

T-445-20
2021 FC 311

T-445-20
2021 CF 311

Proposed Class Proceeding

Stephanie Difederico and Jameson Edmund Casey
(*Plaintiffs*)

v.

Amazon.com, Inc., Amazon.com.ca, Inc., Amazon.com Services LLC, Amazon Services International, Inc., and Amazon Services Contracts, Inc. (*Defendants*)

INDEXED AS: DIFEDERICO v. AMAZON.COM INC.

Federal Court, Crampton C.J.—By videoconference (between Ottawa and Toronto), March 5, 2021; Toronto, April 9, 2021 (confidential order and reasons) and April 15, 2021 (public order and reasons).

Editor’s Note: Portions redacted by the Court are indicated by [***].

Practice — Class Proceedings — Litigation funding agreements — Motion by plaintiffs seeking approval of litigation funding agreement (LFA), order to protect confidentiality of certain terms in LFA — Plaintiffs in this class action proceeding claiming \$12 billion in damages on behalf of three classes of consumers (Class Members) — Alleging breaches of criminal prohibitions on price-fixing agreements set forth in Competition Act, ss. 45,46 — Pursuant to LFA, return to which funder, Therium Litigation Finance Atlas AP IC (Therium), would be entitled is quite large, amount capped at US\$100 000 000 (Funding Fee), in addition to reimbursement of committed funds — Plaintiffs alleged that defendants entered into two separate anti-competitive agreements (Allegedly Anti-competitive Agreements) to fix retail e-commerce prices; that Allegedly Anti-competitive Agreements permitting defendants to shelter their online business from price competition — LFA providing that Therium will fund disbursements, any adverse cost awards, security for costs, if required — Issues were whether to approve LFA; whether to maintain confidentiality of all terms, figures that were redacted from redacted version of LFA — Court had jurisdiction to consider motion notwithstanding that LFA might concern matters of contract law, which ordinarily falling within jurisdiction of provincial courts — Test for approving LFA subsumed as follows: whether in interests of justice to approve LFA — In considering whether test is met, following factors to be considered: whether basic

Recours collectif envisagé

Stephanie Difederico et Jameson Edmund Casey
(*demandeurs*)

c.

Amazon.com, Inc., Amazon.com.ca, Inc., Amazon.com Services LLC, Amazon Services International, Inc. et Amazon Services Contracts, Inc. (*défenderesses*)

RÉPERTORIÉ : DIFEDERICO C. AMAZON.COM INC.

Cour fédérale, juge en chef Crampton—Par vidéoconférence (entre Ottawa et Toronto), 5 mars 2021; Toronto, 9 avril 2021 (ordonnance et motifs confidentiels) et 15 avril 2021 (ordonnance et motifs publics).

Note de l’arrêstiste : Les parties caviardées par la Cour sont indiquées par [***].

Pratique — Recours collectifs — Accords de financement de litige — Requête dans laquelle les demandeurs ont demandé l’approbation d’un accord de financement de litige (AFL) ainsi qu’une ordonnance visant à protéger la confidentialité de certaines modalités de ce document — Les demandeurs dans le présent recours collectif ont réclamé des dommages-intérêts de 12 milliards de dollars au nom de trois groupes de consommateurs (les membres du recours collectif) — Ils ont allégué des infractions aux interdictions en matière criminelle relatives aux accords de fixation des prix qui sont énoncées aux art. 45 et 46 de la Loi sur la concurrence — Conformément à l’AFL, le montant auquel le bailleur de fonds, Therium Litigation Finance Atlas AP IC (Therium), aurait droit est assez important, le montant étant plafonné à 100 000 000 \$US (les frais de financement); ce montant s’ajouterait au remboursement des fonds engagés — Les demandeurs ont allégué que les défenderesses ont conclu deux accords anticoncurrentiels distincts (les accords prétendument anticoncurrentiels) pour fixer des prix de commerce électronique de détail; que les accords prétendument anticoncurrentiels permettent aux défenderesses de mettre leurs activités en ligne à l’abri de la concurrence des prix — L’AFL prévoyait que Therium financera les débours, toute adjudication de dépens en faveur de la partie adverse et la caution pour les dépens, au besoin — Il s’agissait de savoir si l’AFL devait être approuvé, et s’il fallait préserver la confidentialité de toutes les modalités et de tous les chiffres qui ont été caviardés de la

procedural, evidentiary requirements for Court's consideration of LFA satisfied; whether third party funding necessary to facilitate meaningful access to justice; whether LFA champertous; whether LFA fair, reasonable to current, prospective class members as group; whether LFA interfering with solicitor-client relationship, counsel's duty to class members or carriage of proceeding; whether LFA protecting relevant legal privileges, confidentiality of parties' information; whether LFA protecting legitimate interests of defendants — Negative response to any of these questions could be fatal to LFA — It was in best interests of justice here to approve LFA — Among other things, LFA was necessary to facilitate access to justice by Class Members; was fair, reasonable to current, prospective Class Members; would make meaningful contribution to deterring wrongdoing; would protect interests of defendants — As well, plaintiffs' request to protect confidentiality of various terms in LFA granted but not request to maintain confidentiality of fee caps — Motion granted.

Competition — Plaintiffs seeking approval of litigation funding agreement (LFA), in particular, relating to class action proceeding in which plaintiffs claiming \$12 billion in damages on behalf of three classes of consumers (Class Members) — Plaintiffs in class action proceeding alleging breaches of criminal prohibitions on price-fixing agreements set forth in Competition Act, ss. 45,46; alleging that defendants entered into two separate anti-competitive agreements (Allegedly Anti-competitive Agreements) to fix retail e-commerce prices; that Allegedly Anti-competitive Agreements permitting defendants to shelter their online business from price competition; asserted that three classes of consumers suffered damages as result of Allegedly Anti-competitive Agreements — LFA providing that Therium Litigation Finance Atlas AP IC (Therium) will fund disbursements, any adverse cost awards, security for costs, if required in class action — It was in best interests of justice here to approve LFA — Among other things, LFA was necessary to facilitate access to justice by Class Members; was fair, reasonable to current, prospective Class Members; would make meaningful contribution to deterring wrongdoing; would protect interests of defendants — To extent plaintiffs successful, either by obtaining favourable judgment or award, or by

version caviardée de l'AFL — La Cour avait compétence pour examiner la requête, même si l'on pourrait dire qu'un AFL porte sur des questions en matière de droit des contrats, lequel relève habituellement de la compétence des tribunaux provinciaux — Le critère d'approbation d'un AFL peut être assimilé au critère suivant : la question de savoir s'il est dans l'intérêt de la justice d'approuver l'AFL — Pour déterminer si ce critère est respecté, il convient de tenir compte des facteurs suivants : il s'agit de savoir si les exigences de base en matière de procédure et de preuve pour l'examen de l'AFL par la Cour ont été satisfaites; si le financement par des tiers est nécessaire pour faciliter un accès véritable à la justice; si l'AFL est une champartie; si l'AFL est juste et raisonnable pour les membres actuels et éventuels du groupe; si le financement par des tiers est nécessaire pour faciliter un accès véritable à la justice; si l'AFL nuit à la relation avocat-client, à l'obligation de l'avocat envers les membres du recours collectif ou à la conduite de l'instance; si l'AFL protège les privilèges juridiques pertinents et la confidentialité des renseignements des parties; et si l'AFL protège les intérêts légitimes des défenderesses — Une réponse négative à l'une ou l'autre de ces questions pourrait être fatale pour un AFL — Il était dans l'intérêt de la justice d'approuver l'AFL — Entre autres choses, l'AFL était nécessaire pour faciliter l'accès à la justice pour les membres du recours collectif, il était juste et raisonnable pour les membres du recours collectif actuels et futurs, il contribuerait de façon importante à la dissuasion des actes répréhensibles, et il protégerait les intérêts des défenderesses — En outre, il a été fait droit à la demande des demandeurs de préserver la confidentialité de diverses modalités de l'AFL, mais pas à la demande visant à préserver la confidentialité des plafonds appliqués aux frais — Requête accueillie.

