

	2019 FC 766 T-940-18	2019 CF 766 T-940-18
Proposed Class Proceeding		Recours collectif envisagé
Geraldine Shier LaLiberte, Eileen Rheindel LaLiberte, and Robert Doucette (<i>Plaintiffs</i>)		Geraldine Shier LaLiberte, Eileen Rheindel LaLiberte et Robert Doucette (<i>demandeurs</i>)
v.		c.
The Attorney General of Canada (<i>Defendant</i>)		Le procureur général du Canada (<i>défendeur</i>)
	T-1251-18	T-1251-18
Proposed Class Proceeding		Recours collectif envisagé
Annette McComb (<i>Plaintiff</i>)		Annette McComb (<i>demanderesse</i>)
v.		c.
Her Majesty the Queen (<i>Defendant</i>)		Sa Majesté la Reine (<i>défenderesse</i>)
	T-1904-18	T-1904-18
Proposed Class Proceeding		Recours collectif envisagé
Randy Darren Ouellette (<i>Plaintiff</i>)		Randy Darren Ouellette (<i>demanderesse</i>)
v.		c.
Her Majesty the Queen (<i>Defendant</i>)		Sa Majesté la Reine (<i>défenderesse</i>)
	T-2166-18	T-2166-18
Proposed Class Proceeding		Recours collectif envisagé
Brian Day (<i>Plaintiff</i>)		Brian Day (<i>demandeur</i>)
v.		c.
The Attorney General of Canada (<i>Defendant</i>)		Le procureur général du Canada (<i>défendeur</i>)
INDEXED AS: LALIBERTE v. CANADA (ATTORNEY GENERAL)		RÉPERTORIÉ : LALIBERTE c. CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL)
Federal Court, Phelan J.—Vancouver, March 6 and 7; Ottawa, May 31, 2019.		Cour fédérale, juge Phelan—Vancouver, 6 et 7 mars; Ottawa, 31 mai 2019.

Practice — Class Proceedings — Motions for carriage of proposed class proceeding on behalf of Métis, non-status Indians (NSI) affected by “Sixties Scoop” — Cases involving persons not included in litigation, settlement in Riddle v. Canada, Brown v. Canada (Attorney General) — “Carriage motions” seeking determination as to which representative plaintiffs’ class action should proceed — One carriage motion brought in respect of Day v. Canada (Attorney General) (T-2166-18) action (Day action) — Other carriage motion brought by plaintiffs in three actions sought to be consolidated (LMO action) — Issue which case should be advanced on behalf of class — Federal Courts Act, s. 50, Federal Courts Rules, r. 105(b) sufficient authority to permit Court to decide carriage motions — Best interests of class paramount — Representative quality of proposed plaintiff weighing in favour of Day action because of experience, focus Day action counsel having toward NSI community — Focus, attention paid to NSI experience, community important — Quality, expertise, conduct of counsel also weighing in favour of Day action — Carriage of proposed class proceeding granted to Day action.

These were two motions for carriage of a proposed class proceeding on behalf of Métis and non-status Indians (NSI) affected by the “Sixties Scoop”.

The Sixties Scoop was a federal program whereby status Indian, Métis and NSI children were taken from their parents and placed in non-Indigenous foster homes or put up for adoption. The motions related to cases initiated on behalf of persons who were not included in the Sixties Scoop litigation and settlement in *Riddle v. Canada* and in *Brown v. Canada (Attorney General)*. The “carriage motions” at issue sought a determination as to which representative plaintiffs’ class action should proceed as represented by their group of law firms while the other class actions are stayed. One carriage motion was brought in respect of the *Day v. Canada (Attorney General)* (T-2166-18) action (the Day action) and it asked to grant carriage of the Day action to its counsel Koskie Minsky LLP (KM) and Paliare Roland Rosenberg Rothstein LLP (PR) (KM/PR group). The other carriage motion was brought by the plaintiffs in three actions that were sought to be consolidated: *LaLiberte v. Canada (Attorney General)*, *McComb v. Canada* and *Ouellette v. Canada* (the LMO action). Counsel in that action formed a consortium consisting of five law firms.

Pratique — Recours collectifs — Requêtes en conduite de l’instance relativement à un recours collectif envisagé pour le compte des Métis et des Indiens non-inscrits (INI) touchés par la « rafle des années soixante » — Les affaires concernaient des personnes qui ne faisaient pas partie de l’instance et du règlement intervenu dans les affaires Riddle c. Canada et Brown c. Canada (Procureur général) — Les « requêtes en conduite de l’instance » visaient à faire déterminer lequel des recours collectifs intentés par les représentants demandeurs devrait être retenu pour la poursuite de l’instance — L’une des requêtes en conduite de l’instance a été présentée relativement à l’affaire Day c. Canada (Procureur général) (T-2166-18) (l’action de M. Day) — L’autre requête en conduite de l’instance a été présentée par les demandeurs relativement à trois instances, dont on a demandé la réunion (l’action des demandeurs LMO) — Il s’agissait de savoir quelle instance il y aurait lieu de poursuivre pour le compte du groupe — L’art. 50 de la Loi sur les Cours fédérales et l’art. 105b) des Règles des Cours fédérales suffisent pour permettre à la Cour de trancher les requêtes en conduite de l’instance — L’intérêt supérieur du groupe était primordial — La qualité des représentants du demandeur envisagé militait en faveur de l’action de M. Day en raison de l’expérience et de l’intérêt que ses avocats ont démontré envers la collectivité des INI — L’intérêt et l’attention démontrés envers les INI et leur collectivité étaient importants — La qualité, les compétences et la conduite des avocats ont joué en faveur de l’action de M. Day — La conduite de l’instance relative au recours collectif envisagé a été confiée au demandeur dans l’action de M. Day.

Il s’agissait de deux requêtes en conduite de l’instance relativement à un recours collectif envisagé pour le compte des Métis et des Indiens non-inscrits (INI) touchés par la « rafle des années soixante ».

La rafle des années soixante était un programme fédéral dans le cadre duquel les enfants indiens inscrits, métis et ceux qui étaient des INI ont été enlevés à leurs parents et placés dans des foyers d’accueil non autochtones ou donnés en adoption. Les requêtes visaient des poursuites intentées pour le compte de personnes qui ne faisaient pas partie de l’instance relative à la rafle des années soixante et du règlement intervenu dans les affaires *Riddle c. Canada* et *Brown c. Canada (Procureur général)*. Les « requêtes en conduite de l’instance » en cause visaient à faire déterminer lequel des recours collectifs intentés par les représentants demandeurs, désignés par leur propre groupe de cabinets d’avocats, serait retenu pour la poursuite de l’instance, et lesquels seraient suspendus. L’une des requêtes en conduite de l’instance a été présentée relativement à l’instance visée dans l’affaire *Day c. Canada (Procureur général)* (T-2166-18) (l’action de M. Day), et on y demandait de confier la conduite de l’action de M. Day aux avocats de ce dernier, les cabinets Koskie Minsky LLP (KM) et Paliare Roland Rosenberg Rothstein LLP (PR) (collectivement, les cabinets KM/PR).

At issue was which case should be advanced on behalf of the class.

Held, carriage of the proposed class proceeding is granted to the Day action.

The Federal Court class action rules have no specific provision for carriage contests. However, section 50 of the *Federal Courts Act*, giving the power to stay a matter and, most particularly, paragraph 105(b) of the *Federal Courts Rules* (Rules), giving the power to stay one proceeding until another proceeding is determined, are sufficient authority read in the context of rule 3 to permit the Court to decide carriage motions. Consistent with *VitaPharm Canada Ltd v. F. Hoffmann-LaRoche Ltd*, the best interests of the class were determined to be paramount. Those interests focus on the best representative plaintiff, the qualities of the case, and the knowledge and experience of counsel. Among the factors examined, the representative quality of the proposed plaintiff weighed in favour of the Day action because of the experience and focus the Day action counsel have toward the NSI community. The LMO representative plaintiffs had not advanced a case for their representation of the NSI component of the litigation. The focus and attention paid to the NSI experience and community was important in this case. The preparation and readiness of the action favoured the LMO action in that it conducted archival studies and prepared at least one expert report. Both the class definition and the scope of causes of action factors were essentially neutral. The quality, expertise and conduct of counsel weighed in favour of the Day action. The importance of this factor depends on the circumstances. Here, both law firm groups had extensive class action experience. They also both had experience acting for Métis people, although members of the KM/PR group had experience on behalf of NSI people as well. The consortium advanced no details of its organization, division of labour, or management which established that it was materially better able to act for Métis and NSI across the country. The Court was left with a history of past performance and a few assumptions that were the basis for a qualitative distinction between the two groups. There was no established qualitative difference between the competing groups on the point of geography. Allegations of adverse conduct against several members of the consortium were not grounds to deny the consortium carriage of the case.

L'autre requête en conduite de l'instance a été présentée par les demandeurs relativement à trois instances, dont on a demandé la réunion : *LaLiberte c. Canada (Procureur général)*, *McComb c. Canada* et *Ouellette c. Canada* (l'action des demandeurs LMO). Les avocats dans cette action ont constitué un consortium formé de cinq cabinets.

Il s'agissait de savoir quelle instance il y avait lieu de poursuivre pour le compte du groupe.

Jugement : la conduite de l'instance relative au recours collectif envisagé est confiée à l'action de M. Day.

Les règles des Cours fédérales relatives aux recours collectifs ne comportent aucune disposition particulière applicable aux contestations concernant la conduite d'une instance. Toutefois, l'article 50 de la *Loi sur les Cours fédérales*, qui confère le pouvoir de suspendre une affaire et, plus particulièrement, l'alinéa 105b) des *Règles des Cours fédérales* (les Règles), qui confère le pouvoir de suspendre une instance jusqu'à ce qu'une décision soit rendue à l'égard d'une autre instance, suffisent pour permettre à la Cour, conformément à la règle 3, de trancher les requêtes en conduite de l'instance. Conformément à la décision *VitaPharm Canada Ltd. v. F. Hoffmann-La Roche Ltd.*, l'intérêt supérieur du groupe a été jugé primordial. Cet intérêt porte plus particulièrement sur le meilleur représentant demandeur, les qualités de l'affaire ainsi que les connaissances et l'expérience des avocats. Parmi les facteurs examinés, la qualité des représentants du demandeur envisagé militait en faveur de l'action de M. Day en raison de l'expérience et de l'intérêt que ses avocats ont démontré envers la collectivité des INI. Les représentants demandeurs LMO n'ont pas présenté d'éléments au soutien de leur représentation du volet du litige qui touchent les INI. L'intérêt et l'attention démontrés envers les INI et leur collectivité étaient importants en l'espèce. Les mesures préparatoires au recours collectif et son état d'avancement ont favorisé l'action des demandeurs LMO parce que les avocats ont examiné des documents d'archives et ont au moins un rapport d'expert. Les facteurs de la définition du groupe et de l'étendue des causes d'action étaient en grande partie neutres. La qualité, les compétences et la conduite des avocats ont joué en faveur de l'action de M. Day. L'importance de ce facteur dépend des circonstances. Dans le contexte des présentes actions, les deux groupes de cabinets d'avocats possédaient une vaste expérience des recours collectifs. Les deux cabinets avaient également déjà agi pour le compte des Métis, bien que les membres des cabinets KM/PR aient aussi également agi pour le compte des INI. Le consortium a été avare de détails sur son organisation, sa division du travail ou sa direction, éléments qui lui permettraient d'établir qu'il était beaucoup plus en mesure de représenter les Métis et les INI partout au pays. La Cour n'a pu compter que sur un historique de résultats antérieurs et sur quelques hypothèses pour établir une distinction qualitative entre les deux groupes. Aucune

Carriage of the proposed class proceeding was granted to the Day action. The actions of *LaLiberte v. Canada (Attorney General)*, *McComb v. Canada*, and *Ouellette v. Canada* were stayed *sine die*.

