

A-209-19  
 A-210-19  
 A-211-19  
 2020 FCA 119

A-209-19  
 A-210-19  
 A-211-19  
 2020 CAF 119

**Geraldine Shier LaLiberte, Eileen Rheindel LaLiberte, Robert Doucette, Annette McComb and Randy Darren Ouellette** (*Appellants*)

**Geraldine Shier LaLiberte, Eileen Rheindel LaLiberte, Robert Doucette, Annette McComb et Randy Darren Ouellette** (*appelants*)

v.

c.

**Brian Day and Her Majesty the Queen** (*Respondent*)

**Brian Day et Sa Majesté la Reine** (*intimés*)

**INDEXED AS: LALIBERTE v. DAY**

**RÉPERTORIÉ : LALIBERTE c. DAY**

Federal Court of Appeal, Webb, Laskin and Mactavish JJ.A.—By videoconference hosted by the Registry, June 15; Ottawa, July 13, 2020.

Cour d'appel fédérale, les juges Webb, Laskin et Mactavish, J.C.A.—Par vidéoconférence organisée par le greffe, 15 juin; Ottawa, 13 juillet 2020.

*Practice — Class Proceedings — Appeal from Federal Court order granting carriage motion to proposed representative plaintiff in Day v. Canada (Attorney General) (Day action), staying other carriage motions in LaLiberte v. Canada (Attorney General), McComb v. Canada, Ouellette v. Canada (LMO action) — Appellants submitting motion judge committing legal, factual errors in granting carriage to plaintiff in Day action — In determining carriage, motion judge adopting multi-factor test developed by Ontario courts — Setting out most relevant factors, finding representative quality of proposed plaintiff, class definition, quality, expertise, conduct of counsel weighing in favour of counsel in Day action — Issue whether motion judge erring in law, in fact by granting carriage to plaintiff in Day action — Motion judge not erring by taking into account Mr. Day's circumstances, nature of damage pled by Mr. Day — Considering "quality of the representative plaintiff" — Entitled to treat counsel's affidavit, pleading as having evidentiary value — Not improperly imposing typicality requirement — Motion judge entitled to conclude Mr. Day's circumstances, damage claimed as advantageous platform for claim on behalf of class — Factors to be considered in carriage motions non-exhaustive — Meant to assist court in unique context of each case to determine best interests of class — Treatment of Mr. Day's circumstances, damage claimed under heading chosen by motion judge not error of law — Motion judge not erring in finding that counsel's experience could remedy Mr. Day's lack of community connection — Discussions of counsel's experience reflecting relationship between relevant factors — Motion judge undertaking global assessment, exercise of judicial judgment — Finding that plaintiffs in LMO action advancing no particular connection to non-status*

*Pratique — Recours collectifs — Appel interjeté à l'encontre d'une ordonnance par laquelle la Cour fédérale a accueilli la requête en conduite de l'instance en faveur du représentant demandeur proposé dans l'action Day c. Canada (Procureur général) (action de M. Day), et a suspendu les autres requêtes en conduite de l'instance dans l'action LaLiberte c. Canada (Procureur général), McComb c. Canada et Ouellette c. Canada (action des demandeurs LMO) — Les appelants ont soutenu que le juge des requêtes a commis des erreurs de droit et de fait en accordant la conduite de l'instance au demandeur dans l'action de M. Day — Pour déterminer la conduite de l'instance, le juge des requêtes a adopté le critère multifactoriel établi par les tribunaux de l'Ontario — Il a exposé les facteurs les plus pertinents et a conclu que la qualité des représentants demandeurs proposés, la définition du groupe, et la qualité, la compétence et la conduite des avocats, jouaient en faveur des avocats de l'action de M. Day — Il s'agissait de savoir si, en confiant la conduite de l'instance au demandeur de l'action de M. Day, le juge des requêtes a commis des erreurs de fait et de droit — Le juge des requêtes n'a pas commis d'erreur en prenant en compte les circonstances de M. Day et la nature du préjudice qu'il portait devant les tribunaux — Il a examiné la « qualité du représentant demandeur » — Il pouvait considérer l'affidavit de l'avocat et l'acte de procédure, ensemble, comme ayant une valeur probante — Il n'a pas imposé à tort l'exigence du modèle type — Le juge des requêtes était en droit de conclure que la situation de M. Day et les préjudices qu'il alléguait constituaient un point de départ avantageux pour présenter une demande au nom du groupe — La liste des facteurs qui peuvent être pris en compte dans une requête en conduite de l'instance n'est*

*Indian communities — Not clear motion judge making binary comparison between counsel's experience in Daniels v. Canada (Indian Affairs and Northern Development) on one hand, having Indigenous counsel on other — Motion judge aware of experience of Indigenous counsel in LMO action consortium — Not erring by failing to advert to this evidence when reviewing expertise of counsel in Day action — Within purview of motion judge to undertake this comparison — Motion judge not erring in seeing as leap-frogging addition of non-status Indians to class definition in LMO action after carriage motions scheduled — Appeal dismissed.*

This was an appeal from a Federal Court order granting a carriage motion to the proposed representative plaintiff in *Day v. Canada (Attorney General)* (Day action), and staying the other carriage motions in *LaLiberte v. Canada (Attorney General)*, *McComb v. Canada*, and *Ouellette v. Canada* (LMO action).

This appeal concerned the carriage of a proposed class proceeding on behalf of Métis and non-status Indians affected by the Sixties Scoop. The proposed representative plaintiffs in the LMO action asked the Court to set aside the motion judge's order, to decide the carriage issue afresh, to award carriage to them, to consolidate the three actions, and to stay the Day action. They submitted that the motion judge committed both errors of law and palpable and overriding errors of fact in granting carriage to the plaintiff in the Day action. In determining carriage, the motion judge adopted the multi-factor test developed by Ontario courts. The motion judge set out what he saw as the most relevant factors in this case, and found that the representative quality of the proposed plaintiff ("a critical factor"), the class definition, and the quality, expertise and conduct of counsel weighed in favour of counsel in the Day action.

*pas exhaustive — Il s'agit de moyens d'aider la cour, dans le contexte propre à chaque affaire, à prendre une décision qui est dans l'intérêt supérieur du groupe — L'examen de la situation de M. Day et des préjudices allégués au regard du libellé que le juge des requêtes a choisi ne constituait pas une erreur de droit — Ce n'était pas une erreur de la part du juge des requêtes de conclure que l'expérience des avocats pouvait remédier à l'absence de lien entre M. Day et la collectivité — La discussion de l'expérience de l'avocat a montré les liens entre les facteurs pertinents — Le juge des requêtes a effectué une évaluation globale et un exercice du jugement judiciaire — La conclusion du juge des requêtes était que les demandeurs LMO n'avaient fait part d'aucun lien particulier avec les collectivités d'Indiens non-inscrits — Il n'était pas manifeste que le juge des requêtes a fait une comparaison binaire entre l'expérience des avocats dans l'affaire Daniels (Affaires autochtones et du Nord Canada), d'une part, et le fait d'être représenté par des avocats autochtones, d'autre part — Le juge des requêtes avait connaissance de l'expérience des avocats autochtones qui faisaient partie du consortium de l'action des demandeurs LMO — Il n'a pas commis une erreur en ne faisant pas mention de ces éléments de preuve lorsqu'il a examiné la compétence des avocats de l'action de M. Day — Il était loisible au juge des requêtes d'établir cette comparaison — Le juge des requêtes n'a pas commis d'erreur en qualifiant de surenchère l'ajout des Indiens non-inscrits au groupe dans l'action des demandeurs LMO après la mise au rôle des requêtes en conduite de l'instance — Appel rejeté.*

Il s'agissait d'un appel interjeté à l'encontre d'une ordonnance par laquelle la Cour fédérale a accueilli la requête en conduite de l'instance en faveur du représentant demandeur proposé dans l'action *Day c. Canada (Procureur général)* (action de M. Day), et a suspendu les autres requêtes en conduite de l'instance dans l'action *LaLiberte c. Canada (Procureur général)*, *McComb c. Canada* et *Ouellette c. Canada* (action des demandeurs LMO).

Le présent appel concernait la conduite d'un recours collectif envisagé au nom des Métis et des Indiens non-inscrits touchés par la raffle des années 1960. Les représentants demandeurs proposés dans l'action des demandeurs LMO ont demandé à la Cour d'annuler l'ordonnance du juge des requêtes, de trancher à nouveau la question de la conduite de l'instance, de leur accorder la conduite de l'instance, de regrouper les trois actions et de suspendre l'action de M. Day. Ils ont soutenu que le juge des requêtes a commis à la fois des erreurs de droit et des erreurs manifestes et dominantes sur des questions de fait en accordant la conduite de l'instance au demandeur dans l'action de M. Day. Pour déterminer la conduite de l'instance, le juge des requêtes a adopté le critère multifactoriel établi par les tribunaux de l'Ontario. Le juge des requêtes a exposé les facteurs qu'il estimait les plus pertinents en l'espèce et a conclu que

At issue was whether, in awarding carriage to the plaintiff in the Day action, the motion judge erred: (1)(a) by assessing the “representative quality of the plaintiff” rather than the “quality of the representative plaintiff”, (b) in determining that the efforts and expertise of counsel in the Day action could remedy Mr. Day’s shortcomings as representative plaintiff, (c) in finding that the LMO plaintiffs had not advanced a case for their representation of non-status Indians; (2)(a) by giving greater weight to the experience of counsel in the Day action in *Daniels v. Canada (Indian Affairs and Northern Development) (Daniels)* than to the importance of having Indigenous counsel represent the class, (b) in ignoring the experience of Indigenous counsel in the LMO action; and (3) by treating as “leap-frogging”<sup>1</sup> the change to the class definition in the proposed consolidated statement of claim in the LMO action to include non-status Indians.

*Held*, the appeal should be dismissed.

The motion judge did not err in taking into account Mr. Day’s circumstances and the nature of the damage that he pled. The motion judge did consider the “quality of the representative plaintiff” in the sense that counsel in the LMO action say he should have considered it. The motion judge was entitled to treat counsel’s affidavit and the pleading, taken together, as having evidentiary value. In going on to consider Mr. Day’s circumstances and the nature of the damage that he claimed, the motion judge did not improperly impose a typicality requirement. Approaching the dispute as one that would be litigated to its conclusion, and recognizing that Mr. Day personified some of the worst consequences of the Sixties Scoop, the motion judge saw Mr. Day’s circumstances and the damage he claimed as an advantageous platform for a claim on behalf of the class. The motion judge was entitled to come to that conclusion, and to take that assessment into account in awarding carriage. The factors that may be considered in a carriage motion are not ends in themselves. Rather, they are means of assisting the court, in the unique context of each case, to determine the best interests of the class. That is why the case law consistently describes the list of factors as non-exhaustive. The motion judge could have considered Mr. Day’s circumstances and the damage he claims outside the list of factors that he

<sup>1</sup> Leap-frogging refers to an attempt by one contender for carriage to improve its position after the motion has been scheduled by taking the benefit of the work of another contender.

la qualité des représentants demandeurs proposés (un « facteur déterminant »), la définition du groupe, et la qualité, la compétence et la conduite des avocats, jouaient en faveur des avocats de l’action de M. Day.

Il s’agissait de savoir si, en confiant la conduite de l’instance au demandeur de l’action de M. Day, le juge des requêtes a commis des erreurs : 1)a) en évaluant la « représentativité du demandeur » plutôt que la « qualité du représentant demandeur », b) en déterminant que les efforts et la compétence des avocats de l’action de M. Day pouvaient remédier aux lacunes de M. Day en tant que représentant demandeur, c) en concluant que les demandeurs LMO n’avaient pas présenté d’éléments au soutien de leur représentation du volet du litige qui touche les Indiens non-inscrits; 2)a) en accordant plus de poids à l’expérience des avocats de l’action de M. Day dans l’affaire *Daniels c. Canada (Affaires autochtones et du Nord Canada) (Daniels)* qu’à l’importance d’avoir des avocats autochtones pour représenter le groupe, b) en ne tenant pas compte de l’expérience des avocats autochtones de l’action des demandeurs LMO; et 3) en qualifiant de « surenchère »<sup>1</sup> la modification, pour y inclure les Indiens non-inscrits, de la définition du groupe dans la déclaration commune proposée dans l’action des demandeurs.

*Arrêt* : l’appel doit être rejeté.

Le juge des requêtes n’a pas commis d’erreur en prenant en compte les circonstances de M. Day et la nature du préjudice qu’il portait devant les tribunaux. Le juge des requêtes a bel et bien examiné la « qualité du représentant demandeur » comme, selon les avocats de l’action des demandeurs LMO, il devait le faire. Le juge des requêtes pouvait considérer l’affidavit de l’avocat et l’acte de procédure, ensemble, comme ayant une valeur probante. En examinant ensuite la situation de M. Day et la nature des préjudices qu’il alléguait, le juge des requêtes n’a pas imposé à tort l’exigence du modèle type. Traitant l’affaire en tenant pour acquis qu’elle serait instruite jusqu’à ce qu’elle soit tranchée et reconnaissant que M. Day personnifiait certaines des pires conséquences de la rafle des années 1960, le juge des requêtes a estimé que la situation de M. Day et les préjudices qu’il alléguait constituaient un point de départ avantageux pour présenter une demande au nom du groupe. Le juge des requêtes était en droit d’arriver à cette conclusion et de tenir compte de cet élément dans sa décision sur la conduite de l’instance. Les facteurs qui peuvent être pris en compte dans une requête en conduite de l’instance ne sont pas des fins en soi. Il s’agit plutôt de moyens d’aider la cour, dans le contexte propre à chaque affaire, à prendre une décision qui est dans l’intérêt supérieur du groupe. C’est

<sup>1</sup> Le terme « surenchère » (« *leap-frogging* » en anglais) renvoie à une tentative faite par un candidat à la conduite de l’instance d’améliorer sa position après la mise au rôle de la requête en profitant du travail d’un autre candidat.

adopted from the prior case law. His treatment of these matters under the heading that he chose did not rise to the level of an error of law. The motion judge did not err in finding that counsel's experience could remedy Mr. Day's lack of community connection. The motion judge's reference to counsel's experience in discussing the representative plaintiff factor did not disclose an error of law, but simply reflected the relationship between the relevant factors. There should be no concern that it led to "double-counting". The motion judge did not take a "tick the boxes" approach, tallying points awarded on a factor-by-factor basis. He undertook "a more global assessment and an exercise of judicial judgment" in deciding who should have carriage. The motion judge's reasons show he was aware that each of the three proposed representative plaintiffs in the LMO action has had involvements that go beyond Métis communities. He was nonetheless entitled to conclude that their experience was "Métis focused", and to prefer, on balance, the case for granting carriage to the plaintiff in the Day action. The motion judge's finding was that the plaintiffs in the LMO action "[advanced] no particular connection to the [non-status Indian] communities."