Concurrence — Les demandeurs ont demandé l'approbation d'un accord de financement de litige (AFL), plus particulièrement en ce qui concerne un recours collectif dans lequel ils ont réclamé des dommages-intérêts de 12 milliards de dollars au nom de trois groupes de consommateurs (les membres du recours collectif) — Les demandeurs dans le recours collectif ont allégué des infractions aux interdictions en matière criminelle relatives aux accords de fixation des prix qui sont énoncées aux art. 45 et 46 de la Loi sur la concurrence; ils ont allégué que les défenderesses ont conclu deux accords anticoncurrentiels distincts (les accords prétendument anticoncurrentiels) pour fixer des prix de commerce électronique de détail; que les accords prétendument anticoncurrentiels permettent aux défenderesses de mettre leurs activités en ligne à l'abri de la concurrence des prix; ils ont affirmé que trois groupes de consommateurs ont subi des préjudices en raison des accords prétendument anticoncurrentiels — L'AFL prévoit que Therium Litigation Finance Atlas AP IC (Therium) financera les débours, toute adjudication de dépens en faveur de la partie adverse et la caution pour les dépens, au besoin — Il était dans l'intérêt de la justice d'approuver l'AFL — Entre autres choses, l'AFL était nécessaire pour faciliter l'accès à la justice pour les membres du

reaching settlement that reflects sound claim, other firms will likely be deterred from engaging in conduct similar to Allegedly Anti-competitive Agreements.

This was a motion by the plaintiffs seeking approval of the litigation funding agreement (LFA) as well as an order to protect the confidentiality of certain terms in that document. The defendants did not make any representations in respect of the motion. The plaintiffs in this class action proceeding were claiming \$12 billion in damages on behalf of three classes of consumers (Class Members). In support of their claim, they alleged breaches of the criminal prohibitions on price-fixing agreements set forth in sections 45 and 46 of the *Competition Act*. They asserted that this was the largest known class action ever filed in Canada for breaches of that legislation. To fund their action, the plaintiffs entered into the LFA that provides for an amount of funding they suggested was unprecedented in Canadian litigation. Among other things, the plaintiffs considered such funding necessary to enable them to retain an expert who could understand the issues in this proceeding and who would be capable of dealing with the “vast quantities of data that are anticipated to be produced and analyzed in this case.” Pursuant to the LFA, the return to which the funder, Therium Litigation Finance Atlas AP IC (Therium), would be entitled is quite large—the greater of five times the committed funds and 10 percent of the claim proceeds, subject to a cap of US\$100 000 000 (the Funding Fee). This would be in addition to a reimbursement of the committed funds.

The plaintiffs alleged that the defendants entered into two separate anti-competitive agreements (Allegedly Anti-competitive Agreements) to fix retail e-commerce prices. Those “agreements” consisted of two provisions in the defendants’ agreements with third parties who sell on its online platform (Third Party Sellers). The first such provision required Third Party Sellers to refrain from selling products to consumers on any other e-commerce website for a price that is lower than the price they charge on the defendants’ platform. The second allegedly anti-competitive provision was a so-called “fair pricing” clause, which imposes costly penalties on Third Party Sellers if they sell products to consumers on any other e-commerce website for a price that is lower than the price charged on the defendants’ platform. Among other things, the plaintiffs alleged

recours collectif, il était juste et raisonnable pour les membres du recours collectif actuels et futurs, il contribuerait de façon importante à la dissuasion des actes répréhensibles, et il protégerait les intérêts des défenderesses — Dans la mesure où les demandeurs ont gain de cause, soit en obtenant un jugement ou une adjudication favorable, soit en parvenant à un règlement qui reflète une réclamation valable, d’autres entreprises seront probablement dissuadées de se livrer à une conduite semblable aux accords prétendument anticoncurrentiels.

Il s’agissait d’une requête dans laquelle les demandeurs ont demandé l’approbation de l’accord de financement de litige (AFL) ainsi qu’une ordonnance visant à protéger la confidentialité de certaines modalités de ce document. Les défenderesses n’ont fait aucune observation au sujet de la requête. Les demandeurs dans le présent recours collectif ont réclamé des dommages-intérêts de 12 milliards de dollars au nom de trois groupes de consommateurs (les membres du recours collectif). À l’appui de leur réclamation, ils ont allégué des infractions aux interdictions en matière criminelle relatives aux accords de fixation des prix qui sont énoncées aux articles 45 et 46 de la *Loi sur la concurrence*. Ils ont affirmé qu’il s’agissait du plus important recours collectif jamais intenté au Canada pour des infractions à cette loi. Pour financer leur action, les demandeurs ont conclu un AFL qui prévoit un montant de financement qui, selon eux, était sans précédent dans les litiges au Canada. Entre autres choses, les demandeurs ont considéré qu’un tel financement était nécessaire pour leur permettre de retenir les services d’un expert qui pourrait comprendre les questions en litige dans la présente instance et qui serait en mesure de traiter les [TRA-DUCTION] « grandes quantités de données qui devraient être produites et analysées dans la présente affaire ». Conformément à l’AFL, le montant auquel le bailleur de fonds, Therium Litigation Finance Atlas AP IC (Therium), aurait droit est assez important, soit cinq fois les fonds engagés ou 10 pour 100 du produit de la réclamation, selon le montant le plus élevé, sous réserve d’un plafond de 100 000 000 \$US (les frais de financement). Ce montant s’ajouterait au remboursement des fonds engagés.

Les demandeurs ont allégué que les défenderesses ont conclu deux accords anticoncurrentiels distincts (les accords prétendument anticoncurrentiels) pour fixer des prix de commerce électronique de détail. Ces « accords » comprenaient deux stipulations des accords des défenderesses avec des tiers qui vendent sur sa plateforme en ligne (les vendeurs tiers). La première stipulation exigeait que les vendeurs tiers s’abstiennent de vendre des produits aux consommateurs sur tout autre site de commerce électronique à un prix inférieur à celui qu’ils exigent sur la plateforme des défenderesses. La deuxième stipulation prétendument anticoncurrentielle était une clause dite de « juste prix », qui impose des pénalités coûteuses aux vendeurs tiers qui vendent des produits aux consommateurs sur tout autre site Web de commerce électronique à un prix inférieur au prix demandé

that the Allegedly Anti-competitive Agreements permit the defendants to shelter their online business from price competition. More specifically, they asserted that by limiting price competition in relation to products sold by Third Party Sellers on other e-commerce websites, the defendants can ensure that the prices of products sold by Third Party Sellers on its platform and on competing e-commerce websites never drop below a particular level. This proceeding was one of three of which the Court was aware that had been initiated in Canada against the defendants in relation to the Alleged Anti-competitive Agreements. The other two were filed before the Ontario Superior Court of Justice (OSCJ) and the Quebec Superior Court respectively. The plaintiffs asserted that three classes of consumers suffered damages as a result of the Allegedly Anti-competitive Agreements. The representative plaintiff Stephanie Difederico sought to represent a class of consumers characterized as the “Amazon E-Commerce Class”.

