travailleurs qualifiés — 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 — Le demandeur voulait convertir en action la demande visant à faire ordonner au ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration d'examiner sa demande de résidence permanente selon l'ancienne loi, et il a demandé que l'action soit autorisée comme recours collectif — Il a soutenu que l'art. 361(3) du Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés, restreignant l'évaluation des dossiers selon l'ancien Règlement aux demandes déposées avant le 1<sup>er</sup> janvier 2002, était ultra vires de la Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés — Cette disposition n'était pas ultra vires — Le critère d'autorisation du recours collectif n'a pas été rempli — La requête en conversion en action a été rejetée.*

*Practice — Applications — Motion to have judicial review application converted to action pursuant to Federal Courts Act, s. 18.4 — That motion having to be considered at same time as motion for certification of class action — Success of motion dependent on whether motion for certification would be granted or not.*

*Pratique — Demandes — Requête en conversion d'une demande de contrôle judiciaire en action intentée en vertu de l'art. 18.4 de la Loi sur les Cours fédérales — Cette requête devait être examinée en même temps que la requête en autorisation d'un recours collectif — L'issue de la requête dépendait de l'issue de la requête en autorisation.*

*Practice — Class Actions — Applicant bringing motion to convert judicial review application into action, have action certified as class action brought on behalf of skilled workers, self-employed, entrepreneur and investor applicants for permanent residence — Five criteria for certification of class action, set out in Federal Courts Rules, r. 299.18, conjunctive — Applicant arguing Immigration and Refugee Protection Regulations, s. 361(3), ultra vires Immigration and Refugee Protection Act — That subsection already held to be validly enacted subordinate legislation — Applicant's additional*

*Pratique — Recours collectifs — Le demandeur a présenté une requête en conversion de la demande de contrôle judiciaire en action et en autorisation de l'action comme recours collectif intenté au nom des travailleurs qualifiés, des travailleurs autonomes, des entrepreneurs ou des investisseurs ayant fait une demande de résidence permanente — Les cinq critères d'autorisation de recours collectif énoncés à la règle 299.18 des Règles des Cours fédérales sont cumulatifs — Le demandeur a soutenu que l'art. 361(3) du Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés était ultra vires de*

*arguments not altering this conclusion — Pleading thus not disclosing reasonable cause of action — Test for certification not met.*

*Construction of Statutes — Applicant arguing division of applicants for permanent residence whose applications pending when Immigration and Refugee Protection Act coming into force into two categories, through enactment of Immigration and Refugee Protection Regulations, s. 361(3), ultra vires — Term “classes”, found in transitional provision of Act pursuant to which Regulations, s. 361(3) enacted, not simply referring to groups of would-be immigrants categorized by selection criteria — Parliament intending regulations could be made in relation to groups of individuals sharing common attribute, i.e. time period in which applications filed — Temporal requirement in Regulations, s. 361(3) not arbitrary, irrelevant consideration.*

The applicant applied for permanent residence on February 1, 2002, under the provisions of the former *Immigration Act*, and his application was not processed prior to the coming into force of the *Immigration and Refugee Protection Act* (IRPA) on June 28, 2002. He brought an application for judicial review to compel the Minister of Citizenship and Immigration to assess his application for permanent residence in accordance with the former Act, and now sought to have his judicial review application treated and proceeded with as (converted to) an action pursuant to section 18.4 of the *Federal Courts Act*. He also moved to have the action certified as a class action brought on behalf of all skilled workers, self-employed, entrepreneur and investor applicants for permanent residence (excluding provincial nominees and those destined for Quebec), who submitted their applications between January 1, 2002 and June 28, 2002.

Relevant to the instant proceedings was subsection 361(3) of the *Immigration and Refugee Protection Regulations* (Regulations), pursuant to which until March 31, 2003, applications filed prior to January 1, 2002 were to be assessed in accordance with the former Regulations, thus creating an exception to the IRPA, section 190 provision that applications pending at the time the IRPA came into force fall under that new Act.

Also relevant was the Federal Court of Appeal’s decision in *Tihomirovs v. Canada* (*Minister of Citizenship and*

*la Loi sur l’immigration et la protection des réfugiés — Il a déjà été statué que ce texte d’application a été pris valablement — Les arguments supplémentaires du demandeur ne changeaient rien à cette conclusion — L’acte de procédure ne révélait donc aucune cause d’action valable — Le critère d’autorisation n’était pas rempli.*

*Interprétation des lois — Le demandeur a soutenu que la répartition en deux catégories des demandeurs dont les demandes de résidence permanente étaient en cours de traitement lors de l’entrée en vigueur de la Loi sur l’immigration et la protection des réfugiés et résultant de l’art. 361(3) du Règlement sur l’immigration et la protection des réfugiés était ultra vires — Le terme « catégories », qui apparaît dans la disposition transitoire en vertu de laquelle l’art. 361(3) du Règlement a été pris, ne vise pas simplement des groupes d’immigrants potentiels répartis selon des critères de sélection — L’intention du législateur était que des règlements puissent être pris en rapport avec des groupes de personnes ayant une caractéristique commune, c’est-à-dire la période pendant laquelle les demandes de résidence permanente ont été déposées — L’exigence temporelle prévue par l’art. 361(3) du Règlement ne constituait pas un facteur arbitraire et sans pertinence.*

Le demandeur a présenté une demande de résidence permanente le 1<sup>er</sup> février 2002 en vertu de l’ancienne *Loi sur l’immigration*, et 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. Il a présenté une demande de contrôle judiciaire afin que la Cour oblige le ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration à examiner sa demande de résidence permanente selon l’ancienne loi, et demandait maintenant que sa demande de contrôle judiciaire soit instruite comme s’il s’agissait d’une action intentée aux termes de l’article 18.4 de la *Loi sur les Cours fédérales*. Il a aussi présenté une requête en autorisation de recours collectif au nom de toutes les personnes qui ont présenté leur demande de résidence permanente entre le 1<sup>er</sup> janvier 2002 et le 28 juin 2002 dans la catégorie des travailleurs qualifiés, des travailleurs autonomes, des entrepreneurs ou des investisseurs (à l’exclusion des candidats des provinces et de ceux à destination du Québec).

Le paragraphe 361(3) du *Règlement sur l’immigration et la protection des réfugiés* (le Règlement) était la disposition pertinente en l’espèce; selon lui, jusqu’au 31 mars 2003, les demandes présentées avant le 1<sup>er</sup> janvier 2002 devaient être évaluées selon l’ancien Règlement, en dérogation à l’article 190 de la LIPR, aux termes duquel les demandes en cours de traitement au moment de l’entrée en vigueur de cette nouvelle loi étaient régies par celle-ci.

Était aussi pertinent l’arrêt *Tihomirovs c. Canada* (*Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration*) rendu par la Cour

*Immigration*) that the motion for conversion and the motion for certification were to be considered at the same time.

*Held*, the motion to have the application for judicial review converted to an action should be dismissed.

The application for judicial review could only be converted to an action if the applicant's motion for certification was successful. This required that all five criteria listed in subsection 299.18(1) of the *Federal Courts Rules* be met.

The first criterion, whether the pleadings disclosed a reasonable cause of action, was not met. In *Dragan v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, subsection 361(3) was held to be validly enacted subordinate legislation. The applicant's pleadings (i.e. the notice of application for judicial review and the draft statement of claim) simply asserted that the Minister had exceeded or acted without jurisdiction in administering the transitional provisions of the IRPA. They did not, on their face, disclose a reasonable cause of action.

The applicant advanced two arguments that had not been raised in *Dragan*. These did not alter the conclusion that no reasonable cause of action was disclosed. The first argument was rejected on the basis that the division of the applicants whose applications for permanent residence were pending at the coming into force of IRPA into two categories, through the enactment of subsection 361(3) of the Regulations, is not *ultra vires* the IRPA. The term "classes", which is found in section 201 of the IRPA (a transitional provision stating that "[t]he regulations may provide for . . . measures regarding classes of persons who will be subject . . . to this Act or the former Act"), appears throughout the Act and does not simply refer to groups of would-be immigrants categorized by selection criteria. Parliament intended that regulations could be made in relation to various groups of individuals sharing a common attribute. The common attribute in question here was the time period in which the applications for permanent residence were filed. In light of the fact that the provision is a transitional one, it could not reasonably be said that a temporal requirement tied to the date on which an application was filed is an arbitrary or irrelevant consideration. Nor was the January 1, 2002 cut-off arbitrary. A draft of the Regulations was published in mid-December of 2001. It was clear that applicants applying in 2002 would be assessed in accordance with the new regime. That subsection 361(3) of the Regulations is not *ultra vires* was also plain and obvious when regard was had to the wording of section 201 of the Act. For his second argument, the applicant, who argued that the Minister had a statutory duty to ensure that the applicant's file was dealt with in a timely fashion and failed to do so, relied on *Apotex Inc. v. Canada (Attorney General)*. That case was

d'appel fédérale et selon lequel la requête en conversion et la requête en autorisation devaient être étudiées simultanément.

*Jugement* : la requête en conversion de la demande de contrôle judiciaire en action doit être rejetée.

La demande de contrôle judiciaire ne pouvait être convertie en action que si la requête en autorisation était accueillie. Pour cela, tous les cinq critères énoncés au paragraphe 299.18(1) des *Règles des Cours fédérales* devaient être réunis.

Le demandeur n'a pas rempli le premier critère : les actes de procédure ne révélaient aucune cause d'action valable. Dans *Dragan c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, il a été statué que le paragraphe 361(3) était un texte d'application pris valablement. Les actes de procédure du demandeur (c'est-à-dire l'avis de demande de contrôle judiciaire et le projet de déclaration) affirmaient simplement que le ministre avait excédé sa compétence ou qu'il avait agi sans compétence dans l'application des dispositions transitoires de la LIPR. À leur face même, les actes de procédure ne révélaient aucune cause d'action valable.

Le demandeur a fait valoir deux arguments qui n'avaient pas été soulevés dans l'affaire *Dragan*. Ceux-ci n'ont rien changé à la conclusion qu'aucune cause d'action valable n'avait été révélée. Le premier argument a été rejeté au motif que la répartition en deux catégories des demandeurs dont les demandes de résidence permanente étaient en cours de traitement lors de l'entrée en vigueur de la LIPR résultant du paragraphe 361(3) du Règlement n'était pas *ultra vires* de la LIPR. Le terme « catégories », qui apparaît à l'article 201 de la LIPR (une disposition transitoire prévoyant que « [I]es règlements [. . .] portent notamment sur les catégories de personnes qui seront assujetties à [. . .] la présente loi ou [à] l'ancienne loi », apparaît partout dans la loi et ne vise pas simplement des groupes d'immigrants potentiels répartis selon des critères de sélection. L'intention du législateur était que des règlements puissent être pris en rapport avec divers groupes de personnes ayant une caractéristique commune. La caractéristique commune en cause en l'espèce était la date à laquelle les demandes de résidence permanente ont été déposées. Puisqu'il s'agit en l'espèce d'une disposition transitoire, on ne saurait raisonnablement prétendre qu'une exigence temporelle liée à la date à laquelle la demande a été déposée soit un facteur arbitraire ou non pertinent. La date butoir du 1<sup>er</sup> janvier 2002 n'était pas non plus le produit d'un choix arbitraire. Le projet de Règlement a été publié à la mi-décembre 2001. Il était clair que les demandeurs qui déposeraient leur demande en 2002 seraient évalués en conformité avec le nouveau régime. Il était également évident et manifeste, au regard de la formulation de l'article 201 de la LIPR, que le paragraphe 361(3) du Règlement n'était pas *ultra vires*. Deuxièmement, le demandeur a soutenu que le ministre

distinguishable on the basis, *inter alia*, that the legislation in question here clearly provides for a transitional scheme between the earlier legislative regime and the new one.

Notwithstanding that the motion for certification could not succeed, because the first criterion of the certification test was not satisfied, the other criteria were considered. The second criterion (identifiable class) could be met, but the proposed class had to be narrowed. Individuals whose applications for permanent residence have been refused and who did not commence an application for judicial review within 60 days of the decision should not be able to go back and attempt to resurrect their rights to challenge the decisions in question through their participation in a class action. Unlike the British Columbia and Ontario class action regimes, which suspend limitation periods in so far as class members are concerned, the federal regime is not a creature of statute. In the absence of a federal class action statute authorizing the suspension of limitation periods, the issue could not have been addressed through subordinate legislation such as the *Federal Courts Rules*. The class action provision of the Rules cannot operate to override the limitation period contained in paragraph 72(2)(b) of the IRPA. Criterion 3 was also met (common issue of law or fact raised). However, a class action was not the preferable procedure for the fair and efficient resolution of the common questions of law or fact (criterion 4). Finally, upon consideration of the factors in paragraph 299.18(1)(e) of the Rules, the applicant would have been a suitable representative plaintiff (criterion 5).

As a result of the applicant's failure to satisfy two of the criteria for certification (criteria 1 and 4), a motion for certification would not have been successful. The motion to convert the application for judicial review to an action was therefore dismissed.

#### STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

*Class Proceedings Act*, R.S.B.C. 1996, c. 50, ss. 38.1 (as enacted by S.B.C. 2004, c. 65, s. 1), 39 (as am. by S.B.C. 1995, c. 21, s. 39).

*Class Proceedings Act, 1992*, S.O. 1992, c. 6, s. 28.

*Federal Courts Act*, R.S.C., 1985, c. F-7, ss. 1 (as am. by S.C. 2002, c. 8, s. 14), 18.1(4) (as enacted by S.C. 1990, c. 8, s. 5; 2002, c. 8, s. 27), 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), 299.18 (as enacted by

avait l'obligation, en vertu de la loi, de s'assurer que son dossier était traité en temps utile, ce qu'il n'a pas fait, et il a invoqué l'arrêt *Apotex Inc. c. Canada (Procureur général)*. On pouvait notamment distinguer cet arrêt au motif que le texte légal en cause en l'espèce prévoit clairement un régime transitoire qui s'applique entre l'ancien et le nouveau régime légal.