It was not clear that the motion judge made a binary comparison between counsel's experience in *Daniels* on the one hand and having Indigenous counsel on the other. Even if he had made this comparison, the factual basis for him to weigh the importance of having Indigenous counsel does not appear to have been established. It was apparent that the motion judge was aware of the evidence concerning the experience of Indigenous counsel who formed part of the LMO action consortium. The motion judge did not err by failing to advert to this evidence when he reviewed the expertise of counsel in the Day action in assessing the quality, expertise, and conduct of counsel factor. It was within the purview of the motion judge to undertake the comparison as he did, especially when he was proceeding on the basis that the claims would be litigated to a conclusion.

The motion judge saw as leap-frogging the addition of non-status Indians to the class definition in the LMO action after the carriage motions had been scheduled. There was no error of law in the motion judge's treatment of this issue. The record might have supported the inference that the change to include non-status Indians flowed more from counsel's

pourquoi, dans la jurisprudence, il est systématiquement précisé que la liste des facteurs est non exhaustive. Le juge des requêtes aurait pu examiner la situation de M. Day et les préjudices qu'il allègue sans égard aux facteurs qu'il a tirés de la jurisprudence. Son examen de ces éléments au regard du libellé qu'il a choisi ne constituait pas une erreur de droit. Ce n'était pas une erreur de la part du juge des requêtes de conclure que l'expérience des avocats pouvait remédier à l'absence de lien entre M. Day et la collectivité. Le fait que le juge des requêtes a fait mention de l'expérience de l'avocat dans la discussion du facteur concernant le représentant demandeur n'a pas révélé une erreur de droit, mais a montré simplement les liens entre les facteurs pertinents. Il ne faudrait pas s'inquiéter qu'un facteur ait pu « compter en double ». Le juge des requêtes n'a pas adopté l'approche consistant à [TRADUCTION] « cocher les cases » et à compter les points attribués à chaque facteur. Il a effectué « une évaluation plus globale et [un] exercice du jugement judiciaire » pour décider qui devrait assurer la conduite de l'instance. Les motifs du juge des requêtes montrent qu'il a pris note que l'engagement de chacun des trois représentants demandeurs proposés dans l'action des demandeurs LMO allait au-delà des collectivités métisses. Il pouvait quand même conclure que leur expérience était « axée sur les Métis » et retenir, au bout du compte, les éléments de preuve justifiant que la conduite de l'instance soit confiée au demandeur dans l'action de M. Day. La conclusion du juge des requêtes était que les demandeurs LMO n'avaient « fait part d'aucun lien particulier avec les collectivités [d'Indiens non-inscrits] ».

Il n'était pas manifeste que le juge des requêtes a fait une comparaison binaire entre l'expérience des avocats dans l'affaire *Daniels*, d'une part, et le fait pour les demandeurs d'être représentés par des avocats autochtones, d'autre part. Même si le juge des requêtes avait fait cette comparaison, les faits justifiant qu'il prenne en compte l'importance pour le groupe d'avoir des avocats autochtones ne semblent pas avoir été établis. Il était évident que le juge des requêtes avait connaissance des éléments de preuve concernant l'expérience des avocats autochtones qui faisaient partie du consortium de l'action des demandeurs LMO. Le juge des requêtes n'a pas commis une erreur en ne faisant pas mention de ces éléments de preuve lorsqu'il a examiné la compétence des avocats de l'action de M. Day dans son analyse du facteur de la qualité, de la compétence et de la conduite des avocats. Il était loisible au juge des requêtes d'établir la comparaison qu'il a établie, d'autant plus qu'il s'est fondé sur le principe selon lequel l'affaire serait instruite jusqu'à ce qu'elle soit tranchée.

Le juge des requêtes a estimé que l'ajout des Indiens non-inscrits au groupe dans l'action des demandeurs LMO après la mise au rôle des requêtes en conduite de l'instance constituait de la surenchère. Il n'y avait aucune erreur de droit dans l'examen de cette question par le juge des requêtes. Le dossier aurait pu étayer la conclusion selon laquelle la

research than from any appropriation of the benefit of the work of counsel in the Day action. But whether an inference of this kind should have been drawn was a matter for the motion judge, and not to be second-guessed on appeal. Even if there were an error in this respect, it would be neither palpable nor overriding.

modification consistant à inclure les Indiens non-inscrits relevait davantage des recherches des avocats que d'une quelconque tentative de s'approprier le fruit du travail des avocats de l'action de M. Day. Toutefois, il appartenait au juge des requêtes de déterminer s'il y avait lieu de tirer une telle conclusion, et il n'appartenait pas à la Cour de remettre en question cette conclusion en appel. Et même s'il y avait une erreur à cet égard, elle ne serait ni manifeste ni dominante.

#### 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, 81(1), 105(b).

#### TREATIES AND OTHER INSTRUMENTS CITED

*United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples*, G.A. Res. 61/295, UN GAOR, 61st Sess., Supp. No. 49, Vol. III, UN Doc. A/61/49 (2007).

#### CASES CITED

##### CONSIDERED:

*Kowalyszyn v. Valeant Pharmaceuticals International, Inc.*, 2016 ONSC 3819 (CanLII); *VitaPharm Canada Ltd. v. F. Hoffman-La Roche Ltd.* (2000), 4 C.P.C. (5th) 169, [2000] O.J. No. 4594 (QL) (Sup. Ct.); *Daniels v. Canada (Indian Affairs and Northern Development)*, 2016 SCC 12, [2016] 1 S.C.R. 99; *Mancinelli v. Barrick Gold Corporation*, 2016 ONCA 571, 131 O.R. (3d) 497, affg 2015 ONSC 2717 (CanLII), 126 O.R. (3d) 296 (Div Ct.); *Strohmaier v. K.S.*, 2019 BCCA 388, 30 B.C.L.R. (6th) 289; *Smith v. Sino-Forest Corporation*, 2012 ONSC 24 (CanLII), 34 C.P.C. (7th) 76; *Settingington v. Merck Frosst Canada Ltd.* (2006), 26 C.P.C. (6th) 173, 2006 CanLII 2623 (Ont. Sup. Ct.).

##### REFERRED TO:

*Riddle v. Canada*, 2018 FC 901; *Brown v. Canada (Attorney General)*, 2018 ONSC 3429 (CanLII); *Housen v. Nikolaisen*, 2002 SCC 33, [2002] 2 S.C.R. 235; *Hospira Healthcare Corporation v. Kennedy Institute of Rheumatology*, 2016 FCA 215, [2017] 1 F.C.R. 331; *Salomon v. Matte-Thompson*, 2019 SCC 14, [2019] 1 S.C.R. 729; *Mahjoub v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2017 FCA 157, [2018] 2

#### LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

*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, 81(1), 105b).

#### TRAITÉS ET AUTRES INSTRUMENTS CITÉS

*Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones*, Rés. A.G. 61/295, Doc. Off., 61<sup>e</sup> session, Suppl. n° 49, vol. III, Doc. de l'ONU A/61/49 (2007).

#### JURISPRUDENCE CITÉE

##### DÉCISIONS EXAMINÉES :

*Kowalyszyn v. Valeant Pharmaceuticals International, Inc.*, 2016 ONSC 3819 (CanLII); *VitaPharm Canada Ltd. v. F. Hoffman-La Roche Ltd.*, (2000), 4 C.P.C. (5th) 169, [2000] O.J. n° 4594 (QL) (C.S.); *Daniels c. Canada (Affaires indiennes et du Nord canadien)*, 2016 CSC 12, [2016] 1 R.C.S. 99; *Mancinelli v. Barrick Gold Corporation*, 2016 ONCA 571, 131 O.R. (3d) 497, confirmant 2015 ONSC 2717 (CanLII), 126 O.R. (3d) 296 (C. div.); *Strohmaier v. K.S.*, 2019 BCCA 388, 30 B.C.L.R. (6th) 289; *Smith v. Sino-Forest Corporation*, 2012 ONSC 24 (CanLII), 34 C.P.C. (7th) 76; *Settingington v. Merck Frosst Canada Ltd.* (2006), 26 C.P.C. (6th) 173, 2006 CanLII 2623 (C.S. Ont.).

##### DÉCISIONS CITÉES :

*Riddle c. Canada*, 2018 CF 901; *Brown v. Canada (Attorney General)*, 2018 ONSC 3429 (CanLII); *Housen c. Nikolaisen*, 2002 CSC 33, [2002] 2 R.C.S. 235; *Corporation de soins de la santé Hospira c. Kennedy Institute of Rheumatology*, 2016 CAF 215, [2017] 1 R.C.F. 331; *Salomon c. Matte-Thompson*, 2019 CSC 14, [2019] 1 R.C.S. 729; *Mahjoub c. Canada (Citoyenneté et*

F.C.R. 344; *Western Canadian Shopping Centres Inc. v. Dutton*, 2001 SCC 46, [2001] 2 S.C.R. 534; *Thompson et al. v. Minister of Justice of Manitoba et al.*, 2017 MBCA 71 (CanLII), 5 C.P.C. (8th) 134; *McSherry v. Zimmer GMBH*, 2012 ONSC 4113 (CanLII), 36 C.P.C. (7th) 318; *Del Giudice v. Thompson*, 2020 ONSC 2676 (CanLII); *Wong v. Marriott International Inc.*, 2020 BCSC 55; *Quenneville v. Audi AG*, 2018 ONSC 1530 (CanLII), 19 C.P.C. (8th) 89; *Winder v. Marriott International Inc.*, 2019 ONSC 5766 (CanLII); *Rogers v. Aphria Inc.*, 2019 ONSC 3698 (CanLII).

APPEAL from a Federal Court order (2019 FC 766, [2019] 4 F.C.R. 390) granting a carriage motion to the proposed representative plaintiff in *Day v. Canada (Attorney General)*, and staying the other carriage motions in *LaLiberte v. Canada (Attorney General)*, *McComb v. Canada*, and *Ouellette v. Canada*. Appeal dismissed.

#### APPEARANCES

*Paul J. Pape* and *Shantona Chaudhury* for appellants.  
*Michael A. Eizenga* and *Ilan Ishai* for respondent Brian Day.  
*Catharine Moore* for respondent Her Majesty the Queen.

#### SOLICITORS OF RECORD

*Strosberg Sasso Sutts LLP*, Windsor, *DD West LLP*, Calgary, *Aboriginal Law Group*, Saskatoon, *Klein Lawyers LLP*, Vancouver, and *Merchant Law Group LLP*, Vancouver, for appellants.  
*Koskie Minsky LLP* and *Paliare Roland Rosenberg Rothstein LLP*, Toronto, for respondent Brian Day.  
*Deputy Attorney General of Canada* for respondent Her Majesty the Queen.

*Immigration*), 2017 CAF 157, [2018] 2 R.C.F. 344; *Western Canadian Shopping Centres Inc. c. Dutton*, 2001 CSC 46, [2001] 2 R.C.S. 534; *Thompson et al. v. Minister of Justice of Manitoba et al.*, 2017 MBCA 71 (CanLII), 5 C.P.C. (8th) 134; *McSherry v. Zimmer GMBH*, 2012 ONSC 4113 (CanLII), 36 C.P.C. (7th) 318; *Del Giudice v. Thompson*, 2020 ONSC 2676 (CanLII); *Wong v. Marriott International Inc.*, 2020 BCSC 55; *Quenneville v. Audi AG*, 2018 ONSC 1530 (CanLII), 19 C.P.C. (8th) 89; *Winder v. Marriott International Inc.*, 2019 ONSC 5766 (CanLII); *Rogers v. Aphria Inc.*, 2019 ONSC 3698 (CanLII).

APPEL interjeté à l'encontre d'une ordonnance par laquelle la Cour fédérale (2019 CF 766, [2019] 4 R.C.F. 390) a accueilli la requête en conduite de l'instance en faveur du représentant demandeur proposé dans l'action *Day c. Canada (Procureur général)* et a suspendu les autres requêtes en conduite de l'instance dans l'action *LaLiberte c. Canada (Procureur général)*, *McComb c. Canada* et *Ouellette c. Canada*. Appel rejeté.

#### ONT COMPARU :

*Paul J. Pape* et *Shantona Chaudhury* pour les appelants.  
*Michael A. Eizenga* et *Ilan Ishai* pour l'intimé Brian Day.  
*Catharine Moore* pour l'intimée Sa Majesté la Reine.

#### AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

*Strosberg Sasso Sutts LLP*, Windsor, *DD West LLP*, Calgary, *Aboriginal Law Group*, Saskatoon, *Klein Lawyers LLP*, Vancouver, et *Merchant Law Group LLP*, Vancouver, pour les appelants.  
*Koskie Minsky LLP* et *Paliare Roland Rosenberg Rothstein LLP*, Toronto, pour l'intimé Brian Day.  
*La sous-procureure générale du Canada* pour l'intimée Sa Majesté la Reine.

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

LASKIN J.A.:

### I. Introduction

[1] When two or more proposed class proceedings are commenced with respect to the same alleged wrongdoing, and the plaintiffs and their counsel do not agree to cooperate, the plaintiff in one proceeding may bring a motion, known as a carriage motion, to stay the other proceedings.