As for the LFA, it was executed in late December 2020 by Therium, the representative plaintiffs in this proceeding, their legal counsel, and their respective legal representatives. In broad terms, the LFA provides that Therium will fund disbursements, any adverse cost awards and security for costs, if required. In exchange for its funding commitment and in the event of a recovery of any proceeds, Therium will, in particular, be reimbursed for all payments advanced for disbursements, adverse costs and security for costs and paid the Funding Fee, subject to a cap of US\$100 000 000, which equates to 1 percent of the total damages claimed in this proceeding.

The issues were whether to approve the LFA and whether to maintain the confidentiality of all of the terms and figures that were redacted from the redacted version of the LFA.

Held, the motion should be granted.

The Court had the jurisdiction to consider the motion notwithstanding that an LFA might be said to concern matters of contract law, which ordinarily fall within the jurisdiction of the provincial courts. In *Jensen v. Samsung*, the Court did not articulate an overarching test applicable to the assessment of LFAs. However, it observed that approving an LFA in the context of a class action proceeding “is not merely a matter of ensuring that the Agreement is not contrary to public policy as champertous, but also a matter of ensuring the protection of the interests of class members against unreasonable agreements, as well as

sur la plateforme des défenderesses. Entre autres choses, les demandeurs ont allégué que les accords prétendument anticoncurrentiels permettent aux défenderesses de mettre leurs activités en ligne à l’abri de la concurrence des prix. Plus précisément, ils ont affirmé qu’en limitant la concurrence en matière de prix par rapport aux produits vendus par des vendeurs tiers sur d’autres sites de commerce électronique, les défenderesses peuvent s’assurer que les prix des produits vendus par des vendeurs tiers sur leur plateforme et sur les sites Web de commerce électronique des concurrents ne tombent jamais en deçà d’un certain niveau. La présente instance était l’une des trois causes dont la Cour avait connaissance et qui ont été intentées au Canada contre les défenderesses relativement aux accords prétendument anticoncurrentiels. Les deux autres ont été déposées devant la Cour supérieure de justice de l’Ontario (la CSJO) et la Cour supérieure du Québec respectivement. Les demandeurs ont affirmé que trois groupes de consommateurs ont subi des préjudices en raison des accords prétendument anticoncurrentiels. La représentante demanderesse Stephanie Difederico a cherché à représenter un groupe de consommateurs appelé le [TRADUCTION] « groupe Commerce électronique d’Amazon ».

L’AFL a été signé à la fin de décembre 2020 par Therium, les représentants demandeurs dans la présente instance, leurs avocats, et leurs représentants juridiques respectifs. En termes généraux, l’AFL prévoit que Therium financera les débours, toute adjudication de dépens en faveur de la partie adverse et la caution pour les dépens, au besoin. En échange de son engagement de financement et en cas de recouvrement de tout produit, Therium recevra plus particulièrement le remboursement de tous les paiements anticipés pour les débours, les dépens en faveur de la partie adverse et la caution pour les dépens, et le paiement des frais de financement, sous réserve d’un plafond de 100 000 000 \$US, ce qui équivaut à environ 1 pour cent du total des dommages-intérêts réclamés dans le cadre de la présente instance.

Il s’agissait de savoir si l’AFL devait être approuvé, et s’il fallait préserver la confidentialité de toutes les modalités et de tous les chiffres qui ont été caviardés de la version caviardée de l’AFL.

Jugement : la requête doit être accueillie.

La Cour avait compétence pour examiner la requête, même si l’on pourrait dire qu’un AFL porte sur des questions en matière de droit des contrats, lequel relève habituellement de la compétence des tribunaux provinciaux. Dans la décision *Jensen c. Samsung*, la Cour n’a pas formulé de critère global applicable à l’appréciation des AFL. Toutefois, elle a fait observer qu’un AFL dans le contexte d’un recours collectif nécessite une approbation [TRADUCTION] « non seulement pour s’assurer qu’il n’y a pas champartie et donc qu’il n’est pas contraire à l’intérêt public, mais également pour protéger les membres du groupe

protecting courts against potential abuses specific to [a] class proceeding.” The Ontario Superior Court of Justice articulated a general test, stating that an LFA “should not be champertous or illegal and it must be a fair and reasonable agreement that facilitates access to justice while protecting the interests of the defendants”. This test can be subsumed into a simpler and more straightforward test of whether it is in the interests of justice to approve the LFA. In considering whether that test is met, it is appropriate to consider the following factors: whether the basic procedural and evidentiary requirements for the Court’s consideration of the LFA have been satisfied; whether third party funding is necessary to facilitate meaningful access to justice; whether the LFA is champertous; whether the LFA is fair and reasonable to current and prospective class members as a group; whether the LFA interferes with the solicitor-client relationship, counsel’s duty to the class members, or the carriage of the proceeding; whether the LFA protects relevant legal privileges and the confidentiality of the parties’ information; and whether the LFA protects the legitimate interests of the defendants. A negative response to any of these questions could be fatal to an LFA.

The basic procedural and evidentiary requirements that should be met before the Court’s consideration of an LFA consist of: (i) the plaintiffs obtaining independent legal advice prior to entering into the LFA; (ii) prompt disclosure of the LFA and any relevant legal retainer agreement to the Court; (iii) a prompt request for approval of the LFA; (iv) the provision of reasonable notice to the other parties of the motion requesting approval of the LFA; (v) the provision of a copy of the LFA to the other parties, subject to appropriate redactions; and (vi) the provision to the Court of evidence of the relevant background circumstances pertaining to the LFA. Each of these requirements in this case were met and this was also the position of the *amici*. Moreover, the defendants were provided with an opportunity to make submissions regarding the LFA and declined to do so. Accordingly, this factor weighed in favour of approving the LFA.