Même si la requête ne pouvait être accueillie puisque le premier critère d'autorisation n'avait pas été rempli, la Cour s'est penchée sur les autres critères. Le deuxième critère (le groupe identifiable) était éventuellement rempli, mais la catégorie proposée devait être circonscrite. Les personnes dont les demandes de résidence permanente ont été refusées et qui n'ont pas présenté une demande de contrôle judiciaire dans les 60 jours de la décision ne sauraient tenter de faire renaître leur droit de contester la décision en participant à un recours collectif. Contrairement aux régimes sur les recours collectifs en vigueur en Colombie-Britannique et en Ontario qui prévoient que tout délai de prescription est suspendu à l'égard des membres, le régime fédéral n'a pas été institué par une loi. En l'absence d'une loi fédérale en matière de recours collectif autorisant la suspension des délais de prescription, la question ne pouvait pas être traitée par un texte d'application comme les *Règles des Cours fédérales*. Les dispositions des Règles relatives aux recours collectifs ne peuvent l'emporter sur le délai de prescription prévu à l'alinéa 72(2)(b) de la LIPR. Le troisième critère était aussi rempli (un point de droit ou de fait collectif était soulevé). Cependant, le recours collectif n'était pas le meilleur moyen de régler de façon équitable et efficace les points de droit ou de fait collectifs (critère 4). Enfin, vu les facteurs énumérés à l'alinéa 299.18(1)(e) des Règles, la Cour a conclu que le demandeur aurait été un représentant demandeur acceptable (critère 5).

Puisque deux des critères d'autorisation n'ont pas été remplis (critères 1 et 4), la requête en autorisation n'aurait pas été accueillie. Par conséquent, la requête en conversion de la demande de contrôle judiciaire en action a été rejetée.

#### LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

*Class Proceedings Act*, R.S.B.C. 1996, ch. 50, art. 38.1 (édicte par S.B.C. 2004, ch. 65, art. 1), 39 (mod. par S.B.C. 1995, ch. 21, art. 39).

*Loi de 1992 sur les recours collectifs*, L.O. 1992, ch. 6, art. 28.

*Loi sur les Cours fédérales*, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 1 (mod. par L.C. 2002, ch. 8, art. 14), 18.1(4) (édicte par L.C. 1990, ch. 8, art. 5; 2002, ch. 8, art. 27), 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.

SOR/2002-417, s. 17), 299.2 (as enacted *idem*).  
*Immigration Act*, R.S.C., 1985, c. I-2.  
*Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27,  
 ss. 3(1)(f), 6(1), 72(2)(b) (as am. by S.C. 2002, c. 8, s.  
 194), 74(d), 88(2), 190, 201.  
*Immigration and Refugee Protection Regulations*,  
 SOR/2002-227, s. 361(3).  
*Immigration Regulations, 1978*, SOR/78-172, s. 8(1) (as  
 am. by SOR/85-1038, s. 3).

*Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C.  
 2001, ch. 27, art. 3(1)f), 6(1), 72(2)b) (mod. par L.C.  
 2002, ch. 8, art. 194), 74d), 88(2), 190, 201.  
*Règlement sur l'immigration de 1978*, DORS/78-172, art.  
 8(1) (mod. par DORS/85-1038, art. 3).  
*Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés*,  
 DORS/2002-227, art. 361(3).  
*Règles des Cours fédérales*, DORS/98-106, règles 1 (mod.  
 par DORS/2004-283, art. 2), 299.18 (éditée par  
 DORS/2002-417, art. 17), 299.2 (éditée, *idem*).

## 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; *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; *Hollick v. Toronto (City)*, [2001] 3 S.C.R. 158; (2001), 205 D.L.R. (4th) 19; 42 C.E.L.R. (N.S.) 26; 13 C.P.C. (5th) 1; 24 M.P.L.R. (3d) 9; 277 N.R. 51; 152 O.A.C. 279; 2001 SCC 68.

## DISTINGUISHED:

*Apotex Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1994] 1 F.C. 742; (1993), 18 Admin. L.R. (2d) 122; 52 C.P.R. (3d) 339; 162 N.R. 177 (C.A.); aff'd [1994] 3 S.C.R. 1100; (1994), 29 Admin. L.R. (2d) 1; 59 C.P.R. (3d) 82; 176 N.R. 1.

## CONSIDERED:

*Dragan v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2003] 4 F.C. 189; (2003), 224 D.L.R. (4th) 739; 227 F.T.R. 272; 27 Imm. L.R. (3d) 157; 2003 FCT 211; *Borisova v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2003] 4 F.C. 408; (2003), 237 F.T.R. 87; 29 Imm. L.R. (3d) 163; 2003 FC 859; *Rasolzadeh v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2006] 2 F.C.R. 386; (2005), 48 Imm. L.R. (3d) 76; 2005 FC 919; *Tihomirovs v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (2005), 31 Admin. L.R. (4th) 265; 2005 FC 479; *Canada (Attorney General) v. Hennelly* (1999), 244 N.R. 399 (F.C.A.).

## REFERRED TO:

*Rumley v. British Columbia*, [2001] 3 S.C.R. 184; (2001), 205 D.L.R. (4th) 39; [2001] 11 W.W.R. 207; 95 B.C.L.R. (3d) 1; 157 B.C.A.C. 1; 10 C.C.L.T. (3d) 1; 9 C.P.C. (5th)

## JURISPRUDENCE CITÉE

## DÉCISIONS APPLIQUÉES :

*Tihomirovs c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2006] 2 R.C.F. 531; 2005 CAF 308; *Western Canadian Shopping Centres Inc. c. Dutton*, [2001] 2 R.C.S. 534; 2001 CSC 46; *Hollick c. Toronto (Ville)*, [2001] 3 R.C.S. 158; 2001 CSC 68.

## DÉCISION DIFFÉRENCIÉE :

*Apotex Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1994] 1 C.F. 742 (C.A.); conf. par [1994] 3 R.C.S. 1100.

## DÉCISIONS EXAMINÉES :

*Dragan c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2003] 4 C.F. 189; 2003 CFPI 211; *Borisova c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2003] 4 C.F. 408; 2003 CF 859; *Rasolzadeh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2006] 2 R.C.F. 386; 2005 CF 919; *Tihomirovs c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2005 CF 479; *Canada (Procureur général) c. Hennelly*, [1999] A.C.F. n° 846 (C.A.) (QL).

## DÉCISIONS CITÉES :

*Rumley c. Colombie-Britannique*, [2001] 3 R.C.S. 184; 2001 CSC 69; *Auton (Guardian ad litem of) v. British Columbia (Minister of Health)* (1999), 12 Admin. L.R.

1; 275 N.R. 342; 2001 SCC 69; *Auton (Guardian ad litem of) v. British Columbia (Minister of Health)* (1999), 12 Admin. L.R. (3d) 261; 32 C.P.C. (4th) 305 (B.C.S.C.); *Sylvain v. Canada (Agriculture and Agri-Food)* (2004), 267 F.T.R. 146; 2004 CF 1610; *Le Corre v. Canada (Attorney General)*, 2004 FC 155; *Hunt v. Carey Canada Inc.*, [1990] 2 S.C.R. 959; (1990), 74 D.L.R. (4th) 321; [1990] 6 W.W.R. 385; 49 B.C.L.R. (2d) 273; 4 C.C.L.T. (2d) 1; 43 C.P.C. (2d) 105; 117 N.R. 321; *Peppiatt et al. v. Nicol et al.* (1993), 16 O.R. (3d) 133; 20 C.P.C. (3d) 272 (Gen. Div.); *Denis v. Bertrand & Frère Construction Co.*, [2000] O.J. No. 5783 S.C.J. (QL); *R. v. Paré*, [1987] 2 S.C.R. 618; (1987), 45 D.L.R. (4th) 546; 38 C.C.C. (3d) 97; 60 C.R. (3d) 346; 80 N.R. 272; *de Guzman v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2006] 3 F.C.R. 655; (2005), 262 D.L.R. (4th) 13; 137 C.R.R. (2d) 20; 51 Imm. L.R. (3d) 17; 345 N.R. 73; 2005 FCA 436; *Danyluk v. Ainsworth Technologies Inc.*, [2001] 2 S.C.R. 460; (2001), 201 D.L.R. (4th) 193; 34 Admin. L.R. (3d) 163; 10 C.C.E.L. (3d) 1; 7 C.P.C. (5th) 199; 272 N.R. 1; 149 O.A.C. 1; 2001 SCC 44; *Chen v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2005] 3 F.C.R. 589; (2005), 4 B.L.R. (4th) 189; 43 Imm. L.R. (3d) 48; 330 N.R. 387; 2005 CAF 56.

MOTION to have an application for judicial review (directing the Minister of Citizenship and Immigration to assess the applicant's permanent residence application in accordance with the former *Immigration Act*) treated and proceeded with as an action and to have that action certified as a class action. Motion dismissed.

APPEARANCES:

*Dan Miller* for applicant.  
*Kevin Lunney* for respondent.

SOLICITORS OF RECORD:

*Dan Miller*, Toronto, for applicant.  
*Deputy Attorney General of Canada* for respondent.

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

[1] MACTAVISH J.: Andrejs Tihomirovs applied for permanent residence on February 1, 2002, under the provisions of the former *Immigration Act* [R.S.C., 1985,

(3d) 261; 32 C.P.C. (4th) 305 (C.S.C.-B.); *Sylvain c. Canada (Agriculture et Agroalimentaire)*, 2004 CF 1610; *Le Corre c. Canada (Procureur général)*, 2004 CF 155; *Hunt c. Carey Canada Inc.*, [1990] 2 R.C.S. 959; *Peppiatt et al. v. Nicol et al.* (1993), 16 O.R. (3d) 133; 20 C.P.C. (3d) 272 (Div. gén.); *Denis v. Bertrand & Frère Construction Co.*, [2000] O.J. n° 5783 C.S.J. (QL); *R. c. Paré*, [1987] 2 R.C.S. 618; *de Guzman c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2006] 3 R.C.F. 655 CAF 436; *Danyluk c. Ainsworth Technologies Inc.*, [2001] 2 R.C.S. 460; 2001 CSC 44; *Chen c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2005] 3 R.C.F. 589; 2005 CAF 56.

REQUÊTE en conversion d'une demande de contrôle judiciaire (visant à ordonner au ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration d'évaluer la demande de résidence permanente du demandeur conformément à l'ancienne *Loi sur l'immigration*) en action et en autorisation de l'action comme un recours collectif. Requête rejetée.

ONT COMPARU :

*Dan Miller* pour le demandeur.  
*Kevin Lunney* pour le défendeur.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER :

*Dan Miller*, Toronto, pour le demandeur.  
*Le sous-procureur général du Canada* pour le défendeur.

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

[1] LA JUGE MACTAVISH : Le 1<sup>er</sup> février 2002, Andrejs Tihomirovs a demandé la résidence permanente en vertu des dispositions de l'ancienne *Loi sur*

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] Mr. Tihomirovs is of the view that had his application been assessed in accordance with the criteria contained in the *Immigration Act*, it would have been successful. He also believes that he will not meet the requirements of the new legislation. As a consequence, Mr. Tihomirovs has brought an application for judicial review wherein he seeks an order of *mandamus*, or a permanent mandatory injunction, directing the respondent Minister of Citizenship and Immigration to assess his application in accordance with the former legislation.

[3] Mr. Tihomirovs now seeks to have his application for judicial review treated and proceeded with as an action. At the same time, he moves to have the action certified as a class action brought on behalf of all skilled workers, self-employed, entrepreneur and investor applicants for permanent residence, excluding provincial nominees and those destined for the province of Quebec, who submitted their applications between January 1, 2002 and June 28, 2002.

[4] For the reasons that follow, I am not persuaded that Mr. Tihomirovs meets the five-part test for certification set out in rule 299.18 [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)], and, as a result, certification would not be granted. As a consequence, the motion to have his application for judicial review treated and proceeded with as an action is dismissed.

[5] Given my conclusion in relation to the conversion issue, it is thus unnecessary to deal formally with the motion for certification.

#### Factual background relating to Mr. Tihomirovs' application for permanent residence

[6] Mr. Tihomirovs is a civil engineer, who resides in Latvia. He wishes to move with his family to Canada.

*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.

[2] M. Tihomirovs estime que sa demande aurait été acceptée si elle avait été traitée en conformité avec les critères prévus par la *Loi sur l'immigration*. Il pense aussi qu'il ne satisfera pas aux exigences de la nouvelle loi. Par conséquent, M. Tihomirovs a déposé une demande de contrôle judiciaire afin que la Cour prononce une ordonnance de *mandamus*, ou une injonction mandatoire permanente, enjoignant au ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration d'examiner sa demande en vertu des dispositions de l'ancienne loi.

[3] M. Tihomirovs demande aujourd'hui que sa demande de contrôle judiciaire soit instruite comme s'il s'agissait d'une action. En même temps, M. Tihomirovs présente une requête en autorisation de recours collectif au nom de toutes les personnes qui ont présenté leur demande de résidence permanente entre le 1<sup>er</sup> janvier 2002 et le 28 juin 2002 dans la catégorie des travailleurs qualifiés, des travailleurs autonomes, des entrepreneurs ou des investisseurs, à l'exclusion des candidats des provinces et de ceux à destination du Québec.

[4] Pour les motifs qui suivent, je ne suis pas convaincue que M. Tihomirovs satisfasse au critère en cinq points prévu par la règle 299.18 [éditée par DORS/2002-417, art. 17] des *Règles des Cours fédérales* [DORS/98-106, règle 1 (mod. par DORS/2004-283, art. 2)]. L'autorisation ne serait donc pas accordée. Par voie de conséquence, la requête visant à ce que la demande de contrôle judiciaire soit instruite comme s'il s'agissait d'une action est rejetée.

[5] Compte tenu de la conclusion que j'ai tirée concernant la conversion de l'instance, je n'ai pas à me pencher dûment sur la requête en autorisation de recours collectif.

#### Contexte factuel de la demande de résidence permanente de M. Tihomirovs

[6] M. Tihomirovs est un ingénieur civil résidant en Lettonie. Il souhaite venir s'installer au Canada avec sa

To this end, he filed an application for permanent residence on February 1, 2002, as part of the federal skilled worker class.

[7] At the time that Mr. Tihomirovs' application for permanent residence was filed, the applicable selection criteria were those set out in the *Immigration Regulations, 1978*, SOR/78-172. Mr. Tihomirovs deposes that he believes that he would have received a score of 74 points under this regime. At the time, a candidate needed 70 points to succeed.

[8] Mr. Tihomirovs further deposes that under the new selection criteria embodied in the *Immigration and Refugee Protection Regulations, SOR/2002-227*, he would only receive 65 points. The pass mark is now 67 points. Thus Mr. Tihomirovs is of the view that while he would have qualified for immigration to Canada under the old regime, he is no longer eligible.

[9] According to Mr. Tihomirovs, this is the only obstacle impeding his immigration to Canada.

[10] By Mr. Tihomirovs' estimation, there are approximately 40,000 people in his situation. Factoring in the dependent family members included in these applications, there are an estimated 100,000 people in the putative class. These individuals are primarily resident outside of Canada, and come from all corners of the globe.

#### Related litigation

[11] The introduction of new selection criteria for applications for permanent residence in the *Immigration and Refugee Protection Regulations* has spawned a great deal of litigation brought by individuals whose applications for permanent residence were pending as of June 28, 2002.