[2] This appeal concerns the carriage of a proposed class proceeding on behalf of Métis and non-status Indians affected by the Sixties Scoop, but not included in the settlement of the Sixties Scoop litigation approved in *Riddle v. Canada*, 2018 FC 901 and *Brown v. Canada (Attorney General)*, 2018 ONSC 3429 (CanLII). The Sixties Scoop was a federal program under which status Indian, Inuit, Métis, and non-status Indian children were taken from their parents and placed in non-Indigenous foster homes or put up for adoption. The settlement approved in *Riddle* and *Brown* included only status Indian and Inuit Sixties Scoop survivors.

[3] Two motions were brought in the Federal Court seeking carriage. They were heard together. One motion sought carriage for the proposed representative plaintiff in *Day v. Canada (Attorney General)* [T-2166-18], represented by two law firms based in Toronto: Koskie Minsky LLP and Paliare Roland Rosenberg Rothstein LLP. The other sought carriage for the proposed representative plaintiffs in three actions, which would be consolidated as part of the relief sought: *LaLiberte v. Canada (Attorney General)* [T-940-18], *McComb v. Canada* [T-1251-18], and *Ouellette v. Canada* [T-1904-18]. They would be represented by a consortium of five law firms, with offices from Montreal to Vancouver: Strosberg Sasso Sutts LLP, Klein Lawyers LLP, Aboriginal Law Group, DD West LLP, and Merchant Law Group LLP.

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

LE JUGE LASKIN, J.C.A. :

### I. Introduction

[1] Lorsque deux ou plusieurs recours collectifs sont envisagés à l'égard de mêmes faits allégués et que les demandeurs et leurs avocats décident de ne pas collaborer, le demandeur dans une instance peut présenter une requête, appelée « requête en conduite de l'instance », demandant la suspension des autres instances.

[2] Le présent appel concerne la conduite d'un recours collectif envisagé au nom des Métis et des Indiens non inscrits touchés par la rafle des années 1960, mais exclus du règlement approuvé dans les décisions *Riddle c. Canada*, 2018 CF 901 et *Brown v. Canada (Attorney General)*, 2018 ONSC 3429 (CanLII). La rafle des années 1960 était un programme fédéral par lequel des enfants indiens inscrits, inuits, métis et indiens non inscrits étaient retirés à leurs parents et placés dans des foyers d'accueil non autochtones ou donnés en adoption. Le règlement approuvé dans les décisions *Riddle* et *Brown* ne visait que les survivants indiens inscrits et inuits de la rafle des années 1960.

[3] Deux requêtes en conduite de l'instance ont été déposées devant la Cour fédérale. Elles ont été entendues ensemble. Une requête a été déposée pour le représentant demandeur proposé dans l'action *Day c. Canada (Procureur général)* [T-2166-18], lequel est représenté par deux cabinets d'avocats basés à Toronto : Koskie Minsky LLP et Paliare Roland Rosenberg Rothstein LLP. Dans l'autre requête, on demandait à ce que les représentants demandeurs proposés dans les trois actions ci-après, dont le regroupement est également une mesure demandée, obtiennent la conduite de l'instance : *LaLiberte c. Canada (Procureur général)*[T-940-18], *McComb c. Canada (Procureur général)* [T-1251-18] et *Ouellette c. Canada (Procureur général)* [T-1904-19]. Ils seraient représentés par un consortium de cinq cabinets d'avocats ayant des bureaux de Montréal à Vancouver : Strosberg Sasso Sutts LLP, Klein Lawyers LLP, Aboriginal Law Group, DD West LLP et Merchant Law Group LLP.

[4] In the order under appeal (2019 FC 766, [2019] 4 F.C.R. 390, Phelan J.), the Federal Court granted carriage to the plaintiff in the Day action, and stayed the other three actions. The order was the first contested carriage order issued by the Federal Court.

[5] The proposed representative plaintiffs in the three actions that were stayed (which I will refer to together as the LMO action) ask this Court to set aside the motion judge's order, to decide the carriage issue afresh, to award carriage to them, to consolidate the three actions, and to stay the Day action. They acknowledge that the motion judge (who is also the case management judge) appropriately carried out a subjective analysis in exercising his discretion with a view to awarding carriage in the best interests of the class. They agree that the motion judge made no error in adopting the lengthy but non-exhaustive list of potentially relevant factors applied by Ontario and British Columbia courts in determining carriage. They take no issue with the motion judge's entitlement to identify and consider the subset of factors that he saw as most relevant in this carriage dispute. However, they submit that the motion judge committed both errors of law and palpable and overriding errors of fact in granting carriage to the plaintiff in the Day action.

[6] I conclude that the motion judge made no reviewable error. Accordingly, I would dismiss the appeal.

## II. The contending parties and proceedings

[7] In both the Day action and the LMO action, the plaintiffs seek damages and other relief against Canada on behalf of Métis and non-status Indians who were subject to the Sixties Scoop. As issued, the statements of claim in the three proceedings proposed to be consolidated into the

[4] Dans l'ordonnance faisant l'objet du présent appel (2019 CF 766, [2019] 4 R.C.F. 390, le juge Phelan), la Cour fédérale a accordé la conduite de l'instance au demandeur dans l'action de M. Day et a suspendu les trois autres instances. Il s'agit de la première ordonnance relative à la conduite de l'instance rendue par la Cour fédérale qui est contestée.

[5] Les représentants demandeurs proposés dans les trois instances qui ont été suspendues (lesquelles seront appelées collectivement « l'action des demandeurs LMO ») demandent à notre Cour d'annuler l'ordonnance du juge des requêtes, de trancher à nouveau la question de la conduite de l'instance, de leur accorder la conduite de l'instance, de regrouper les trois actions et de suspendre l'action de M. Day. Ils reconnaissent que le juge des requêtes (qui est également le juge chargé de la gestion de l'instance) a à juste titre effectué une analyse subjective lorsqu'il a exercé son pouvoir discrétionnaire afin de trancher la question de la conduite de l'instance en tenant compte de l'intérêt supérieur des membres du groupe. Ils reconnaissent que le juge des requêtes n'a pas commis d'erreur en adoptant la liste longue, mais non exhaustive, de facteurs potentiellement pertinents appliqués par les tribunaux de l'Ontario et de la Colombie-Britannique pour déterminer la conduite de l'instance. Ils ne contestent pas que le juge des requêtes avait le droit de retenir et d'examiner les facteurs qu'il estimait les plus pertinents dans le présent litige sur la conduite de l'instance. Cependant, ils soutiennent que le juge des requêtes a commis à la fois des erreurs de droit et des erreurs manifestes et dominantes sur des questions de fait en accordant la conduite de l'instance au demandeur dans l'action de M. Day.

[6] Je conclus que le juge des requêtes n'a commis aucune erreur susceptible de révision. Par conséquent, je rejetterais l'appel.

## II. Les parties au litige et les instances

[7] À la fois dans l'action de M. Day et l'action des demandeurs LMO, les demandeurs sollicitent des dommages-intérêts et d'autres mesures de redressement de la part du Canada au nom des Métis et des Indiens non inscrits qui ont fait l'objet de la raffe des

LMO action included as members of the class only Métis, and not non-status Indians. Non-status Indians were added to the class in the proposed consolidated statement of claim, in the LMO action, prepared after the carriage motions were scheduled.

[8] Brian Day is the proposed representative plaintiff in the Day action. He did not file an affidavit in the carriage motion; information concerning him came from his amended statement of claim and affidavit evidence from a Koskie Minsky lawyer. The motion judge described this (at paragraph 16) as a “flaw” in his material that weighed against his claim to carriage, but found that the material was sufficient for the purposes of the Court’s decision, and established that Mr. Day could act as a representative plaintiff. According to his amended statement of claim, Mr. Day is a Métis man and survivor of the Sixties Scoop. As a consequence of the Sixties Scoop, it is pleaded, Mr. Day lost his Métis cultural identity and has no connection to his Métis community, spiritually, emotionally, or culturally. The motion judge saw Mr. Day’s experience (at paragraph 18) as “[speaking] to some of the worst consequences of alienation arising from the Scoop” and as “[tracking] the very issues raised by the litigation concerning Métis and [non-status Indian] victims of the Scoop.”

[9] The three proposed representative plaintiffs in the LMO action, Robert Doucette, Annette McComb, and Randy Ouellette, are all also Métis survivors of the Sixties Scoop. Unlike Mr. Day, they have all, through adversity and struggle, succeeded in re-establishing connections with and involvement in the Métis community. The motion judge found (at paragraph 15) that each of them exhibits knowledge of and commitment to the duties of a representative plaintiff and has deep roots into his or her Métis community. They are also all active in non-Métis-specific Indigenous organizations and in advancing the interests of Indigenous peoples generally. However, he found (at paragraph 15), they “advance

années 1960. Les déclarations, telles qu’elles ont été déposées, dans les trois procédures devant être regroupées pour constituer l’action des demandeurs LMO visaient seulement les Métis, et non les Indiens non inscrits. Les Indiens non inscrits ont été ajoutés au groupe dans la déclaration commune proposée de l’action des demandeurs LMO, préparée après la mise au rôle des requêtes en conduite de l’instance.

[8] Brian Day est le représentant demandeur proposé dans l’action de M. Day. Il n’a pas déposé d’affidavit dans la requête en conduite de l’instance; les renseignements le concernant proviennent de sa déclaration modifiée et de la preuve par affidavit d’un avocat du cabinet Koskie Minsky. Le juge des requêtes a estimé (au paragraphe 16) qu’il s’agissait d’une « lacune » dans la documentation qui jouait contre la requête en conduite de l’instance de M. Day, mais il a estimé que la documentation permettait à la Cour de rendre une décision, et il a établi que M. Day pouvait agir en tant que représentant demandeur. Selon sa déclaration modifiée, M. Day est un Métis et un survivant de la rafle des années 1960. M. Day soutient avoir perdu son identité culturelle métisse et n’avoir aucun lien avec sa communauté métisse, que ce soit sur le plan spirituel, émotionnel ou culturel, en raison de la rafle des années 1960. Le juge des requêtes a estimé que le vécu de M. Day (au paragraphe 18) « témoign[ait] des conséquences parmi les pires de l’aliénation produite par la rafle » et « [était] 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 [Indiens non inscrits] ».

[9] Les trois représentants demandeurs proposés dans l’action des demandeurs LMO, soit Robert Doucette, Annette McComb et Randy Ouellette, sont tous également des survivants métis de la rafle des années 1960. Contrairement à M. Day, ils ont tous, malgré l’adversité et les difficultés, réussi à rétablir des liens avec la communauté métisse et à s’y intégrer. Le juge des requêtes a estimé (au paragraphe 15) que chacun d’eux avait fait preuve de connaissance et d’engagement envers les devoirs des représentants demandeurs et était profondément enraciné dans sa collectivité métisse. Ils sont également tous actifs au sein d’organisations autochtones non réservées aux Métis et dans la défense des

no particular connection to the [non-status Indian] communities.”

### III. The decision of the motion judge

#### A. *Jurisdiction to hear the motions*

[10] The motion judge noted (at paragraph 36) that the Federal Court class action rules do not specifically provide for carriage motions. However, he was satisfied that section 50 of the *Federal Courts Act*, R.S.C., 1985, c. F-7, and paragraph 105(b) of the *Federal Courts Rules*, SOR/98-106, read in the context of rule 3, give the Federal Court sufficient authority to decide carriage motions. Section 50 gives the Federal Court the discretion to stay proceedings when, among other things, it is in the interest of justice that the proceedings be stayed. Paragraph 105(b) authorizes the Court to order that a proceeding be stayed until another proceeding is determined. Rule 3 calls for the rules to be interpreted and applied so as to secure the just, most expeditious, and least expensive determination of every proceeding on its merits. Not surprisingly, no one challenges the motion judge’s conclusion on the jurisdiction issue.

#### B. *Test for determining carriage*

[11] The motion judge proceeded to adopt, as both sides had submitted he should, the multi-factor test for determining carriage developed by Ontario courts. He quoted the non-exhaustive list of 16 factors set out in *Kowalyshyn v. Valeant Pharmaceuticals International, Inc.*, 2016 ONSC 3819 (CanLII), at paragraph 143:

- (1) The Quality of the Proposed Representative Plaintiffs
- (2) Funding

intérêts des peuples autochtones en général. Cependant, il a conclu (au paragraphe 15) qu’ils n’ont « aucun lien particulier avec les collectivités [d’Indiens non inscrits]. »

### III. La décision du juge des requêtes

#### A. *La compétence pour juger les requêtes*

[10] Le juge des requêtes a fait observer (au paragraphe 36) que les règles de la Cour fédérale en matière de recours collectif ne prévoient pas spécifiquement les requêtes en conduite de l’instance. Toutefois, il a conclu que l’article 50 de la *Loi sur les Cours fédérales*, L.R.C. (1985), ch. F-7, et l’alinéa 105b) des *Règles des Cours fédérales*, DORS/98-106 [Règles], interprétés dans le contexte de la règle, confèrent à la Cour fédérale un pouvoir suffisant pour trancher des requêtes en conduite de l’instance. L’article 50 donne à la Cour fédérale le pouvoir discrétionnaire de suspendre une instance lorsque, entre autres, l’intérêt de la justice l’exige. L’alinéa 105b) autorise la Cour à ordonner qu’il soit sursis à une instance jusqu’à ce qu’une décision soit rendue à l’égard d’une autre instance. L’article 3 dispose que les Règles doivent être interprétées et appliquées de façon à permettre d’apporter une solution au litige qui soit juste et la plus expéditive et économique possible. Sans surprise, la conclusion du juge des requêtes sur la question de la compétence n’est pas contestée.