The plaintiffs’ arguments that, in particular, the defendants have significant resources that could not be matched by individual representative plaintiffs and that without access to any public funding, the proposed representative plaintiffs must rely on private litigation funders were accepted. Having regard to the submissions made, third party funding was necessary to facilitate meaningful access to the Court by the plaintiffs so that they could seek redress for the anti-competitive harm they claimed to have suffered due to the Alleged Anti-competitive Agreements. This weighed in favour of approving the LFA.

contre les accords déraisonnables, ainsi que les tribunaux contre les abus propres aux recours collectifs ». La Cour supérieure de justice de l’Ontario a établi un critère général selon lequel un AFL [TRADUCTION] « ne doit pas être une champartie ou un accord illégal et doit être un accord juste et raisonnable qui facilite l’accès à la justice tout en protégeant les intérêts des défendeurs ». Ce critère peut être assimilé à un critère plus simple et plus direct, soit la question de savoir s’il est dans l’intérêt de la justice d’approuver l’AFL. Pour déterminer si ce critère est respecté, il convient de tenir compte des facteurs suivants : il s’agit de savoir si les exigences de base en matière de procédure et de preuve pour l’examen de l’AFL par la Cour ont été satisfaites; si le financement par des tiers est nécessaire pour faciliter un accès véritable à la justice; si l’AFL est une champartie; si l’AFL est juste et raisonnable pour les membres actuels et éventuels du groupe; si l’AFL nuit à la relation avocat-client, à l’obligation de l’avocat envers les membres du recours collectif ou à la conduite de l’instance; si l’AFL protège les privilèges juridiques pertinents et la confidentialité des renseignements des parties; et si l’AFL protège les intérêts légitimes des défenderesses. Une réponse négative à l’une ou l’autre de ces questions pourrait être fatale pour un AFL.

Les exigences de base en matière de procédure et de preuve qui doivent être respectées avant que la Cour n’examine un AFL sont les suivantes : (i) l’obtention par les demandeurs de conseils juridiques indépendants avant de conclure l’AFL; (ii) la divulgation rapide de l’AFL et de toute entente de mandat juridique pertinente à la Cour; (iii) une demande rapide d’approbation de l’AFL; (iv) la présentation d’un avis raisonnable aux autres parties visées par la requête demandant l’approbation de l’AFL; (v) la remise d’une copie de l’AFL aux autres parties, sous réserve de caviardages appropriés; (vi) la présentation à la Cour d’éléments de preuve sur les circonstances générales se rapportant à l’AFL. Chacune de ces exigences a été respectée dans la présente affaire, et c’était aussi la position des amis de la cour. De plus, les défenderesses ont eu l’occasion de présenter des observations au sujet de l’AFL et ont refusé de le faire. Par conséquent, ce facteur a milité en faveur de l’approbation de l’AFL.

Les arguments des demandeurs voulant plus particulièrement que les défenderesses disposent de ressources considérables qui ne pouvaient vraisemblablement pas être égalées par des représentants demandeurs individuels, et que, sans accès à un financement public, les représentants demandeurs proposés doivent compter sur des bailleurs de fonds privés, ont été retenus. Compte tenu des observations présentées, le financement par un tiers était nécessaire pour faciliter l’accès véritable des demandeurs à la Cour afin qu’ils puissent demander réparation pour le préjudice anticoncurrentiel qu’ils ont prétendu avoir subi en raison des accords prétendument anticoncurrentiels. Cela a milité en faveur de l’approbation de l’AFL.

Champerty is a form of maintenance. More specifically, it is an egregious form of maintenance in which there is the added element that the maintainer shares in the profits of the litigation. The assessment of whether an LFA contemplates an unreasonable, unfair or disproportionate recovery for the funder is at the heart of the next factor. Accordingly, this step in the analysis was confined to two considerations. The first was whether there was any evidence of any actual improper motive, as opposed to one that may be deemed to be improper based on the quantum of the return contemplated by the LFA. There was no such evidence in this case. The second consideration was whether fees set forth in the LFA exceeded the outer limit of what might *possibly* be considered reasonable, fair or proportionate. Once again, there was no evidence to suggest that may be so and there was no reason to be concerned in this regard. Therefore, this factor weighed in favour of approving the LFA.

The determination of what is fair and reasonable is highly contextual. The plaintiffs' submissions regarding the reasonableness of the LFA to Class Members, having regard to the risks they identified, the uncapped 10 percent return generally received by the *Class Proceedings Act* in Ontario proceedings, and the LFAs that were approved in other cases were accepted. Therefore, the considerations and precedents identified by the plaintiffs weighed in favour of a finding that the LFA, including the Funding Fee, was fair and reasonable to current and prospective Class Members. The reasons identified by the plaintiffs were echoed by the *amici*. This finding was based on the high risk Therium was incurring; the high level of uncertainty that Therium would be facing regarding the timing and extent of any recovery; the returns to litigation funders (or litigation funders and class counsel combined) that were approved by the courts in Canada, and; the uncapped 10 percent levy to which Ontario's Class Proceedings Funds was entitled in proceedings that it funds in Ontario. Thus, this factor weighed in favour of approving the LFA.

The LFA will greatly assist the plaintiffs to advance their claim against the defendants. To the extent that they are successful, either by obtaining a favourable judgment or award, or by reaching a settlement that reflects a sound claim, other firms will likely be deterred from engaging in conduct similar to the Allegedly Anti-competitive Agreements. In that scenario, the LFA would make a meaningful contribution to deterring wrongdoing. Accordingly, this factor weighed in favour of approving the LFA.

La champartie est une forme de soutien abusif. Plus exactement, elle est une forme flagrante de soutien abusif à laquelle s'ajoute l'élément de la réception d'une partie des profits du litige par le défendeur abusif. L'examen de la question de savoir si un AFL envisage un recouvrement déraisonnable, injuste ou disproportionné pour le bailleur de fonds est au cœur du prochain facteur. Par conséquent, cette étape de l'analyse a été limitée à deux considérations. La première a consisté à déterminer s'il y avait une preuve d'un motif inapproprié réel, par opposition à un motif qui peut être jugé inapproprié en fonction du montant du rendement envisagé par l'AFL. Une telle preuve n'a pas été offerte dans la présente affaire. La deuxième considération a consisté à savoir si les frais établis dans l'AFL ont dépassé la limite supérieure de ce qui *pourrait* être considéré comme raisonnable, juste ou proportionnel. Encore une fois, il n'y avait aucune preuve que c'était le cas, et il n'y avait aucune raison de s'inquiéter à cet égard. Ce facteur a donc milité en faveur de l'approbation de l'AFL.

La détermination de ce qui est juste et raisonnable est très contextuelle. Les observations des demandeurs au sujet du caractère raisonnable de l'AFL pour les membres du recours collectif, compte tenu des risques qu'ils ont cernés, du rendement non plafonné de 10 pour 100 généralement reçu au titre de la *Loi sur les recours collectifs* dans les instances en Ontario, et des AFL qui ont été approuvés dans d'autres décisions, ont été retenues. Par conséquent, les considérations et les précédents soulevés par les demandeurs ont milité en faveur d'une conclusion selon laquelle l'AFL, y compris les frais de financement, était juste et raisonnable pour les membres actuels et futurs du recours collectif. Les motifs soulevés par les demandeurs ont été repris par les amis de la cour. Cette conclusion était fondée sur le risque élevé pour Therium, le niveau élevé d'incertitude pour Therium en ce qui concerne le moment et l'étendue de tout recouvrement, les rendements pour les bailleurs de fonds de litiges (ou les bailleurs de fonds et les avocats du recours collectif combinés) qui ont été approuvés par les tribunaux au Canada, et le prélèvement non plafonné de 10 pour 100 auquel avait droit le Fonds d'aide aux recours collectif dans les instances qu'il finance en Ontario. Par conséquent, ce facteur a milité en faveur de l'approbation de l'AFL.