[12] On June 27, 2002, Justice Heneghan dismissed a motion for a *quia timet* injunction brought by a group of individuals, including Mr. Tihomirovs, whose applications for permanent residence were pending as the *Immigration and Refugee Protection Act* was about

famille. C'est ainsi qu'il a déposé une demande de résidence permanente le 1<sup>er</sup> février 2002, à titre de travailleur appartenant à la catégorie des travailleurs qualifiés (fédéral).

[7] À l'époque où M. Tihomirovs a déposé sa demande de résidence permanente, il devait être évalué selon les critères énoncés dans le *Règlement sur l'immigration de 1978*, DORS/78-172. M. Tihomirovs croit qu'il aurait obtenu une note de 74 points en vertu de ce régime. Un candidat devait alors recueillir 70 points pour qu'on fasse droit à sa demande.

[8] M. Tihomirovs ajoute qu'en vertu des nouveaux critères de sélection définis dans le *Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés*, DORS/2002-227, il obtiendrait seulement 65 points. La note de passage est désormais fixée à 67 points. M. Tihomirovs est donc d'avis que, alors qu'il pouvait immigrer au Canada en vertu de l'ancien régime, il ne peut plus le faire aujourd'hui.

[9] Selon M. Tihomirovs, c'est le seul obstacle à son immigration au Canada.

[10] M. Tihomirovs estime qu'environ 40 000 personnes sont dans la même situation. Si l'on tient compte des personnes à charge qui sont visées par ces demandes, il y aurait environ 100 000 personnes dans ce groupe envisagé. Il s'agit essentiellement d'individus qui résident à l'extérieur du Canada et qui viennent de tous les coins du globe.

#### Litiges connexes

[11] L'adoption de nouveaux critères de sélection pour les demandes de résidence permanente dans le *Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés* a entraîné bon nombre de litiges engagés par des individus dont la demande de résidence permanente était en instance le 28 juin 2002.

[12] Le 27 juin 2002, la juge Heneghan a rejeté une requête en injonction préventive présentée par un groupe d'individus, notamment M. Tihomirovs, dont les demandes de résidence permanente étaient en instance, au moment où la *Loi sur l'immigration et la protection*



to come into force. Justice Heneghan concluded that, although the motion was framed as a motion for an interlocutory injunction, it was, in reality, a request for a determination of the validity of the new legislation. No foundation having been established to support such a challenge, there was no basis on which to grant the relief sought. Accordingly, the motion was dismissed: *Borisova v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, IMM-2819-02.

[13] On February 21, 2003 [*Dragan v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2003] 4 F.C. 189 (T.D.)], Justice Kelen found that the Minister had breached his implied duty to use his reasonable best efforts to assess the applications for permanent residence of a group of 102 individuals in a timely manner. These individuals had filed their applications for permanent residence prior to January 1, 2002. (Individuals filing applications for permanent residence before January 1, 2002 will henceforth be referred to as "Group A" applicants.)

[14] Group A applicants are governed by the provisions of subsection 361(3) of the Regulations, the relevant portions of which provide that:

361. . . .

(3) During the period beginning on the day on which this section comes into force and ending on March 31, 2003, units of assessment shall be awarded to a foreign national, in accordance with the former Regulations, if the foreign national is an immigrant who,

...

(b) before January 1, 2002, made an application for an immigrant visa under those Regulations that is still pending on the day on which this section comes into force and has not, before that day, been awarded units of assessment under those Regulations. [Emphasis added.]

[15] Having found that the Minister failed to assess the applications of the Group A applicants in a timely manner Justice Kelen issued writs of *mandamus* requiring that the respondent assess these applications in

*des réfugiés* était sur le point d'entrer en vigueur. La juge Heneghan a conclu que même si la requête était formulée comme s'il s'agissait d'une requête en injonction interlocutoire, en réalité, les demandeurs voulaient que la Cour se prononce sur la validité de la nouvelle loi. Les demandeurs n'ayant pas étayé le bien-fondé de leur contestation, il n'y avait aucune raison d'accorder la réparation demandée. Par conséquent, la requête a été rejetée : *Borisova c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, IMM-2819-02.

[13] Le 21 février 2003 [*Dragan c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2003] 4 C.F. 189 (1<sup>re</sup> inst.)], le juge Kelen a conclu que le ministre n'avait pas respecté son obligation implicite de prendre toutes les mesures raisonnables pour examiner en temps opportun les demandes de résidence permanente d'un groupe de 102 personnes. Ces personnes avaient déposé leur demande de résidence permanente avant le 1<sup>er</sup> janvier 2002. (Les personnes ayant déposé leur demande de résidence permanente avant le 1<sup>er</sup> janvier 2002 seront appelées les demandeurs du « groupe A » dans les présents motifs.)

[14] Les demandeurs du groupe A sont assujettis au paragraphe 361(3) du Règlement, dont les dispositions pertinentes prévoient que :

361. [ . . ]

(3) Pendant la période commençant à la date d'entrée en vigueur du présent article et se terminant le 31 mars 2003, les points d'appréciation sont attribués conformément à l'ancien règlement à l'étranger qui est un immigrant qui :

[ . . ]

b) d'autre part, a fait, conformément à ce même règlement, une demande de visa d'immigrant avant le 1<sup>er</sup> janvier 2002, pendante à l'entrée en vigueur du présent article, et n'a pas obtenu de points d'appréciation en vertu de ce règlement. [Non souligné dans l'original.]

[15] Ayant conclu que le ministre n'avait pas traité les demandes du groupe A en temps opportun, le juge Kelen a délivré des ordonnances de *mandamus* enjoignant au défendeur d'examiner ces demandes conformément aux

accordance with the selection criteria established under the *Immigration Act*, and to complete these assessments by March 31, 2003: *Dragan v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*.

[16] No relief was granted by Justice Kelen with respect to those applications for permanent residence which were filed between January 1, 2002 and the coming into force of IRPA on June 28, 2002 (“Group B” applications). In Justice Kelen’s view, the proper interpretation of the transitional provisions contained in subsection 361(3) of the Regulations, when read in conjunction with section 190 of IRPA was that applications for permanent residence filed after January 1, 2002 were to be assessed in accordance with the new legislative regime.

[17] Section 190 of IRPA provides that applications that were pending at the time that IRPA came into force would be governed by the provisions of the new legislation. Section 201 of IRPA allowed for regulations to be passed governing the transition between the old *Immigration Act* and the new statutory regime. It was under this authority that subsection 361(3) of the Regulations was enacted, creating an exception for applications filed prior to January 1, 2002.

[18] Numerous other proceedings dealing with related issues moved forward under case management, one of which was Mr. Tihomirovs’ application for judicial review. Mr. Tihomirovs’ application was originally joined with those of 153 other named individuals. Of these, 133 involved Group A applicants, whereas 21 applicants, including Mr. Tihomirovs, belonged to Group B.

[19] On June 17, 2003, Justice Gibson issued an injunction, preventing the Minister from finally rejecting the Group A applications, pending the outcome of the litigation. No relief was granted with respect to the Group B litigants, including Mr. Tihomirovs. According to Justice Gibson, the publication of draft Regulations in mid-December of 2001 made it clear that applicants applying in 2002 would be assessed in accordance with

critères de sélection établis dans la *Loi sur l’immigration*, et de faire en sorte que cet examen soit terminé au plus tard le 31 mars 2003; voir *Dragan c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*.

[16] Le juge Kelen n’a accordé aucune réparation en ce qui concerne les demandes de résidence permanente déposées entre le 1<sup>er</sup> janvier 2002 et l’entrée en vigueur de la LIPR, le 28 juin 2002 (les demandes du « groupe B »). Selon le juge Kelen, l’interprétation qu’il convient de donner aux dispositions transitoires du paragraphe 361(3) du Règlement, lues avec l’article 190 de la LIPR, exige que les demandes de résidence permanente déposées après le 1<sup>er</sup> janvier 2002 soient examinées en vertu du nouveau régime législatif.

[17] En vertu de l’article 190 de la LIPR, la LIPR s’applique aux demandes pour lesquelles aucune décision n’avait encore été prise lors de son entrée en vigueur. L’article 201 de la LIPR permet la prise de règlements qui régissent la transition entre l’ancienne *Loi sur l’immigration* et la nouvelle loi. C’est en vertu de cette disposition que le paragraphe 361(3) du Règlement a été pris, disposition qui a créé une exception applicable aux demandes déposées avant le 1<sup>er</sup> janvier 2002.

[18] De nombreux autres litiges portant sur des questions connexes ont été traités dans le cadre du système de gestion des instances. La demande de contrôle judiciaire de M. Tihomirovs fait partie de ces instances. Au départ, la demande de M. Tihomirovs a été réunie à celle de 153 autres personnes désignées. Parmi elles, 133 demandeurs appartiennent au groupe A tandis que 21 autres, dont M. Tihomirovs, appartiennent au groupe B.

[19] Le 17 juin 2003, le juge Gibson a décerné une injonction enjoignant au ministre de s’abstenir de rejeter les demandes du groupe A avant qu’une décision définitive soit rendue dans le litige. Aucune réparation n’a été accordée aux parties du groupe B, y compris M. Tihomirovs. Selon le juge Gibson, le projet de Règlement publié à la mi-décembre 2001 établissait clairement que les demandes présentées en 2002 seraient

the new regime. Thus anyone applying for permanent residence after the commencement of 2002 could have had no reasonable expectation that his or her application would be considered under the provisions of the *Immigration Act* and Regulations: *Borisova v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2003] 4 F.C. 408 (F.C.).

[20] On September 18, 2003, the Minister announced that the Regulations would be amended so as to permit Group A applications to be assessed in accordance with the selection criteria established under the former legislation.

[21] Late in 2003, the Minister agreed to settle the litigation brought by the Group A applicants. All parties consented to the certification of one of the Group A proceedings as a class action, and certification was granted on November 10, 2004: *Rasolzadeh v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, IMM-2286-03. The settlement agreement was approved by the Court on April 11, 2005: *Rasolzadeh v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2006] 2 F.C.R. 386 (F.C.).

[22] In the meantime, on October 15, 2004, Justice Gibson ordered that the claims of the Group B applicants, including that of Mr. Tihomirows, be severed from those of the Group A applicants. The Court further ordered that the claims of the Group B applicants proceed as separate judicial reviews, with the commencement date of each being recorded as June 19, 2002.

[23] Of these Group B applicants, it is Mr. Tihomirows who has come forward to act as a class representative, in the event that the matter is certified as a class action. To this end, he first seeks to have his application for judicial review treated and proceeded with as an action. Should that motion be successful, he then seeks to have the action certified as a class action.

#### History of this litigation

[24] It is also helpful to have some understanding of the procedural history of Mr. Tihomirows' own

évaluées en vertu du nouveau régime. Ainsi, les personnes qui avaient présenté leur demande de résidence permanente en 2002 n'avaient aucun espoir raisonnable que leur demande soit évaluée en vertu de la *Loi sur l'immigration* et de son règlement d'application : *Borisova c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2003] 4 C.F. 408 (C.F.).

[20] Le 18 septembre 2003, le ministre a annoncé que le Règlement serait modifié de manière à ce que les demandes du groupe A puissent être évaluées conformément aux critères de sélection prévus par l'ancien régime.

[21] Vers la fin de 2003, le ministre a accepté de régler le litige introduit par les demandeurs du groupe A. Toutes les parties ont consenti à l'autorisation d'un recours collectif à l'égard de l'un des litiges du groupe A et l'autorisation a été accordée le 10 novembre 2004 : *Rasolzadeh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, IMM-2286-03. Le règlement à l'amiable a été approuvé par la Cour le 11 avril 2005 : *Rasolzadeh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2006] 2 R.C.F. 386 (C.F.).

[22] Entre-temps, le 15 octobre 2004, le juge Gibson a ordonné que les demandes du groupe B, y compris celle de M. Tihomirows, soient dissociées des demandes du groupe A. La Cour a également ordonné que les demandes du groupe B soient instruites à titre de demandes de contrôle judiciaire distinctes, la date d'ouverture de l'instance à l'égard de chacune de ces demandes ayant été fixée au 19 juin 2002.

[23] M. Tihomirows fait partie de ce groupe B et il se présente pour agir en qualité de représentant du groupe, dans l'éventualité où la Cour autoriserait le recours collectif. À cette fin, il demande d'abord à la Cour d'ordonner que sa demande de contrôle judiciaire soit instruite comme s'il s'agissait d'une action. Si la Cour accueille sa requête, il demande ensuite que l'action soit autorisée comme recours collectif.

#### Contexte du présent litige

[24] Il est également utile de comprendre l'historique de la propre demande de contrôle judiciaire de M.

application for judicial review, in order to put the present motions into context.

[25] Mr. Tihomirovs originally brought his motion to have his application for judicial review treated and proceeded with as an action by itself, without an accompanying motion for certification.

[26] In a decision dated April 12, 2005 [*Tihomirovs v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (2005), 31 Admin. L.R. (4th) 265 (F.C.)], I reviewed the existing jurisprudence regarding the conversion of applications for judicial review to actions and concluded that the principle of access to justice required that the motion be granted.

[27] In coming to this conclusion, I did not consider any of the elements of the five-part test for certification, as I was of the view that those factors should be considered at the time that the certification motion was addressed, and not before.

[28] On appeal, the Federal Court of Appeal held that the five factors identified in the test for certification set out in rule 299.18 of the *Federal Courts Rules* were indeed relevant to the determination of whether the application for judicial review should be treated and proceeded with as an action: *Tihomirovs v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2006] 2 F.C.R. 531 (F.C.A.).

[29] Moreover, as a matter of practice, the Federal Court of Appeal determined that in such circumstances, a motion for conversion should not be brought in advance of the motion for certification, but rather should be considered at the same time as the certification motion. According to the Federal Court of Appeal, if the test for certification is met, a conversion order should then issue, followed immediately by an order certifying the class action: *Tihomirovs*, at paragraph 18.

[30] It follows that if the test for certification is not met, then the motion for conversion should be dismissed.

[31] With this understanding of the procedural and factual context of this motion, I turn now to consider the

Tihomirovs pour placer dans leur contexte les présentes requêtes.

[25] M. Tihomirovs a d'abord déposé une requête pour que sa demande de contrôle judiciaire soit instruite comme s'il s'agissait d'une action. La requête n'était pas accompagnée d'une requête en autorisation.

[26] Dans une décision datée du 12 avril 2005 [*Tihomirovs c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2005 CF 479], j'ai examiné la jurisprudence existante concernant la conversion d'une demande de contrôle judiciaire en action et j'ai conclu que le principe d'accès à la justice exigeait que la requête soit accueillie.

[27] En tirant cette conclusion, je n'ai examiné aucun des cinq facteurs du critère applicable en matière d'autorisation, puisque j'étais d'avis que ces facteurs devaient être examinés en même temps que la requête en autorisation et non avant.