STATUTES AND REGULATIONS CITED

Constitution Act, 1867, 30 & 31 Vict., c. 3 (U.K.) (as am. by *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.), Schedule to the *Constitution Act, 1982*, Item 1) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 5], s. 91(24).
Federal Courts Act, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 50.
Federal Courts Rules, SOR/98-106, rr. 3, 105(b), 334.1–334.4.

TREATIES AND OTHER INSTRUMENTS CITED

United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples, 13 September 2007, G.A. Res. 61/295.

CASES CITED

APPLIED:

VitaPharm Canada Ltd. v. F. Hoffmann-La Roche Ltd., [2000] O.J. No. 4594, 101 A.C.W.S. (3d) 472 (Sup. Ct.); *David v. Loblaw*; *Breckon v. Loblaw*, 2018 ONSC 1298, 289 A.C.W.S. (3d) 253.

CONSIDERED:

Heyder v. Canada (Attorney General), 2018 FC 432, 295 A.C.W.S. (3d) 250; *Kowalyszyn v. Valeant Pharmaceuticals International Inc.*, 2016 ONSC 3819, 268 A.C.W.S. (3d) 519; *Strohmaier v. British Columbia (Attorney General)*, 2018 BCSC 1613, 296 A.C.W.S. (3d) 699; *Quenneville v. Audi AG*, 2018 ONSC 1530, 290 A.C.W.S. (3d) 30.

REFERRED TO:

Riddle v. Canada, 2018 FC 641, [2018] 4 F.C.R. 491, 296 A.C.W.S. (3d) 36; *Brown v. Canada (Attorney General)*, 2013 ONSC 5637, 233 A.C.W.S. (3d) 296; *Daniels v. Canada (Indian Affairs and Northern Development)*, 2013

différence qualitative n'existait entre les groupes concurrents en ce qui a trait à la question de la représentation géographique. Les allégations faites contre plusieurs membres du consortium relativement à un comportement préjudiciable ne constituaient pas un motif pour refuser de confier la conduite de l'instance au consortium.

La conduite de l'instance relative au recours collectif envisagé a été confiée au demandeur dans l'action de M. Day. Il a été sursis *sine die* aux actions intentées dans les affaires *LaLiberte c. Canada (Procureur général)*, *McComb c. Canada* et *Ouellette c. Canada*.

LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

Code of Professional Conduct for British Columbia, 1^{er} janvier 2013.
Loi constitutionnelle de 1867, 30 & 31 Vict., ch. 3 (R.-U.) (mod. par la *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.), annexe de la *Loi constitutionnelle de 1982*, n° 1) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 5], art. 91(24).
Loi sur les Cours fédérales, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 50.
Règles des Cours fédérales, DORS/98-106, règles 3, 105b), 334.1–334.4.

TRAITÉS ET AUTRES INSTRUMENTS CITÉS

Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones, 13 septembre 2007, Rés. A.G. A/61/295.

JURISPRUDENCE CITÉE

DÉCISIONS APPLIQUÉES :

VitaPharm Canada Ltd. v. F. Hoffmann-La Roche Ltd., [2000] O.J. No. 4594, 101 A.C.W.S. (3d) 472 (C.S.); *David v. Loblaw*; *Breckon v. Loblaw*, 2018 ONSC 1298, 289 A.C.W.S. (3d) 253.

DÉCISIONS EXAMINÉES :

Heyder c. Canada (Procureur général), 2018 CF 432; *Kowalyszyn v. Valeant Pharmaceuticals International Inc.*, 2016 ONSC 3819, 268 A.C.W.S. (3d) 519; *Strohmaier v. British Columbia (Attorney General)*, 2018 BCSC 1613, 296 A.C.W.S. (3d) 699; *Quenneville v. Audi AG*, 2018 ONSC 1530, 290 A.C.W.S. (3d) 30.

DÉCISIONS CITÉES :

Riddle c. Canada, 2018 CF 641, [2018] 4 R.C.F. 491; *Brown v. Canada (Attorney General)*, 2013 ONSC 5637, 233 A.C.W.S. (3d) 296; *Daniels c. Canada (Affaires Indiennes et du Nord canadien)*, 2013 CF 6, [2013] 2 R.C.F. 268, conf.

FC 6, [2013] 2 F.C.R. 268, affd 2016 SCC 12, [2016] 1 S.C.R. 99; *Anderson v. Canada (Attorney General)*, 2016 NLTD(G) 179, 273 A.C.W.S. (3d) 251; *R. v. Powley*, 2003 SCC 43, [2003] 2 S.C.R. 207; *Whiting v. Menu Foods Operating Limited Partnership*, [2007] O.J. No. 3996 (QL), 160 A.C.W.S. (3d) 947 (Sup. Ct.); *Duzan v. Glaxosmithkline, Inc.*, 2011 SKQB 118, 372 Sask. R. 108; *Chudy v. Merchant Law Group*, 2008 BCCA 484, 171 A.C.W.S. (3d) 953, supplementary reasons 2009 BCCA 93, 175 A.C.W.S. (3d) 677; *Settingington v. Merck Frosst Canada Ltd.*, [2006] O.J. No. 376 (QL), 145 A.C.W.S. (3d) 566 (Sup. Ct.); *Grasby v. Merck Frosst Canada Ltd.*, 2007 MBQB 42, 155 A.C.W.S. (3d) 1035; *Drover v. BCE Inc.*, 2013 BCSC 50, 225 A.C.W.S. (3d) 35; *McCallum-Boxe v. Sony Corp.*, 2015 ONSC 6896, 260 A.C.W.S. (3d) 24; *Hardy v. Canada (Attorney General)* (June 1, 2018), T-143-18 (F.C.); *Murphy v. Compagnie Amway Canada*, 2015 FC 958, 257 A.C.W.S. (3d) 529; *Manuge v. Canada*, 2008 FC 624, [2009] 1 F.C.R. 416; *Moscowitz v. Attorney General of Quebec*, 2017 QCCS 3961, 2017 CarswellQue 7560; *Mancinelli v. Barrick Gold Corp.*, 2016 ONCA 571, 268 A.C.W.S. (3d) 729; *Ross River Dena Council v. Canada (Attorney General)*, 2017 YKSC 59, 285 A.C.W.S. (3d) 226; *Manitoba Metis Federation Inc. v. Canada (Attorney General)*, 2013 SCC 14, [2013] 1 S.C.R. 623.

AUTHORS CITED

The Law Society of British Columbia. *Code of Professional Conduct for British Columbia*, January 1, 2013.

MOTIONS for carriage of a proposed class proceeding on behalf of Métis and non-status Indians affected by the “Sixties Scoop”. Carriage granted to *Day v. Canada (Attorney General)* (T-2166-18) action.

APPEARANCES

Ken McEwan, Q.C., Eileen M. Patel and *David Klein* for plaintiffs *Geraldine Shier LaLiberte, Eileen Rheindel LaLiberte, and Robert Doucette; Annette McComb; and Randy Darren Ouellette. Michael A. Eizenga, LSM* and *Harnimrit Sian* for plaintiff *Brian Day. Catharine Moore* and *David Culleton* for defendant.

par 2016 CSC 12, [2016] 1 R.C.S. 99; *Anderson v. Canada (Attorney General)*, 2016 NLTD(G) 179, 273 A.C.W.S. (3d) 251; *R. c. Powley*, 2003 CSC 43, [2003] 2 R.C.S. 207; *Whiting v. Menu Foods Operating Limited Partnership*, [2007] O.J. n° 3996 (QL), 160 A.C.W.S. (3d) 947 (C.S.); *Duzan v. Glaxosmithkline, Inc.*, 2011 SKQB 118, 372 Sask. R. 108; *Chudy v. Merchant Law Group*, 2008 BCCA 484, 171 A.C.W.S. (3d) 953, motifs supplémentaires 2009 BCCA 93, 175 A.C.W.S. (3d) 677; *Settingington v. Merck Frosst Canada Ltd.*, [2006] O.J. n° 376 (QL), 145 A.C.W.S. (3d) 566 (C.S.); *Grasby v. Merck Frosst Canada Ltd.*, 2007 MBQB 42, 155 A.C.W.S. (3d) 1035; *Drover v. BCE Inc.*, 2013 BCSC 50, 225 A.C.W.S. (3d) 35; *McCallum-Boxe v. Sony Corp.*, 2015 ONSC 6896, 260 A.C.W.S. (3d) 24; *Hardy c. Canada (Procureur général)* (1^{er} juin 2018), T-143-18 (C.F.); *Murphy c. Compagnie Amway Canada*, 2015 CF 958; *Manuge c. Canada*, 2008 CF 624, [2009] 1 R.C.F. 416; *Moscowitz v. Attorney General of Quebec*, 2017 QCCS 3961, 2017 CarswellQue 7560; *Mancinelli v. Barrick Gold Corp.*, 2016 ONCA 571, 268 A.C.W.S. (3d) 729; *Ross River Dena Council v. Canada (Attorney General)*, 2017 YKSC 59, 285 A.C.W.S. (3d) 226; *Manitoba Metis Federation Inc. c. Canada (Procureur général)*, 2013 CSC 14, [2013] 1 R.C.S. 623.

DOCTRINE CITÉE

The Law Society of British Columbia. *Code of Professional Conduct for British Columbia*, 1^{er} janvier 2013.

REQUÊTES en conduite de l’instance relativement à un recours collectif envisagé pour le compte des Métis et des Indiens non-inscrits touchés par la « raffle des années soixante ». La conduite de l’instance a été confiée au demandeur dans l’affaire *Day c. Canada (Procureur général)* (T-2166-18).

ONT COMPARU

Ken McEwan, c.r., Eileen M. Patel et *David Klein* pour les demandeurs *Geraldine Shier LaLiberte, Eileen Rheindel LaLiberte* et *Robert Doucette; Annette McComb; et Randy Darren Ouellette. Michael A. Eizenga, LSM* et *Harnimrit Sian* pour le demandeur *Brian Day. Catharine Moore* et *David Culleton* pour le défendeur.

SOLICITORS OF RECORD

Aboriginal Law Group, Saskatoon, *Strosberg Sasso Sutts LLP*, Windsor, and *DD West LLP*, Calgary and Winnipeg, for plaintiffs Geraldine Shier LaLiberte, Eileen Rheindel LaLiberte, and Robert Doucette.

Klein Lawyers LLP, Vancouver, for plaintiff Annette McComb.

Merchant Law Group LLP, Regina, for plaintiff Randy Darren Ouellette.

McEwan Cooper Dennis LLP, Vancouver, for plaintiffs Geraldine Shier LaLiberte, Eileen Rheindel LaLiberte, and Robert Doucette; Annette McComb; and Randy Darren Ouellette, on the application.

Koskie Minsky LLP and *Paliare Roland Rosenberg Rothstein LLP*, Toronto, for plaintiff Brian Day.

Bennett Jones LLP, Toronto, for plaintiff Brian Day, on the application.

Deputy Attorney General of Canada for defendant.

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

PHELAN J.:

I. Introduction

[1] The matter to be decided is two motions for carriage of a proposed class proceeding on behalf of Métis and non-status Indians (NSI) affected by the “Sixties Scoop” (also the “Scoop”)—as it is generally called. The Sixties Scoop, a federal program whereby status Indian, Métis and NSI children were taken from their parents and placed in non-Indigenous foster homes or put up for adoption, is described in *Riddle v. Canada*, 2018 FC 641, [2018] 4 F.C.R. 491, 296 A.C.W.S. (3d) 36 (*Riddle*).

[2] The class members in *Riddle* were status Indians. The present motions relate to several cases initiated on behalf of persons who were not included in the Sixties

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

Aboriginal Law Group, Saskatoon, *Strosberg Sasso Sutts LLP*, Windsor, et *DD West LLP*, Calgary et Winnipeg, pour les demandeurs Geraldine Shier LaLiberte, Eileen Rheindel LaLiberte et Robert Doucette.

Klein Lawyers LLP, Vancouver, pour la demanderesse Annette McComb.

Merchant Law Group LLP, Régina, pour le demandeur Randy Darren Ouellette.