#### B. *Le critère pour déterminer la conduite de l’instance*

[11] Le juge des requêtes a ensuite adopté, comme les deux parties l’avaient demandé, le critère multifactoriel servant à déterminer la conduite des instances établi par les tribunaux de l’Ontario. Il a cité la liste non exhaustive des 16 facteurs énoncés dans la décision *Kowalyshyn v. Valeant Pharmaceuticals International, Inc.*, 2016 ONSC 3819 (CanLII), au paragraphe 143 :

[TRADUCTION]

- 1) la qualité des représentants demandeurs proposés
- 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'intérêts 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

[12] Referring to the seminal Ontario decision on carriage, *VitaPharm Canada Ltd. v. F. Hoffman-La Roche Ltd.* (2000), 4 C.P.C. (5th) 169, [2000] O.J. No. 4594 (QL) (Sup. Ct.), at paragraph 48, the motion judge stated (at paragraph 41) that in determining carriage, “the best interests of the class are paramount” and that a multi-factor analysis “allows for the flexibility necessary for the Court to determine the best interests of the class.” He set out what he saw as the most relevant factors in this case as follows, and identified the first of these factors as “a critical factor” [at paragraph 42]:

- the representative quality of the proposed plaintiff – a critical factor;

[12] Citant la décision de principe ontarienne en matière de conduite de l'instance, *VitaPharm Canada Ltd. v. F. Hoffman-La Roche Ltd.* (2000), 4 C.P.C. (5th) 169, [2000] O.J. n° 4594 (QL) (C.S.), au paragraphe 48, le juge des requêtes a déclaré (au paragraphe 41) que « l'intérêt supérieur du groupe est primordial » dans la décision concernant la conduite de l'instance et que l'analyse multifactorielle « accorde à la Cour la souplesse nécessaire lui permettant de déterminer l'intérêt supérieur du groupe ». Il a exposé de la manière suivante les facteurs qu'il estime les plus pertinents en l'espèce et a qualifié le premier de ces facteurs de « facteur déterminant » [au paragraphe 42] :

- la qualité des représentants demandeurs proposés – facteur déterminant;

- 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.
- 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.

[13] In moving from the list of 16 potentially relevant factors to the shorter list of the most relevant factors in this litigation, the motion judge reframed somewhat the first of the factors that he set out—from “The Quality of the Proposed Representative Plaintiffs” to “the representative quality of the proposed plaintiff.” This was not the only change. Reflecting the issues raised before him, he also changed “The Quality of Proposed Class Counsel” to “quality, expertise and conduct of counsel.”

[14] The motion judge stated that not all factors have the same weight. He proceeded (at paragraph 44) on the basis that what was required was “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.” He had earlier in his reasons expressed the view that despite the settlement approved in *Riddle* and *Brown*, it was necessary to assess carriage on the assumption that the case will be litigated to a conclusion.

### C. Consideration of the factors

#### (1) Representative plaintiffs

[15] Having described this as “a critical factor,” the motion judge found (at paragraph 45) that while it was

[13] En réduisant la liste de 16 facteurs potentiellement pertinents à une liste plus courte des facteurs les plus pertinents en l'espèce, le juge des requêtes, dans la version anglaise de ses motifs, a quelque peu recadré le premier des facteurs qu'il a énoncés, c'est-à-dire que « *the Quality of the Proposed Representative Plaintiffs* », ou « la qualité des représentants demandeurs proposés », est devenu « *the representative quality of the proposed plaintiff* », qui aurait pu se traduire par « la représentativité des demandeurs proposés ». Il ne s'agit pas du seul changement. En réponse aux questions soulevées devant lui, il a également modifié le facteur « la qualité des avocats proposés du recours collectif », qui est devenu « la qualité, la compétence et la conduite des avocats ».

[14] Le juge des requêtes a déclaré que tous les facteurs n'avaient pas le même poids. Il a effectué son analyse selon le principe (au paragraphe 44) qu'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 ». Il avait exprimé plus tôt dans ses motifs l'avis selon lequel, malgré le règlement approuvé dans les décisions *Riddle* et *Brown*, il était nécessaire d'évaluer la conduite de l'instance en tenant pour acquis que l'affaire sera instruite jusqu'à ce qu'elle soit tranchée.

### C. L'examen des facteurs

#### 1) Les représentants demandeurs

[15] Après avoir qualifié ce facteur de « facteur déterminant », le juge des requêtes a conclu (au paragraphe 45)

close, it weighed in favour of the Day action “because of the experience and focus the Day action counsel have toward the [non-status Indian] community.” He had earlier found that the material before him was sufficient to establish that Mr. Day could act as a representative plaintiff. While the motion judge expressed the view (at paragraph 46) that the proposed representative plaintiffs in the LMO action were also “suitable class representatives in terms of commitment and experience,” and had connections to the Métis community, he determined that they represented “an experience which is Métis focused” and “[had] not advanced a case for their representation of the [non-status Indian] component of the litigation.”

[16] The motion judge acknowledged that Mr. Day has no community connections to either the Métis or non-status Indian communities. But he found (at paragraph 47) that Mr. Day’s circumstances “reflect the type of circumstances and damage that is common to both the Métis and [non-status Indian] 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.”

[17] The motion judge went on to find (at paragraph 48), that

What Day personally may lack in connection into the Métis and [non-status Indian] community due to his experience is ameliorated by the efforts of counsel to interact with both Métis and [Non-Status Indian] people and the relevant practical experience of [Paliare Roland] counsel in both communities.

(2) Preparation and readiness of the action

[18] The motion judge found (at paragraphs 49–50) that this factor “slightly favours the LMO Action in that it has conducted archival studies and prepared at least one expert report”, but that the parties are at the early stages of the litigation process and “the gap in preparation between the two actions is not significant.”

que, bien que ce facteur ait pesé de façon presque équivalente pour chacune des parties, il militait néanmoins 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 [Indiens non inscrits] ». Il avait auparavant conclu que les éléments dont il disposait étaient suffisants pour établir que M. Day pouvait agir en qualité de représentant demandeur. Bien que le juge des requêtes ait affirmé (au paragraphe 46) que les représentants demandeurs proposés dans l’action des demandeurs LMO représentaient « convenablement le groupe en termes d’engagement et d’expérience » et avaient des liens avec la communauté métisse, il a conclu que leur « expérience [était] axée sur les Métis » et qu’ils n’avaient « pas présenté d’éléments au soutien de leur représentation du volet du litige qui touchent les [Indiens non inscrits]. »

[16] Le juge des requêtes a reconnu que M. Day n’avait aucun lien avec les collectivités métisses ou indiennes non inscrites. Cependant, il a conclu (au paragraphe 47) que la situation de M. Day « symbolise toutefois le type de circonstances et de préjudices communément vécus par les Métis et les [Indiens non inscrits], 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. »

[17] Le juge des requêtes a ensuite conclu (au paragraphe 48) ce qui suit :

Les efforts déployés par les avocats pour interagir avec les Métis et les [Indiens non inscrits] 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 [Indiens non inscrits] attribuable à son vécu.

2) Les mesures préparatoires au recours collectif et son état d’avancement

[18] Le juge de la requête a estimé (aux paragraphes 49 et 50) que 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 », mais que les parties en sont aux premiers stades de l’instance et que « [l’]écart dans la préparation démontrée dans les deux actions n’est donc pas important ».

### (3) Class definition

[19] The motion judge concluded (at paragraph 51) that this factor “is largely neutral and if anything, it slightly favours the Day action.” He noted that while the class definition in the LMO action was more objective, that definition, unlike the definition in the Day action, initially did not include non-status Indians: they were added to the class definition in the proposed consolidated statement of claim only after the carriage motions were scheduled, in February 2019. The Day action, with its more inclusive class definition, had been commenced in December 2018. The motion judge saw the initial omission as significant when the purpose of the litigation was to secure compensation for Indigenous survivors of the Sixties Scoop who were excluded from the settlement in *Riddle and Brown*. He also saw it as consistent with the LMO action’s principal focus on the Métis community, and its lack of involvement with the non-status Indian community. While he recognized that the omission had been rectified, he stated (at paragraph 53) that “the Court cannot ignore what appears to be ‘leap-frogging’ by the LMO action when a carriage motion is pending,” and that “[s]uch leap-frogging is to be discouraged” in carriage motions.

### (4) Scope of causes of action

[20] The motion judge found (at paragraph 55) that this factor “is essentially neutral as both actions are based primarily on breach of fiduciary duty and common law duties owed by the defendant.” The LMO action also raises claims involving the *United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples*, G.A. Res. 61/295, UN GAOR, 61st Sess., Supp. No. 49, Vol III, UN Doc. A/61/49 (2007), and the Day action also advances the honour of the Crown principle. However, the motion judge determined (at paragraph 59) that “[n]one of these additional grounds of claim gives either group an advantage in respect of carriage.”

### 3) La définition du groupe

[19] Le juge des requêtes a conclu (au paragraphe 51) que ce facteur « est en grande partie neutre, sinon il favorise légèrement l’action de M. Day ». Il a fait observer que, si la définition du groupe dans l’action des demandeurs LMO était plus objective, cette définition, contrairement à celle de l’action de M. Day, n’incluait pas initialement les Indiens non inscrits : ils ont seulement été ajoutés à la définition du groupe dans la déclaration commune proposée après la mise au rôle des requêtes en conduite de l’instance en février 2019. L’action de M. Day, avec sa définition de groupe plus inclusive, avait été déposée en décembre 2018. Le juge des requêtes a estimé que l’omission initiale était significative alors que le but de l’instance était d’obtenir une compensation pour les survivants autochtones de la rafle des années 1960 qui avaient été exclus du règlement dans les décisions *Riddle et Brown*. Il a également estimé qu’elle confirmait la prépondérance de la collectivité métisse dans l’action des demandeurs LMO et le peu d’intérêt envers les collectivités d’Indiens non inscrits. Tout en reconnaissant que l’omission avait été rectifiée, il a déclaré (au paragraphe 53) que « 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 », et que le « recours à une telle surenchère est déconseillé » dans les requêtes en conduite de l’instance.

### 4) L’étendue des causes d’action

[20] Le juge des requêtes a estimé (au paragraphe 55) que 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 ». L’action des demandeurs LMO invoque également des arguments fondés sur la *Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones*, Rés. G.A. 61/295, Doc. off., 61<sup>e</sup> session, Suppl. n° 49, vol. III, Doc. de l’ONU A/61/49 (2007), tandis que l’action de M. Day est aussi fondée sur l’honneur de la Couronne. Cependant, le juge des requêtes a déterminé (au paragraphe 59) qu’« [a]ucun des arguments supplémentaires qu’invoque une partie ne confère à l’un ou l’autre groupe un avantage sur la conduite de l’instance ».

## (5) Priority of commencement of action

[21] The motion judge stated (at paragraph 60) that this factor “must be examined qualitatively.” Since the three proceedings constituting the LMO action were commenced before the Day action, he found that this factor “slightly favours” the LMO action. However, he saw this factor (at paragraph 61) as “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.”

## (6) Quality, expertise, and conduct of counsel

[22] The motion judge described this factor (at paragraphs 63, 66) as “a relevant factor but not as overwhelmingly determinative as some may have thought,” and as “but one factor [whose] importance depends on the circumstances.”

[23] He recognized [at paragraph 64] that both law firm groups have extensive class action experience, and experience acting for Métis people, but found this factor to weigh in favour of counsel in the Day action for “a number of reasons”. These included, “especially,” their expertise in relation to the issues left unresolved in *Daniels v. Canada (Indian Affairs and Northern Development)*, 2016 SCC 12, [2016] 1 S.C.R. 99. Over a 15-year period, Paliare Roland litigated *Daniels* through trial, appeal, and final appeal to the Supreme Court. The Supreme Court confirmed in *Daniels* that Métis and non-status Indians are “Indians” within the meaning of subsection 91(24) of 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], but left the question whether particular individuals or communities are Métis or non-status Indians to be decided on a case-by-case basis.

## 5) La priorité en fonction de la date où le recours collectif a été intenté

[21] Le juge des requêtes a déclaré (au paragraphe 60) que ce facteur « doit être examiné d’un point de vue qualitatif ». Étant donné que les trois demandes constituant l’action des demandeurs LMO ont été déposées avant l’action de M. Day, il a estimé que ce facteur « favorise légèrement » l’action des demandeurs LMO. Toutefois, il a estimé que ce facteur (au paragraphe 61) « 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 ».

## 6) La qualité, la compétence et la conduite des avocats

[22] Le juge des requêtes a dit de ce facteur (aux paragraphes 63 et 66) qu’il s’agissait « d’un facteur pertinent, mais pas aussi déterminant que certains auraient pu le croire » et que ce n’était « qu’un facteur parmi d’autres [dont l’]importance dépend des circonstances ».

[23] Il a reconnu [au paragraphe 64] que les deux groupes de cabinets d’avocats avaient une vaste expérience des recours collectifs et de la représentation des Métis, tout en estimant que ce facteur jouait en faveur des avocats de l’action de M. Day pour « un certain nombre de raisons ». Il s’agit « en particulier » de leur expertise en ce qui concerne les questions que l’arrêt *Daniels c. Canada (Affaires indiennes et du Nord canadien)*, 2016 CSC 12, [2016] 1 R.C.S. 99, a laissées sans réponse. Pendant 15 ans, le cabinet Paliare Roland a plaidé cette affaire devant les tribunaux, au procès, en appel et finalement en appel devant la Cour suprême. Cette dernière a confirmé dans l’arrêt *Daniels* que les Métis et les Indiens non inscrits sont des « Indiens » au sens du 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], tout en concluant qu’il fallait trancher au cas par cas la question de savoir si des personnes données sont des Métis ou des Indiens non inscrits ou si une collectivité donnée est formée de telles personnes.

[24] The motion judge was of the view (at paragraph 68) that some of the issues unresolved in *Daniels* would likely arise in the current proceeding. He saw as unique and important the experience of counsel in the Day action with these issues acting for both Métis and non-status Indians, compared with the experience of counsel in the LMO action acting for Métis people.

[25] The motion judge also considered the geographic coverage of the two sets of law firms. He found (at paragraphs 70–71) that, while the LMO group has a “geographic scope advantage”, it “advanced no details of its organization, division of labour, or management which establishes that it is materially better able to act for Métis and [non-status Indians] across the country.” The motion judge noted (at paragraph 73) that Koskie Minsky and Paliare Roland have handled national class actions successfully. He concluded that “there is no established qualitative difference between the competing groups on this point of geography.”