[28] En appel, la Cour d'appel fédérale a décidé que les cinq facteurs du critère d'autorisation décrits à la règle 299.18 des *Règles des Cours fédérales* étaient en fait pertinents pour déterminer si la demande de contrôle judiciaire devait être instruite comme s'il s'agissait d'une action : *Tihomirovs c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2006] 2 R.C.F. 531 (C.A.F.).

[29] En outre, la Cour d'appel fédérale a dit que dans de telles circonstances, concrètement, la requête en conversion ne devait pas être présentée avant la requête en autorisation, mais que les deux requêtes devaient être examinées en même temps. Selon la Cour d'appel fédérale, si la preuve produite satisfait au critère relatif à l'autorisation, la conversion doit être ordonnée et être suivie immédiatement d'une ordonnance autorisant le recours collectif : *Tihomirovs*, au paragraphe 18.

[30] Il s'ensuit que s'il n'est pas satisfait au critère en matière d'autorisation, la requête en conversion doit être rejetée.

[31] Le contexte de la procédure et des faits en cause dans la présente requête ayant été clarifié, je vais

general principles governing class actions.

### General principles governing class actions

[32] Class actions allow for improved access to justice for those who might otherwise be unable to seek vindication of their rights through the traditional litigation process. Class actions also enhance judicial economy, allowing a single action to decide large numbers of claims involving similar issues. Finally, class actions encourage behaviour modification by those who cause harm: *Western Canadian Shopping Centres Inc. v. Dutton*, [2001] 2 S.C.R. 534; *Hollick v. Toronto (City)*, [2001] 3 S.C.R. 158; and *Rumley v. British Columbia*, [2001] 3 S.C.R. 184.

[33] In the above trilogy of cases, the Supreme Court of Canada also held that an overly restrictive approach to the application of class action certification legislation must be avoided, so that the benefits of class actions can be fully realized.

[34] Moreover, as the Supreme Court noted in the *Hollick* case (at paragraph 16):

. . . the certification stage focuses on the form of the action. The question at the certification stage is not whether the claim is likely to succeed, but whether the suit is appropriately prosecuted as a class action. [Emphasis in original.]

### Applicable provisions of the *Federal Courts Act* and *Rules*

[35] The *Federal Court Rules* were amended in 2002 in order to provide for class actions. There is currently no provision in the Rules for class judicial review proceedings. As a consequence, if this matter is to proceed on a class basis, an order must first be granted directing that this application for judicial review be treated and proceeded with as an action. For ease of reference, this process will be referred to as “converting” an application for judicial review to an action.

maintenant examiner les principes généraux qui régissent les recours collectifs.

### Principes généraux qui régissent les recours collectifs

[32] Les recours collectifs visent à faciliter l'accès à la justice à ceux qui autrement ne pourraient pas revendiquer leurs droits dans le cadre du processus judiciaire habituel. Les recours collectifs permettent en outre de réaliser des économies sur le plan judiciaire en donnant à la Cour la possibilité de rendre une décision dans une seule action, décision qui s'appliquera à de nombreuses autres réclamations portant sur des questions semblables. Enfin, les recours collectifs sont utiles parce qu'ils encouragent les malfaisants à modifier leur comportement : *Western Canadian Shopping Centres Inc. c. Dutton*, [2001] 2 R.C.S. 534; *Hollick c. Toronto (Ville)*, [2001] 3 R.C.S. 158; *Rumley c. Colombie-Britannique*, [2001] 3 R.C.S. 184.

[33] Dans la trilogie susmentionnée, la Cour suprême du Canada a également dit que les tribunaux devaient éviter d'appliquer une démarche trop restrictive en matière d'autorisation des recours collectifs pour adopter une interprétation qui donne pleinement effet aux avantages escomptés.

[34] En outre, comme a dit la Cour suprême dans *Hollick* (au paragraphe 16) :

L'étape de la certification intéresse la forme que revêt l'action. La question à cette étape n'est pas s'il est vraisemblable que la demande aboutisse, mais s'il convient de procéder par recours collectif. [Souligné dans l'original.]

### Dispositions applicables de la *Loi sur les Cours fédérales* et des *Règles*

[35] Les *Règles de la Cour fédérale* ont été modifiées en 2002 pour prévoir les recours collectifs. À l'heure actuelle, les Règles ne contiennent aucune disposition concernant les contrôles judiciaires collectifs. Par conséquent, si l'affaire doit être entendue en tant que recours collectif, la Cour doit d'abord rendre une ordonnance pour que la demande de contrôle judiciaire soit instruite comme s'il s'agissait d'une action. Pour plus de commodité, le processus sera appelé la « conversion » d'une demande de contrôle judiciaire en action.

[36] The conversion of applications for judicial review to actions is governed by the provisions of section 18.4 [as enacted by S.C. 1990, 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) which provides that:

**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.

(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.

[37] Motions for the certification of class actions are governed by rule 299.18, which states that:

**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, whether or not those common questions predominate over questions affecting only individual members;
- (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.

[36] La conversion d'une demande de contrôle judiciaire en action est régie par les dispositions de l'article 18.4 [édicte par L.C. 1990, 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), qui prévoit :

**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.

(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.

[37] Une requête en autorisation de recours collectif est régie par la règle 299.18 qui est ainsi 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.

[38] It should be noted that subsection 299.18(1) of the Rules uses mandatory language, providing that a court shall grant certification, where all five elements of the test are satisfied.

[39] By the same token, it must also be noted that the list contained in subsection 299.18(1) of the Rules is conjunctive. As a consequence, if an applicant fails to meet one of the five listed criteria, the certification motion must fail: *Auton (Guardian ad litem of) v. British Columbia (Minister of Health)* (1999), 12 Admin. L.R. (3d) 261 (B.C.S.C.), at paragraph 40.

[40] Also relevant is rule 299.2 [as enacted by SOR/2002-417, s. 17], which states that:

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

- (a) the relief claimed includes a claim for damages that would require an individual assessment after a determination of the common questions of law or fact;
- (b) the relief claimed relates to separate contracts involving different class members;
- (c) different remedies are sought for different class members;
- (d) the number of class members or the identity of each class member is not known; or
- (e) the class includes a subclass whose members have claims that raise common questions of law or fact not shared by all class members. [Emphasis added.]

[41] As I read this provision, the use of the word “solely” or “*uniquement*” means that while the enumerated factors may indeed be relevant considerations on a motion for certification, none of these factors, either singly, or combined with other factors listed in the provision, will, by themselves, provide a sufficient basis to decline certification.

[42] This conclusion is confirmed by the wording of rule 299.18, which requires the judge hearing the certification motion to consider all relevant matters, including, but presumably not limited to, the five factors

[38] Soulignons que les termes du paragraphe 299.18(1) des Règles sont de nature impérative et prévoient que la Cour autorise le recours si les cinq conditions sont réunies.

[39] En outre, il faut mentionner que les conditions énumérées au paragraphe 299.18(1) des Règles sont conjonctives. Par conséquent, si le demandeur ne satisfait pas à l'une des cinq conditions, l'autorisation doit être refusée : *Auton (Guardian ad litem of) v. British Columbia (Minister of Health)* (1999), 12 Admin. L.R. (3d) 261 (C.S.C.-B.), au paragraphe 40.

[40] La règle 299.2 [éditée par DORS/2002-417, art. 17] des Règles est également pertinente. Elle prévoit :

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

- a) les réparations demandées comprennent une réclamation de dommages-intérêts qui exigerait, une fois les points de droit ou de fait collectifs tranchés, une évaluation individuelle;
- b) les réparations demandées portent sur des contrats distincts concernant différents membres de la catégorie;
- c) les réparations demandées ne sont pas les mêmes pour tous les membres du groupe;
- d) le nombre de membres du groupe ou l'identité de chacun des membres est inconnu;
- e) il existe au sein du groupe un sous-groupe dont les réclamations soulèvent des points de droit ou de fait collectifs que ne partagent pas tous les membres du groupe. [Non souligné dans l'original.]

[41] Selon mon interprétation de la disposition, le terme « uniquement » ou « *solely* » veut dire que même si les facteurs énumérés sont réellement pertinents lors d'une requête en autorisation, aucun des facteurs soit seul soit combiné à d'autres facteurs énumérés ne constitue, en soi, un motif suffisant pour refuser l'autorisation.

[42] Cette conclusion est confirmée par le libellé de la règle 299.18 qui exige que le juge qui entend la requête en autorisation prenne en compte tous les facteurs pertinents, notamment, mais vraisemblablement

listed in the rule.

[43] With this understanding of the relevant Rules, I turn next to consider whether Mr. Tihomirovs has satisfied each of the elements of the test for certification.

#### Analysis

[44] In addressing this question, it should be noted that due to the relatively recent introduction of the class action process in this Court, there is very little Federal Court jurisprudence governing the certification process.

[45] The *Federal Courts Rules* regarding the certification of class actions are, however, essentially the same as the corresponding British Columbia rules: *Sylvain v. Canada (Agriculture and Agri-Food)* (2004), 267 F.T.R. 146 (F.C.), at paragraph 26; *Rasolzadeh*, at paragraph 23. The Rules are also very similar to those in Ontario: *Le Corre v. Canada (Attorney General)*, 2004 FC 155, at paragraph 17. As a consequence, the jurisprudence that has developed in those jurisdictions is of considerable assistance in determining whether or not certification is appropriate in this case.

[46] With this in mind, I turn now to consider each of the factors enumerated in rule 299.18.

#### (a) Is there a reasonable cause of action?

[47] The parties are in agreement that the test to be imposed at this stage is whether it is plain and obvious that the pleadings do not disclose a reasonable cause of action: *Hunt v. Carey Canada Inc.*, [1990] 2 S.C.R. 959, at page 980. The parties also agree that this is a low threshold: *Peppiatt et al. v. Nicol et al.* (1993), 16 O.R. (3d) 133 (Gen. Div.), at pages 140-141; *Denis v. Bertrand & Frère Construction Co.*, [2000] O.J. No. 5783 S.C.J. (QL).

[48] At this juncture, it should be noted that the Federal Court of Appeal has observed that, in the

sans y être limité, les cinq facteurs énumérés dans les Règles.

[43] Après avoir expliqué les dispositions applicables des Règles, je vais maintenant examiner la question de savoir si M. Tihomirovs a satisfait à chacune des conditions du critère d'autorisation.

#### Analyse

[44] En examinant cette question, il faut mentionner qu'à cause de l'introduction relativement récente de la procédure de recours collectif à la Cour, la jurisprudence de la Cour est très peu abondante pour ce qui concerne le processus d'autorisation.

[45] Les *Règles des Cours fédérales* concernant l'autorisation des recours collectifs sont toutefois essentiellement les mêmes que les règles correspondantes de la Colombie-Britannique : *Sylvain c. Canada (Agriculture et Agroalimentaire)*, 2004 CF 1610, au paragraphe 26; *Rasolzadeh*, au paragraphe 23. Les Règles sont également très semblables à celles qui existent en Ontario : *Le Corre c. Canada (Procureur général)*, 2004 CF 155, au paragraphe 17. Par conséquent, la jurisprudence de ces provinces peut considérablement aider la Cour à décider s'il y a lieu, en l'espèce, d'accorder l'autorisation demandée.

[46] Cela étant, je vais maintenant examiner chacun des facteurs énumérés à la règle 299.18.

#### (a) Y a-t-il une cause d'action valable?

[47] Les parties conviennent que le critère qui s'applique à cette étape est de savoir s'il est évident et manifeste que les actes de procédure ne révèlent aucune cause d'action valable : *Hunt c. Carey Canada Inc.*, [1990] 2 R.C.S. 959, à la page 980. Les parties reconnaissent également qu'il s'agit d'un seuil peu élevé : *Peppiatt et al. v. Nicol et al.* (1993), 16 O.R. (3d) 133 (Div. gén.), aux pages 140 et 141; *Denis v. Bertrand & Frère Construction Co.*, [2000] O.J. n° 5783 C.S.J. (QL).

[48] Il convient de souligner maintenant que la Cour d'appel fédérale a mentionné que, lorsqu'il s'agit d'un



context of proposed class actions arising in the immigration context, the “reasonable cause of action” element of the test for certification will ordinarily have already been determined by the time that the case gets to the conversion/certification stage by virtue of the fact that leave would have had to have been granted for the application for judicial review to proceed to this stage: *Tihomirovs*, at paragraph 20.

[49] While this is true for applications commenced after June 28, 2002, there was no requirement for Mr. Tihomirovs to obtain leave to pursue his application for judicial review in this case, as his application for judicial review was filed with the Court prior to the coming into force on June 28, 2002 of the leave requirements for decisions made outside of Canada.

[50] It must also be noted that, as a consequence of the fact that this proceeding was commenced as an application for judicial review, we do not have “pleadings” in this case in the conventional sense of the word. What we do have is Mr. Tihomirovs’ notice of application for judicial review, as well as the draft statement of claim, which he proposes to file in the event that he is successful on his motion to convert his application for judicial review to an action.

[51] Mr. Tihomirovs’ notice of application for judicial review simply recites the grounds on which judicial review may be sought as they are set out in subsection 18.1(4) [as enacted by S.C. 1990, c. 8, s. 5; 2002, c. 8, s. 27] of the *Federal Courts Act*. This includes the blanket assertions that the respondent Minister acted without jurisdiction in relation to the administration of the *Immigration and Refugee Protection Act* and Regulations, and in refusing to exercise his jurisdiction.

[52] Mr. Tihomirovs’ draft statement of claim pleads that the Minister had a duty to assess the immigration applications of the members of the proposed class in accordance with the selection scheme established under the former *Immigration Act*, as well as in accordance with the selection scheme established under IRPA. The draft statement of claim goes on to plead that the Minister breached that duty, and, in addition, recites the

recours collectif en matière d’immigration, puisqu’il faut obtenir l’autorisation de la Cour avant de procéder par voie de contrôle judiciaire, l’existence d’une « cause d’action valable » ne devrait plus être en litige lors des demandes de conversion et d’autorisation : *Tihomirovs*, au paragraphe 20.

[49] L’observation est exacte pour ce qui concerne les demandes postérieures au 28 juin 2002, mais en l’espèce, M. Tihomirovs n’était pas tenu d’obtenir l’autorisation de présenter sa demande de contrôle judiciaire puisque celle-ci avait été déposée à la Cour avant l’entrée en vigueur, le 28 juin 2002, des exigences en matière d’autorisation relativement aux décisions prises à l’extérieur du Canada.