McEwan Cooper Dennis LLP, Vancouver, pour les demandeurs Geraldine Shier LaLiberte, Eileen Rheindel LaLiberte et Robert Doucette; Annette McComb; et Randy Darren Ouellette, dans la demande.

Koskie Minsky LLP et *Paliare Roland Rosenberg Rothstein LLP*, Toronto, pour le demandeur Brian Day.

Bennett Jones LLP, Toronto, pour le demandeur Brian Day, dans la demande.

La sous-procureure générale du Canada pour le défendeur.

Ce qui suit est la version française des motifs de l’ordonnance et l’ordonnance rendus par

LE JUGE PHELAN :

I. Introduction

[1] La Cour est saisie de deux requêtes en conduite de l’instance relativement à un recours collectif envisagé pour le compte des Métis et des Indiens non-inscrits (INI) touchés par ce qu’on appelle généralement la « raffle des années soixante » (ou simplement, la « raffle »). La raffle des années soixante est un programme fédéral dans le cadre duquel les enfants indiens inscrits, métis et ceux qui sont des INI ont été enlevés à leurs parents et placés dans des foyers d’accueil non autochtones ou donnés en adoption. On en donne une description dans la décision *Riddle c. Canada*, 2018 CF 641, [2018] 4 R.C.F. 491, 296 A.C.W.S. (3d) 36 (*Riddle*).

[2] Les membres du groupe visé dans l’affaire *Riddle* étaient des Indiens inscrits. Les présentes requêtes visent plusieurs poursuites intentées pour le compte de personnes

Scoop litigation and settlement in *Riddle* in this Court and in *Brown v. Canada (Attorney General)*, 2013 ONSC 5637, 233 A.C.W.S. (3d) 296 (*Brown*), in the Ontario Superior Court of Justice.

[3] The “carriage motions” at issue seek a determination as to which representative plaintiffs’ class action should proceed as represented by their group of law firms while the other class actions are stayed.

II. Background

[4] The proposed class actions at issue claim for loss of identity and mental, emotional, spiritual and physical suffering inflicted on Métis and NSI children by the Sixties Scoop program.

[5] One carriage motion is brought in respect of the *Day v. Canada (Attorney General)* (T-2166-18) action (Day action) and it asks to grant carriage of the Day action to its counsel Koskie Minsky LLP (KM) and Paliare Roland Rosenberg Rothstein LLP (PR) (collectively the KM/PR group).

[6] The other carriage motion is brought by the plaintiffs in three actions that also seek to be consolidated: *LaLiberte v. Canada (Attorney General)* (T-940-18) (*LaLiberte*); *McComb v. Canada* (T-1251-18) (*McComb*); and *Ouellette v. Canada* (T-1904-18) (*Ouellette*) (collectively the LMO action). Counsel in the LMO action have formed a consortium consisting of five law firms—Strosberg Sasso Sutts LLP, Klein Lawyers LLP (Klein), Aboriginal Law Group (ALG), DD West LLP (DDW) and Merchant Law Group (MLG) and hereafter referred to as the consortium.

qui ne faisaient pas partie de l’instance relative à la rafle des années soixante et du règlement intervenu, tant dans l’affaire *Riddle* portée devant notre Cour que dans l’affaire *Brown v. Canada (Attorney General)*, 2013 ONSC 5637, 233 A.C.W.S. (3d) 296 (*Brown*), portée devant la Cour supérieure de justice de l’Ontario.

[3] Les « requêtes en conduite de l’instance » que la Cour est appelée à examiner visent à faire déterminer lequel des recours collectifs intentés par les représentants demandeurs, désignés par leur propre groupe de cabinets d’avocats qui agissent pour leur compte, sera retenu pour la poursuite de l’instance, et lesquels seront suspendus.

II. Le contexte

[4] Les demandeurs des recours collectifs envisagés en cause cherchent à obtenir une réparation pour la perte d’identité et les souffrances morales, émotionnelles, spirituelles et physiques infligées aux enfants métis et à ceux qui sont des INI dans le cadre du programme de la rafle des années soixante.

[5] L’une des requêtes en conduite de l’instance est présentée relativement à l’instance visée dans l’affaire *Day c. Canada (Procureur général)* (dossier n° T-2166-18) (l’action de M. Day). On y demande de confier la conduite de l’instance aux avocats de M. Day, les cabinets Koskie Minsky LLP (KM) et Paliare Roland Rosenberg Rothstein LLP (PR) (collectivement, les cabinets KM/PR) et de suspendre quatre autres instances, qui se chevauchent, actuellement devant la Cour.

[6] L’autre requête en conduite de l’instance est présentée par les demandeurs relativement aux trois instances, dont on demande aussi la réunion, visées dans les affaires *LaLiberte c. Canada (Procureur général)* (dossier n° T-940-18) (*LaLiberte*), *McComb c. Canada* (dossier n° T-1251-18) (*McComb*), et *Ouellette c. Canada* (dossier n° T-1904-18) (*Ouellette*) (collectivement, l’action des demandeurs LMO). Issus de cinq cabinets, les avocats qui représentent les demandeurs LMO ont constitué un consortium : Strosberg Sasso Sutts LLP, Klein Lawyers LLP (Klein), Aboriginal Law Group (ALG), DD West LLP (DDW) et Merchant Law Group (MLG), appelés ci-après le consortium.

[7] There is a fifth similar action, *Chief v. Canada (Attorney General)* (T-1616-18) (*Chief*), but there has been no indication that counsel in that case seeks carriage in terms of advancing its action and staying related actions. The *Chief* action has not been certified and any further steps on that case will be dealt with in case management.

[8] All five class actions were commenced relatively close to each other: *LaLiberte* on May 18, 2018, *McComb* on June 27, 2018 (*Chief* on September 4, 2018), *Ouellette* on October 30, 2018, and *Day* on December 20, 2018.

[9] The KM/PR group agreed to a request by Canada that this Court's decision on carriage would govern the law firms in similar provincial superior court cases, but the consortium did not. This is the "undertaking" issue discussed later.

[10] The Court ordered on January 24, 2019, that no additional proposed class actions pleading the same cause of action and facts could be commenced in the Federal Court without leave of this Court.

III. Summary of Actions

A. *LMO Action*

[11] There are three proposed representative plaintiffs for the LMO action, Robert Doucette, Annette McComb and Randy Ouellette, all survivors of the Sixties Scoop program.

[12] Doucette is a Métis man who was placed in foster care and made a permanent ward when he was about six months old. He has subsequently worked to educate people on the Sixties Scoop, and held leadership positions within Métis organizations.

[7] La Cour est saisie d'une cinquième instance semblable, dans l'affaire *Chief c. Canada (Procureur général)* (dossier n° T-1616-18) (*Chief*); toutefois, rien n'indique que le cabinet d'avocats agissant dans cette affaire demande à la Cour de lui conférer la conduite de l'instance et de suspendre les instances connexes. L'action de M. Chief n'a pas été autorisée comme recours collectif et toute autre mesure prise dans cette affaire sera traitée dans le cadre de la gestion des instances.

[8] Les cinq recours collectifs ont été introduits à des dates relativement rapprochées : dans l'affaire *LaLiberte*, le 18 mai 2018; dans l'affaire *McComb*, le 27 juin 2018; (dans l'affaire *Chief*, le 4 septembre 2018); dans l'affaire *Ouellette*, le 30 octobre 2018; et dans l'affaire *Day*, le 20 décembre 2018.

[9] Les cabinets KM/PR ont consenti à la demande du Canada portant que la décision de notre Cour relativement à la conduite de l'instance s'appliquerait aux cabinets d'avocats dans des poursuites intentées devant les cours supérieures provinciales, contrairement au consortium. Nous aborderons plus loin ce point qui concerne l'« engagement ».

[10] Le 24 janvier 2019, la Cour a ordonné qu'aucun autre recours collectif envisagé dans lequel seront allégués la même cause d'action et les mêmes faits ne pourra être intenté devant la Cour fédérale sans son autorisation.

III. Résumé des instances

A. *L'action des demandeurs LMO*

[11] Trois représentants demandeurs sont proposés pour l'action des demandeurs LMO : Robert Doucette, Annette McComb et Randy Ouellette, tous des survivants du programme de la rafle des années soixante.

[12] Monsieur Doucette est un Métis qui a été placé en famille d'accueil; il est devenu un pupille permanent à l'âge d'environ six mois. Par la suite, il a entrepris d'informer les gens sur la rafle des années soixante et a occupé des postes de direction au sein d'organisations métisses.

[13] McComb is a Métis woman who was placed with a non-Indigenous adoptive family when she was about six months old. She discovered her Métis roots later in life. She works with Indigenous and at risk youth, and has served in Indigenous and Métis-specific organizations.

[14] Ouellette is also a Métis man, placed with a non-Indigenous family, which he left when he was 13. He turned to alcohol but has since turned his life around. He is connected to Indigenous communities and attends Métis meetings. He favours the consortium because Métis are in the West and he felt it would be strange to be represented by Toronto law firms.

[15] Each of the LMO representatives exhibit knowledge of, and commitment to, the duties of representative plaintiffs and have deep roots into their Métis communities. They advance no particular connection to the NSI communities.

B. *Day Action*

[16] Brian Day is also a Métis man. He did not file an affidavit and information concerning him comes from his amended statement of claim and affidavit evidence from KM lawyers. This is a flaw in the Day counsel's material and while it weighs against this proposed representative, as argued by the LMO plaintiffs, those materials are sufficient for purposes of this Court's decision and establish that he can act as a representative plaintiff.

[17] Like the LMO proposed representatives, Day was taken from his family and placed in a non-Indigenous family. He was unaware of his Métis roots, culture or customs. He was removed from his adoptive parents and became a Crown ward. As pleaded, Day lost his Métis cultural identity and is not involved in Métis events. He is emotionally, spiritually and culturally disconnected and has lost contact with his Métis family, community, language and culture.

[13] Madame McComb est une Métisse qui a été placée dans une famille adoptive non autochtone lorsqu'elle avait environ six mois. Elle n'a découvert ses origines métisses que plus tard au cours de sa vie. Elle travaille auprès de jeunes Autochtones à risque et a œuvré au sein d'organisations autochtones et métisses.

[14] Monsieur Ouellette est également un Métis qui a été placé dans une famille non autochtone, qu'il a quittée à l'âge de 13 ans. Il a d'abord sombré dans l'alcool, mais a ensuite repris sa vie en main. Il entretient des liens avec les collectivités autochtones et assiste aux réunions des Métis. Il favorise le consortium parce qu'à son avis, comme les Métis habitent dans l'Ouest canadien, il serait bizarre que des cabinets d'avocats de Toronto les représentent.

[15] Chacun des représentants de l'action des demandeurs LMO a démontré sa connaissance des fonctions de représentant demandeur et son engagement à cet égard. En outre, tous sont profondément enracinés dans leur collectivité métisse. Ils n'ont fait part d'aucun lien particulier avec les collectivités d'INI.

B. *L'action de M. Day*

[16] Brian Day est aussi un Métis. Il n'a pas déposé d'affidavit et les renseignements le concernant proviennent de sa déclaration modifiée et de la preuve par affidavit produite par les avocats du cabinet KM. Il s'agit d'une lacune dans la documentation produite par les avocats de M. Day, et bien qu'elle joue contre ce représentant proposé, comme le soutiennent les demandeurs LMO, ces documents permettent à la Cour de rendre sa décision et établissent qu'il peut agir à titre de représentant demandeur.

[17] Tout comme les représentants proposés dans l'action des demandeurs LMO, M. Day a été enlevé à sa famille et placé dans une famille non autochtone. Il ignore ses origines, sa culture et ses coutumes métisses. Il a été retiré de son foyer adoptif et est devenu pupille de la Couronne. Monsieur Day allègue qu'il a perdu son identité culturelle métisse et qu'il ne participe pas aux activités des Métis. Il n'a aucun lien d'appartenance sur les plans émotif, spirituel et culturel, et il a perdu ses liens avec sa famille, sa collectivité, sa langue et sa culture métisses.