L'AFL aidera grandement les demandeurs à faire avancer leur réclamation contre les défenderesses. Dans la mesure où ils ont gain de cause, soit en obtenant un jugement ou une adjudication favorable, soit en parvenant à un règlement qui reflète une réclamation valable, d'autres entreprises seront probablement dissuadées de se livrer à une conduite semblable aux accords prétendument anticoncurrentiels. Dans ce scénario, l'AFL contribuerait de façon significative à prévenir les actes répréhensibles. Par conséquent, ce facteur a milité en faveur de l'approbation de l'AFL.

An LFA must “not interfere with the lawyer-client relationship, the lawyer’s duties of loyalty and confidentiality or the lawyer’s professional judgment and carriage of the litigation on behalf of the representative plaintiff or class members.” The plaintiffs’ submission that the LFA in this proceeding would ensure that there would be no such interference was accepted. Moreover, Therium could only suspend or terminate the LFA with the Court’s prior approval. Therefore, the factor of whether the LFA would make a meaningful contribution to deterring wrongdoing weighed in favour of approving the LFA.

An LFA must ensure that the third party funder will be bound by the deemed undertaking rule and will be bound not to disclose confidential or privileged information. These considerations were sufficiently addressed in the LFA. The LFA thus protected relevant legal privileges and the confidentiality of the parties’ information, and this factor weighed in favour of approving the LFA.

The LFA also protected legitimate interests of the defendants and weighed in favour of approving it. Given that the defendants chose not to make any submissions to the Court in connection with this motion, the LFA appeared to protect any legitimate interest that the defendants might have in relation to the funding of this action. This was particularly so in light of the fact that Therium agreed to be bound by the deemed undertaking of confidentiality.

It was possible to approve the LFA at this stage without knowing whether the Superior Court of Quebec would ultimately do the same for the portion of the LFA that pertained to the funding of the Quebec Proceeding. The uncertainty relating to when and how the LFA may be treated by the Quebec Superior Court was not a reason for refraining from approving the LFA at this time. Moreover, it was readily apparent that, by coordinating the two actions in parallel and retaining only one team of economic experts, the costs required to advance them could be reduced, with consequent benefits to the class members in both proceedings.

In conclusion, it was in the best interests of justice to approve the LFA. Among other things, the LFA was necessary to facilitate access to justice by the Class Members, it was fair and reasonable to current and prospective Class Members, it would make a meaningful contribution to deterring wrongdoing, and it would protect the interests of the defendants. As well, the plaintiffs’ request to protect the confidentiality of various terms in the LFA was granted.

Un AFL ne doit pas [TRADUCTION] « nuire à la relation avocat-client, aux obligations de loyauté et de confidentialité de l’avocat ou au jugement professionnel de l’avocat et à la conduite du litige au nom du représentant demandeur ou des membres du recours collectif. La prétention des demandeurs selon laquelle l’AFL dans la présente instance garantit qu’il n’y aura pas d’ingérence de ce genre a été retenue. De plus, Therium ne pouvait suspendre ou résilier l’AFL qu’avec l’approbation préalable de la Cour. Par conséquent, le facteur qui consiste à savoir si l’AFL contribuerait de façon significative à prévenir les actes répréhensibles a milité en faveur de l’approbation de l’AFL.

Un AFL doit garantir que le tiers bailleur de fonds sera lié par la règle de l’engagement réputé et sera tenu de ne pas divulguer de renseignements confidentiels ou privilégiés. L’AFL a suffisamment tenu compte de ces considérations. L’AFL protégeait donc les privilèges juridiques pertinents et la confidentialité des renseignements des parties, et ce facteur a milité en faveur de l’approbation de l’AFL.

En outre, l’AFL protégeait les intérêts légitimes des défenderesses, ce qui a milité en faveur de son approbation. Compte tenu du fait que les défenderesses ont choisi de ne pas présenter d’observations à la Cour relativement à la présente requête, l’AFL semblait protéger tout intérêt légitime que les défenderesses pourraient avoir relativement au financement de la présente instance. Cela était particulièrement vrai à la lumière du fait que Therium a accepté d’être lié par un engagement de confidentialité réputé.

Il était possible de procéder à l’approbation de l’AFL à cette étape, sans savoir si la Cour supérieure du Québec en ferait de même pour la partie de l’AFL qui concernait le financement de l’instance au Québec. L’incertitude quant au moment et à la façon dont l’AFL pourrait être traitée par la Cour supérieure du Québec n’était pas une raison pour s’abstenir d’approuver l’AFL à ce moment-ci. En outre, il était évident qu’en coordonnant les deux instances en parallèle et en ne retenant qu’une seule équipe d’experts économiques, les coûts nécessaires pour les faire avancer pouvaient être réduits, ce qui entraînerait des avantages pour les membres du recours collectif dans les deux instances.

En conclusion, il était dans l’intérêt de la justice d’approuver l’AFL. Entre autres choses, l’AFL était nécessaire pour faciliter l’accès à la justice pour les membres du recours collectif, il était juste et raisonnable pour les membres du recours collectif actuels et futurs, il contribuerait de façon importante à la dissuasion des actes répréhensibles, et il protégerait les intérêts des défenderesses. En outre, il a été fait droit à la demande des demandeurs de préserver la confidentialité de diverses modalités de l’AFL.

With respect to the confidentiality issue, the plaintiffs supported their request by stating that Therium does not want its competitors to see how it prices cases and how it protects against downside risk. In addition, they maintained that disclosure of the sensitive information in the LFA, including the caps established therein, would not serve an access to justice purpose. The plaintiffs' request to maintain the confidentiality of the redacted terms relating to (i) the maximum amount of funding that Therium would provide under the LFA, including the maximum amount to be provided in tranches, (ii) certain circumstances under which it could apply to suspend or terminate the LFA, and (iii) the Project Plan included in an LFA Appendix was granted. However, the plaintiffs' request to maintain the confidentiality of fee caps was not granted.

Finally, a comment was made about the motion's troublesome aspect of presenting the Court with a "take it or leave it" proposition. It was not prudent to expect that the Court would approve a proposed LFA without requiring certain modifications. This was especially so when the LFA contemplates the possibility of class members receiving nothing, or a relatively small share of claim proceeds, in scenarios that could reasonably be expected to raise legitimate questions among class members and the public at large. To the extent that such scenarios could have the potential to undermine public confidence in the Court and in the administration of justice, they may well need to be revisited and addressed.

STATUTES AND REGULATIONS CITED

Act respecting the Fonds d'aide aux actions collectives, CQLR, c. F-3.2.0.1.1, s. 37.1.
Class Proceedings Act, 1992, S.O. 1992, c. 6, ss. 31, 33.1(9).
Competition Act, R.S.C., 1985, c. C-34, ss. 36, 45, 46.
Federal Courts Rules, SOR/98-106, rr. 53(2), 334.21(1), 334.39, 334.4.
Law Society Act, R.S.O. 1990, c. L.8, s. 59.3.