[50] Il faut également mentionner que parce que la présente procédure a été instituée comme demande de contrôle judiciaire, il n’y a aucun « acte de procédure » en l’espèce au sens conventionnel du terme. Ce dont la Cour est saisie, c’est de l’avis de demande de contrôle judiciaire de M. Tihomirovs ainsi que du projet de déclaration qu’il se propose de déposer si sa requête en conversion de sa demande de contrôle judiciaire en action est accueillie.

[51] L’avis de demande de contrôle judiciaire de M. Tihomirovs ne fait que reprendre les motifs de contrôle judiciaire prévus au paragraphe 18.1(4) [édicé par L.C. 1990, ch. 8, art. 5; 2002, ch. 8, art. 27] de la *Loi sur les Cours fédérales*. Ces motifs comprennent les affirmations générales voulant que le ministre défendeur ait agi sans compétence en rapport avec l’application de la *Loi sur l’immigration et la protection des réfugiés* et du Règlement et qu’il ait refusé d’exercer sa compétence.

[52] Dans son projet de déclaration, M. Tihomirovs prétend que le ministre avait l’obligation d’évaluer les demandes d’immigration des membres du groupe envisagé, conformément au régime de sélection établi en vertu de l’ancienne *Loi sur l’immigration*, ainsi qu’en conformité avec le régime de sélection prévu par la LIPR. Le demandeur affirme également, dans le projet de déclaration, que le ministre a manqué à cette

same grounds that were listed in the notice of application for judicial review: namely those listed in subsection 18.1(4) of the *Federal Courts Act*.

[53] In so far as the relief sought is concerned, Mr. Tihomirovs' notice of application for judicial review seeks an order of *mandamus*, compelling the Minister to assess his application for permanent residence in accordance with the selection criteria established under the *Immigration Act*.

[54] In his draft statement of claim, the relief sought by Mr. Tihomirovs is expanded to include a request that the applications for permanent residence of the members of the proposed class be assessed in accordance with the selection criteria established under IRPA, as well as in accordance with the *Immigration Act* criteria.

[55] The draft statement of claim also seeks orders of *certiorari* quashing any negative decisions that may have been made with respect to Mr. Tihomirovs' application for permanent residence, or with respect to the applications of any of the members of the proposed class where those refusals were based upon an assessment carried out solely under the IRPA criteria.

[56] The question then is whether the "pleadings" before me disclose a reasonable cause of action. As noted, Mr. Tihomirovs' notice of application for judicial review and his draft statement of claim simply make the bare assertion that the Minister exceeded his jurisdiction, or acted without jurisdiction in administering the transitional provisions of IRPA. In this regard, this Court has already determined in *Dragan* that subsection 361(3) was validly enacted subordinate legislation, and was *intra vires* section 201 of IRPA. Thus, on their face, the "pleadings" do not disclose a reasonable cause of action.

[57] Mr. Tihomirovs acknowledges that at paragraph 37 of *Dragan*, Justice Kelen also determined that Group B applicants had no right to be assessed under the former selection grid. However, Mr. Tihomirovs advances two arguments that were evidently not raised in *Dragan*, which, he says, support his position that

obligation et, en outre, il reprend les motifs qui figuraient dans l'avis de demande de contrôle judiciaire, à savoir les motifs énumérés au paragraphe 18.1(4) de la *Loi sur les Cours fédérales*.

[53] Pour ce qui concerne la réparation demandée, M. Tihomirovs sollicite, dans l'avis de demande de contrôle judiciaire, une ordonnance de *mandamus* enjoignant au ministre d'évaluer sa demande de résidence permanente en conformité avec les critères de sélection établis sous le régime de la *Loi sur l'immigration*.

[54] Dans son projet de déclaration, M. Tihomirovs élargit davantage sa demande de réparation en demandant que les demandes de résidence permanente des membres du groupe envisagé soient traitées en conformité avec les critères de sélection prévus tant par la LIPR que par la *Loi sur l'immigration*.

[55] Le projet de déclaration sollicite également des ordonnances de *certiorari* annulant toute décision défavorable qui aurait été prise au sujet de la demande de résidence permanente de M. Tihomirovs ou au regard d'une demande de l'un des membres du groupe envisagé lorsque le refus était fondé sur une évaluation effectuée uniquement en vertu des critères de la LIPR.

[56] La question est donc de savoir si les « actes de procédure » dont je dispose révèlent une cause d'action valable. Comme je l'ai dit précédemment, l'avis de demande de contrôle judiciaire de M. Tihomirovs ainsi que son projet de déclaration comportent une simple affirmation selon laquelle le ministre a excédé sa compétence ou qu'il a agi sans compétence dans l'application des dispositions transitoires de la LIPR. À cet égard, la Cour a déjà dit, dans *Dragan*, que le paragraphe 361(3) était un texte d'application pris valablement et qu'il était *intra vires* de l'article 201 de la LIPR. Ainsi, à leur face même, les « actes de procédure » ne révèlent aucune cause d'action valable.

[57] M. Tihomirovs reconnaît qu'au paragraphe 37 de la décision *Dragan*, le juge Kelen a également décidé que les demandeurs du groupe B n'avaient pas le droit d'être évalués en vertu des critères de sélection de l'ancien régime. Toutefois, M. Tihomirovs soulève deux arguments qui, de toute évidence, n'ont pas été soulevés

there is merit to the claims of the Group B members.

[58] Having carefully considered the matter, I find that even if I go beyond the bare wording of the notice of application for judicial review and that of the proposed draft statement of claim, and consider the various legal arguments advanced by Mr. Tihomirovs, I nonetheless come to the same conclusion.

[59] The first of Mr. Tihomirovs' new arguments is based upon principles of statutory interpretation, which, he says, lead to the conclusion that the division of the applicants whose applications for permanent residence were pending at the coming into force of IRPA into two categories (Group A and Group B applicants), through the enactment of subsection 361(3) of the Regulations, was *ultra vires* IRPA.

[60] In this regard, Mr. Tihomirovs points to section 201 of IRPA, which provides:

**201. The regulations may provide for measures regarding the transition between the former Act and this Act, including measures regarding classes of persons who will be subject in whole or in part to this Act or the former Act and measures regarding financial and enforcement matters.** [Emphasis added.]

[61] Mr. Tihomirovs argues that although the term "classes" is not specifically defined anywhere in the legislation, it is a term of art as it is used in IRPA, and refers to groups of would-be immigrants, categorized by selection criteria. Group A and Group B applicants thus form a single, indivisible, class of "economic class" applicants.

[62] According to Mr. Tihomirovs, there is no authority under IRPA for regulations to be enacted purporting to categorize groups of applicants by the date of their applications for permanent residence. According to Mr. Tihomirovs, the date of an individual's application is a completely arbitrary and irrelevant consideration, and that a legislative interpretation that would lead to distinctions that are arbitrary and

dans *Dragan* et qui, selon lui, étaient la thèse selon laquelle les demandes des membres du groupe B sont fondées.

[58] Après avoir soigneusement examiné la question, j'estime que même si je vais au-delà du libellé de l'avis de demande de contrôle judiciaire et du projet de déclaration et même si j'examine les divers arguments juridiques proposés par M. Tihomirovs, ma conclusion reste inchangée.

[59] Le premier des nouveaux arguments de M. Tihomirovs est fondé sur certains principes d'interprétation des lois qui, selon lui, permettent de conclure que la répartition en deux groupes des demandeurs dont les demandes de résidence permanente étaient en instance lors de l'entrée en vigueur de la LIPR (les demandeurs du groupe A et ceux du groupe B), répartition résultant du paragraphe 361(3) du Règlement, était *ultra vires* de la LIPR.

[60] À cet égard, M. Tihomirovs mentionne l'article 201 de la LIPR qui prévoit :

**201. Les règlements régissent les mesures visant la transition entre l'ancienne loi et la présente loi et portent notamment sur les catégories de personnes qui seront assujetties à tout ou partie de la présente loi ou de l'ancienne loi, ainsi que sur les mesures financières ou d'exécution.** [Non souligné dans l'original.]

[61] M. Tihomirovs fait valoir que même si le terme « catégories » n'est pas défini dans la loi, il s'agit d'un terme technique au sens où l'entend la LIPR qui vise des groupes d'immigrants potentiels répartis selon des critères de sélection. Les demandeurs des groupes A et B forment ainsi une seule catégorie indivisible de demandeurs de la catégorie « immigration économique ».

[62] Selon M. Tihomirovs, la LIPR ne permet pas la prise de règlements qui auraient pour objet de former des groupes de demandeurs en fonction de la date de leur demande de résidence permanente. Selon M. Tihomirovs, la date à laquelle une personne présente sa demande est une question purement arbitraire et non pertinente, et une interprétation de la loi qui entraînerait des distinctions arbitraires et irrationnelles doit être

irrational should be avoided in favour of an interpretation that does not create such absurd distinctions. In this regard, Mr. Tihomirovs relies upon decisions such as *R. v. Paré*, [1987] 2 S.C.R. 618, at page 631.

[63] Mr. Tihomirovs further contends that dividing economic class applicants into two groups, depending upon the dates upon which their applications were filed, does not lead to consistent standards, and thus does not respect paragraph 3(1)(f) of IRPA.

[64] In support of his argument that the temporal distinction contained in subsection 361(3) is an arbitrary one, Mr. Tihomirovs points to the fact that the draft regulations that were pre-published in the *Canada Gazette* on December 15, 2001 treated everyone who applied for permanent residence before June 28, 2002 in the same way: that is, they were all to be assessed in accordance with the new regime. It was only as a result of public pressure, Mr. Tihomirovs says, that the Group A applicants were grandfathered under the old rules, while the Group B applicants were not.

[65] Having carefully considered Mr. Tihomirovs' arguments, I am satisfied that it is plain and obvious that they cannot succeed.

[66] When the *Immigration and Refugee Protection Act* is reviewed in its entirety, it becomes abundantly clear that the term "classes" as it is used in section 201 cannot reasonably be restricted in the manner suggested by Mr. Tihomirovs.

[67] The term "classes" appears throughout the legislation, and does not simply refer to groups of would-be immigrants, categorized by selection criteria as Mr. Tihomirovs suggests: see, for example, subsection 6(1), which refers to classes of individuals designated by the Minister to carry out delegated responsibilities under the Act, and subsection 88(2), which allows for regulations to be made with respect to classes of persons to whom loans may be made.

évitée en faveur d'une interprétation qui ne crée pas de distinctions aussi absurdes. À cet égard, M. Tihomirovs se fonde sur quelques arrêts, notamment *R. c. Paré*, [1987] 2 R.C.S. 618, à la page 631.

[63] M. Tihomirovs prétend également que répartir des demandeurs de la catégorie « immigration économique » en deux groupes, selon la date à laquelle leur demande a été déposée, ne favorise pas la prise de normes uniformes et est donc contraire à l'alinéa 3(1)f) de la LIPR.

[64] À l'appui de son argument selon lequel la distinction temporelle visée au paragraphe 361(3) est arbitraire, M. Tihomirovs souligne que, selon le projet de règlement qui avait été prépublié dans la *Gazette du Canada* le 15 décembre 2001, toutes les personnes qui avaient demandé la résidence permanente avant le 28 juin 2002 étaient traitées de la même façon : c'est-à-dire qu'elles devaient toutes être évaluées en conformité avec le nouveau régime. Ce n'est que par suite de la pression du public, selon M. Tihomirovs, que les demandeurs du groupe A ont pu bénéficier des droits acquis en vertu des anciennes règles contrairement aux membres du groupe B.

[65] Après avoir soigneusement examiné les arguments de M. Tihomirovs, je suis convaincue qu'il est évident et manifeste qu'ils ne peuvent être retenus.

[66] Un examen de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés* dans son ensemble révèle très clairement que le sens du terme « catégories » utilisé à l'article 201 ne peut être restreint comme le propose M. Tihomirovs.

[67] Le terme « catégories » apparaît partout dans la loi et ne vise pas tout simplement des groupes d'immigrants potentiels répartis selon des critères de sélection comme le laisse entendre M. Tihomirovs : voir, par exemple, le paragraphe 6(1), qui renvoie à des catégories de personnes désignées par le ministre et chargées par celui-ci de responsabilités déléguées en application de la Loi, ainsi que le paragraphe 88(2), qui autorise la prise de règlements relativement aux catégories de bénéficiaires de prêts.

[68] Thus, when the words of section 201 are read in their entire context, and given their grammatical and ordinary meaning, it is plain and obvious that Parliament intended that regulations could be made in relation to various groups of individuals sharing a common attribute.

[69] The common attribute in question here is the time period in which the applications for permanent residence were filed. Given that what we are dealing with is a transitional provision, it cannot reasonably be said that a temporal requirement tied to the date on which an application was filed is an arbitrary or irrelevant consideration.

[70] Moreover, it is clear that the choice of the January 1, 2002 cut-off date was not an arbitrary one, as Mr. Tihomirovs would have me believe. As was noted in *Borisova*, there was indeed a principled basis behind the choice of January 1, 2002 as a cut-off date: that is, the fact that, as a result of the publication of draft Regulations in mid-December of 2001, it was clear that applicants applying in 2002 would be assessed in accordance with the new regime. As a consequence, no one applying after that date could have had a reasonable expectation that his or her application would be considered under the provisions of the *Immigration Act* and Regulations.

[71] Giving the term “classes” its ordinary meaning is also consistent with the admonition of the Federal Court of Appeal that, as “framework” legislation, IRPA should be interpreted in a manner that allows for regulatory flexibility: *de Guzman v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2006] 3 F.C.R. 655 (F.C.A.), at paragraph 39.

[72] It is also plain and obvious to me that Mr. Tihomirovs’ attack on the *vires* of subsection 361(3) of the Regulations founded upon the wording of section 201 of IRPA cannot succeed, based upon the wording of section 201 itself, which authorizes the enactment of regulations governing the transition between the *Immigration Act* and IRPA, including measures regarding classes of persons who will be subject, in

[68] Ainsi, lorsque les termes de l’article 201 sont lus dans leur contexte global et selon leur sens grammatical et ordinaire, il est évident et manifeste que le législateur voulait que des règlements puissent être pris en rapport avec divers groupes de personnes ayant une caractéristique commune.

[69] La caractéristique commune en cause en l’espèce est la date à laquelle les demandes de résidence permanente ont été déposées. Puisqu’il s’agit en l’espèce d’une disposition transitoire, on ne saurait raisonnablement prétendre qu’une exigence temporelle liée à la date à laquelle la demande a été déposée soit un facteur arbitraire ou non pertinent.