[18] In summary, unlike the LMO representative plaintiffs who have through adversity struggled and succeeded in re-establishing connections and involvement in the Métis community, Day's experience speaks to some of the worst consequences of alienation arising from the Scoop and tracks the very issues raised by the litigation concerning Métis and NSI victims of the Scoop.

[19] What is striking in respect of each of the statements of claim is the focus on the Métis connections or lack thereof with little or nothing said about the NSI communities (except the knowledge and expertise of KM/PR, particularly with respect to PR). It is striking because the NSI community has been acknowledged judicially (see *Daniels v. Canada (Indian Affairs and Northern Development)*, 2013 FC 6, [2013] 2 F.C.R. 268, at paragraph 108, aff'd 2016 SCC 12, [2016] 1 S.C.R. 99 (*Daniels*)) as a community that is approximately double the size of the Métis community and more widely dispersed across the country. It will presumably be a more complex community to communicate with as it is less organized than the Métis community. The consortium has all but ignored the NSI until recently.

C. Counsel and Steps Taken in Litigation

[20] The consortium consists of five firms with offices that spread from Montréal to Vancouver. Each firm is summarized briefly below:

- ALG's principal counsel on the action is Doug Racine of Saskatoon and a Métis man. He has represented Métis and other Indigenous residential school survivors as well as represented Métis individuals in other matters.
- DDW's team is led by Paul Chartrand, also a Métis man. He is a professor and author on Aboriginal

[18] En résumé, contrairement aux représentants demandeurs LMO qui ont réussi à rétablir des liens dans la collectivité métisse et s'y faire une place au prix de maints efforts et en défiant l'adversité, M. Day a un vécu qui témoigne des conséquences parmi les pires de l'aliénation produite par la rafle et qui est à l'origine même des questions soulevées dans le cadre des poursuites auxquelles prennent part les victimes de la rafle qui sont des Métis et des INI.

[19] Il est frappant de constater que dans chacune des déclarations, il est fait état soit des liens entretenus avec les Métis soit de l'absence de ces liens, alors qu'on y traite à peu près pas, voire pas du tout, des collectivités des INI (sauf pour ce qui est des connaissances et des compétences des avocats des cabinets KM/PR en la matière, particulièrement celles des avocats du cabinet PR). On s'en étonne parce que les tribunaux ont reconnu que la collectivité des INI (voir *Daniels c. Canada (Affaires Indiennes et du Nord canadien)*, 2013 CF 6, [2013] 2 R.C.F. 268, au paragraphe 108, conf. par 2016 CSC 12, [2016] 1 R.C.S. 99 (*Daniels*)) avait une taille pratiquement deux fois plus importante que celle de la collectivité métisse et qu'elle était établie un peu partout sur l'ensemble du territoire canadien. On peut s'attendre à ce que les communications avec cette collectivité soient plus difficiles, étant donné qu'elle est moins organisée que la collectivité métisse. Le consortium a pratiquement ignoré les INI jusqu'à tout récemment.

C. Les avocats et les moyens qu'ils ont pris pour faire avancer l'instance

[20] Le consortium est formé de cinq cabinets d'avocats dont les bureaux sont situés de Montréal à Vancouver. Voici une présentation résumée de chaque cabinet :

- Doug Racine, un Métis de Saskatoon, est l'avocat principal d'ALG responsable de l'instance. Il a agi pour le compte de survivants — métis et issus d'autres collectivités autochtones — des pensionnats indiens, et pour le compte de particuliers métis dans d'autres affaires.
- L'équipe DDW est dirigée par Paul Chartrand, également Métis. Il est professeur et a rédigé des

legal issues. He served as a commissioner on the Royal Commission on Aboriginal Peoples and was Métis ambassador to the United Nations.

- SS's team is led by Harvey Strosberg and who in this field of class actions needs no introduction. The firm and Strosberg have been involved in numerous class actions and are leaders in this field.
- Klein has been involved in several class actions and was co-counsel in *Riddle* (Sixties Scoop).
- MLG has class action and Aboriginal law experiences having been counsel for thousands of clients in the individual claims process of the residential school settlement and co-counsel on *Riddle*. The firm and its lead counsel Tony Merchant has had a "strained" relationship with varying law societies and courts. Counsel for the consortium described Merchant's activities more elegantly as "colourful".

[21] The consortium has clarified its proposed class definition in its amended statement of claim as:

... Métis and Non-Status Indian persons who were removed from their homes in Canada during the Class Period and placed in the care of non-Indigenous foster or adoptive parents.

In this regard there is no meaningful difference between the competing firms' class definitions, but the Consortium's definition reflects an amendment following the filing of the Day Action.

[22] The consortium has advanced the case by obtaining an expert report (Stevenson Report), which is focused on the experience of Métis children during the Sixties

ouvrages sur des questions de droit autochtone. Il a été commissaire à la Commission royale sur les peuples autochtones et ambassadeur des Métis aux Nations-Unies.

- L'équipe SS est dirigée par Harvey Strosberg, bien connu en matière de recours collectifs dans ce domaine. Maître Strosberg et son cabinet ont participé à de nombreux recours collectifs et sont des chefs de file en la matière.
- Maître Klein a participé à plusieurs recours collectifs et il était l'un des avocats agissant dans l'affaire *Riddle* (concernant la rafle des années soixante).
- MLG possède de l'expérience en matière de recours collectifs et de droit autochtone, ayant représenté des milliers de clients dans le processus de règlement relatif aux pensionnats applicable aux demandes individuelles, et il était l'un des cabinets d'avocats inscrits au dossier dans l'affaire *Riddle*. Le cabinet et son avocat principal, Tony Merchant, ont eu des rapports « tendus » avec divers barreaux et tribunaux. Les avocats du consortium ont utilisé un euphémisme pour décrire les agissements de M^e Merchant, les qualifiant de « colorés ».

[21] Le consortium a précisé comme suit sa définition du groupe visé par le recours collectif envisagé dans sa déclaration modifiée :

[TRADUCTION] [...] Les Métis et les Indiens non inscrits qui ont été retirés de leur foyer au Canada pendant la période visée par les recours collectifs et placés sous la garde de parents adoptifs ou de parents de familles d'accueil non autochtones.

À cet égard, les différences entre les définitions du groupe proposées par les cabinets concurrents ne sont pas significatives; toutefois, la définition du consortium présente une modification depuis le dépôt de l'action de M. Day.

[22] Le consortium a fait avancer l'affaire en obtenant un rapport d'expert (le rapport Stevenson), qui porte sur le vécu des enfants métis pendant la rafle des années soixante

Scoop in Saskatchewan. In addition, other archival research has been prepared.

[23] The Day counsel are briefly summarized as follows:

- KM is a firm with class action experience on a variety of topics. Germane to this litigation, KM acted on behalf of Indigenous people in both the residential school class actions and as co-counsel in the *Riddle Sixties Scoop* case. It has also acted for Inuit and non-Status Indians in *Anderson v. Canada (Attorney General)*, 2016 NLTD(G) 179, 273 A.C.W.S. (3d) 251.
- PR is known as a leading firm in public law with broad class action experience. Relevant to this litigation is their involvement in *Daniels* at all levels which involved Métis and NSI persons. PR has had experience in dealing with NSI issues and communities for some time and the constitutional issue of whether these two groups were “Indians” under the Constitution.

[24] The proposed class definition for the Day action class is similar to the LMO action and reads:

... [A]ll Métis and Non-Status Indian persons in Canada who were taken and placed in the care of non-Aboriginal foster or adoptive parents who did not raise the children in accordance with the Aboriginal person’s customs, traditions and practices.

[25] KM/PR has retained Gwynneth Jones and Dr. Raven Sinclair as experts. Jones was a crucial witness in *Daniels* and *R. v. Powley*, 2003 SCC 43, [2003] 2 S.C.R. 207. Sinclair was retained for her expertise in the Sixties Scoop. KM/PR has also retained an actuarial consultant.

en Saskatchewan. En outre, il a mené d’autres recherches de documents d’archives.

[23] Voici une brève présentation des avocats de M. Day :

- Le cabinet KM possède de l’expérience en matière de recours collectifs relativement à des domaines variés. Le fait qu’il ait agi pour le compte des peuples autochtones dans les recours collectifs relatifs aux pensionnats et qu’il ait été l’un des cabinets d’avocats agissant dans l’affaire *Riddle* relative à la rafle des années soixante est pertinent pour la présente instance. Il a également agi pour le compte des Inuits et des Indiens non inscrits dans l’affaire *Anderson v. Canada (Attorney General)*, 2016 NLTD(G) 179, 273 A.C.W.S. (3d) 251.
- Le cabinet PR est reconnu comme un cabinet de premier plan en droit public ayant une vaste expérience des recours collectifs. Sa participation à l’affaire *Daniels* à tous les niveaux, dans lesquelles étaient concernés des Métis et des INI, est pertinente pour la présente instance. Il a déjà eu l’occasion de s’intéresser aux questions relatives aux INI et aux collectivités d’INI ainsi qu’à la question constitutionnelle consistant à savoir si ces deux groupes étaient des « Indiens » visés par la Constitution.

[24] La définition du groupe visé par le recours collectif envisagé relativement à l’action de M. Day est semblable à celle qui concerne l’action des demandeurs LMO. La voici :

[TRADUCTION] [...] [T]ous les Métis et les Indiens non inscrits au Canada qui ont été pris en charge et placés sous la garde de parents de familles d’accueil ou adoptifs non autochtones qui n’ont pas élevé les enfants conformément aux coutumes, traditions et pratiques autochtones.

[25] Les cabinets KM/PR ont retenu les services de Gwynneth Jones et de Raven Sinclair à titre d’experts. Madame Jones a été un témoin important dans l’affaire *Daniels* ainsi que dans l’affaire *R. c. Powley*, 2003 CSC 43, [2003] 2 R.C.S. 207. Ses services ont été retenus en raison de ses connaissances relatives à la rafle

[26] In addition, KM has spoken to dozens of Métis and NSI survivors of the Sixties Scoop about this current action to educate themselves and encourage participation in this litigation.

D. Consortium and KM/PR Relationship

[27] At the Federal Court, this motion is unusual. The usual practice is for all plaintiffs' counsel to work out some form of joint venture on the lead class action they consider best to advance.

[28] The falling out between these law firms and their coming together in the present forms appears to have stemmed from the first Sixties Scoop litigation and their experiences with each other. There is no question that there is some "bad blood" remaining. KM/PR has also raised concerns about adverse comments by the courts of particularly the conduct of MLG.

[29] This "bad blood" is of little relevance to this Court presently. The concern for MLG's role, however, has some significance. The concerns expressed by courts with respect to MLG's conduct are recorded in at least the following cases referred to in KM/PR's materials:

- *Whiting v. Menu Foods Operating Limited Partnership*, [2007] O.J. No. 3996 (QL), 160 A.C.W.S. (3d) 947 (Sup. Ct.) (*Whiting*), at paragraph 17;
- *Duzan v Glaxosmithkline, Inc.*, 2011 SKQB 118, 372 Sask. R. 108, at paragraphs 36–37;

des années soixante. Les cabinets KM/PR ont également retenu les services d'un actuaire-conseil.

[26] En outre, les avocats des cabinets KM se sont entretenus avec des dizaines de Métis et INI survivants de la rafle des années soixante au sujet de la présente instance afin d'élargir leurs propres connaissances et pour inciter les survivants à y participer.

D. Les rapports entre le consortium et les cabinets KM/PR

[27] La Cour fédérale n'est pas habituellement saisie d'une requête comme celle de l'espèce. La pratique habituelle veut que tous les avocats des demandeurs s'entendent sur une forme quelconque d'entreprise commune pour mener à bien le recours collectif principal qui à leur avis permet le mieux de faire avancer l'affaire.

[28] La brouille survenue entre ces cabinets d'avocats et le fait qu'ils aient constitué les regroupements actuels semble découler du premier litige relatif à la rafle des années soixante et de leurs rapports mutuels. Il ne fait aucun doute que du « ressentiment » demeure à la suite de ces événements. Les cabinets KM/PR ont également soulevé des préoccupations au sujet des commentaires défavorables faits par les tribunaux, en particulier au sujet de la conduite de MLG.