CASES CITED

APPLIED:

Houle v. St. Jude Medical Inc., 2017 ONSC 5129 (CanLII), 9 C.P.C. (8th) 321, aff'd 2018 ONSC 6352 (CanLII), 429 D.L.R. (4th) 739 (Div. Ct.); *Jensen v. Samsung*, T-809-18, Gascon J., order dated February 7, 2019 (F.C.); *JB & M Walker Ltd / 1523428 Ontario Inc. v. TDL Group*, 2019

En ce qui concerne la question de la confidentialité, les demandeurs ont affirmé à l'appui de leur demande que Therium ne voulait pas que ses concurrents voient comment elle établit le prix des causes et comment elle se protège contre le risque de perte. De plus, ils ont maintenu que la divulgation de renseignements de nature délicate dans l'AFL, y compris les plafonds qui y sont établis, ne servirait pas un objectif d'accès à la justice. La demande des demandeurs de préserver la confidentialité des modalités caviardées concernant (i) le montant maximal de financement que Therium fournirait aux termes de l'AFL, y compris le montant maximal à fournir en tranches, (ii) certaines circonstances dans lesquelles elle pourrait demander la suspension ou la résiliation de l'AFL, et (iii) le plan de projet inclus dans une annexe de l'AFL, a été accueillie. Toutefois, la demande des demandeurs visant à préserver la confidentialité des plafonds appliqués aux frais a été rejetée.

Enfin, des remarques ont été formulées au sujet d'un aspect problématique de la requête, à savoir que la Cour s'est vu présenter une proposition « à prendre ou à laisser ». Il n'était pas prudent de s'attendre à ce que la Cour approuve un AFL proposé sans exiger certaines modifications. C'était d'autant plus vrai lorsque l'AFL envisage la possibilité que les membres du recours collectif ne reçoivent rien, ou une part relativement faible du produit de la réclamation, dans des scénarios qui pourraient raisonnablement soulever des questions légitimes parmi les membres du recours collectif et le grand public. Dans la mesure où de tels scénarios pourraient avoir le potentiel de miner la confiance du public envers la Cour et l'administration de la justice, ils pourraient bien devoir être réexaminés et faire l'objet de mesures.

LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

Loi de 1992 sur les recours collectifs, L.O. 1992, ch. 6, art. 31, 33.1(9).
Loi sur la concurrence, L.R.C. (1985), ch. C-34, art. 36, 45, 46.
Loi sur le Barreau, L.R.O. 1990, ch. L.8, art. 59.3.
Loi sur le fonds d'aide aux actions collectives, RLRQ, ch. F-3.2.0.1.1, art. 37.1.
Règles des Cours fédérales, DORS/98-106, règles 53(2), 334.21(1), 334.39, 334.4.

JURISPRUDENCE CITÉE

DÉCISIONS APPLIQUÉES :

Houle v. St. Jude Medical Inc., 2017 ONSC 5129 (CanLII), 9 C.P.C. (8th) 321, conf. par 2018 ONSC 6352 (CanLII), 429 D.L.R. (4th) 739 (C. div.); *Jensen c. Samsung*, T-809-18, le juge Gascon, ordonnance en date du 7 février 2019 (C.F.); *JB & M Walker Ltd / 1523428 Ontario Inc. v. TDL*

ONSC 999 (CanLII), 48 C.P.C. (8th) 199; *Drynan v. Bausch Health Companies Inc.*, 2020 ONSC 4379 (CanLII); *Flying E Ranche Ltd. v. Canada (Attorney General)*, 2020 ONSC 8076 (CanLII); *David v. Loblaw*, 2018 ONSC 6469 (CanLII), 43 C.P.C. (8th) 418; *McIntyre Estate v. Ontario (Attorney General)* (2002), 61 O.R. (3d) 257, 218 D.L.R. (4th) 193 (C.A.).

CONSIDERED:

Dugal v. Manulife Financial Corporation, 2011 ONSC 1785 (CanLII), 105 O.R. (3d) 364.

REFERRED TO:

Frame v. Riddle, 2018 FCA 204, 430 D.L.R. (4th) 138; *Ottawa v. McLean*, 2019 FCA 309; *Houle v. St. Jude Medical Inc.*, 2018 ONSC 6352 (CanLII), 429 D.L.R. (4th) 739 (Div. Ct.); *R. v. Cunningham*, 2010 SCC 10, [2010] 1 S.C.R. 331; *Lee v. Canada (Correctional Service)*, 2017 FCA 228; *Sport Maska Inc. v. Bauer Hockey Ltd.*, 2019 FCA 204; *Stanway v. Wyeth Canada Inc.*, 2013 BCSC 1585, 56 B.C.L.R. (5th) 192; *Seedling Life Science Ventures LLC v. Pfizer Canada Inc.*, 2017 FC 826; *Apotex Inc. v. Allergan, Inc.*, 2016 FCA 155, 399 D.L.R. (4th) 549; *Marriott v. General Motors of Canada Company*, 2018 ONSC 2535 (CanLII); *Price Comparison Website: use of most favoured nation clauses*, Competition and Markets Authority Cases (Case 50505, 19 November 2020) (U.K.); *Cannon v. Funds for Canada Foundation*, 2013 ONSC 7686 (CanLII); *Campbell v. Canada (Attorney General)*, 2012 FCA 45, [2013] 4 F.C.R. 234; *Bayens v. Kinross Gold Corporation*, 2013 ONSC 4974 (CanLII), 117 O.R. (3d) 150.

MOTION by the plaintiffs seeking approval of the litigation funding agreement as well as an order to protect the confidentiality of certain terms in that document. Motion granted.

APPEARANCES

James Orr and *Annie Tayyab* for plaintiff.
Jay Strosberg and *David R. Wingfield* for plaintiff.

Tom Curry and *Jonathan Chen* as *amicus curiae*.

SOLICITORS OF RECORD

Orr Taylor LLP, Toronto, for plaintiff.
Strosberg Sasso Sutts LLP, Toronto, for plaintiff.

Group, 2019 ONSC 999 (CanLII), 48 C.P.C. (8th) 199; *Drynan v. Bausch Health Companies Inc.*, 2020 ONSC 4379 (CanLII); *Flying E Ranche Ltd. v. Canada (Attorney General)*, 2020 ONSC 8076 (CanLII); *David v. Loblaw*, 2018 ONSC 6469 (CanLII), 43 C.P.C. (8th) 418; *McIntyre Estate v. Ontario (Attorney General)* (2002), 61 O.R. (3d) 257, 218 D.L.R. (4th) 193 (C.A.).

DÉCISIONS EXAMINÉES :

Dugal v. Manulife Financial Corporation, 2011 ONSC 1785 (CanLII), 105 O.R. (3d) 364.