[26] In concluding his discussion of this factor, the motion judge referred (at paragraph 74) to allegations by counsel in the Day action of “a pattern of adverse conduct” in other proceedings on the part of several of the law firms in the LMO action consortium. He had earlier referred (at paragraphs 28–29) both to what he described as the “bad blood” remaining between some of the firms arising from their experience with each other in the first Sixties Scoop litigation, and to judicial statements criticizing the conduct of the Merchant Law Group.

[27] The motion judge had stated (at paragraph 29) that the “bad blood” was of little relevance to the issue before him. As for the allegations against the Merchant Law Group, he found (at paragraph 75) that Merchant Law Group’s involvement did not constitute grounds to deny carriage, but that its reputation did not advantage the consortium of which it was a part.

[24] Le juge des requêtes a estimé (au paragraphe 68) que certaines des questions non résolues dans l’arrêt *Daniels* se poseraient probablement dans l’instance en l’espèce. Il a estimé que l’expérience des avocats de l’action de M. Day, qui avaient représenté des Métis et des Indiens non inscrits, était unique et importante par rapport à celle des avocats de l’action des demandeurs LMO, qui avaient représenté des Métis.

[25] Le juge des requêtes a également tenu compte de la couverture géographique des deux consortiums de cabinets d’avocats. Il a conclu (aux paragraphes 70 et 71) que, bien que le groupe représentant les demandeurs LMO ait un « avantage géographique », il « 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 [Indiens non inscrits] partout au pays ». Le juge des requêtes a fait observer (au paragraphe 73) que Koskie Minsky et Paliare Roland ont également eu gain de cause dans des recours collectifs nationaux. Il a conclu qu’aucune « différence qualitative n’existe entre les groupes concurrents en ce qui a trait à la question de la représentation géographique ».

[26] En concluant son examen de ce facteur, le juge des requêtes s’est penché (au paragraphe 74) sur les allégations des avocats de l’action de M. Day concernant la « tendance à adopter des comportements préjudiciables » qu’auraient eue dans d’autres instances plusieurs des cabinets d’avocats du consortium de l’action des demandeurs LMO. Il avait plus tôt fait référence (aux paragraphes 28 et 29) à ce qu’il a appelé le « “ressentiment” » qui subsistait entre certains de ces cabinets du fait de leurs rapports mutuels lors du premier litige sur la rafle des années 1960, ainsi qu’à des commentaires défavorables faits par les tribunaux au sujet de la conduite du cabinet Merchant Law Group.

[27] Le juge des requêtes a déclaré (au paragraphe 29) que le « “ressentiment” » n’était pas pertinent s’agissant de trancher la question dont il était saisi. Quant aux allégations contre le cabinet Merchant Law Group, il a estimé (au paragraphe 75) que la participation de ce cabinet ne constituait pas un motif de refuser de confier la conduite de l’instance au consortium dont il faisait partie, mais que sa réputation n’avantageait pas ce consortium.

## (7) Interrelationship of the class action in other jurisdictions

[28] Canada requested that the parties to the carriage motions undertake not to advance similar proceedings in other courts regardless of the outcome of the motions. Counsel in the Day action were prepared to give this undertaking, but counsel in the LMO action were not. The motion judge did not accept their rationale for refusing to give the undertaking. But he ultimately decided (at paragraphs 82, 84) that he would not determine carriage on the basis of the giving of the undertaking, and that the issue was academic in any event because carriage was being granted to the plaintiff in the Day action.

IV. Issues

[29] Counsel in the LMO action submit that in awarding carriage to the plaintiff in the Day action, the motion judge made errors of both fact and law. Taking into account both their written and their oral submissions, I would set out the issues that they raise as follows:

- (1) whether in considering the representative plaintiff factor, the motion judge
  - (a) erred in law by assessing the “representative quality of the plaintiff” rather than the “quality of the representative plaintiff,”
  - (b) erred in law in determining that the efforts and expertise of counsel in the Day action could remedy Mr. Day’s shortcomings as representative plaintiff, and
  - (c) erred in fact in finding that the LMO plaintiffs had not advanced a case for their representation of the non-status Indian component of the litigation;

## 7) L’interrelation des recours collectifs déposés devant plus d’un tribunal

[28] Le Canada a demandé que les parties aux requêtes en conduite de l’instance s’engagent à ne pas intenter de recours semblables devant d’autres tribunaux, quelle que soit l’issue des requêtes. Les avocats de l’action de M. Day étaient prêts à prendre cet engagement, mais ceux de l’action des demandeurs LMO ne l’étaient pas. Le juge des requêtes n’a pas retenu les motifs qu’ils ont avancés pour justifier leur refus de prendre cet engagement. Mais il a finalement décidé (aux paragraphes 82 et 84) qu’il ne trancherait pas la question de la conduite de l’instance en fonction de cet engagement et que la question était de toute façon théorique, car la conduite de l’instance était confiée au demandeur de l’action de M. Day.

IV. Les questions en litige

[29] Les avocats de l’action des demandeurs LMO soutiennent qu’en confiant la conduite de l’instance au demandeur de l’action de M. Day, le juge des requêtes a commis des erreurs de fait et de droit. Vu leurs observations écrites et verbales, j’énoncerais de la manière suivante les questions qu’ils soulèvent :

- 1) En examinant le facteur concernant le représentant demandeur, le juge des requêtes :
  - a) a-t-il commis une erreur de droit en évaluant la représentativité du demandeur (« *representative quality of the plaintiff* ») plutôt que la qualité du représentant demandeur (« *quality of the representative plaintiff* »)?
  - b) a-t-il commis une erreur de droit en déterminant que les efforts et la compétence des avocats de l’action de M. Day pouvaient remédier aux lacunes de M. Day en tant que représentant demandeur?
  - c) a-t-il commis une erreur de fait en concluant que les demandeurs LMO n’avaient pas présenté d’éléments au soutien de leur représentation du volet du litige qui touche les Indiens non inscrits?

- |   |  |
|---|--|
| <p>(2) whether in assessing the quality, expertise, and conduct of counsel, the motion judge</p> <p>(a) erred in law by giving greater weight to the experience of counsel in the Day action in <i>Daniels</i> than to the importance of having Indigenous counsel represent the class, and</p> <p>(b) erred in fact in ignoring the experience of Indigenous counsel in the LMO action; and</p> <p>(3) whether in assessing the preparation and readiness for trial factor, the motion judge erred in fact or law by treating as “leap-frogging” the change to the class definition in the proposed consolidated statement of claim in the LMO action to include non-status Indians.</p> | <p>2) En évaluant la qualité, la compétence et la conduite des avocats, le juge des requêtes :</p> <p>a) a-t-il commis une erreur de droit en accordant plus de poids à l’expérience des avocats de l’action de M. Day dans l’affaire <i>Daniels</i> qu’à l’importance d’avoir des avocats autochtones pour représenter le groupe?</p> <p>b) a-t-il commis une erreur de fait en ne tenant pas compte de l’expérience des avocats autochtones de l’action des demandeurs LMO?</p> <p>3) En évaluant le facteur des mesures préparatoires au recours et de son état d’avancement, le juge des requêtes a-t-il commis une erreur de fait ou de droit en qualifiant de « surenchère » la modification, pour y inclure les Indiens non inscrits, de la définition du groupe dans la déclaration commune proposée dans l’action des demandeurs LMO?</p> |
|---|--|

[30] Before addressing each of these issues in turn, I will briefly discuss the standard of review.

[30] Avant d’analyser chacune de ces questions, je parlerai brièvement de la norme de contrôle.

#### V. Standard of review

#### V. La norme de contrôle

[31] As already noted, carriage orders are discretionary. The standard of review in this Court for discretionary orders of the Federal Court is the *Housen v. Nikolaisen*, standard: correctness for questions of law and palpable and overriding error for questions of fact and questions of mixed fact and law (except where there is an extricable question of law): *Hospira Healthcare Corporation v. Kennedy Institute of Rheumatology*, 2016 FCA 215, [2017] 1 F.C.R. 331, at paragraph 79; *Housen v. Nikolaisen*, 2002 SCC 33, [2002] 2 S.C.R. 235.

[31] Comme je l’ai écrit plus haut, les ordonnances sur la conduite de l’instance sont discrétionnaires. La norme de contrôle que notre Cour doit appliquer aux ordonnances discrétionnaires de la Cour fédérale est celle établie dans l’arrêt *Housen c. Nikolaisen*, c’est-à-dire la norme de la décision correcte pour les questions de droit et celle de l’erreur manifeste et dominante pour les questions de fait et les questions mixtes de fait et de droit (sauf en cas de question de droit isolable) : *Corporation de soins de la santé Hospira c. Kennedy Institute of Rheumatology*, 2016 CAF 215, [2017] 1 R.C.F. 331, au paragraphe 79; *Housen c. Nikolaisen*, 2002 CSC 33, [2002] 2 R.C.S. 235.

[32] Palpable and overriding error is, of course, a highly deferential standard. It authorizes appellate intervention only where an error is both obvious and determinative of the outcome: *Salomon v. Matte-Thompson*, 2019 SCC 14, [2019] 1 S.C.R. 729, at paragraph 33; *Mahjoub v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2017 FCA 157, [2018] 2 F.C.R. 344, at paragraphs 61–75.

[32] L’erreur manifeste et dominante est, bien entendu, une norme de contrôle qui commande une grande déférence. Selon cette norme, la cour d’appel ne peut intervenir que lorsque, à la fois, l’erreur est évidente et elle a déterminé l’issue de l’affaire : *Salomon c. Matte-Thompson*, 2019 CSC 14, [2019] 1 R.C.S. 719, au paragraphe 33; *Mahjoub c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2017

It does not permit an appellate court to reweigh the evidence that was before the court of first instance: *Salomon*, at paragraph 40; *Mahjoub*, at paragraphs 70, 79. Nor does it allow an appellate court to interfere merely because the first instance court made no mention in its reasons of a particular matter or body of evidence: *Mahjoub*, at paragraphs 66–67, 69. “[F]irst-instance courts benefit from a rebuttable presumption that they considered and assessed all of the material placed before them”: *Mahjoub*, at paragraph 67.

## VI. Analysis

### A. *Alleged errors in considering the representative plaintiff factor*

- (1) Alleged error of law by assessing the “representative quality of the plaintiff” rather than the “quality of the representative plaintiff”

[33] In alleging this error, counsel in the LMO action emphasize the motion judge’s description of this factor as “a critical factor,” and his change in terminology from “The Quality of the Proposed Representative Plaintiffs” (at paragraph 39) when listing the 16 factors identified by Ontario courts to “the representative quality of the proposed plaintiff” (at paragraph 42) when listing the factors most relevant in deciding carriage in this case. It was by applying the latter formulation, they submit, that the motion judge found Mr. Day (at paragraph 47) to be a better representative plaintiff because he “[reflected] the type of circumstances and damage that is common to both the Métis and [non-status Indian] group” and was “a textbook claimant and a mirror for both indigenous components of the litigation.” This, they submit, took the motion judge outside the scope and purpose of this factor, which is aimed at assessing the proposed representative plaintiffs’ willingness and ability to carry out the functions of a representative plaintiff. The motion judge’s treatment of this factor, they say, amounted instead to imposing a requirement of “typicality”—a requirement that the representative plaintiff be typical of the class. They point out that the Supreme Court rejected

CAF 157, [2018] 2 R.C.F. 344, aux paragraphes 61 à 75. Elle ne permet pas à la cour d’appel de soupeser à nouveau les éléments de preuve qui ont été présentés au tribunal de première instance : *Salomon*, au paragraphe 40; *Mahjoub*, aux paragraphes 70 et 79. Elle ne permet pas non plus à la cour d’appel d’intervenir simplement parce que le tribunal de première instance n’a pas mentionné dans ses motifs un sujet donné ou des éléments de preuve particuliers : *Mahjoub*, aux paragraphes 66, 67 et 69. « [L]es cours de première instance jouissent d’une présomption réfutable selon laquelle elles ont pris en considération et évalué tous les éléments dont elles disposent » : *Mahjoub*, au paragraphe 67.

## VI. Discussion

### A. *Les erreurs alléguées dans l’examen du facteur concernant le représentant demandeur*

- 1) L’erreur de droit alléguée consistant à évaluer la représentativité du demandeur plutôt que la qualité du représentant demandeur

[33] À l’appui de leurs observations quant à cette erreur alléguée, les avocats de l’action des demandeurs LMO insistent sur le fait que le juge des requêtes a qualifié ce facteur de « facteur déterminant », ainsi que sur le fait qu’il a changé, dans la version anglaise, le libellé de ce facteur de manière à ce qu’il porte sur la « qualité des représentants demandeurs proposés » (au paragraphe 39) lors de l’énumération des 16 facteurs énoncés par les tribunaux de l’Ontario, mais sur la représentativité des demandeurs proposés (au paragraphe 42) dans l’énumération des facteurs les plus pertinents pour trancher la question de la conduite de l’instance en l’espèce. Selon eux, c’est parce que le juge des requêtes a utilisé ce dernier libellé qu’il a conclu que M. Day (au paragraphe 47) était le meilleur représentant demandeur parce qu’il « symbolis[ait] [...] le type de circonstances et de préjudices communément vécus par les Métis et les [Indiens non inscrits] » et qu’il était « le demandeur parfait et il refl[était] les deux volets autochtones du litige ». Ils soutiennent que le juge des requêtes a ainsi outrepassé la portée et l’objectif de ce facteur, qui est censé servir à évaluer la volonté et la capacité des représentants demandeurs proposés d’exercer

a typicality requirement in *Western Canadian Shopping Centres Inc. v. Dutton*, 2001 SCC 46, [2001] 2 S.C.R. 534, at paragraph 41.

[34] I see no error of law in the motion judge’s taking into account, in considering this factor, Mr. Day’s circumstances and the nature of the damage that he pleads.