[29] Ce « ressentiment » est peu pertinent pour la Cour à l'heure actuelle. Toutefois, la crainte quant au rôle de MLG revêt une certaine importance. Les préoccupations exprimées par les tribunaux au sujet de la conduite de MLG sont consignées dans au moins les affaires suivantes citées dans les documents provenant des cabinets KM/PR :

- *Whiting v. Menu Foods Operating Limited Partnership*, [2007] O.J. n° 3996 (QL), 160 A.C.W.S. (3d) 947 (C.S.) (*Whiting*), au paragraphe 17;
- *Duzan v GlaxoSmithKline Inc.*, 2011 SKQB 118, 372 Sask. R. 108, aux paragraphes 36 et 37;

- *Chudy v. Merchant Law Group*, 2008 BCCA 484, 171 A.C.W.S. (3d) 953, at paragraphs 17, 99–100, supplementary reasons 2009 BCCA 93, 175 A.C.W.S. (3d) 677, at paragraph 10;
- *Settingington v. Merck Frosst Canada Ltd.*, [2006] O.J. No. 376 (QL), 145 A.C.W.S. (3d) 566 (Sup. Ct.), at paragraphs 25–26;
- *Grasby v. Merck Frosst Canada Ltd.*, 2007 MBQB 42, 155 A.C.W.S. (3d) 1035, at paragraphs 2 and 8;
- *Drover v. BCE Inc.*, 2013 BCSC 50, 225 A.C.W.S. (3d) 35, at paragraph 62; and
- *McCallum-Boxe v. Sony Corp.*, 2015 ONSC 6896, 260 A.C.W.S. (3d) 24, at paragraphs 12–13.

IV. Issue

[30] The issue for the Court is which case should be advanced on behalf of the class. Modern jurisprudence has taught away from the “beauty contest” approach in which the competing law firms touted their wares and services to the present and more direct approach of which case is in the best interests of the proposed class to advance. Counsel’s experience and expertise are but one part of that approach.

[31] While each side eschewed the “beauty contest”, they spent a great deal of time and effort on self-promotion. Those submissions did have some bearing on the Court’s decision, but it did require the Court to separate “the wheat from the chaff”.

V. Analysis

[32] In this Court, Justices Fothergill and Favel have discussed carriage awards but only in the context of consent orders precluding the filing of other class actions on the

- *Chudy v. Merchant Law Group*, 2008 BCCA 484, 171 A.C.W.S. (3d) 953, aux paragraphes 17, 99 et 100, motifs supplémentaires 2009 BCCA 93, 175 A.C.W.S. (3d) 677, au paragraphe 10;
- *Settingington v. Merck Frosst Canada Ltd.*, [2006] O.J. n° 376 (QL), 145 A.C.W.S. (3d) 566 (C.S.), aux paragraphes 25 et 26;
- *Grasby v. Merck Frosst Canada Ltd.*, 2007 MBQB 42, 155 A.C.W.S. (3d) 1035, aux paragraphes 2 et 8;
- *Drover v. BCE Inc.*, 2013 BCSC 50, 225 A.C.W.S. (3d) 35, au paragraphe 62;
- *McCallum-Boxe v. Sony Corp.*, 2015 ONSC 6896, 260 A.C.W.S. (3d) 24, aux paragraphes 12 et 13.

IV. La question en litige

[30] La question que la Cour doit trancher est celle de savoir quelle instance il y a lieu de poursuivre pour le compte du groupe. S’éloignant de l’approche par laquelle les cabinets d’avocats concurrents cherchent en vantant leurs produits et services à se montrer sous leur meilleur jour, la jurisprudence moderne a plutôt retenu l’approche plus directe consistant à découvrir quel recours collectif envisagé permet le mieux d’avancer l’affaire et de servir l’intérêt supérieur des parties. L’expérience et les compétences des avocats ne constituent qu’une partie de cette approche.

[31] Bien que les deux camps aient évité de présenter des observations ne servant qu’à faire ressortir leur meilleur jour, ils ont consacré beaucoup de temps et d’efforts à se mettre en valeur. Ces observations ont eu une certaine incidence sur la décision de la Cour, mais elles ont également nécessité que la Cour sépare « le bon grain de l’ivraie ».

V. L’analyse

[32] Le juge Fothergill et le juge Favel de notre Cour ont eu à examiner des situations où ils devaient choisir de confier à un camp la conduite d’une instance, mais

same matter in this Court (see *Heyder v. Canada (Attorney General)*, 2018 FC 432, 295 A.C.W.S. (3d) 250 (*Heyder*), at paragraphs 7–8 and *Hardy v. Canada (Attorney General)* (1 June 2018) Ottawa, T-143-18 (F.C.)).

[33] This motion is the first contested carriage motion in this Court. Therefore, the considerations are somewhat different in this contested context. Despite the Scoop settlement in *Riddle* and *Brown*, for purposes of the motion, the Court must assess the matter based on the assumption that the case will be litigated.

[34] The Day plaintiff relies on the four elements adopted by Justice Fothergill in *Heyder*:

- Whether the order is in the best interest of the plaintiffs, the class members and the defendant;
- Whether the order furthers the Federal Court's commitment to robust case management;
- Whether the order reflects the Federal Court's unique national jurisdiction; and
- Whether the order promotes the objectives of judicial economy and a multiplicity of proceedings.

[35] These elements have not been considered as contested issues in this carriage motion except the first element, which is the general test for carriage in most common law jurisdictions. Justice Fothergill was never asked to consider which of two actions should proceed and take precedence over the other. The Day plaintiff's reliance on this authority is misplaced and it is unfair to read into that decision more than that for which it stands on its facts.

seulement dans le contexte d'ordonnances sur consentement comportant une interdiction d'intenter d'autres recours collectifs relativement au même objet (voir *Heyder c. Canada (Procureur général)*, 2018 CF 432 (*Heyder*), aux paragraphes 7 et 8, et *Hardy c. Canada (Procureur général)* (1^{er} juin 2018), Ottawa, dossier n° T-143-18 (C.F.)).

[33] C'est la première fois que la Cour est saisie d'une requête contestée en conduite de l'instance. Par conséquent, les éléments dont elle doit tenir compte sont quelque peu différents dans ce contexte de contestation. Malgré le règlement afférent à la rafle dans les affaires *Riddle* et *Brown*, la Cour doit, aux fins de la requête, évaluer l'affaire en tenant pour acquis que l'affaire sera instruite.

[34] Le demandeur Day s'appuie sur les quatre éléments examinés par le juge Fothergill dans la décision *Heyder* :

- L'ordonnance est-elle dans l'intérêt supérieur des demandeurs, des membres du groupe et du défendeur?
- L'ordonnance va-t-elle dans le sens de l'engagement pris par la Cour fédérale d'assurer une gestion solide de l'instance?
- L'ordonnance est-elle le reflet de la compétence nationale unique de la Cour fédérale?
- L'ordonnance favorise-t-elle la réalisation des objectifs d'économie des ressources judiciaires et permet-elle d'éviter la multiplicité des instances?

[35] À l'exception du premier élément, qui est le critère général que les tribunaux appliquent pour décider à qui ils confient la conduite de l'instance dans la plupart des juridictions de common law, ces éléments n'ont pas fait l'objet de débats dans le cadre de la présente requête. Le juge Fothergill n'a jamais été appelé à déterminer laquelle des deux instances devait être poursuivie et avoir préséance sur l'autre. Le fait que le demandeur Day se soit appuyé sur cette décision n'est pas pertinent et il n'est pas équitable de l'appliquer à des faits différents de ceux qui ont été pris en compte dans la décision du juge Fothergill.

[36] The Federal Court class action rules have no specific provision for carriage contests. However, section 50 of the *Federal Courts Act*, R.S.C., 1985, c. F-7, giving the power to stay a matter and, most particularly, paragraph 105(b) of the *Federal Courts Rules*, SOR/98-106 (Rules), giving the power to stay one proceeding until another proceeding is determined, are sufficient authority read in the context of rule 3 to permit this Court to decide carriage motions. The objectives of class proceedings, including those governed by Part 5.1 [rules 334.1–334.4] of the Rules, are judicial economy, access to justice, and behaviour modification (*Murphy v. Compagnie Amway Canada*, 2015 FC 958, 257 A.C.W.S. (3d) 529, at paragraph 34). These objectives further support the authority of the Court to decide carriage motions.

[37] Although the parties have described this motion as the Court directly determining which law firm can continue its claim, the Court is not actually doing that in a carriage motion. Instead, the Court is allowing one case to proceed while another is stayed, which has the effect of determining which counsel will act on behalf of the proposed class.

[38] In fairness to counsel in the Day action, they urge for the Court to adopt the multi-factor test drawn from Ontario jurisprudence in addition to considering the elements in *Heyder*—as did counsel for the LMO action.

[39] Courts in Ontario have developed a non-exhaustive list of factors to be considered for carriage motions. In *Kowalyszyn v. Valeant Pharmaceuticals International Inc.*, 2016 ONSC 3819, 268 A.C.W.S. (3d) 519, at paragraph 143, the Court summarized this non-exhaustive list of 16 factors:

[36] Les règles des Cours fédérales relatives aux recours collectifs ne comportent aucune disposition particulière applicable aux contestations concernant la conduite d'une instance. Toutefois, l'article 50 de la *Loi sur les Cours fédérales*, L.R.C. (1985), ch. F-7, qui confère à la Cour le pouvoir de suspendre une affaire et, plus particulièrement, l'alinéa 105b) des *Règles des Cours fédérales*, DORS/98-106 (les Règles), qui lui confère le pouvoir de suspendre une instance jusqu'à ce qu'une décision soit rendue à l'égard d'une autre instance, suffisent pour permettre à la Cour, conformément à la règle 3, de trancher les requêtes en conduite de l'instance. Les objectifs qui sous-tendent les recours collectifs, notamment ceux régis par la partie 5.1 [règles 334.1 à 334.4] des Règles, sont l'économie des ressources judiciaires, un meilleur accès à la justice et la modification du comportement (voir *Murphy c. Compagnie Amway Canada*, 2015 CF 958, au paragraphe 34. Ces objectifs étaient davantage le pouvoir de la Cour de trancher les requêtes en conduite de l'instance.

[37] Bien que, selon les parties, la présente requête constitue le moyen par lequel la Cour décide directement à quel cabinet d'avocats il permet de poursuivre son recours, ce n'est pas réellement ce que la Cour fait dans le cadre d'une requête en conduite de l'instance. La Cour autorise plutôt l'instruction d'une affaire et ordonne la suspension d'une autre, ce qui a pour effet d'arrêter le choix des avocats qui agiront pour le compte du groupe visé par le recours collectif envisagé.

[38] Par souci d'équité envers les avocats qui représentent M. Day, je dois préciser que ceux-ci invitent la Cour à adopter le critère multifactoriel énoncé par les tribunaux ontariens, en plus de tenir compte des éléments énoncés dans la décision *Heyder*, comme l'ont fait les avocats des demandeurs LMO.