[70] En outre, il est clair que la date butoir du 1<sup>er</sup> janvier 2002 n’était pas un choix arbitraire, comme voudrait m’en convaincre M. Tihomirovs. Comme il a été mentionné dans *Borisova*, il y avait des motifs, fondés sur des principes, de choisir le 1<sup>er</sup> janvier 2002 comme date butoir : c’est-à-dire que par suite de la publication du projet de Règlement, à la mi-décembre 2001, il était clair que les demandeurs qui déposeraient leur demande en 2002 seraient évalués en conformité avec le nouveau régime. Par conséquent, aucune personne ayant déposé sa demande après cette date ne pouvait raisonnablement s’attendre à ce que sa demande soit examinée en vertu des dispositions de la *Loi sur l’immigration* et de son règlement d’application.

[71] Le fait de conférer au terme « catégories » son sens ordinaire respecte également la mise en garde de la Cour d’appel fédérale selon laquelle, à titre de loi « cadre », la LIPR doit être interprétée de manière à permettre une réglementation souple : *de Guzman c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, [2006] 3 R.C.F. 655 (C.A.F.), au paragraphe 39.

[72] Il est également évident et manifeste, selon moi, que la contestation de M. Tihomirovs de la constitutionnalité du paragraphe 361(3) du Règlement fondée sur les termes de l’article 201 de la LIPR ne peut être retenue compte tenu des termes de l’article 201 lui-même, qui autorise la prise de règlements régissant les mesures visant la transition entre la *Loi sur l’immigration* et la LIPR et portant notamment sur les

whole or in part, to one Act or the other.

[73] Giving the word “including” its ordinary meaning, I am satisfied that it is clear that IRPA does not limit the power of the Governor in Council to enact regulations with respect to the transitional scheme in the manner suggested by Mr. Tihomirovs. The use of the word “including” necessarily implies that the power is broader than the enabling words that follow.

[74] Finally, even if I were to accept all of Mr. Tihomirovs’ arguments, and find that subsection 361(3) of the Regulations is *ultra vires* IRPA, the result would be that the provision, with its distinction between pre- and post-January 1, 2002 applications, would have to be struck down. The applications for permanent residence of Mr. Tihomirovs and the other members of the proposed class would then be governed by section 190 of IRPA, which provides that applications pending at the time that IRPA came into force in June of 2002 were to be governed by the new legislation.

[75] This is, of course, precisely the result that Mr. Tihomirovs seeks to avoid through this litigation.

[76] Mr. Tihomirovs’ second argument is that since his application for permanent residence was perfected prior to the coming into force of the new regulations, the Minister had a statutory duty to ensure that his file was dealt with in a timely fashion, and that the Minister failed to do so. Relying upon the decision of the Federal Court of Appeal in *Apotex Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1994] 1 F.C. 742 (C.A.), aff’d [1994] 3 S.C.R. 1100, Mr. Tihomirovs submits that the Minister should now be compelled to assess his application, as well as all other applications for permanent residence perfected prior to the coming into force of IRPA, under the selection grid established under the *Immigration Act*.

[77] It is plain and obvious to me that this argument is similarly destined to fail. The situation that confronted the Federal Court of Appeal in the *Apotex* case is clearly distinguishable on a number of bases from that which presents itself here.

catégories de personnes qui seront assujetties à tout ou partie de la LIPR ou de l’ancienne loi.

[73] Si l’on donne à l’expression « notamment » son sens ordinaire, je suis convaincue qu’il est clair que la LIPR ne limite pas le pouvoir du gouverneur en conseil de prendre des règlements relativement au régime transitoire comme le propose M. Tihomirovs. L’expression « notamment » implique nécessairement que le pouvoir est plus large que celui que semble conférer les termes habilitants qui suivent.

[74] Enfin, même si je retenais tous les arguments de M. Tihomirovs, pour ensuite conclure que le paragraphe 361(3) du Règlement est *ultra vires* de la LIPR, il faudrait ensuite annuler la disposition qui distingue entre les demandes présentées avant le 1<sup>er</sup> janvier 2002 et celles qui ont été présentées après cette date. Les demandes de résidence permanente de M. Tihomirovs et des autres membres du groupe envisagé seraient alors assujetties à l’article 190 de la LIPR qui prévoit que les demandes pour lesquelles aucune décision n’a encore été prise lors de l’entrée en vigueur de la LIPR, en juin 2002, sont régies par la nouvelle loi.

[75] Il s’agit, bien entendu, du résultat que M. Tihomirovs tente d’éviter par le présent litige.

[76] Deuxièmement, M. Tihomirovs soutient que puisque sa demande de résidence permanente était prête à être traitée avant l’entrée en vigueur du nouveau règlement, le ministre avait l’obligation, en vertu de la loi, de s’assurer que son dossier était traité en temps utile, ce qu’il n’a pas fait. En invoquant l’arrêt de la Cour d’appel fédérale, *Apotex Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1994] 1 C.F. 742, conf. par [1994] 3 R.C.S. 1100, M. Tihomirovs prétend qu’il faudrait maintenant enjoindre au ministre d’évaluer sa demande ainsi que toutes les autres demandes de résidence permanente prêtes à être traitées avant l’entrée en vigueur de la LIPR en conformité avec la grille de sélection établie par la *Loi sur l’immigration*.

[77] Il m’apparaît évident et manifeste que cet argument est également voué à l’échec. La situation à laquelle devait faire face la Cour d’appel fédérale dans *Apotex* se distingue nettement et pour plusieurs raisons de la situation en cause en l’espèce.

[78] Unlike the situation in *Apotex*, the legislation in question here clearly provides for a transitional scheme between the earlier legislative regime and the new one, establishing rules as to how cases in process at the time that the new legislation came into force were to be handled. There is nothing in the *Apotex* decision that would allow the Court to disregard the clear intention of Parliament in this regard.

[79] There is also an important factual distinction between the situation in *Apotex* and the present case in that Mr. Tihomirovs has already brought an earlier court application to have his application for permanent residence assessed in accordance with the old legislation, which request was refused: *Borisova v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*.

[80] Finally, for *mandamus* to be available, there must be a demand for performance, and a reasonable time for the Minister to comply with the demand: *Apotex*, at page 766. What Mr. Tihomirovs is seeking is an order requiring that all Group B applicants be assessed in accordance with the selection grid established under the old *Immigration Act*, regardless of when the individual applications were filed, as long as they were filed in the six-month period leading up to the coming into force of IRPA on June 28, 2002. This would mean that an order of *mandamus* would thus be available in the case of an application filed on June 27, 2002—one day before the new legislation came into effect, and before the Minister would have any time—let alone a reasonable time—to deal with the application.

[81] For these reasons, Mr. Tihomirovs has failed to satisfy the first element of the test for certification. Having so concluded, it is not, strictly speaking, necessary to address the remaining criteria for certification. However, in the event that a reviewing court takes a different view of this matter, I will proceed to consider the other criteria articulated in rule 299.18.

(b) Is there an identifiable class of two or more persons?

[82] The Supreme Court of Canada has observed that the definition of the class “is critical because it identifies

[78] Contrairement à la situation dans *Apotex*, les dispositions législatives en cause en l’espèce prévoient clairement un régime transitoire qui s’applique entre l’ancien et le nouveau régime législatif et qui régit le traitement des demandes en instance lors de l’entrée en vigueur de la nouvelle loi. Il n’y a rien dans *Apotex* qui permettrait à la Cour de ne pas tenir compte de l’intention claire du législateur à cet égard.

[79] En outre, il y a une importante distinction entre les faits en cause dans *Apotex* et les faits en cause en l’espèce. En l’espèce, M. Tihomirovs a déjà demandé à la Cour que sa demande de résidence permanente soit évaluée en conformité avec l’ancienne loi, laquelle demande a été rejetée : *Borisova c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*.

[80] Enfin, pour obtenir un *mandamus*, il faut une demande d’exécution de l’obligation et un délai raisonnable pour que le ministre puisse donner suite à la demande : *Apotex*, à la page 766. Ce que M. Tihomirovs demande c’est une ordonnance exigeant que chaque demande du groupe B soit évaluée en conformité avec la grille de sélection de l’ancienne *Loi sur l’immigration*, quelle que soit la date de la demande, pourvu qu’elle ait été déposée dans les six mois avant l’entrée en vigueur de la LIPR, le 28 juin 2002. Cela voudrait dire qu’une ordonnance de *mandamus* pourrait être décernée dans le cas d’une demande déposée le 27 juin 2002, soit la veille de l’entrée en vigueur de la nouvelle loi, sans que le ministre n’ait disposé d’un délai, et encore moins d’un délai raisonnable, pour donner suite à la demande.

[81] Pour ces motifs, M. Tihomirovs n’a pas satisfait au premier élément du critère d’autorisation. Cela étant, il n’est pas, à proprement parler, nécessaire d’examiner les autres éléments du critère d’autorisation. Toutefois, dans l’éventualité où la Cour d’appel aurait une opinion différente en la matière, je vais maintenant examiner les autres éléments du critère énoncés à la règle 299.18.

(b) Existe-t-il un groupe identifiable d’au moins deux personnes?

[82] La Cour suprême du Canada a dit que la définition d’un groupe « est essentielle parce qu’elle

the individuals entitled to notice, entitled to relief (if relief is awarded), and bound by the judgment”: *Western Canadian Shopping Centres Inc.*, at paragraph 38.

[83] As the Supreme Court also noted in the *Hollick* case, at paragraph 21, this requirement is not an onerous one. In order to satisfy this criterion, Mr. Tihomirovs must show that there is an identifiable class of two or more persons, which class is not unlimited, and which is defined by reference to objective criteria: *Hollick*, at paragraph 17.

[84] However, Mr. Tihomirovs must also be able to show that the class is not unnecessarily broad: that is, that the class could not be defined more narrowly without arbitrarily excluding people who share a common interest in the resolution of the common issue.

[85] The class proposed by Mr. Tihomirovs is:

(i) Persons who submitted an application for permanent residence in Canada between January 1, 2002 and June 28, 2002 in the skilled worker, self-employed, entrepreneur and investor categories (referred to in subsection 8(1) [as am. by SOR/85-1038, s. 3] of the *Immigration Regulations, 1978*), excluding provincial nominees and those destined for Quebec;

(ii) All dependent family members as defined in the *Immigration and Refugee Protection Regulations* of persons referred to in (i), above.

[86] Mr. Tihomirovs says that the class is not unlimited, as it is made up of approximately 40,000 members who submitted immigration applications during the relevant time period, and their dependent family members.

[87] Moreover, Mr. Tihomirovs submits that the class is defined by objective criteria, namely the date when an immigration application was received at a visa post.

[88] The Minister submits that Mr. Tihomirovs’ definition of the class is overly broad, as it would

précise qui a droit aux avis, qui a droit à la réparation (si une réparation est accordée), et qui est lié par le jugement » : *Western Canadian Shopping Centres Inc.*, au paragraphe 38.

[83] Comme l’a également dit la Cour suprême dans l’arrêt *Hollick*, au paragraphe 21, cette exigence n’est pas lourde. Pour satisfaire au critère, M. Tihomirovs doit démontrer qu’il existe un groupe identifiable d’au moins deux personnes, lequel groupe est circonscrit et défini par rapport à un critère objectif : *Hollick*, au paragraphe 17.

[84] Toutefois, M. Tihomirovs doit également être en mesure de démontrer que le groupe n’est pas trop large : c’est-à-dire que le groupe ne pourrait pas être restreint sans exclusion de façon arbitraire des personnes qui ont un intérêt commun dans le règlement de la question collective.

[85] M. Tihomirovs propose le groupe suivant :

i) les personnes qui ont présenté une demande de résidence permanente au Canada entre le 1<sup>er</sup> janvier 2002 et le 28 juin 2002 dans la catégorie des travailleurs qualifiés, des travailleurs autonomes, des entrepreneurs ou des investisseurs (visées au paragraphe 8(1) [mod. par DORS/85-1038, art. 3] du *Règlement sur l’immigration de 1978*), à l’exclusion des candidats des provinces et de ceux à destination du Québec;

ii) toutes les personnes à charge des personnes mentionnées à i) ci-dessus, au sens du *Règlement sur l’immigration et la protection des réfugiés*.

[86] M. Tihomirovs prétend que ce groupe n’est pas sans limites puisqu’il réunit environ 40 000 membres qui ont déposé une demande d’immigration pendant la période pertinente ainsi que les personnes à leur charge.

[87] En outre, M. Tihomirovs soutient que le groupe est défini au moyen d’un critère objectif, à savoir la date de réception de la demande d’immigration par un bureau des visas.

[88] Le ministre prétend que le groupe proposé par M. Tihomirovs est trop large puisqu’il comprendrait de



include many persons who do not need the relief sought in these proceedings, specifically those who have already obtained a visa, or who will qualify for a visa under IRPA. Mr. Tihomirovs conceded at the hearing that those individuals who have already received their visas should not properly be included in the class. However, he maintains that those individuals who may qualify for visas under IRPA at some point in the future should be left in the class until such time as decisions are rendered in relation to their applications.

[89] Mr. Tihomirovs also conceded at the hearing that individuals who have already received a negative decision, and who have unsuccessfully challenged the regulations imposing the new assessment grid, would not be able to relitigate the issue, and should thus be excluded from the class.

[90] The Minister says that the class definition proposed by Mr. Tihomirovs would also include persons who have already had their applications for visas refused, and who failed to commence an application for judicial review within 60 days, as is required by paragraph 72(2)(b) [as am. by S.C. 2002, c. 8, s. 194] of IRPA for matters arising outside of Canada. According to the Minister, these claims would be barred by this limitation period.

[91] Mr. Tihomirovs contends that these individuals should be able to enjoy the benefit of a class action, although he was unable to point to any jurisprudence to support his position. Instead, he drew an analogy to the rights of individuals injured in a plane crash to participate in a class action brought in a provincial court, regardless of whether or not the individuals in question had commenced their own actions within the relevant limitation period.

[92] I am of the view that the Minister is correct, and that individuals whose applications for permanent residence have been refused, and who did not commence an application for judicial review within 60 days of the decision, cannot now go back and attempt to resurrect their rights to challenge the decisions in question through their participation in a class action.

[93] In coming to this conclusion, I note that while the *Federal Courts Rules* with respect to the certification of

nombreuses personnes qui n'ont pas besoin de la réparation demandée en l'espèce, plus précisément les personnes qui ont déjà obtenu un visa ou qui pourront obtenir un visa en vertu de la LIPR. M. Tihomirovs a reconnu, à l'audience, que les personnes qui avaient déjà obtenu un visa ne devaient pas faire partie du groupe. Toutefois, il maintient que les personnes susceptibles d'obtenir un visa en vertu de la LIPR dans l'avenir devraient faire partie du groupe jusqu'à ce qu'une décision soit prise au sujet de leur demande.

[89] M. Tihomirovs a également reconnu, à l'audience, que les personnes qui avaient déjà fait l'objet d'une décision défavorable et qui avaient contesté, sans succès, le règlement qui impose une nouvelle grille d'évaluation, ne pourraient pas remettre la question en litige et devraient donc être exclues du groupe.