[35] First, the motion judge did consider the “quality of the representative plaintiff” in the sense that counsel in the LMO action say he should have considered it. He expressly found (at paragraph 16) that the materials filed by counsel in the Day action, despite the absence of an affidavit from Mr. Day, were “sufficient for purposes of [the] Court’s decision and [established] that he can act as a representative plaintiff.” I do not understand counsel in the LMO action to be maintaining the position that the absence of an affidavit from Mr. Day should have been treated as fatal. In any event, the motion judge was entitled in my view to treat counsel’s affidavit and the pleading, taken together, as having evidentiary value: *Thompson et al. v. Minister of Justice of Manitoba et al.*, 2017 MBCA 71 (CanLII), 5 C.P.C. (8th) 134, at paragraph 52; *Federal Courts Rules*, paragraph 81(1) (permitting hearsay affidavit evidence on motions). He also found (at paragraph 46) that the plaintiffs in the LMO action were “suitable class representatives in terms of commitment and experience.”

[36] Second, I do not agree that in going on to consider Mr. Day’s circumstances and the nature of the damage that he claims, the motion judge improperly imposed a typicality requirement. The statements in *Western Canadian Shopping Centres* and other cases that a representative plaintiff need not be typical of the class were made in the context of motions for certification, not carriage motions. In any event, the motion judge did

les fonctions de représentant demandeur. La façon dont le juge des requêtes a appliqué ce facteur, avancent-ils, revient plutôt à imposer une exigence de [TRADUCTION] « modèle type » — une exigence selon laquelle le représentant demandeur doit correspondre au demandeur type constituant le groupe. Ils soulignent que la Cour suprême a rejeté l’exigence du modèle type dans l’arrêt *Western Canadian Shopping Centres Inc. c. Dutton*, 2001 CSC 46, [2001] 2 R.C.S. 534, au paragraphe 41.

[34] Je ne vois aucune erreur de droit dans la façon dont le juge des requêtes, en examinant ce facteur, a pris en compte les circonstances de M. Day et la nature du préjudice qu’il porte devant les tribunaux.

[35] Tout d’abord, le juge des requêtes a bel et bien examiné la « qualité du représentant demandeur » comme, selon les avocats de l’action des demandeurs LMO, il devait le faire. Il a expressément conclu (au paragraphe 16) que les documents produits par les avocats de l’action de M. Day, malgré l’absence d’affidavit de M. Day, « permettent à la Cour de rendre sa décision et établissent qu’il [M. Day] peut agir à titre de représentant demandeur ». Je ne crois pas que les avocats de l’action des demandeurs LMO soutiennent que l’absence d’affidavit de M. Day aurait dû être fatale. Quoi qu’il en soit, je suis d’avis que le juge des requêtes pouvait considérer l’affidavit de l’avocat et l’acte de procédure, ensemble, comme ayant une valeur probante : *Thompson et al. v. Minister of Justice of Manitoba et al.*, 2017 MBCA 71 (CanLII), 5 C.P.C. (8th) 134, au paragraphe 52; *Règles des Cours fédérales*, au paragraphe 81(1) (autorisant la preuve par oui-dire dans les affidavits produits à l’appui d’une requête). Il a également conclu (au paragraphe 46) que les demandeurs LMO « représentent convenablement le groupe en termes d’engagement et d’expérience ».

[36] Deuxièmement, je ne souscris pas à l’observation selon laquelle, en examinant ensuite la situation de M. Day et la nature des préjudices qu’il allègue, le juge des requêtes a imposé à tort l’exigence du modèle type. Les déclarations faites dans l’arrêt *Western Canadian Shopping Centres* et dans d’autres décisions, selon lesquelles le représentant demandeur n’a pas besoin de correspondre au demandeur type du groupe, ont été faites

not purport to require typicality. Instead, approaching the dispute as one that would be litigated to its conclusion, and recognizing that Mr. Day personified some of the worst consequences of the Sixties Scoop, the motion judge saw Mr. Day's circumstances and the damage he claims as an advantageous platform for a claim on behalf of the class.

[37] In my view, the motion judge was entitled to come to that conclusion, and to take that assessment into account in awarding carriage. The factors that may be considered in a carriage motion are not ends in themselves. Rather, they are means of assisting the court, in the unique context of each case, to determine the best interests of the class (along with fairness to the defendants and the access to justice, judicial economy, and behaviour modification goals of class proceedings): *Mancinelli v. Barrick Gold Corporation*, 2016 ONCA 571, 131 O.R. (3d) 497, at paragraphs 17, 22; *Strohmaier v. K.S.*, 2019 BCCA 388, 30 B.C.L.R. (6th) 289, at paragraph 41; *McSherry v. Zimmer GMBH*, 2012 ONSC 4113 (CanLII), 36 C.P.C. (7th) 318, at paragraph 131. That is why the case law consistently describes the list of factors as non-exhaustive. That is why the list of potentially relevant factors continues to expand—from 6 in 2000 to 17 in 2020: *Mancinelli*, at paragraphs 13–18; *Del Giudice v. Thompson*, 2020 ONSC 2676 (CanLII), at paragraph 65; *Wong v. Marriott International Inc.*, 2020 BCSC 55, at paragraph 24. And that is why “it remains open to courts to consider factors other than those listed ... that may be relevant in the particular circumstances of a case”: *Strohmaier*, at paragraph 41.

[38] In my view, the motion judge could have considered Mr. Day's circumstances and the damage he claims outside the list of factors that he adopted from the prior case law. He could also have considered these matters as a new factor, or sub-branch of a previously recognized

dans le contexte de requêtes en autorisation de recours, et non de requêtes en conduite de l'instance. Quoi qu'il en soit, le juge des requêtes n'a pas agi comme si le modèle type était une exigence. Il a plutôt traité l'affaire en tenant pour acquis qu'elle serait instruite jusqu'à ce qu'elle soit tranchée et, en reconnaissant que M. Day personnifiait certaines des pires conséquences de la rafle des années 1960, il a estimé que la situation de M. Day et les préjudices qu'il allègue constituent un point de départ avantageux pour présenter une demande au nom du groupe.

[37] À mon avis, le juge des requêtes était en droit d'arriver à cette conclusion et de tenir compte de cet élément dans sa décision sur la conduite de l'instance. Les facteurs qui peuvent être pris en compte dans une requête en conduite de l'instance ne sont pas des fins en soi. Il s'agit plutôt de moyens d'aider la cour, dans le contexte propre à chaque affaire, à prendre une décision qui est dans l'intérêt supérieur du groupe (ainsi qu'à garantir l'équité envers les défendeurs et l'accès à la justice, l'économie judiciaire et les objectifs de modification du comportement des recours collectifs) : *Mancinelli v. Barrick Gold Corporation*, 2016 ONCA 571, 131 O.R. (3d) 497, aux paragraphes 17 et 22; *Strohmaier v. K.S.*, 2019 BCCA 388, 30 B.C.L.R. (6th) 289, au paragraphe 41; *McSherry v. Zimmer GMBH*, 2012 ONSC 4113 (CanLII), 36 C.P.C. (7th) 318, au paragraphe 131. C'est pourquoi, dans la jurisprudence, il est systématiquement précisé que la liste des facteurs est non exhaustive. C'est pourquoi la liste des facteurs potentiellement pertinents continue de s'allonger — de 6 en 2000, elle est passée à 17 en 2020 : *Mancinelli*, aux paragraphes 13 à 18; *Del Giudice v. Thompson*, 2020 ONSC 2676 (CanLII), au paragraphe 65; *Wong v. Marriott International Inc.*, 2020 BCSC 55, au paragraphe 24. Et c'est pourquoi [TRADUCTION] « les tribunaux restent libres d'examiner des facteurs autres que ceux énumérés [...] qui peuvent être pertinents dans les circonstances propres à l'affaire » : *Strohmaier*, au paragraphe 41.

[38] À mon avis, le juge des requêtes aurait pu examiner la situation de M. Day et les préjudices qu'il allègue sans égard aux facteurs qu'il a tirés de la jurisprudence. Il aurait également pu examiner ces questions comme s'il s'agissait de nouveaux facteurs ou de sous-éléments

factor, which he might have described as “attributes of the proposed representative plaintiffs”: see *Smith v. Sino-Forest Corporation*, 2012 ONSC 24 (CanLII), 34 C.P.C. (7th) 76, at paragraphs 275–292. I cannot conclude that his treatment of these matters under the heading that he chose rises to the level of an error of law.

- (2) Alleged error of law in determining that the efforts and expertise of counsel in the Day action could remedy Mr. Day’s shortcomings as representative plaintiff

[39] As noted above, the motion judge went on in considering the representative plaintiff factor to find (at paragraph 48) that “[w]hat Day personally may lack in connection into the Métis and [non-status Indian] community due to his experience is ameliorated by the efforts of counsel to interact with both Métis and [non-status Indian] people and the relevant practical experience of [Paliare Roland] counsel in both communities.” He had earlier referred (at paragraph 23) to Paliare Roland’s involvement with both Métis and non-status Indians through the *Daniels* litigation, and (at paragraph 26) to Koskie Minsky having “spoken to dozens of Métis and [non-status Indian] survivors of the Sixties Scoop about this current action to educate themselves and encourage participation in this litigation.”

[40] Counsel in the LMO action assert that it was an error of law for the motion judge to find that counsel’s experience could remedy Mr. Day’s lack of community connection. They submit that in doing so he improperly conflated the representative plaintiff factor with the quality, expertise, and conduct of counsel factor, and that as a result there was “double-counting” of the latter factor.

d’un facteur déjà reconnu, qu’il aurait pu appeler les [TRADUCTION] « attributs des représentants demandeurs proposés » : voir *Smith v. Sino-Forest Corporation*, 2012 ONSC 24 (CanLII), 34 C.P.C. (7th) 76, aux paragraphes 275 à 292. Je ne peux pas conclure que son examen de ces éléments au regard du libellé qu’il a choisi constitue une erreur de droit.

- 2) L’erreur de droit alléguée consistant à déterminer que les efforts et la compétence des avocats de l’action de M. Day pouvaient remédier aux lacunes de M. Day en tant que représentant demandeur

[39] Comme je l’ai mentionné précédemment, le juge des requêtes a poursuivi son analyse du facteur concernant le représentant demandeur et a conclu (au paragraphe 48) que « [l]es efforts déployés par les avocats pour interagir avec les Métis et les [Indiens non inscrits] 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 [Indiens non inscrits] attribuable à son vécu. L’intérêt et l’attention démontrés envers les [Indiens non inscrits] et leur collectivité sont importants en l’espèce. » Il avait auparavant fait mention (au paragraphe 23) de l’engagement du cabinet Paliare Roland auprès des Métis et des Indiens non inscrits dans l’affaire *Daniels* et (au paragraphe 26) de celui des avocats de Koskie Minsky, qui « se sont entretenus avec des dizaines de Métis et [d’Indiens non inscrits] 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 ».

[40] Les avocats de l’action des demandeurs LMO ont affirmé que c’était une erreur de droit de la part du juge des requêtes de conclure que l’expérience des avocats pouvait remédier à l’absence de lien entre M. Day et la collectivité. Ils ont soutenu que, ce faisant, le juge a indûment confondu le facteur concernant le représentant demandeur avec celui de la qualité, de la compétence et de la conduite des avocats et que, par conséquent, ce dernier facteur a « compté en double ».

[41] I do not accept this submission. In my view it too fails to reflect the nature of the factors that may be considered in a carriage motion and the nature of the relationship between them.

[42] Not only are these factors not exhaustive; they are also not watertight compartments. As stated at paragraph 143 of *Kowalyszyn* (the case from which the motion judge drew the list of 16 potentially applicable factors), the factors “tend to overlap and interconnect.” The case law on carriage is replete with similar statements: see, for example, *Quenneville v. Audi AG*, 2018 ONSC 1530 (CanLII), 19 C.P.C. (8th) 89, at paragraph 27; *Winder v. Marriott International Inc.*, 2019 ONSC 5766 (CanLII), at paragraph 51; *Rogers v. Aphria Inc.*, 2019 ONSC 3698 (CanLII), at paragraph 17; *Del Giudice*, at paragraph 65; *Wong*, at paragraph 24. In *Settingington v. Merck Frosst Canada Ltd.* (2006), 26 C.P.C. (6th) 173, 2006 CanLII 2623 (Ont. Sup. Ct.), at paragraph 12, Justice Winkler (then Regional Senior Justice) specifically recognized the overlap and interconnection between quality of the representative plaintiff and quality of class counsel:

... [I]n seeking a stay of one class proceeding in favour of another, the proposed representative plaintiff ... is asking the court to rule that the putative class will be better served if he or she is permitted to prosecute the action. An inherent element in such a request is an affirmation that the counsel chosen by the moving party is similarly better suited to prosecute the action than the counsel of choice in the other action or actions.

[43] In this case, similarly, the motion judge was called on to decide what combination of representative plaintiff and counsel would better serve the interests of the class.

[44] Thus the motion judge’s reference to counsel’s experience in discussing the representative plaintiff factor does not disclose an error of law, but simply reflects the relationship between the relevant factors. There should be no concern that it led to “double-counting.”

[41] Je ne souscris pas à cette observation. À mon avis, cet argument ne tient pas non plus compte de la nature des facteurs qui peuvent être pris en considération dans une requête en conduite de l’instance ni de la nature de la relation entre eux.