[39] Les tribunaux de l'Ontario ont élaboré une liste non exhaustive de facteurs à prendre en considération dans le cas des requêtes en conduite de l'instance. Dans la décision *Kowalyszyn v. Valeant Pharmaceuticals International Inc.*, 2016 ONSC 3819, 268 A.C.W.S. (3d) 519, au paragraphe 143, le tribunal a résumé comme suit la liste non exhaustive comportant 16 facteurs :

(1) The Quality of the Proposed Representative Plaintiffs	1) la qualité des représentants demandeurs proposés
(2) Funding	2) le financement
(3) Fee and Consortium Agreements	3) les ententes d'honoraires et les ententes conclues par les consortiums
(4) The Quality of Proposed Class Counsel	4) la qualité des avocats proposés du recours collectif
(5) Disqualifying Conflicts of Interest	5) les conflits d'intérêt entraînant inhabilité
(6) Preparation and Readiness of the Action	6) les mesures préparatoires au recours collectif et son état d'avancement
(7) Relative Priority of Commencement of the Action	7) la priorité relative en fonction de la date où le recours collectif a été intenté
(8) Case Theory	8) la théorie de la cause
(9) Scope of Causes of Action	9) l'étendue des causes d'action
(10) Selection of Defendants	10) la sélection des défendeurs
(11) Correlation of Plaintiffs and Defendants	11) la corrélation entre les demandeurs et les défendeurs
(12) Class Definition	12) la définition du groupe
(13) Class Period	13) la période visée par le recours collectif
(14) Prospect of Success: (Leave and) Certification	14) les chances que l'instance soit autorisée comme recours collectif
(15) Prospect of Success against the Defendants	15) les chances que l'action soit accueillie (et les défendeurs condamnés)
(16) Interrelationship of Class Actions in More than one Jurisdiction	16) l'interrelation des recours collectifs déposés devant plus d'un tribunal

[40] The Court has looked to common law cases (see *Manuge v. Canada*, 2008 FC 624, [2009] 1 F.C.R. 416, at paragraph 24) because historically Quebec has had a unique “first-to-file” rule where carriage was awarded to whichever action had filed first. Although this presumptively continues to be the rule in Quebec, the Quebec

[40] La Cour s'est penchée sur la jurisprudence de common law (voir *Manuge c. Canada*, 2008 CF 624, [2009] 1 R.C.F. 416, au paragraphe 24) étant donné qu'historiquement, le Québec a appliqué la règle singulière dite du « premier qui dépose » selon laquelle la conduite de l'instance est confiée au déposant du recours collectif

courts have more recently indicated that carriage will not be awarded to the first action if it is shown to not be in the best interests of the class (see e.g. *Moscowitz v. Attorney General of Quebec*, 2017 QCCS 3961, 2017 CarswellQue 7560, at paragraphs 14–16). Under the multi-factor approach adopted in common law provinces, the timing of the filed actions is only one factor in the analysis.

[41] In my view and consistent with *VitaPharm Canada Ltd v. F. Hoffmann-LaRoche Ltd*, [2000] O.J. No. 4594, 101 A.C.W.S. (3d) 472 (Sup. Ct.), at paragraph 48, the best interests of the class are paramount. A multi-factor analysis allows for the flexibility necessary for the Court to determine the best interests of the class. That will often focus on the best representative plaintiff, the qualities of the case, and the knowledge and experience of counsel—although this last consideration must be examined carefully so not to exclude new counsel into the class action field and thereby creating an informal “club”.

[42] Consistent with the issues argued, the most relevant factors in this case are:

- the representative quality of the proposed plaintiff – a critical factor;
- the preparation and readiness of the action;
- the class definition;
- scope of causes of action;
- timing of filing of action;
- quality, expertise and conduct of counsel; and
- relevance of class actions in more than one jurisdiction.

intenté en premier. Bien que cette règle soit vraisemblablement encore en pratique au Québec, les tribunaux du Québec ont indiqué dernièrement que la conduite de l’instance ne sera pas confiée au déposant de l’instance intentée en premier s’il est démontré que cela n’est pas dans l’intérêt supérieur du groupe (voir, p. ex., *Moscowitz v. Attorney General of Quebec*, 2017 QCCS 3961, 2017 CarswellQue 7560, aux paragraphes 14 à 16). Suivant l’approche multifactorielle adoptée dans les provinces de common law, le moment où les actions sont déposées ne représente qu’un facteur parmi d’autres dont on tient compte lors de l’analyse.

[41] À mon avis, et conformément à la décision *VitaPharm Canada Ltd. v. F. Hoffmann-La Roche Ltd.*, [2000] O.J. n° 4594, 101 A.C.W.S. (3d) 472 (C.S.), au paragraphe 48, l’intérêt supérieur du groupe est primordial. L’analyse multifactorielle accordée à la Cour la souplesse nécessaire lui permettant de déterminer l’intérêt supérieur du groupe. Cette analyse portera plus particulièrement sur le meilleur représentant demandeur, les qualités de l’affaire ainsi que les connaissances et l’expérience des avocats — ce dernier élément devant être soigneusement examiné afin de ne pas exclure les nouveaux avocats du domaine visé par le recours collectif et ainsi donner lieu à la création d’un « club » officieux.

[42] Les facteurs suivants, qui concordent avec les questions débattues, sont les plus pertinents en l’espèce :

- la qualité des représentants demandeurs proposés – facteur déterminant;
- les mesures préparatoires au recours collectif et son état d’avancement;
- la définition du groupe;
- l’étendue des causes d’action;
- le moment du dépôt du recours collectif;
- la qualité, la compétence et la conduite des avocats;
- la pertinence des recours collectifs déposés devant plus d’un tribunal.

[43] Not all factors have the same weight and these are not exhaustive of potential issues in other cases. Justice Morgan in *David v. Loblaw; Breckon v. Loblaw*, 2018 ONSC 1298, 289 A.C.W.S. (3d) 253, at paragraph 4, said it well:

As my colleague Perell, J. pointed out ..., “Although the determination of a carriage motion will decide which counsel will represent the plaintiff, the task of the court is not to choose between different counsel according to their relative resources and expertise.” Certainly in a case such as this one, where some of the most highly qualified class action counsel in the country are competing for carriage, the point of the exercise is to take the measure not of the lawyers or law firms themselves, but the cases they have prepared — i.e. to engage in a “qualitative analysis of all of the factors” in the competing actions and the advantages of the steps taken in each.... [Citation omitted.]

[44] In my view, that is the correct approach for this Court. The relevant factors are case specific and the analysis is not based on competence or experience generally but what can be brought to bear for the specific case. In the end, this is not a mathematical tally of specific points awarded by factor but a more global assessment and an exercise of judicial judgment as best one can foresee the case developing.

A. Representative Plaintiffs

[45] This factor is close between the sides, but weighs in favour of the Day action because of the experience and focus the Day action counsel have toward the NSI community.

[46] The LMO representative plaintiffs are suitable class representatives in terms of commitment and experience. They have connections into the Métis community which will facilitate their obligations as representative plaintiffs. They represent an experience which is Métis focused. However, they have not advanced a case for their representation of the NSI component of the litigation.

[43] Ces facteurs n’ont pas tous le même poids et ne constituent pas une liste exhaustive qui permettrait de trancher les questions qui pourraient se poser dans d’autres affaires. Le juge Morgan l’a bien exprimé dans la décision *David v. Loblaw; Breckon v. Loblaw*, 2018 ONSC 1298, 289 A.C.W.S. (3d) 253, au paragraphe 4 :

[TRADUCTION] Comme l’a indiqué mon collègue, le juge Perell [...]: « Bien que l’issue d’une requête en conduite de l’instance tranche la question de savoir quel avocat représentera le demandeur, la tâche du tribunal ne consiste pas à choisir entre différents avocats, en fonction de leurs ressources et de leurs compétences relatives. » Il est certain qu’en l’espèce, où certains des avocats les plus qualifiés en matière de recours collectif au pays se disputent la conduite de l’instance, le but de l’exercice consiste non pas à évaluer les avocats ou les cabinets d’avocats eux-mêmes, mais les dossiers qu’ils ont montés — c.-à-d. à procéder à une « analyse qualitative de tous les facteurs » des actions concurrentes et des avantages que présentent les mesures prises dans le cadre de chacune d’entre elles [...]. [Renvois omis.]

[44] À mon avis, cette approche est celle qu’il convient d’appliquer devant la Cour. Les facteurs pertinents sont propres à chaque affaire et l’analyse n’est pas fondée sur la compétence ou l’expérience en général, mais sur ce qui être plus significatif pour l’affaire en question. En définitive, il ne s’agit pas de l’application mathématique de points attribués spécifiquement à chaque facteur, mais plutôt d’une évaluation plus globale et d’un exercice du jugement judiciaire visant à prévoir le mieux possible comment l’affaire évoluera.

A. Les représentants demandeurs

[45] Ce facteur pèse de façon presque équivalente pour chacun des camps, mais il milite en faveur de l’action de M. Day en raison de l’expérience et de l’intérêt que ses avocats démontrent envers la collectivité des INI.

[46] Les représentants demandeurs LMO représentent convenablement le groupe en termes d’engagement et d’expérience. Ils entretiennent des liens avec la collectivité métisse, ce qui facilitera leurs obligations en tant que représentants demandeurs. Leur expérience est axée sur les Métis. Toutefois, ils n’ont pas présenté d’éléments au soutien de leur représentation du volet du litige qui touchent les INI.

[47] Day, on the other hand, does not have these community connections. He does, however, reflect the type of circumstances and damage that is common to both the Métis and NSI group at the more severe end of the damage spectrum. He is a textbook claimant and a mirror for both indigenous components of the litigation.

[48] What Day personally may lack in connection into the Métis and NSI community due to his experience is ameliorated by the efforts of counsel to interact with both Métis and NSI people and the relevant practical experience of PR counsel in both communities. The focus and attention paid to the NSI experience and community is important in this case.

B. *Preparation and Readiness for Action*

[49] This factor slightly favours the LMO action in that it has conducted archival studies and prepared at least one expert report. In the Day action, established experts have been retained and counsel have spoken to dozens of Métis and NSI Scoop survivors. Knowledge gained from the *Daniels* litigation, while relevant to the conduct of the litigation, is not evidence of preparation or readiness.

[50] However, in this case, the parties are at a very early stage in the litigation process and the gap in preparation between the two actions is not significant. There is no reason to conclude that the gap cannot be readily made up and will have no material impact on the conduct of the action.

C. *Class Definition*

[51] This factor is largely neutral and if anything, it slightly favours the Day action. The parties have generally conceded that there is little substantive difference between them on this point and that any alterations in the class definition are a matter of “tweaking” the respective definitions.

[47] Par contre, M. Day n’entretient pas de tels liens avec les collectivités. Il symbolise toutefois le type de circonstances et de préjudices communément vécus par les Métis et les INI, à l’extrémité la plus grave de la fourchette des préjudices. Il est théoriquement le demandeur parfait et il reflète les deux volets autochtones du litige.

[48] Les efforts déployés par les avocats pour interagir avec les Métis et les INI ainsi que l’expérience pratique pertinente des avocats RP à l’égard des deux collectivités compensent l’absence de liens existant entre M. Day et la collectivité des Métis et des INI attribuable à son vécu. L’intérêt et l’attention démontrés envers les INI et leur collectivité sont importants en l’espèce.

B. *Les mesures préparatoires au recours collectif et son état d’avancement*

[49] Ce facteur favorise légèrement l’action des demandeurs LMO parce que les avocats ont examiné des documents d’archives et ont au moins un rapport d’expert. Dans l’action de M. Day, des experts renommés ont été retenus et les avocats ont parlé à des dizaines de Métis et d’INI, survivants de la rafle. Les connaissances acquises dans le cadre de la décision *Daniels*, bien qu’elles soient pertinentes pour le déroulement l’instance, ne constituent pas une preuve des mesures préparatoires et de l’état d’avancement du dossier.

[50] Toutefois, en l’espèce, les parties en sont à un stade très précoce dans les étapes de l’instance. L’écart dans la préparation démontrée dans les deux actions n’est donc pas important. Il n’existe aucune raison de conclure que l’écart ne peut pas être comblé facilement et qu’il n’aura pas d’incidence importante sur la conduite de l’instance.

C. *La définition du groupe*

[51] Ce facteur est en grande partie neutre, sinon il favorise légèrement l’action de M. Day. Les parties ont généralement reconnu qu’il existe peu de différence de fond entre elles sur ce point et que toute modification de la définition du groupe s’inscrit dans le « peaufinage » des définitions respectives.

[52] While the class definition in the LMO action is more objective than the Day action (which is consistent with the *Brown* definition), the LMO action initially did not include NSI—a significant omission given the purported attempt to include in the LMO action those Indigenous parties omitted in the *Brown/Riddle* settlement. This omission is consistent with the LMO action’s focus on the Métis community principally.