[90] Le ministre dit que le groupe proposé par M. Tihomirovs comprendrait également des personnes dont la demande de visa avait déjà été refusée et qui n'avaient pas déposé une demande de contrôle judiciaire dans le délai de 60 jours prévu par l'alinéa 72(2)b) [mod. par L.C. 2002, ch. 8, art. 194] de la LIPR pour les décisions rendues à l'étranger. Selon le ministre, ces demandes seraient exclues à cause de ce délai de prescription.

[91] M. Tihomirovs fait valoir que ces personnes devraient pouvoir bénéficier de l'avantage d'un recours collectif, mais il n'a pas été en mesure de présenter une jurisprudence susceptible d'appuyer son argument. Plutôt, il a comparé la situation au droit des personnes blessées dans un accident d'avion de participer à un recours collectif intenté devant une cour provinciale, qu'elles aient ou non institué leur propre action dans le délai prescrit.

[92] Je suis d'avis que le ministre a raison et que les personnes dont les demandes de résidence permanente ont été refusées et qui n'ont pas déposé une demande de contrôle judiciaire dans les 60 jours de la décision ne peuvent maintenant tenter de faire renaître leur droit de contester la décision en participant à un recours collectif.

[93] En tirant cette conclusion, je note que bien que les *Règles des Cours fédérales* relatives à l'autorisation

class actions are similar to those in British Columbia and Ontario, there is one very important difference between the provincial regimes and that governing class actions at the federal level. That is, the provincial class action regimes are established by statute, whereas at the federal level, class actions are entirely creatures of the *Federal Courts Rules*.

[94] This distinction is critical as it relates to the implications of statutory limitation periods for individuals seeking to involve themselves in class proceedings.

[95] Both the British Columbia and Ontario class proceedings legislation provide that in so far as potential class members are concerned, the operation of limitation periods will be suspended or “tolled” until such time as the individuals in question either opt out of, or are excluded from the class, or until such time as the proceeding is concluded without the claim of the individual having been dealt with: see sections 38.1 [as enacted by S.B.C. 2004, c. 65, s. 1] and 39 [as am. by S.B.C. 1995, c. 21, s. 39] of the British Columbia *Class Proceedings Act*, R.S.B.C. 1996, c. 50, and section 28 of the Ontario *Class Proceedings Act, 1992*, S.O. 1992, c. 6.

[96] A proceeding could be terminated without the claim of an individual having been dealt with where, for example, the class is not certified, or the claim is otherwise disposed of without having been dealt with on its merits.

[97] In contrast, there is no comparable provision for the suspension of limitation periods in the class actions regime at the federal level. This is not surprising, given that limitation periods are matters of substance, and, as is the case here, are ordinarily provided for in the governing statute. In the absence of a federal class action statute authorizing the suspension of limitation periods, the issue could not have been addressed through subordinate legislation such as the *Federal Courts Rules*.

[98] There are also compelling public policy considerations favouring this view, in particular, the desirability for finality in litigation: see, for example, *Danyluk v.*

d’un recours collectif soient semblables aux règles applicables en Colombie-Britannique et en Ontario, il existe une importante différence entre les régimes provinciaux et le régime fédéral en matière de recours collectifs. En effet, les régimes provinciaux sont prévus par une loi alors que le régime fédéral est établi en vertu des *Règles des Cours fédérales*.

[94] Cette distinction est essentielle puisqu’elle touche l’incidence des délais de prescription sur les personnes qui veulent participer à un recours collectif.

[95] Les lois de la Colombie-Britannique et de l’Ontario sur les recours collectifs prévoient que tout délai de prescription est suspendu à l’égard d’un membre du groupe et reprend au moment où ce membre se retire du recours collectif ou est exclu du groupe ou au moment où il est mis fin au recours sans que la demande du membre ait elle-même été traitée : voir les articles 38.1 [édicte par S.B.C. 2004, ch. 65, art. 1] et 39 [mod. par S.B.C. 1995, ch. 21, art. 39] de la *Class Proceedings Act*, R.S.B.C. 1996, ch. 50, de la Colombie-Britannique, ainsi que l’article 28 de la *Loi de 1992 sur les recours collectifs*, L.O. 1992, ch. 6, de l’Ontario.

[96] Il pourrait être mis fin au recours sans que la demande d’une personne ait été traitée, par exemple, si le groupe n’a pas été autorisé ou si la demande a été réglée par d’autres moyens sans avoir été entendue sur le fond.

[97] Par contre, le régime fédéral sur les recours collectifs ne contient aucune disposition comparable concernant la suspension des délais de prescription. Cela n’est pas étonnant puisque les délais de prescription sont des questions de fond et, comme en l’espèce, sont habituellement prévus par la loi applicable. En l’absence d’une loi fédérale en matière de recours collectif autorisant la suspension des délais de prescription, la question ne pouvait pas être traitée par un texte d’application comme les *Règles des Cours fédérales*.

[98] Il existe également des considérations impérieuses d’intérêt public qui favorisent ce point de vue, en particulier, l’importance du caractère définitif des

*Ainsworth Technologies Inc.*, [2001] 2 S.C.R. 460.

[99] Thus, after excluding those individuals from the class who have received positive decisions in relation to their applications for permanent residence, as well as those who received negative decisions and did not challenge those decisions in a timely manner, and those whose challenges to the legality of the scheme have already been rejected, we are left with a group of individuals who submitted applications for permanent residence in Canada between January 1, 2002 and June 28, 2002 in the skilled worker, self-employed, entrepreneur and investor categories (referred to in subsection 8(1) of the *Immigration Regulations, 1978*), excluding provincial nominees and those destined for Quebec, who have not yet received a decision in relation to their applications, or who have received a negative decision, and the time for seeking judicial review has not yet expired. I am of the view that this much narrower group of individuals, together with their dependants, constitute a limited, identifiable class defined by reference to objective criteria.

[100] As a consequence, with these refinements, I am satisfied that the second criterion for certification could be satisfied.

(c) Do the claims of the class members raise common questions of law or fact?

[101] The Minister concedes that the claims of the members of the putative class raise at least one common issue of law or fact, which the Minister identifies as “whether the members of the proposed class are entitled to have their applications for permanent residence assessed in accordance with the provisions of the former *Immigration Act* and the *Immigration Regulations, 1978*.”

[102] In light of this concession, the third criteria for certification has been satisfied.

instances : voir, par exemple, *Danyluk c. Ainsworth Technologies Inc.*, [2001] 2 R.C.S. 460.

[99] Ainsi, après avoir exclu du groupe les personnes dont la demande de résidence permanente a été accueillie, de même que celles dont la demande a été rejetée et qui n'ont pas contesté la décision en temps utile et celles dont la contestation de la légalité du régime a déjà été rejetée, il ne reste plus qu'un groupe de personnes qui ont déposé une demande de résidence permanente au Canada entre le 1<sup>er</sup> janvier 2002 et le 28 juin 2002 dans la catégorie des travailleurs qualifiés, des travailleurs autonomes, des entrepreneurs ou des investisseurs (visées au paragraphe 8(1) du *Règlement sur l'immigration de 1978*), à l'exclusion des candidats des provinces et de ceux à destination du Québec, et qui n'ont pas encore reçu une décision en rapport avec leur demande ou qui ont reçu une décision défavorable, si le délai prévu pour déposer une demande de contrôle judiciaire n'est pas encore expiré. Je suis d'avis que ces individus beaucoup moins nombreux ainsi que les personnes à leur charge constituent un groupe circonscrit et identifiable défini par rapport à un critère objectif.

[100] Par conséquent, avec ces précisions, je suis convaincue que le deuxième élément du critère d'autorisation pourrait être respecté.

c) Les réclamations des membres du groupe soulèvent-elles des points de droit ou de fait collectifs?

[101] Le ministre reconnaît que les demandes des membres du groupe envisagé soulèvent au moins un point de droit ou de fait collectif qui serait, selon le ministre [TRADUCTION] « la question de savoir si les membres du groupe envisagé ont droit à ce que leur demande de résidence permanente soit évaluée en conformité avec les dispositions de l'ancienne *Loi sur l'immigration* et du *Règlement sur l'immigration de 1978* ».

[102] À la lumière de cette concession, le troisième élément du critère d'autorisation a été respecté.

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

[103] In answering this question, subsection 299.18(2) of the *Federal Courts Rules* directs that the Court consider all relevant matters, including whether:

**299.18 (2) . . .**

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

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

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

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

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

[104] The submissions of both parties focused on the last two of the enumerated factors.

[105] Before proceeding to consider the submissions of the parties in relation to this issue, it should be observed at the outset that, as a general rule, judicial review will allow for the speedy and summary resolution of public law matters: *Tihomirovs*, at paragraph 14.

[106] That is, judicial review will ordinarily be a relatively inexpensive and expeditious means of determining the validity of a legislative scheme, without the considerable expense and delay that necessarily comes from having to notify potential class members and administer their claims.

[107] It should also be noted that, having regard to the nature of the issues raised by this case, there has been no suggestion that the discovery process is necessary, or that oral testimony needs to be adduced at a trial in

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

[103] En réponse à cette question, le paragraphe 299.18(2) des *Règles des Cours fédérales* prévoit que la Cour doit prendre en compte tous les facteurs pertinents, notamment les facteurs suivants :

**299.18 (2) [ . . . ]**

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

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

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

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

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

[104] Les observations des deux parties visaient essentiellement les deux derniers facteurs énumérés.

[105] Avant d'examiner les observations des parties sur cette question, il convient de mentionner, qu'en règle générale, le contrôle judiciaire permet le règlement expéditif et sommaire des questions de droit public : *Tihomirovs*, au paragraphe 14.

[106] Autrement dit, le contrôle judiciaire est habituellement un moyen relativement peu coûteux et relativement rapide de faire statuer sur la validité d'un régime législatif tout en évitant les frais considérables et les retards nécessairement rattachés à l'obligation d'aviser les membres potentiels du groupe et ceux rattachés au traitement de leur demande.

[107] Soulignons également que, eu égard à la nature des questions soulevées en l'espèce, on n'a pas prétendu qu'une enquête préalable était nécessaire ni qu'un témoignage de vive voix devait être présenté à

support of Mr. Tihomirovs' claim.

[108] Instead, Mr. Tihomirovs submits that the desirability of providing ready access to justice militates heavily in favour of certification in this case. In this regard, he says that requiring each member of the proposed class to commence his or her own application for judicial review would result in many of these individuals being denied relief, as negative decisions may have been rendered some time ago in their cases, and they would thus be out of time to challenge the Regulations.

[109] In other words, Mr. Tihomirovs is again arguing that the certification of a class action in this case would allow for the resurrection of the rights of Group B applicants, which rights may have otherwise expired many months ago.

[110] I have already determined that the class action provisions of the *Federal Courts Rules* cannot operate to override the limitation period contained in paragraph 72(2)(b) of the *Immigration and Refugee Protection Act*, and that, as a result, Group B applicants who have already received a negative decision in connection with their applications for permanent residence, and have allowed their rights to expire, cannot properly be included in the proposed class. Therefore, this argument cannot support a finding that a class action would be the preferable procedure to be followed in this case.

[111] The fact that paragraph 72(2)(b) of IRPA is not an absolute bar, and does contemplate extensions of time being granted for the commencement of applications for judicial review, does not, in my view assist Mr. Tihomirovs. Decisions such as *Canada (Attorney General) v. Hennelly* (1999), 244 N.R. 399 (F.C.A.) have established that, in order to obtain such an extension, the Court must be satisfied that:

1. the individual applicant has the continuing intention to pursue the application;
2. there is some merit to the application;

l'instruction au soutien de la demande de M. Tihomirovs.

[108] M. Tihomirovs soutient plutôt que le caractère souhaitable d'un accès rapide à la justice milite fortement en faveur d'une autorisation en l'espèce. À cet égard, il dit que si on exige que chaque membre du groupe envisagé présente sa propre demande de contrôle judiciaire, nombreux d'entre eux ne pourront obtenir réparation puisqu'une décision défavorable a peut-être déjà été rendue il y a quelque temps dans leur dossier et qu'il serait donc déjà trop tard pour qu'ils puissent contester le Règlement.

[109] Autrement dit, M. Tihomirovs prétend, encore une fois, que l'autorisation d'un recours collectif en l'espèce ferait renaître les droits des demandeurs du groupe B, lesquels droits sont peut-être expirés depuis plusieurs mois.

[110] Comme je l'ai déjà dit, les dispositions relatives aux recours collectifs des *Règles des Cours fédérales* ne peuvent l'emporter sur le délai de prescription prévu à l'alinéa 72(2)(b) de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, et, par conséquent, les demandeurs du groupe B dont la demande de résidence permanente a déjà été rejetée et qui n'ont pas contesté cette décision dans le délai prescrit ne peuvent régulièrement faire partie du groupe envisagé. Par conséquent, cette thèse ne peut étayer une conclusion selon laquelle un recours collectif serait le meilleur moyen en l'espèce.

[111] Certes, l'alinéa 72(2)(b) de la LIPR ne constitue pas un empêchement absolu et la disposition prévoit la possibilité de demander une prorogation du délai fixé pour la présentation d'une demande de contrôle judiciaire. Toutefois, selon moi, cela n'aide aucunement M. Tihomirovs. Des arrêts, tels que *Canada (Procureur général) c. Hennelly*, [1999] A.C.F. n° 846 (C.A.) (QL), ont établi que pour obtenir une telle prorogation de délai, le demandeur doit avoir démontré :

1. une intention constante de poursuivre sa demande;
2. que la demande est bien fondée;

3. no prejudice to the respondent arises as a result of the delay; and

4. there is a reasonable explanation for the delay.

[112] Thus, an individualized assessment of the circumstances of each applicant is required before the Court can exercise its discretion to extend the time for bringing the applications. If the Court were required to assess the situation of each member of the proposed class, on a case-by-case basis, in order to determine whether they should be permitted to advance their claim as part of the class, notwithstanding that more than 60 days had passed since the decision was made in their case, most, if not all, of the efficiencies gained by proceeding by way of a class action would be lost. Indeed, such a requirement would impose a significant additional drain on scarce judicial resources.

[113] With respect to those individuals whose applications for permanent residence have not yet been finally determined, Mr. Tihomirovs argues that, because these individuals are scattered around the globe, it is necessary that they receive notice of the proceeding in order to be able to derive any benefit from any future decision that the Court might make. Otherwise these individuals may never learn of the decision in Mr. Tihomirovs' case, and would thus be unable to derive any benefit from a positive decision in his case.

[114] Mr. Tihomirovs also says that the fact that many of the members of the proposed class lack the financial resources to pursue their rights through individual applications for judicial review, do not speak either English or French, are unfamiliar with the Canadian legal process, and do not have ready access to Canadian counsel, all militate in favour of the matter being allowed to proceed as a class action.