DÉCISIONS CITÉES :

Frame c. Riddle, 2018 CAF 204; *Ottawa c. McLean*, 2019 CAF 309; *Houle v. St. Jude Medical Inc.*, 2018 ONSC 6352 (CanLII), 429 D.L.R. (4th) 739 (C. div.); *R. c. Cunningham*, 2010 CSC 10, [2010] 1 R.C.S. 331; *Lee c. Canada (Service correctionnel)*, 2017 CAF 228; *Sport Maska Inc. c. Bauer Hockey Ltd.*, 2019 CAF 204; *Stanway v. Wyeth Canada Inc.*, 2013 BCSC 1585, 56 B.C.L.R. (5th) 192; *Seedling Life Science Ventures LLC c. Pfizer Canada Inc.*, 2017 CF 826; *Apotex Inc. c. Allergan, Inc.*, 2016 CAF 155; *Marriott v. General Motors of Canada Company*, 2018 ONSC 2535 (CanLII); *Price Comparison Website : use of most favoured nation clauses*, Competition and Markets Authority Cases (dossier n° 50505, 19 novembre 2020) (R.-U.); *Cannon v. Funds for Canada Foundation*, 2013 ONSC 7686 (CanLII); *Campbell c. Canada (Procureur général)*, 2012 CAF 45, [2013] 4 R.C.F. 234; *Bayens v. Kinross Gold Corporation*, 2013 ONSC 4974 (CanLII), 117 O.R. (3d) 150.

REQUÊTE dans laquelle les demandeurs ont demandé l'approbation de l'accord de financement de litige ainsi qu'une ordonnance visant à protéger la confidentialité de certaines modalités de ce document. Requête accueillie.

ONT COMPARU :

James Orr et *Annie Tayyab* pour la demanderesse.
Jay Strosberg et *David R. Wingfield* pour le demandeur.

Tom Curry et *Jonathan Chen* en tant qu'amis de la cour.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

Orr Taylor LLP, Toronto, pour la demanderesse.
Strosberg Sasso Sutts LLP, Toronto, pour le demandeur.

Tom Curry and Jonathan Chen as amicus curiae.

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

CRAMPTON C.J.:

I. Introduction

[1] The plaintiffs in this class action proceeding claim \$12 billion in damages on behalf of three classes of consumers (Class Members). In support of their claim, they have alleged breaches of the criminal prohibitions on price-fixing agreements set forth in sections 45 and 46 of the *Competition Act*, R.S.C., 1985, c. C-34. They assert that this is the largest known class action ever filed in Canada for breaches of that legislation.

[2] To fund their action, the plaintiffs entered into a litigation funding agreement (LFA) that provides for an amount of funding they suggest is unprecedented in Canadian litigation. Among other things, the plaintiffs consider such funding necessary to enable them to retain an expert who can understand the issues in this proceeding and who will be capable of dealing with the “vast quantities of data that are anticipated to be produced and analyzed in this case.”

[3] In this motion, the plaintiffs seek the Court’s approval of the LFA as well as an order to protect the confidentiality of certain terms in that document. The defendants have not made any representations in respect of the motion.

[4] Pursuant to the LFA, the return to which the funder, Therium Litigation Finance Atlas AP IC (Therium), would be entitled is quite large—the greater of five times the committed funds (the Multiplier) and 10 percent of the claim proceeds, subject to a cap of US\$100 000 000 (the Funding Fee). This would be in addition to a reimbursement of the committed funds.

Tom Curry et Jonathan Chen en tant qu’amis de la cour.

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

LE JUGE EN CHEF CRAMPTON :

I. Introduction

[1] Les demandeurs dans le présent recours collectif réclament des dommages-intérêts de 12 milliards de dollars au nom de trois groupes de consommateurs (les membres du recours collectif). À l’appui de leur réclamation, ils ont allégué des infractions aux interdictions en matière criminelle relatives aux accords de fixation des prix qui sont énoncées aux articles 45 et 46 de la *Loi sur la concurrence*, L.R.C. (1985), ch. C-34. Ils affirment qu’il s’agit du plus important recours collectif jamais intenté au Canada pour des infractions à cette loi.

[2] Pour financer leur action, les demandeurs ont conclu un accord de financement de litige (AFL) qui prévoit un montant de financement qui, selon eux, est sans précédent dans les litiges au Canada. Entre autres choses, les demandeurs considèrent qu’un tel financement est nécessaire pour leur permettre de retenir les services d’un expert qui peut comprendre les questions en litige dans la présente instance et qui sera en mesure de traiter les [TRADUCTION] « grandes quantités de données qui devraient être produites et analysées dans la présente affaire ».

[3] Dans la présente requête, les demandeurs demandent l’approbation par la Cour de l’AFL ainsi qu’une ordonnance visant à protéger la confidentialité de certaines modalités de ce document. Les défenderesses n’ont fait aucune observation au sujet de la requête.

[4] Conformément à l’AFL, le montant auquel le bailleur de fonds, Therium Litigation Finance Atlas AP IC (Therium), aurait droit est assez important, soit cinq fois les fonds engagés (le multiplicateur) ou 10 pour 100 du produit de la réclamation, selon le montant le plus élevé, sous réserve d’un plafond de 100 000 000 \$US (les frais de financement). Ce montant s’ajouterait au remboursement des fonds engagés.

[5] For the reasons that follow, I have concluded that it would be in the best interests of justice to approve the LFA. Among other things, the LFA is necessary to facilitate access to justice by the Class Members, it is fair and reasonable to current and prospective Class Members, it will make a meaningful contribution to deterring wrongdoing, and it will protect the interests of the defendants.

[6] In addition, I will grant the plaintiffs' request to protect the confidentiality of various terms in the LFA, except for the terms identified in paragraph 4 above.

II. Background

[7] In their fresh as amended statement of claim, the plaintiffs allege that the defendants (collectively Amazon) entered into two separate anti-competitive agreements (the Allegedly Anti-competitive Agreements) to fix retail e-commerce prices. Those "agreements" consist of two provisions in Amazon's agreements with third parties who sell on its online platform (Third Party Sellers).

[8] The first such provision requires Third Party Sellers to refrain from selling products to consumers on any other e-commerce website for a price that is lower than the price they charge on Amazon's platform. This is referred to as an "MFN" provision, because it resembles a most-favoured-nation clause.

[9] The second allegedly anti-competitive provision is a so-called "fair pricing" clause, which imposes costly penalties on Third Party Sellers if they sell products to consumers on any other e-commerce website for a price that is lower than the price charged on Amazon's platform.

[10] Among other things, the plaintiffs allege that the Allegedly Anti-competitive Agreements permit Amazon to shelter its online business from price competition. More specifically, they assert that by limiting price competition in relation to products sold by Third Party Sellers on other e-commerce websites, Amazon can ensure that the prices of products sold by Third Party Sellers on its platform and

[5] Pour les motifs qui suivent, j'ai conclu qu'il serait dans l'intérêt supérieur de la justice d'approuver l'AFL. Entre autres choses, l'AFL est nécessaire pour faciliter l'accès à la justice pour les membres du recours collectif, il est juste et raisonnable pour les membres du recours collectif actuels et futurs, il contribuera de façon importante à la dissuasion des actes répréhensibles, et il protégera les intérêts des défenderesses.

[6] De plus, je ferai droit à la demande des demandeurs afin de protéger la confidentialité de diverses modalités de l'AFL, sauf les modalités mentionnées au paragraphe 4 ci-dessus.

II. Le contexte

[7] Dans leur déclaration modifiée, les demandeurs allèguent que les défenderesses (collectivement, Amazon) ont conclu deux accords anticoncurrentiels distincts (les accords prétendument anticoncurrentiels) pour fixer des prix de commerce électronique de détail. Ces « accords » comprennent deux stipulations des accords d'Amazon avec des tiers qui vendent sur sa plateforme en ligne (les vendeurs tiers).