[53] The LMO omission is also consistent with its lack of involvement with the NSI community. That omission has been corrected in its proposed consolidated statement of claim on February 6, 2019. However, the Court cannot ignore what appears to be “leap-frogging” by the LMO action when a carriage motion is pending. Such leap-frogging is to be discouraged in carriage action motions as discussed in *Whiting*, at paragraphs 21–26; *Mancinelli v. Barrick Gold Corp.*, 2016 ONCA 571, 268 A.C.W.S. (3d) 729, at paragraph 61.

[54] Both actions will require amendments to better define the relevant class periods but this is a minor technical matter and gives neither party an advantage.

D. *Scope of Causes of Action*

[55] This factor is essentially neutral as both actions are based primarily on breach of fiduciary duty and common law duties owed by the defendant. Each group advances other claims such as the *United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples*, 13 September 2007, G.A. Res. 61/295, UN GAOR, 61st Sess., Supp. No. 49 Vol. III, UN Doc. A/61/49 (2007) (UNDRIP) and honour of the Crown.

[56] However, in the case of the LMO action’s advancing the UNDRIP claim, as a declaration not yet

[52] Bien que la définition du groupe qui figure dans l’action des demandeurs LMO soit plus objective que celle dans l’action de M. Day (ce qui est conforme à la définition énoncée dans la décision *Brown*), l’action des demandeurs LMO n’incluait pas au départ les INI — une omission importante étant donné que l’action des demandeurs LMO était censée inclure les parties autochtones qui ne faisaient pas partie du règlement *Brown/Riddle*. Cette omission confirme la prépondérance de la collectivité métisse dans l’action des demandeurs LMO.

[53] L’omission des demandeurs LMO concorde avec le peu d’intérêt qu’ils démontrent envers la collectivité des INI. Cette omission a été corrigée le 6 février 2019 dans la déclaration déposée par leur camp pour la réunion d’actions proposée. Toutefois, la Cour ne peut ignorer ce qui semble être une [TRADUCTION] « surenchère » de la part des demandeurs LMO avant que la Cour ait pu statuer sur la requête en conduite de l’instance. Le recours à une telle surenchère est déconseillé dans le cadre de requêtes en conduite de l’instance, suivant la décision *Whiting*, aux paragraphes 21 à 26; et l’arrêt *Mancinelli v. Barrick Gold Corp.*, 2016 ONCA 571, 268 A.C.W.S. (3d) 729, au paragraphe 61.

[54] Les deux actions nécessiteront des modifications afin qu’y soient mieux définies les périodes pertinentes visées par le recours collectif; il s’agit toutefois d’une modeste formalité qui n’avantage ni l’une ni l’autre des parties.

D. *L’étendue des causes d’action*

[55] Ce facteur est essentiellement neutre, car les deux actions sont fondées principalement sur un manquement à l’obligation fiduciaire de la part du défendeur et aux obligations que la common law lui impose. Chacun des groupes invoque d’autres arguments fondés, par exemple, sur la *Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones*, 13 septembre 2007, Rés. G.A. 61/295, Doc. off., 61^e session, Suppl. n^o 49, vol. III, Doc. de l’ONU A/61/49 (2007) (DNUDPA), et l’honneur de la Couronne.

[56] Toutefois, en ce qui concerne la DNUDPA invoquée par les demandeurs LMO, il s’agit d’une déclaration

implemented in domestic statute, the UNDRIP may aid in the interpretation of Canadian law but it does not create obligations for Canada (*Ross River Dena Council v. Canada (Attorney General)*, 2017 YKSC 59, 285 A.C.W.S. (3d) 226, at paragraphs 303–307). It is an uncertain basis for a claim of this nature.

[57] In the Day action, counsel advance the honour of the Crown principle in respect of the Crown’s fiduciary obligations to potential claimants. However, the honour of the Crown is not a separate cause of action but a principle describing how Canada must fulfil its obligations to Indigenous people (*Manitoba Metis Federation Inc. v. Canada (Attorney General)*, 2013 SCC 14, [2013] 1 S.C.R. 623, at paragraph 73). The Day action has simply pleaded that the honour of the Crown is at stake without further specifics, which is not particularly helpful.

[58] In the same vein, the LMO action refers to the Saskatchewan AIM [Adopt Indian and Metis] Program but provides no details on how Canada’s alleged breach of obligations under this program was materially different from the broad claims in the Day action.

[59] None of these additional grounds of claim gives either group an advantage in respect of carriage.

E. *Priority of Commencement of Action*

[60] This factor must be examined qualitatively. In the LMO action, the three claims were filed before the Day action and thus the factor slightly favours the LMO action.

[61] However, as discussed earlier, it is of no great importance in the overall scheme of the litigation as the gap in timing does not appear to materially affect the progress of the respective actions.

qui n’est pas encore incorporée dans le droit interne canadien, et bien qu’elle puisse éclairer le droit canadien, la DNUDPA n’entraîne aucune obligation pour le Canada (voir *Ross River Dena Council v. Canada (Attorney General)*, 2017 YKSC 59, 285 A.C.W.S. (3d) 226, aux paragraphes 303 à 307). Ce fondement est douteux pour un argument de cette nature.

[57] Dans l’action de M. Day, les avocats invoquent le principe de l’honneur de la Couronne quant aux obligations de fiduciaire de la Couronne envers les demandeurs potentiels. Toutefois, l’honneur de la Couronne n’est pas une cause d’action distincte, mais un principe décrivant la façon dont le Canada doit s’acquitter de ses obligations envers les peuples autochtones (*Manitoba Metis Federation Inc. c. Canada (Procureur général)*, 2013 CSC 14, [2013] 1 R.C.S. 623, au paragraphe 73). Les avocats de M. Day ont simplement fait valoir que l’honneur de la Couronne est en jeu, sans plus de détails, ce qui n’est pas particulièrement utile.

[58] Dans le même ordre d’idées, on fait référence, dans l’action des demandeurs LMO, au programme AIM [Adopt Indian Metis] de la Saskatchewan, sans toutefois fournir de détails expliquant si la façon dont le Canada aurait manqué aux obligations que lui impose ce programme différerait sensiblement des allégations générales exposées dans l’action de M. Day.

[59] Aucun des arguments supplémentaires qu’invoque une partie ne confère à l’un ou l’autre groupe un avantage sur la conduite de l’instance.

E. *La priorité en fonction de la date où le recours collectif a été intenté*

[60] Ce facteur doit être examiné d’un point de vue qualitatif. Les trois demandes réunies dans l’action des demandeurs LMO ont été déposées avant le dépôt de l’action de M. Day; par conséquent, ce facteur favorise légèrement l’action des demandeurs LMO.

[61] Toutefois, comme nous l’avons vu précédemment, il ne revêt pas une grande importance dans le cadre global du litige, car le l’écart temporel ne semble pas avoir d’incidence importante sur l’état d’avancement des instances respectives.

[62] It is important to note that while the Day action is later, it was more inclusive in that it always included NSI class members, unlike the LMO action. There is no suggestion that the Day action tried to “leap-frog” the LMO action by including NSI class members. The NSI component would have involved some further research to develop this aspect of the claim, and thus appears to have required additional time to crystallize the claims breadth.

F. *Quality, Expertise and Conduct of Counsel*

[63] Considerable time and effort was spent on this factor even though each side claimed this carriage motion was not a “beauty contest”. In any event, it is a relevant factor but not as overwhelmingly determinative as some may have thought.

[64] This factor favours the KM/PR group for a number of reasons especially expertise on one aspect of the litigation—the unresolved issues in *Daniels* as to the rights flowing to the Métis and NSI groups and their composition.

[65] As held in *Strohmaier v. British Columbia (Attorney General)*, 2018 BCSC 1613, 296 A.C.W.S. (3d) 699 (*Strohmaier*), at paragraphs 55–58, the Court must assess the quality of class counsel to protect absent class members. Courts have repeatedly warned against undue reliance on this factor in order to avoid the “beauty contest” atmosphere. As recently held in *Quenneville v. Audi AG*, 2018 ONSC 1530, 290 A.C.W.S. (3d) 30, at paragraphs 78–83, the quality of counsel should not be a significant factor as usually any law firm could represent class members. Courts should generally avoid emphasis on this factor to avoid the prospect of creating a “club” referred to earlier in these reasons.

[62] Il est important de souligner que, bien que l’action de M. Day ait été intentée à une date plus tardive, elle est plus inclusive, en ce sens qu’elle a toujours inclus les INI, contrairement à l’action des demandeurs LMO. Rien ne laisse croire que les avocats de M. Day aient tenté de faire [TRADUCTION] « surenchère » par rapport à l’action des demandeurs LMO en incluant les INI. D’autres recherches devaient être nécessaires pour élaborer la composante concernant les INI, et il semble donc qu’il ait fallu plus de temps pour adapter adéquatement les allégations.

F. *La qualité, la compétence et la conduite des avocats*

[63] Beaucoup de temps et d’efforts ont été consacrés à ce facteur, même si chaque camp a affirmé qu’ils ne cherchaient pas à se montrer sur leur meilleur jour dans le cadre de la présente requête en conduite de l’instance. Quoi qu’il en soit, il s’agit d’un facteur pertinent, mais pas aussi déterminant que certains auraient pu le croire.

[64] Ce facteur favorise les cabinets KM/PR pour un certain nombre de raisons, en particulier en ce qui a trait à la compétence sur un aspect du litige, à savoir les questions non résolues dans la décision *Daniels* concernant les droits accordés aux Métis et aux INI et la question de savoir qui ils sont exactement.

[65] Conformément à la décision *Strohmaier v. British Columbia (Attorney General)*, 2018 BCSC 1613, 296 A.C.W.S. (3d) 699 (*Strohmaier*), aux paragraphes 55 à 58, la Cour doit évaluer la qualité des avocats du groupe pour veiller à la protection des membres absents. Les tribunaux ont maintes fois mis en garde contre le recours abusif à cet élément afin d’éviter les effets pervers de camps qui se disputent « leur meilleur jour ». Suivant la décision *Quenneville v. Audi AG*, 2018 ONSC 1530, 290 A.C.W.S. (3d) 30, aux paragraphes 78 à 83, la qualité des avocats ne devrait pas être un facteur important, car normalement, n’importe quel cabinet d’avocats peut représenter des membres du groupe. Les tribunaux devraient généralement accorder une importance moindre à ce facteur afin d’éviter de donner lieu à la création d’un « club », comme nous l’avons souligné plus haut.

[66] Therefore, the Day action’s argument that the Court should primarily consider this factor cannot be accepted. It is but one factor and its importance depends on the circumstances.

[67] In the context of these actions both law firm groups have extensive class action experience. The lead counsel in each group are experienced and respected counsel in this field. Members of both law firm groups have experience in the Sixties Scoop and residential school class actions. They also both have experience acting for Métis people, although members of KM/PR have experience on behalf of NSI people as well.

[68] KM/PR bring important experience in respect of Métis and NSI, particularly PR, in terms of the claimant group and some of the unresolved issues in *Daniels* which will likely arise in this action.

[69] In *Daniels*, the Supreme Court of Canada left certain definitional issues of who is Métis and who is NSI under the *Constitution Act, 1867*, 30 & 31 Vict., c. 3 (U.K.) (as am. by *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.), Schedule to the *Constitution Act, 1982*, Item 1) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 5], subsection 91(24), to a later date—this may be the time at which those definitions (or some others) are addressed. There are duties said to flow from the constitution determination that Métis and NSI are “Indian” for constitutional purposes. PR has unique background and experience in this aspect of the litigation. It is a positive factor favouring carriage by KM/PR.

[70] The consortium has a geographic scope advantage over KM/PR in that the consortium is western based (apart from its Ontario lead) and some members (MLG and Klein) have offices in both the west and the east.

[66] Par conséquent, je ne puis souscrire à l’argument invoqué de M. Day selon lequel la Cour devrait principalement tenir compte de ce facteur. Ce n’est qu’un facteur parmi d’autres et son importance dépend des circonstances.