[42] Non seulement ces facteurs ne sont pas exhaustifs, mais encore ils ne sont pas des compartiments étanches. Comme il est mentionné au paragraphe 143 de la décision *Kowalyszyn* (le jugement duquel le juge des requêtes a tiré la liste des 16 facteurs potentiellement applicables), les facteurs [TRADUCTION] « tendent à se chevaucher et à être liés entre eux ». La jurisprudence en matière de conduite de l’instance regorge de déclarations semblables : voir, par exemple, *Quenneville v. Audi AG*, 2018 ONSC 1530 (CanLII), 19 C.P.C. (8th) 89, au paragraphe 27; *Winder v. Marriott International Inc.*, 2019 ONSC 5766 (CanLII), au paragraphe 51; *Rogers v. Aphria Inc.*, 2019 ONSC 3698 (CanLII), au paragraphe 17; *Del Giudice*, au paragraphe 65; *Wong*, au paragraphe 24. Dans la décision *Settingington v. Merck Frosst Canada Ltd.* (2006), 26 C.P.C. (6th) 173, 2006 CanLII 2623 (C.S. Ont.), le juge Winkler (alors juge principal régional) a expressément reconnu le chevauchement et l’interconnexion entre la qualité du représentant demandeur et la qualité des avocats du groupe :

[TRADUCTION] En demandant la suspension d’un recours collectif en faveur d’un autre, le représentant demandeur proposé [...] demande à la Cour de conclure que les membres du groupe potentiel seront mieux servis s’il est autorisé à défendre la demande. Un élément inhérent à une telle demande est l’affirmation selon laquelle les avocats choisis par la partie requérante sont, eux aussi, plus aptes à défendre la demande que ceux retenus dans l’autre action ou les autres actions.

[43] De manière semblable, le juge des requêtes a été appelé en l’espèce à décider quelle équipe de représentants demandeurs et avocats servirait le mieux les intérêts du groupe.

[44] Ainsi, le fait que le juge des requêtes ait fait mention de l’expérience de l’avocat dans la discussion du facteur concernant le représentant demandeur ne révèle pas une erreur de droit, mais montre simplement les liens entre les facteurs pertinents. Il ne faut pas

Consistent with the authorities—see *Mancinelli*, at paragraph 22 and *Strohmaier*, at paragraph 41—the motion judge did not take a ““tick the boxes”” approach, tallying points awarded on a factor-by-factor basis. As he described it (at paragraph 44), he undertook “a more global assessment and an exercise of judicial judgment” in deciding who should have carriage. Counsel in the LMO action acknowledged in oral argument that this was the approach the motion judge followed.

- (3) Alleged error of fact in finding that the LMO plaintiffs had not advanced a case for their representation of the non-status Indian component of the litigation

[45] I read the motion judge’s statement to which this issue relates not as a suggestion that counsel in the LMO action did not attempt to make a case for their representation of the non-status Indian component of the litigation, but as a conclusion that, in his view, the case they made fell short.

[46] The motion judge’s reasons show he was aware that each of the three proposed representative plaintiffs in the LMO action has had involvements that go beyond Métis communities. He specifically noted (at paragraphs 12–14) that Mr. Doucette has “worked to educate people on the Sixties Scoop”; that Ms. McComb “works with Indigenous and at risk youth, and has served in Indigenous and Métis-specific organizations”; and that Mr. Ouellette not only “attends Métis meetings”, but is also “connected to Indigenous communities.”

[47] But on the record before him, the motion judge was nonetheless entitled to conclude that their experience was “Métis focused”, and to prefer, on balance, the case for granting carriage to the plaintiff in the Day

s’inquiéter qu’un facteur ait pu « compter en double ». Conformément à la jurisprudence — voir les arrêts *Mancinelli*, au paragraphe 22, et *Strohmaier*, au paragraphe 41 —, le juge des requêtes n’a pas adopté l’approche consistant à [TRADUCTION] « cocher les cases » et à compter les points attribués à chaque facteur. Comme il l’a affirmé (au paragraphe 44), il a effectué « une évaluation plus globale et [un] exercice du jugement judiciaire » pour décider qui devrait assurer la conduite de l’instance. Les avocats de l’action des demandeurs LMO ont reconnu dans leurs observations orales qu’il s’agissait bel et bien de l’approche suivie par le juge des requêtes.

- 3) L’erreur de fait alléguée consistant à conclure que les demandeurs LMO n’avaient pas présenté d’éléments de preuve au soutien de leur représentation du volet du litige qui touche les Indiens non inscrits

[45] J’ai interprété la déclaration du juge des requêtes à cet égard non pas comme signifiant que les avocats de l’action des demandeurs LMO n’avaient présenté aucun élément de preuve au soutien de leur représentation du volet du litige qui touche les Indiens non inscrits, mais plutôt comme présentant la conclusion selon laquelle, à son avis, les éléments de preuve présentés étaient insuffisants.

[46] Les motifs du juge des requêtes montrent qu’il a pris note que l’engagement de chacun des trois représentants demandeurs proposés dans l’action des demandeurs LMO allait au-delà des collectivités métisses. En particulier, il a fait observer (aux paragraphes 12 à 14) que M. Doucette « a[vait] entrepris d’informer les gens sur la rafle des années soixante », que M<sup>me</sup> McComb « travaille auprès de jeunes Autochtones à risque et a œuvré au sein d’organisations autochtones et métisses » et que M. Ouellette non seulement « assiste aux réunions des Métis », mais aussi « entretient des liens avec les collectivités autochtones ».

[47] Toutefois, vu le dossier dont il était saisi, le juge des requêtes pouvait quand même conclure que leur expérience était « axée sur les Métis » et retenir, au bout du compte, les éléments de preuve justifiant que la conduite

action. As counsel in the Day action point out, the affidavit evidence of the proposed representative plaintiffs in the LMO action refers much more extensively to Métis activities and communities than to those involving non-status Indians. The motion judge’s finding was not that the plaintiffs in the LMO action had no involvements with non-status Indians, but that they “[advanced] no particular connection to the [non-status Indian] communities” (at paragraph 15, emphasis added). The record also disclosed the initial omission of non-status Indians from the pleadings in the LMO action, the experience of counsel in the Day action in dealing with non-status Indian issues and communities, and their outreach efforts to both Métis and non-status Indian survivors of the Sixties Scoop concerning the current litigation. The motion judge was entitled to treat those efforts as important. He had expressed particular concern (at paragraph 19) with the difficulties involved in communicating with the non-status Indian community, given its substantial size—approximately double the size of the Métis community—and geographic dispersion.

[48] In raising this issue, counsel in the LMO action are in effect inviting us to reweigh the evidence before the motion judge and to exercise afresh the discretion confided to him. The limits of appellate review require the Court to decline this invitation.

*B. Alleged errors in assessing the quality, expertise, and conduct of counsel factor*

- (1) Alleged error of law by giving greater weight to the experience of counsel in the Day action in *Daniels* than to the importance of having Indigenous counsel represent the class

[49] As it relates to this issue, the invitation to reweigh is explicit. For this reason alone, I would not accept the

de l’instance soit confiée au demandeur dans l’action de M. Day. Comme le soulignent les avocats de l’action de M. Day, les affidavits présentés par les représentants demandeurs proposés dans l’action des demandeurs LMO portent beaucoup plus sur les activités et les collectivités métisses que sur celles concernant les Indiens non inscrits. La conclusion du juge des requêtes n’était pas que les demandeurs LMO n’avaient aucun lien avec les Indiens non inscrits, mais qu’ils « n’ont fait part d’aucun lien particulier avec les collectivités [d’Indiens non inscrits] » (au paragraphe 15, non souligné dans l’original). Le dossier révèle également que les Indiens non inscrits ont été initialement omis dans les actes de procédure de l’action des demandeurs LMO, que les avocats de l’action de M. Day ont de l’expérience avec les questions concernant les Indiens non inscrits et les collectivités d’Indiens non inscrits et qu’ils ont déployé des efforts de sensibilisation auprès des survivants métis et indiens non inscrits de la rafle des années 1960 de l’affaire en l’espèce. Le juge des requêtes pouvait accorder de l’importance à ces efforts. Il a mis en évidence (au paragraphe 19) les difficultés de communication avec la collectivité des Indiens non inscrits, compte tenu de sa taille importante — environ le double de celle de la collectivité métisse — et du fait qu’elle est établie un peu partout au pays.

[48] En soulevant cette question, les avocats de l’action des demandeurs LMO nous invitent en fait à soulever à nouveau les éléments de preuve dont disposait le juge des requêtes et à exercer à nouveau le pouvoir discrétionnaire qui lui a été conféré. Étant donné les limites du contrôle en appel, notre Cour est tenue de décliner cette invitation.

*B. Les erreurs alléguées commises dans l’évaluation du facteur de la qualité, de la compétence et de la conduite des avocats*

- 1) L’erreur de droit alléguée consistant à accorder plus de poids à l’expérience des avocats dans l’action de M. Day dans l’affaire *Daniels* qu’à l’importance d’avoir des avocats autochtones pour représenter le groupe

[49] Dans le cas de cette question, l’invitation à soulever à nouveau la preuve est explicite. Pour ce seul motif,

submission that the motion judge erred as alleged. There are also further reasons why I would not give effect to this submission.

[50] First, the submission assumes that the motion judge made a binary comparison between counsel's experience in *Daniels* on the one hand and having Indigenous counsel on the other. It is not at all clear that he did so. Indeed, counsel in the LMO action recast this submission in oral argument and faulted the motion judge for not weighing at all the importance of having Indigenous counsel.

[51] Second, even if the motion judge had made this comparison, the factual basis for him to weigh the importance of having Indigenous counsel does not appear to have been established. Of the three proposed representative plaintiffs in the LMO action, only one, Mr. Doucette, initially retained Indigenous counsel—Mr. Racine of Aboriginal Law Group. Ms. McComb and Mr. Ouellette both retained non-Indigenous counsel—Mr. Klein and Mr. Merchant, respectively. In his affidavit (appeal book, Tab 64, at page 638), Mr. Ouellette gives geography, not the availability of Indigenous counsel, as a primary reason for preferring the consortium of counsel in the LMO action, including the Merchant firm, to counsel in the Day action. He explains that he and other Métis think of the Métis community as based in Manitoba and Saskatchewan; it would therefore be “very strange” to have a Toronto law firm representing them.

[52] In the portion of his affidavit in which he explains his decision to retain Mr. Racine (appeal book, Tab 10, at page 109), Mr. Doucette certainly refers to the fact that Mr. Racine is Métis. But he also refers to a number of other considerations, including his long personal history with Mr. Racine and his firm, Mr. Racine's activities in defending the rights of Métis people, Mr. Racine's empathy with Métis survivors, and his status in the Métis

je ne souscrirais pas à l'observation selon laquelle le juge des requêtes a commis l'erreur alléguée. Il y a également d'autres motifs pour lesquels je ne retiendrais pas cette observation.

[50] Tout d'abord, cette observation suppose que le juge des requêtes a fait une comparaison binaire entre l'expérience des avocats dans l'affaire *Daniels*, d'une part, et le fait pour les demandeurs d'être représentés par des avocats autochtones, d'autre part. Il n'est pas du tout manifeste que c'est ce qu'il a fait. En effet, les avocats de l'action des demandeurs LMO ont repris cette observation dans leurs observations orales et ont reproché au juge des requêtes de n'avoir pas du tout pris en compte l'importance pour les demandeurs d'être représentés par des avocats autochtones.

[51] Deuxièmement, même si le juge des requêtes avait fait cette comparaison, les faits justifiant qu'il prenne en compte l'importance pour le groupe d'avoir des avocats autochtones ne semblent pas avoir été établis. En outre, parmi les trois représentants demandeurs proposés dans l'action des demandeurs LMO, un seul, M. Doucette, avait initialement retenu les services d'un avocat autochtone — M<sup>e</sup> Racine, du cabinet Aboriginal Law Group. M<sup>me</sup> McComb et M. Ouellette ont tous deux retenu les services d'avocats non autochtones — M<sup>e</sup> Klein et M<sup>e</sup> Merchant. Dans son affidavit (dossier d'appel, onglet 64, page 638), M. Ouellette invoque la géographie, et non la disponibilité d'avocats autochtones, comme principale raison de préférer le consortium d'avocats de l'action des demandeurs LMO, y compris le cabinet Merchant, aux avocats de l'action de M. Day. Il explique que lui et d'autres Métis considèrent que la collectivité métisse est établie au Manitoba et en Saskatchewan et qu'il serait donc [TRADUCTION] « très étrange » qu'un cabinet d'avocats de Toronto les représente.

[52] Dans la partie de son affidavit où il explique sa décision de retenir les services de M<sup>e</sup> Racine (dossier d'appel, onglet 10, page 109), M. Doucette mentionne bien le fait que M<sup>e</sup> Racine est Métis. Toutefois, il invoque également plusieurs autres facteurs, notamment ses relations personnelles de longue date avec M<sup>e</sup> Racine et son cabinet, les activités de M<sup>e</sup> Racine dans la défense des droits des Métis, l'empathie de M<sup>e</sup> Racine envers les

community. In addition, the record did not indicate what roles Indigenous counsel would have ultimately played in the LMO action if it had gone forward. As the motion judge noted in discussing the geographic coverage of the two sets of law firms, counsel in the LMO action provided no details of their proposed division of labour.

[53] Counsel in the LMO action also suggested in oral argument that the motion judge improperly dismissed the concern about the involvement of Indigenous counsel in describing it as mere “bad blood”, and irrelevant. But as the record and the motion judge’s reasons (at paragraph 28) make clear, the reference to “bad blood” was to a specific dispute over certain firms’ conduct in the first Sixties Scoop litigation, not to the desirability of representation by Indigenous counsel.

- (2) Alleged error of fact in ignoring the experience of Indigenous counsel in the LMO action

[54] It is apparent that the motion judge was aware of the evidence concerning the experience of Indigenous counsel who formed part of the LMO action consortium. He included a summary of that evidence in his reasons (at paragraph 20). However, counsel in the LMO action submit that the motion judge erred by failing to advert to this evidence when he reviewed the expertise of counsel in the Day action in assessing the quality, expertise, and conduct of counsel factor.