[115] Moreover, allowing Mr. Tihomirovs' application for judicial review to proceed as a test case is not a satisfactory way to proceed, he submits, as by the time his case is resolved, other members of the proposed class will have received negative decisions in

3. que le défendeur ne subit pas de préjudice en raison du délai;

4. qu'il existe une explication raisonnable justifiant le délai.

[112] Ainsi, il faut évaluer la situation de chaque demandeur pour que la Cour puisse exercer son pouvoir discrétionnaire de proroger le délai prévu pour la présentation des demandes. Si la Cour devait apprécier la situation de chaque membre du groupe envisagé pour déterminer s'il y a lieu d'autoriser sa participation au groupe même si plus de 60 jours se sont écoulés depuis la décision, la plupart, sinon tous les gains en efficacité du recours collectif seraient perdus. D'ailleurs, une telle exigence imposerait un fardeau supplémentaire de taille sur les maigres ressources judiciaires.

[113] Pour ce qui concerne les individus dont la demande de résidence permanente n'a pas encore fait l'objet d'une décision définitive, M. Tihomirovs fait valoir que parce que ces personnes vivent un peu partout au monde, elles doivent être avisées de la procédure pour tirer un quelconque avantage d'une décision de la Cour. En cas contraire, ces personnes pourraient ne jamais être mise au courant de la décision rendue relativement à M. Tihomirovs et elles ne seraient donc pas capables de tirer avantage d'une décision favorable rendue à son égard.

[114] M. Tihomirovs ajoute également qu'un grand nombre de membres du groupe envisagé ne disposent pas des ressources financières nécessaires pour défendre leurs droits dans une demande individuelle de contrôle judiciaire, ne parlent ni le français ni l'anglais, ne connaissent pas le processus judiciaire canadien et n'ont pas facilement accès à un avocat canadien, et que toutes ces raisons militent en faveur d'une autorisation de recours collectif.

[115] En outre, selon M. Tihomirovs, permettre que sa demande de contrôle judiciaire soit entendue comme cause type n'est pas une manière satisfaisante de procéder puisque, quand sa demande sera enfin tranchée, la demande de résidence permanente d'autres

relation to their applications, and the 60-day limitation period for them to seek judicial review may have expired.

[116] Finally, Mr. Tihomirovs argues that to require each member of the proposed class to launch their own application for judicial review would be repetitive and unnecessarily expensive, and would place an undue burden on the judicial system.

[117] Most of Mr. Tihomirovs' arguments are premised on the assumption that a determination of the legality of the Regulations would have to be made in every individual case. That is, he seems to assume that even if he is ultimately successful in his own application for judicial review, the decision in his case would have no impact on the applications of the other members of the proposed class.

[118] This is simply not the case. Indeed, a declaration, whether obtained in an action or in the context of an application for judicial review, may determine the rights of a class of people in much the same way as a class proceeding: *Auton*, previously cited, at paragraph 47.

[119] 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.

[120] 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.

[121] The only members of the proposed class, as I have refined it, who would not be able to derive a

membres du groupe envisagé aura été rejetée et la période de 60 jours au cours de laquelle ils peuvent demander le contrôle judiciaire sera peut-être expirée.

[116] Enfin, M. Tihomirovs soutient qu'il serait répétitif et inutilement onéreux d'exiger que chaque membre du groupe envisagé présente sa propre demande de contrôle judiciaire et qu'en outre, cela imposerait un fardeau indu sur le système judiciaire.

[117] La plupart des arguments de M. Tihomirovs sont fondés sur l'hypothèse qu'il faut statuer sur la légalité du Règlement dans chaque situation individuelle. Autrement dit, il semble tenir pour acquis que même s'il finissait par avoir gain de cause dans sa propre demande de contrôle judiciaire, la décision n'aurait aucune répercussion sur les demandes des autres membres du groupe envisagé.

[118] C'est tout à fait inexact. En fait, un jugement déclaratoire, qu'il soit obtenu dans une action ou dans le cadre d'une demande de contrôle judiciaire, peut déterminer les droits d'un groupe de personnes à peu près de la même manière qu'un recours collectif : *Auton*, au paragraphe 47.

[119] 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.

[120] 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.

[121] Les seuls membres du groupe envisagé, comme je l'ai défini, qui ne pourraient tirer avantage d'une

benefit from a positive decision in Mr. Tihomirovs' case are those individuals who may receive negative decisions in relation to their applications for permanent residence between now and the time that Mr. Tihomirovs' application for judicial review is finally decided, and who do not preserve their rights by seeking judicial review of those decisions in a timely manner.

[122] By itself, this consideration does not, in my view, justify the conclusion that a class action would be the preferable procedure for resolving the common issues raised by this case. While the giving of notice to those who may potentially be negatively affected by the Regulations is an important consideration, in light of the fact that I have already found it to be plain and obvious that Mr. Tihomirovs' application is destined to fail, the complexities and expense of proceeding by way of class action do not, in my view, outweigh the efficiencies that would be achieved by having the issues raised by Mr. Tihomirovs determined in the context of his application for judicial review.

[123] I would further observe that while it is impossible to speculate as to how many individuals could potentially find themselves in the situation described above, if their situation is a matter of concern to Mr. Tihomirovs, it would certainly be open to him to seek to have the hearing of his application for judicial review expedited, thereby limiting the number of people potentially so affected.

[124] For these reasons, Mr. Tihomirovs has failed to satisfy me that a class action would be the preferable procedure for the resolution of the issues raised by this case.

(e) Is Mr. Tihomirovs a suitable representative plaintiff?

[125] The requirements for establishing that the proposed representative plaintiff would indeed be an appropriate one are set out in paragraph 299.18(1)(e) of the Rules. This provision requires that it be established that the proposed representative plaintiff:

**299.18 (1) . . .**

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

décision favorable dans le dossier de M. Tihomirovs sont les personnes dont la demande de résidence permanente serait refusée entre aujourd'hui et la date à laquelle sera tranchée la demande de contrôle judiciaire de M. Tihomirovs et qui ne demanderaient pas le contrôle judiciaire de la décision en temps opportun.

[122] En soi, cela ne justifie pas, selon moi, de conclure que le recours collectif est le meilleur moyen de régler les points collectifs soulevés en l'espèce. L'envoi d'un avis aux personnes sur lesquelles le Règlement pourrait avoir des effets défavorables est une considération importante. Toutefois, compte tenu de ma conclusion selon laquelle il est évident et manifeste que la demande de M. Tihomirovs est vouée à l'échec, la complexité d'un recours collectif et les frais qu'il entraîne ne l'emportent pas, selon moi, sur les gains en efficacité qui seraient réalisés si les questions soulevées par M. Tihomirovs étaient tranchées dans le contexte de sa demande de contrôle judiciaire.

[123] J'ajouterais que bien qu'il soit impossible de dire combien d'individus pourraient se trouver dans la situation décrite plus haut, si cette situation préoccupe M. Tihomirovs, il pourrait très certainement demander que sa demande de contrôle judiciaire soit tranchée par une instruction accélérée, ce qui limiterait le nombre de personnes susceptibles de subir de telles répercussions.

[124] Pour ces motifs, M. Tihomirovs ne m'a pas convaincue qu'un recours collectif serait le meilleur moyen de régler les questions soulevées en l'espèce.

e) M. Tihomirovs est-il un représentant demandeur acceptable?

[125] Les facteurs permettant d'établir qu'un demandeur représenterait bien les intérêts du groupe sont établis à l'alinéa 299.18(1)e) des Règles. La disposition exige qu'il soit établi que le représentant demandeur envisagé :

**299.18 (1) [. . .]**

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



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

(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.

(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.

[126] The Minister initially challenged Mr. Tihomirovs' suitability as a representative on the basis that he was potentially in a conflict of interest in relation to some of the other members of the class by virtue of the fact that he was a party to the *Borisova* application, and others were not.

[127] When counsel for the Minister was asked to clarify this argument at the hearing, he indicated that he would consider whether to pursue the argument. The argument was not mentioned again, and I understand it to have been abandoned. No other argument has been advanced by the Minister as to why Mr. Tihomirovs would not be a suitable representative plaintiff.

[128] Having considered the factors enumerated in paragraph 299.18(1)(e) of the Rules, I am satisfied that Mr. Tihomirovs has met the requirements of this provision, and that he would be a suitable representative plaintiff.

[129] In this regard, I note that Mr. Tihomirovs has undertaken to fairly and adequately represent the interests of the class, and that no reason has been advanced to suggest that he would not do so.

[130] Mr. Tihomirovs has prepared a litigation plan for the proposed class 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, and thus satisfies the second requirement of the rule.

[131] As was noted previously, while the Minister initially suggested that Mr. Tihomirovs could be in a conflict of interest *vis-à-vis* some of the other members

[126] Le ministre avait au départ contesté la qualité de représentant de M. Tihomirovs en raison d'un possible conflit d'intérêts avec quelques autres membres du groupe du fait qu'il était une des parties dans la demande *Borisova* contrairement à d'autres.

[127] Lorsqu'on a demandé à l'avocat de clarifier cet argument à l'audience, il a dit qu'il allait évaluer s'il allait le retenir. L'argument n'a plus été mentionné et j'ai compris qu'il n'avait pas été retenu. Le ministre n'a avancé aucun autre argument remettant en cause la qualité de représentant de M. Tihomirovs.

[128] Ayant examiné les facteurs énumérés à l'alinéa 299.18(1)e des Règles, je suis convaincue que M. Tihomirovs satisfait aux exigences de la disposition et qu'il serait un représentant demandeur acceptable.

[129] À cet égard, je constate que M. Tihomirovs s'est engagé à représenter les intérêts du groupe de façon équitable et appropriée et que rien n'indique qu'il ne le ferait pas.

[130] M. Tihomirovs a élaboré, pour le recours collectif envisagé, un plan qui propose une méthode efficace pour poursuivre l'action au nom du groupe et tenir les membres informés du déroulement de l'instance, ce qui satisfait à la deuxième exigence de la disposition.

[131] Comme je l'ai souligné précédemment, le ministre avait au départ prétendu que M. Tihomirovs pouvait avoir un conflit d'intérêts avec d'autres

of the class, this argument was abandoned at the hearing. Having reviewed the matter myself, it does not appear that there are any facts or circumstances that would place Mr. Tihomirovs in a conflict of interest. As a consequence, I am satisfied that the third requirement has been met.

[132] Finally, Mr. Tihomirovs has provided a summary of the agreement between himself and his counsel with respect to fees and disbursements, satisfying the final element of the test.

[133] I am therefore satisfied that Mr. Tihomirovs would be a suitable representative plaintiff.

#### Conclusion

[134] As was noted earlier, the list contained in subsection 299.18(1) of the Rules is conjunctive. Having failed to satisfy two of the criteria for certification, it follows that a motion for certification would not be successful. As a consequence, the motion to convert Mr. Tihomirovs' application for judicial review to an action should be and will be dismissed.

[135] Having refused to allow Mr. Tihomirovs' application for judicial review to be treated and proceeded with as an action, it is not necessary to deal further with the motion for certification.

#### Costs

[136] The Minister does not seek his costs of this motion. Mr. Tihomirovs does not seek an order of costs in relation to this motion, simply submitting that he should be entitled to his costs at the end of the day, should his claim succeed.

[137] In the circumstances, there will be no order of costs.

#### Certification of a question

[138] Given that these motions arise in the context of an immigration proceeding, there was some question in

membres du groupe, mais l'argument a été abandonné à l'audience. Après avoir examiné la question, j'estime qu'il n'y a ni fait ni circonstance qui placerait M. Tihomirovs en conflit d'intérêts. Par conséquent, je suis convaincue que la troisième condition a été respectée.

[132] Enfin, M. Tihomirovs a communiqué un sommaire de l'entente relative aux honoraires et débours intervenue entre lui et son avocat, ce qui satisfait au dernier volet du critère.

[133] Je suis donc convaincue que M. Tihomirovs serait un représentant demandeur acceptable.

#### Conclusion

[134] Comme je l'ai dit précédemment, les conditions énoncées au paragraphe 299.18(1) des Règles sont conjonctives. Puisqu'il n'a pas été satisfait à deux des conditions du critère d'autorisation, il s'ensuit que la requête en autorisation ne serait pas accueillie. Par conséquent, la requête pour faire convertir la demande de contrôle judiciaire de M. Tihomirovs en action doit être rejetée et elle sera rejetée.

[135] Puisque j'ai refusé que la demande de contrôle judiciaire de M. Tihomirovs soit instruite comme s'il s'agissait d'une action, il ne m'est pas nécessaire d'examiner davantage la requête en autorisation.

#### Dépens

[136] Le ministre ne demande pas les dépens relatifs à la présente requête. M. Tihomirovs ne demande pas une ordonnance relative aux dépens en rapport avec la présente requête, mais il soutient tout simplement qu'il devrait avoir droit à ses dépens à l'issue de la cause si sa demande est accueillie.

[137] Dans les circonstances, il n'y aura aucune ordonnance relative aux dépens.

#### Certification d'une question

[138] Puisque les présentes requêtes sont soulevées dans le contexte d'une procédure d'immigration, les

the minds of counsel as to whether it is necessary for the Court to certify a question in accordance with the provisions of paragraph 74(d) of the *Immigration and Refugee Protection Act* in order for either party to have a right of appeal from this decision.

[139] Counsel asked for time to consider their positions on this matter. The parties shall have 10 days from the date of this decision in which to file submissions as to whether any right of appeal from this decision is dependent upon the certification of a question. In this regard, counsel should address the decision of the Federal Court of Appeal in *Chen v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2005] 3 F.C.R. 589 (F.C.A.).

[140] The parties shall also propose any question or questions that either side may feel are appropriate for certification within the same time frame.

[141] Both parties will then have five days to respond to the other's submissions, following which an order will issue.

avocats se sont demandé s'il était nécessaire que la Cour certifie une question en conformité avec les dispositions de l'alinéa 74d) de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés* pour que la présente décision puisse être portée en appel par l'une ou l'autre des parties.

[139] Les avocats ont sollicité un délai pour prendre position sur la question. Les parties disposeront de 10 jours à compter de la date de la présente décision pour déposer leurs observations sur la question de savoir si le droit d'appel de la présente décision est subordonné à la certification d'une question. À cet égard, les avocats devraient examiner l'arrêt de la Cour d'appel fédérale dans *Chen c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2005] 3 R.C.F. 589.

[140] Les parties disposeront du même délai pour proposer toute question qui leur semble appropriée aux fins de certification.

[141] Chaque partie disposera ensuite de cinq jours pour répondre aux observations de l'autre partie et je rendrai une ordonnance par la suite.