[67] Dans le contexte des présentes actions, les deux groupes de cabinets d’avocats possèdent une vaste expérience des recours collectifs. L’avocat principal de chaque groupe est un avocat expérimenté et respecté dans ce domaine. Les membres des deux groupes de cabinets d’avocats possèdent de l’expérience par rapport à la raffe des années soixante et aux recours collectifs contre les pensionnats. Les deux cabinets ont également déjà agi pour le compte des Métis, bien que les membres des cabinets KM/PR aient aussi également agi pour le compte des INI.

[68] Les cabinets KM/PR (le cabinet PR plus particulièrement) comptent une grande expérience de la question des Métis et des INI en ce qui a trait à la situation du groupe des demandeurs et certaines des questions non résolues de la décision *Daniels*, qui seront probablement soulevées dans la présente instance.

[69] S’agissant de la décision *Daniels*, la Cour suprême du Canada a laissé en suspens certaines questions relatives à la définition des Métis et des INI visés par le paragraphe 91(24) de la *Loi constitutionnelle de 1867*, 30 & 31 Vict., ch. 3 (R.-U.) (mod. par la *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.), annexe de la *Loi constitutionnelle de 1982*, n° 1) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 5], afin qu’elles soient reprises à une date ultérieure; peut-être le moment est-il venu d’aborder ces définitions (ou certaines autres). Certaines obligations découleraient de la réponse à la question de savoir, du point de vue constitutionnel, si les Métis et les INI sont des « Indiens » visés par la Constitution. PR possède des antécédents et une expérience uniques en ce qui concerne cet aspect du litige. Il s’agit d’un facteur favorisant la conduite de l’instance par les cabinets KM/PR.

[70] Le consortium possède un avantage géographique par rapport aux cabinets KM/PR, en ce sens que le consortium a ses quartiers dans l’Ouest canadien (sauf pour ses bureaux principaux, situés en Ontario) et que

[71] However, with this apparent advantage, the consortium advanced no details of its organization, division of labour, or management which establishes that it is materially better able to act for Métis and NSI across the country. The fact that there are more firms in the consortium is not assurance that it can better manage the litigation than KM/PR which at least numerically has a simpler structure.

[72] The Court is cognizant that there may be limits on what a group of firms can publicly disclose of its plans for handling litigation. No counsel wants to disclose their “battle plan” but at least some better information should be available. Neither side was forthcoming on this matter.

[73] In essence, the Court is left with a history of past performance and a few assumptions that are the basis for a qualitative distinction between the two groups. Given that KM/PR have also handled national class actions successfully, there is no established qualitative difference between the competing groups on this point of geography.

[74] KM/PR have alleged a pattern of adverse conduct against several members of the consortium, particularly MLG. The involvement of MLG in various actions has been troubling for several courts and recently in *Strohmaier*, MLG was denied carriage because of these concerns. In that case MLG was acting alone without the discipline of a consortium, as may be the case here.

[75] In my view, the involvement of MLG is not grounds to deny the consortium carriage of the case. However, MLG’s reputation does not advantage the consortium in any qualitative assessment of counsel’s “quality, expertise and conduct”. The consortium must be examined as a

certains de ses membres (MLG et Klein) ont des bureaux à la fois dans l’Ouest canadien et dans l’Est canadien.

[71] Or, malgré cet avantage apparent, le consortium a été avare de détails sur son organisation, sa division du travail ou sa direction, éléments qui lui permettraient d’établir qu’il est beaucoup plus en mesure de représenter les Métis et les INI partout au pays. Le fait que le consortium compte davantage de cabinets ne garantit pas qu’il peut gérer l’affaire mieux que les cabinets KM/PR, qui présentent une structure plus simple, du moins en termes de nombre de bureaux.

[72] La Cour est bien consciente qu’il peut y avoir des limites sur ce qu’un groupe de cabinets peut divulguer publiquement quant à ses plans qu’il élabore pour la gestion des litiges. Aucun avocat ne veut divulguer son « plan de match »; toutefois, il devrait à tout le moins fournir des renseignements de qualité. Ni l’une ni l’autre des parties n’a fait preuve de transparence en ce sens.

[73] Bref, la Cour ne peut compter que sur un historique de résultats antérieurs et sur quelques hypothèses pour établir une distinction qualitative entre les deux groupes. Étant donné que les cabinets KM/PR ont également eu gain de cause dans des recours collectifs nationaux, aucune différence qualitative n’existe entre les groupes concurrents en ce qui a trait à la question de la représentation géographique.

[74] Selon les cabinets KM/PR, plusieurs membres du consortium, en particulier MLG, auraient tendance à adopter des comportements préjudiciables. La participation de MLG à diverses actions a donné du fil à retordre à plusieurs tribunaux. Dernièrement, dans la décision *Strohmaier*, MLG s’est vu refuser la conduite de l’instance en raison de ces préoccupations. Dans cette affaire, MLG agissait seul sans être assujéti à la discipline d’un consortium, comme c’est peut-être le cas en l’espèce.

[75] À mon avis, la participation de MLG ne constitue pas un motif pour refuser de confier la conduite de l’instance au consortium. Cependant, la réputation de MLG n’avantage pas le consortium relativement à l’évaluation de la « qualité, des compétences et de la conduite » des

whole including the expertise and experience of some of its most prominent members.

[76] For other reasons, this factor weighs in favour of KM/PR.

G. Interrelationship of the Class Action in Other Jurisdictions

[77] The issue here is Canada's request that the parties to this motion undertake to not advance similar proceedings in other courts whether the Court's determination on carriage is favourable or not. Canada's concern is a reflection of the unresolved problem of multi-jurisdictional class actions—that this one defendant may be defending the same case in numerous jurisdictions.

[78] KM/PR is prepared to give such an undertaking, the consortium is not. The consortium's objection is that such an undertaking runs counter to the *Code of Professional Conduct for British Columbia* and the "right to practice".

[79] The consortium has advanced no compelling facts or argument that the undertaking would have that effect. There is no clear statement from the Law Society that the Code would be violated if a law firm committed not to file duplicative overlapping class actions following a favourable carriage decision on a national class action. Moreover, it does not address how filing duplicative claims would not be an abuse of process.

[80] The undertaking is an assurance to the Court that the class action will be prosecuted with vigour and determination in this Court and not simply be used as a pawn on a chess board of class actions.

avocats. Le consortium doit être évalué dans son ensemble, notamment en ce qui a trait aux compétences et à l'expérience de certains de ses membres les plus en vue.

[76] Pour d'autres motifs, ce facteur joue en faveur des cabinets KM/PR.

G. L'interrelation des recours collectifs déposés devant plus d'un tribunal

[77] La Cour examine maintenant la demande du Canada exigeant que les parties à la présente requête s'engagent à ne pas intenter devant d'autres tribunaux de recours semblables, peu importe si l'issue de la présente requête en conduite de l'instance leur est favorable ou non. Cette préoccupation du Canada survient en raison du problème non résolu des recours collectifs multijuridictionnels, nécessitant qu'un même défendeur soit tenu de présenter une défense dans la même instance devant de nombreux tribunaux.

[78] Les cabinets KM/PR sont prêts à prendre un tel engagement, le consortium ne l'est pas. Le consortium s'y oppose parce qu'un tel engagement va à l'encontre du Code de déontologie de la Colombie-Britannique [*Code of Professional Conduct for British Columbia*] et du [TRADUCTION] « droit d'exercer ».

[79] Le consortium n'a présenté aucun fait ou argument convaincant selon lequel l'engagement aurait un tel effet. Le barreau n'a jamais déclaré de façon précise qu'il y aurait manquement au Code de déontologie de la part d'un cabinet d'avocats si celui-ci s'engageait à ne pas intenter à répétition des recours collectifs qui se chevauchent après qu'un tribunal se prononce sur la conduite de l'instance relativement à un recours collectif national. En outre, la question de savoir comment la répétition d'instances ne constituerait pas un abus de procédure n'est pas abordée.

[80] L'engagement est une garantie donnée à la Cour que la conduite de l'instance, dans le cadre du recours collectif qu'elle est appelée à trancher, sera menée avec vigueur et détermination plutôt que d'être un simple pion sur l'échiquier des recours collectifs.

[81] It is a matter that is reassuring but is not a requirement in the present circumstances. Class actions in this Court are case managed in an atmosphere of vigorous case management. The Court can, with the input from the defendant, ensure that the purposes of class actions and this class action in particular are fulfilled by court intervention up to and including decertification of the action.

[82] Therefore, the Court will not determine the issue of carriage on the basis of the giving of this undertaking.

[83] The more systemic problem of multi-jurisdiction claims in national class actions, the concerns for abuse of process and the potential for “forum playing” are broader issues that this carriage motion cannot resolve.

[84] In the present case, the issue is academic since the Court is not granting carriage to the consortium. KM/PR, having committed to the Court to give such an undertaking, will be required to honour that commitment.

VI. Conclusion

[85] For all these reasons, carriage of the proposed class proceeding is granted to the Day action. The actions of *LaLiberte v. Canada (Attorney General)*, *McComb v. Canada*, and *Ouellette v. Canada* will be stayed *sine die*.

[86] The previous order of January 24, 2019, precludes any further similar class actions from being filed in the Federal Court without leave.

[87] There will be no costs of this motion as costs were not sought and each firm was pursuing its own commercial interest.

[81] Bien qu’il soit rassurant, l’engagement ne constitue pas une exigence dans les circonstances actuelles. Les recours collectifs intentés devant notre Cour font l’objet d’une gestion de l’instance serrée. La Cour peut, avec l’apport du défendeur, veiller à l’atteinte des objectifs des recours collectifs, et du présent recours collectif en particulier, en intervenant dans l’instance et même en retirant l’autorisation, si elle l’estime nécessaire, par laquelle elle a reconnu le recours collectif.

[82] Par conséquent, la Cour ne fondera pas sa décision sur la conduite de l’instance sur la prise de cet engagement.

[83] Les questions touchant aux problèmes de nature plus systémique que posent les instances multijuridictionnelles dans les recours collectifs nationaux, aux craintes d’abus de procédure et au risque que les demandeurs jouent sur tous les fronts judiciaires ne peuvent être résolues dans la cadre de la présente requête en conduite de l’instance.

[84] En l’espèce, la question est théorique puisque la Cour ne confie pas la conduite de l’instance au consortium. Les cabinets KM/PR seront tenus de respecter l’engagement qu’ils ont pris envers la Cour.

VI. Conclusion

[85] Pour les motifs qui précèdent, la conduite de l’instance relative au recours collectif envisagé est confiée au demandeur dans l’action de M. Day. Il sera sursis *sine die* aux actions intentées dans les affaires *LaLiberte c. Canada (Procureur général)*, *McComb c. Canada* et *Ouellette c. Canada*.

[86] L’ordonnance précédente du 24 janvier 2019 empêche le dépôt de tout autre recours collectif semblable devant la Cour fédérale sans autorisation.

[87] Aucuns dépens ne seront adjugés pour la présente requête, les dépens n’ayant pas été demandés et chaque cabinet faisant valoir ses propres intérêts commerciaux.

ORDER in T-940-18, T-1251-18, T-1904-18 and T-2166-18

THIS COURT ORDERS that:

1. Carriage of the proposed class proceeding is granted to the plaintiff in *Day v. Canada (Attorney General)* (T-2166-18);
2. The actions of *LaLiberte v. Canada (Attorney General)* (T-940-18); *McComb v. Canada* (T-1251-18); and *Ouellette v. Canada* (T-1904-18) are stayed *sine die*; and
3. There are no costs of this motion.

ORDONNANCE dans les dossiers n^{os} T-940-18, T-1251-18, T-1904-18 et T-2166-18

LA COUR ORDONNE :

1. La conduite de l'instance dans le cadre du recours collectif envisagé est confiée au demandeur dans l'affaire *Day c. Canada (Procureur général)* (dossier n^o T-2166-18).
2. Il sera sursis *sine die* aux actions intentées dans les affaires *LaLiberte c. Canada (Procureur général)* (dossier n^o T-940-18), *McComb c. Canada* (dossier n^o T-1251-18) et *Ouellette c. Canada* (dossier n^o T-1904-18).
3. Aucuns dépens ne sont adjugés relativement à la présente requête.