[55] I do not accept this submission. One of the comparisons the motion judge drew (at paragraphs 67–69) was between the litigation experience of the two sets of counsel. He found that both have extensive class action experience, both have experience in the Sixties Scoop and residential schools class actions, and both have experience acting for Métis people, but counsel in the Day

survivants métis et son statut au sein de la collectivité métisse. En outre, le dossier n’indiquait pas quels rôles les avocats autochtones auraient finalement joués dans l’action des demandeurs LMO s’il avait été donné suite à celle-ci. Comme le juge des requêtes l’a fait observer en analysant les régions que couvrent les deux consortiums de cabinets d’avocats, les avocats de l’action des demandeurs LMO n’ont fourni aucun détail sur la division du travail qu’ils proposent.

[53] L’avocat de l’action des demandeurs LMO a également affirmé, dans ses observations orales, que le juge des requêtes avait indûment rejeté la question concernant la participation d’avocats autochtones en la qualifiant de simple « ressentiment » sans pertinence. Or, comme le dossier et les motifs du juge des requêtes (au paragraphe 28) le montrent clairement, le « ressentiment » dont il était question concernait un litige particulier sur la conduite de certains cabinets dans la première affaire concernant la rafle des années 1960, et non l’opportunité d’une représentation par des avocats autochtones.

- 2) L’erreur de fait alléguée consistant à n’avoir pas tenu compte de l’expérience des avocats autochtones de l’action des demandeurs LMO

[54] Il est évident que le juge des requêtes avait connaissance des éléments de preuve concernant l’expérience des avocats autochtones qui faisaient partie du consortium de l’action des demandeurs LMO. Il a inclus un résumé de ces éléments de preuve dans ses motifs (au paragraphe 20). Cependant, les avocats de l’action des demandeurs LMO soutiennent que le juge des requêtes a commis une erreur en ne faisant pas mention de ces éléments de preuve lorsqu’il a examiné la compétence des avocats de l’action de M. Day dans son analyse du facteur de la qualité, de la compétence et de la conduite des avocats.

[55] Je ne souscris pas à cette observation. L’une des comparaisons que le juge des requêtes a établies (aux paragraphes 67 à 69) portait sur l’expérience des deux groupes d’avocats en matière de litiges. Il a conclu que tous deux avaient une grande expérience des recours collectifs, que tous deux avaient de l’expérience en matière de recours collectifs en lien avec la rafle des

action have experience acting for non-status Indians as well. He went on to elaborate on this experience, and emphasized Paliare Roland's unique background and experience in *Daniels*.

[56] It is true that the motion judge did not discuss in this context the experience of Indigenous counsel in the LMO action. There appears to be a straightforward explanation for that omission. The motion judge was focused on experience acting in litigation for non-status Indians, and the record did not disclose that Indigenous counsel in the LMO action have experience of that kind.

[57] The two Indigenous counsel named as participating in the consortium in the LMO action were Doug Racine of Aboriginal Law Group and Paul Chartrand of DD West LLP, both Métis men. In his affidavit (appeal book, Tab 47, at pages 429–430), Mr. Racine emphasizes that he and his firm have represented numerous Métis clients and organizations. While there are some references to acting as well for First Nations clients, there are no specific references to litigation on behalf of non-status Indian clients or communities.

[58] Mr. Chartrand's curriculum vitae also formed part of the record (appeal book, Tab 72, at pages 835–837). It demonstrates, among other things, extensive involvement with laws and policies of states respecting Indigenous Peoples, numerous publications on Indigenous legal issues, a series of academic appointments in the field, and a lengthy record of public service and providing advice to Indigenous and international organizations. But it too contains no specific references to involvement in litigation on behalf of non-status Indian clients or communities. Nor does the affidavit evidence (appeal book, Tab 48, at page 440) describing him and the role proposed for him in the current litigation.

années 1960 et les pensionnats et que tous deux avaient de l'expérience de la représentation de Métis, mais que les avocats de l'action de M. Day avaient également de l'expérience de la représentation d'Indiens non inscrits. Il a ensuite examiné plus en détail cette expérience, tout en soulignant le parcours et l'expérience uniques de Paliare Roland dans l'affaire *Daniels*.

[56] Il est vrai que le juge des requêtes n'a pas examiné dans ce contexte l'expérience des avocats autochtones de l'action des demandeurs LMO. Il semble y avoir une explication simple à cette omission. Le juge des requêtes s'est concentré sur l'expérience des avocats dans des affaires où ils défendaient l'intérêt d'Indiens non inscrits, alors que le dossier ne montrait pas que les avocats autochtones de l'action des demandeurs LMO avaient ce genre d'expérience.

[57] Les deux avocats autochtones nommés comme participants au consortium de l'action des demandeurs LMO étaient M<sup>e</sup> Doug Racine du cabinet Aboriginal Law Group et M<sup>e</sup> Paul Chartrand du cabinet DD West LLP, tous deux des Métis. Dans son affidavit (dossier d'appel, onglet 47, pages 429 et 430), M<sup>e</sup> Racine souligne que lui et son cabinet ont représenté de nombreux clients et organisations métis. Bien qu'il y ait été fait quelques mentions de la représentation de clients appartenant à des Premières Nations, il n'y était pas fait mention expressément d'instances introduites au nom de clients ou de communautés d'Indiens non inscrits.

[58] Le curriculum vitae de M<sup>e</sup> Chartrand figurait également au dossier (dossier d'appel, onglet 72, pages 835 à 837). Il montre, entre autres, que M<sup>e</sup> Chartrand a souvent participé à l'élaboration de lois et de politiques étatiques visant les peuples autochtones, qu'il a à son compte de nombreuses publications sur des questions juridiques autochtones, qu'il a occupé divers postes universitaires dans le domaine et qu'il a une longue feuille de route en matière de service public et de prestation de conseils à des organisations autochtones ou internationales. Cependant, là aussi, il n'est fait aucune mention expresse d'activités dans des instances introduites au nom de clients ou de collectivités d'Indiens non inscrits. Il n'y a pas non plus de renvoi à ce type d'activité dans l'affidavit (dossier d'appel, onglet 48, page 440) le

[59] It was within the purview of the motion judge to undertake the comparison as he did, especially when he was proceeding on the basis that the claims would be litigated to a conclusion. I cannot agree that the motion judge committed any reviewable error as alleged in failing to refer to Indigenous counsel's experience.

*C. Alleged error of fact or law in assessing preparation and readiness for trial by treating as "leap-frogging" the change to the class definition in the proposed consolidated statement of claim in the LMO action*

[60] In oral argument, counsel in the LMO action described this issue as "a minor matter", and "not a big issue", but submitted that it nevertheless had some impact on the motion judge's conclusion that the principal focus of the LMO action was on the Métis community. The parties agree that the issue was not explicitly raised in argument before the motion judge, though the Métis focus of the LMO action was very much a live issue before him.

[61] In the carriage motion context, "leap-frogging" refers to an attempt by one contender for carriage to improve its position after the motion has been scheduled by taking the benefit of the work of another contender; for example, by a copycat amendment to pleadings: *Mancinelli et al. v. Barrick Gold Corporation et al.*, 2015 ONSC 2717 (CanLII), 126 O.R. (3d) 296 (Div. Ct.), at paragraphs 51–55, affirmed 2016 ONCA 571, 131 O.R. (3d) 497. The Court of Appeal for Ontario in *Mancinelli* rejected a rule that carriage motions be decided based on a "freeze frame" as of the date the motion is filed. But it added, in a passage cited by the motion judge, that "the court should be suspicious of conspicuous new activity after the filing of a carriage motion or of any attempts

décrivant et décrivant le rôle qu'il est censé jouer dans l'instance en cours.

[59] Il était loisible au juge des requêtes d'établir la comparaison qu'il a établie, d'autant plus qu'il s'est fondé sur le principe selon lequel l'affaire serait instruite jusqu'à ce qu'elle soit tranchée. Je ne peux pas conclure que le juge des requêtes a commis une erreur susceptible de révision, comme il est allégué, en ne faisant pas mention de l'expérience des avocats autochtones.

*C. L'erreur de fait ou de droit alléguée commise dans l'évaluation des mesures préparatoires au recours et de son état d'avancement consistant à qualifier de « surenchère » la modification de la définition du groupe dans la demande commune proposée de l'action des demandeurs LMO*

[60] À l'audience, les avocats de l'action des demandeurs LMO ont décrit cette question comme étant [TRADUCTION] « une question mineure » et [TRADUCTION] « une question peu importante », mais ont soutenu qu'elle avait néanmoins eu une certaine incidence sur la conclusion du juge des requêtes selon laquelle l'action des demandeurs LMO portait principalement sur la collectivité métisse. Les parties conviennent que la question n'a pas été explicitement soulevée devant le juge des requêtes, bien que le fait que l'action des demandeurs LMO portait surtout sur les Métis ait été une question très débattue à l'audience.

[61] Dans le contexte de requêtes en conduite de l'instance, le terme « surenchère » (« *leap-frogging* » en anglais) renvoie à une tentative faite par un candidat à la conduite de l'instance d'améliorer sa position après la mise au rôle de la requête en profitant du travail d'un autre candidat, par exemple, en présentant une modification plagiée aux actes de procédures : *Mancinelli et al. v. Barrick Gold Corporation et al.*, 2015 ONSC 2717 (CanLII), 126 O.R. (3d) 296 (C. div.), aux paragraphes 51 à 55, confirmée par 2016 ONCA 571, 131 O.R. (3d) 497. La Cour d'appel de l'Ontario, dans l'arrêt *Mancinelli*, a rejeté l'application de la règle selon laquelle les requêtes en conduite de l'instance doivent être tranchées sur le fondement d'un [TRADUCTION] « arrêt

to ‘leapfrog’ a lagging action ahead of a more advanced one”: at paragraph 61.

[62] Here, as discussed above, the motion judge saw as leap-frogging the addition of non-status Indians to the class definition in the LMO action after the carriage motions had been scheduled. Counsel in the LMO action submit that this characterization was in error—that the inclusion of non-status Indians in the class definition in the proposed consolidated statement of claim reflected research carried out by counsel in the LMO action on the claims of both Métis and non-status Indians well before the scheduling of the carriage motions.

[63] I see no error of law in the motion judge’s treatment of this issue. Before us, the parties accept the law as reflected in the Ontario cases to which the motion judge referred. Whether there was an error of fact might be more problematic. The record might have supported the inference that the change to include non-status Indians flowed more from counsel’s research than from any appropriation of the benefit of the work of counsel in the Day action.

[64] But whether an inference of this kind should have been drawn was a matter for the motion judge, and is not for this Court to second-guess on appeal. And even if there was an error in this respect, I do not see it as either palpable or overriding. There was no evidence directly connecting counsel’s research with the expansion of the class definition. Moreover, the motion judge’s concerns about the focus of the LMO action were clear, even apart from any leap-frogging issue.

sur image » à la date du dépôt de la requête. Puis, elle a ajouté, dans un passage auquel a renvoyé le juge des requêtes, que [TRADUCTION] « la Cour doit se méfier des nouvelles activités peu subtiles ayant lieu après le dépôt de motions en conduite d’instance et des tentatives de procéder à de la “surenchère” en faisant passer une instance qui traîne devant une instance plus avancée » : au paragraphe 61.

[62] En l’espèce, comme il a été mentionné, le juge des requêtes a estimé que l’ajout des Indiens non inscrits au groupe dans l’action des demandeurs LMO après la mise au rôle des requêtes en conduite de l’instance constituait de la surenchère. Les avocats de l’action des demandeurs LMO soutiennent que cette caractérisation était erronée — que l’inclusion des Indiens non inscrits dans le groupe défini dans la déclaration commune proposée était le fruit des recherches sur les revendications des Métis et des Indiens non inscrits effectuées par les avocats de l’action des demandeurs LMO bien avant la mise au rôle des requêtes en conduite de l’instance.

[63] Je ne vois aucune erreur de droit dans l’examen de cette question par le juge des requêtes. Devant notre Cour, les parties reconnaissent le droit comme étant celui constaté dans les décisions de l’Ontario auxquelles le juge des requêtes a fait référence. La question de savoir s’il y a erreur de fait pourrait être plus difficile à trancher. Le dossier aurait pu étayer la conclusion selon laquelle la modification consistant à inclure les Indiens non inscrits relevait davantage des recherches des avocats que d’une quelconque tentative de s’approprier le fruit du travail des avocats de l’action de M. Day.

[64] Toutefois, il appartenait au juge des requêtes de déterminer s’il y avait lieu de tirer une telle conclusion, et il n’appartient pas à notre Cour de remettre en question cette conclusion en appel. Et même s’il y avait une erreur à cet égard, j’estime qu’elle n’est ni manifeste ni dominante. Il n’y avait aucun élément de preuve reliant directement les recherches des avocats à l’élargissement de la définition du groupe. De plus, les réserves du juge des requêtes quant à l’élément central de l’action des demandeurs LMO étaient claires, même si l’on exclut la question de la surenchère.

[65] Counsel in the LMO action also allege error on the part of the motion judge in failing to find that the addition of Paliare Roland as counsel in the Day action also amounted to leap-frogging. But it was open to the motion judge not to do so: the addition of Paliare Roland could hardly be described as taking the benefit of the work of another contender.

[66] I would accordingly not interfere with the motion judge's decision based on the leap-frogging issue.

VII. Proposed disposition

[67] I would dismiss the appeal. Costs are not sought and I would not award them.

WEBB J.A.: I agree.

MACTAVISH J.A.: I agree.

[65] Les avocats de l'action des demandeurs LMO soutiennent également que le juge des requêtes a commis une erreur en ne concluant pas que l'ajout du cabinet Paliare Roland au consortium de cabinets défendant l'action de M. Day constituait aussi de la surenchère. Il était loisible au juge des requêtes de ne pas tirer cette conclusion : il est difficile de voir comment l'ajout du cabinet Paliare Roland peut être considéré comme une tentative de tirer avantage du travail d'un autre candidat à la conduite de l'instance.

[66] Par conséquent, je n'interviendrais pas dans la décision du juge des requêtes en ce qui concerne la question de la surenchère.

VII. Dispositif proposé

[67] Je rejetterais l'appel. Aucuns dépens ne sont demandés, ainsi je n'en adjudgerais aucuns.

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

LA JUGE MACTAVISH, J.C.A. : Je suis d'accord.