[8] La première stipulation exige que les vendeurs tiers s'abstiennent de vendre des produits aux consommateurs sur tout autre site de commerce électronique à un prix inférieur à celui qu'ils exigent sur la plateforme d'Amazon. C'est ce qu'on appelle la stipulation « NPF », parce qu'elle ressemble à la clause de la nation la plus favorisée.

[9] La deuxième stipulation prétendument anticoncurrentielle est une clause dite de « juste prix », qui impose des pénalités coûteuses aux vendeurs tiers qui vendent des produits aux consommateurs sur tout autre site Web de commerce électronique à un prix inférieur au prix demandé sur la plateforme d'Amazon.

[10] Entre autres choses, les demandeurs allèguent que les accords prétendument anticoncurrentiels permettent à Amazon de mettre ses activités en ligne à l'abri de la concurrence des prix. Plus précisément, ils affirment qu'en limitant la concurrence en matière de prix par rapport aux produits vendus par des vendeurs tiers sur d'autres sites de commerce électronique, Amazon peut

on competing e-commerce websites never drop below a particular level. The plaintiffs maintain that this ensures that Amazon can set anti-competitive fees and creates a floor price under which the products in question cannot be offered for sale on any e-commerce website. The plaintiffs state that this has inflated the prices of products sold on Amazon's platform as well as on other e-commerce websites used by Third Party Sellers. They estimate this inflationary impact on prices paid by Canadian consumers to be "upwards of \$12 billion."

[11] This proceeding is one of three of which the Court is aware that have been initiated in Canada against Amazon in relation to the Alleged Anti-competitive Agreements. The other two were filed before the Ontario Superior Court of Justice (OSCJ) (*Sweet v. Amazon.com, Inc*, File No. CV-20-00640850-00CP (the Ontario Proceeding), and the Quebec Superior Court (*Wells v. Amazon.com, Inc*, File No. 500-06-001055-207 (the Quebec Proceeding)), respectively.

[12] Counsel to the plaintiffs have agreed with their counterparts in the Quebec Proceeding to pursue their respective actions as a national consortium (National Consortium).

[13] Earlier this year, the plaintiffs attempted to persuade the three courts to hear a joint motion to stay the Ontario Proceeding and the Quebec Proceeding in favour of this proceeding. Given that the plaintiffs in the Ontario Proceeding opposed that motion, it was unsuccessful. In brief, following a short teleconference among the judges seized of the three proceedings, namely Justice Edward Morgan in Ontario, Justice Sylvain Lussier in Quebec and the undersigned, the plaintiffs in the National Consortium were informed that a joint hearing should only be considered if all parties in all three proceedings consent to such a hearing. They were also informed that in the absence of such consent, any motion in any of the three actions should be brought in the relevant jurisdiction, to be considered in the usual course.

s'assurer que les prix des produits vendus par des vendeurs tiers sur sa plateforme et sur les sites Web de commerce électronique des concurrents ne tombent jamais en deçà d'un certain niveau. Les demandeurs maintiennent que ceci permet à Amazon de fixer des frais anticoncurrentiels et de créer un prix plancher en deçà duquel les produits en question ne peuvent pas être mis en vente sur tout site Web de commerce électronique. Les demandeurs affirment que cela a gonflé les prix des produits vendus sur la plateforme d'Amazon ainsi que sur d'autres sites de commerce électronique utilisés par des vendeurs tiers. Ils estiment que cette incidence inflationniste sur les prix payés par les consommateurs canadiens s'élève [TRADUCTION] « jusqu'à 12 milliards de dollars ».

[11] La présente instance est l'une des trois causes dont la Cour a connaissance et qui ont été intentées au Canada contre Amazon relativement aux accords prétendument anticoncurrentiels. Les deux autres ont été déposées devant la Cour supérieure de justice de l'Ontario (la CSJO) (*Sweet v. Amazon.com, Inc*, dossier n° CV-20-00640850-00CP (l'instance en Ontario)) et la Cour supérieure du Québec (*Wells c. Amazon.com, Inc*, dossier n° 500-06-001055-207 (l'instance au Québec)), respectivement.

[12] Les avocats des demandeurs ont convenu avec leurs homologues dans l'instance au Québec de poursuivre leurs actions respectives en tant que consortium national (le consortium national).

[13] Plus tôt cette année, les demandeurs ont tenté de persuader les trois tribunaux d'entendre une requête conjointe en suspension de l'instance en Ontario et de l'instance au Québec en faveur de la présente instance. Étant donné que les demandeurs dans l'instance en Ontario se sont opposés à cette requête, celle-ci a été rejetée. Bref, à la suite d'une courte téléconférence entre les juges saisis des trois instances, soit le juge Edward Morgan en Ontario, le juge Sylvain Lussier au Québec et le soussigné, les demandeurs du consortium national ont été informés qu'une audience conjointe ne devait être envisagée que si toutes les parties aux trois instances y consentaient. Ils ont également été informés qu'en l'absence d'un tel consentement, toute requête dans l'une ou l'autre des trois actions devait être présentée dans la juridiction concernée, pour qu'elle soit examinée dans le cours normal des affaires.

III. The Parties, Therium and the Amicus CuriaeA. *The Representative Plaintiffs and the Classes They Represent*

[14] The plaintiffs assert that three classes of consumers have suffered damages as a result of the Allegedly Anti-competitive Agreements. The representative plaintiff Stephanie Difederico seeks to represent a class of consumers characterized as the “Amazon E-Commerce Class”, which is defined as follows:

All persons or entities in Canada who, from 1 June 2010 to the present (the “Class Period”), purchased products on Amazon.ca or Amazon.com. Excluded from the Amazon E-Commerce Class are the defendants and their parent companies, subsidiaries, and affiliates.

[15] The representative plaintiff Jameson Edmond Casey seeks to represent two additional classes of consumers, namely, the “Other E-Commerce Class” and the “Umbrella Class”.

[16] The “Other E-Commerce Class” is defined as follows:

All persons or entities in Canada who, from 1 June 2010 to the present (the “Class Period”), purchased Amazon Products on any website other than Amazon.ca or Amazon.com. Excluded from the Other E-Commerce Class are the defendants and their parent companies, subsidiaries, and affiliates.

[17] The “Umbrella Class” is characterized in the following terms:

All persons or entities in Canada who, from 1 June 2010 to the present (the “Class Period”), purchased products from any website other than Amazon.ca or Amazon.com which products are not Amazon Products. Excluded from the Umbrella Class are the defendants and their parent companies, subsidiaries, and affiliates.

III. Les parties, Therium et l’ami de la courA. *Les représentants demandeurs et les groupes qu’ils représentent*

[14] Les demandeurs affirment que trois groupes de consommateurs ont subi des préjudices en raison des accords prétendument anticoncurrentiels. La représentante demanderesse Stephanie Difederico cherche à représenter un groupe de consommateurs appelé le [TRADUCTION] « groupe Commerce électronique d’Amazon », qui est défini ainsi :

[TRADUCTION] Toutes les personnes ou entités au Canada qui, du 1^{er} juin 2010 à aujourd’hui (la période visée par le recours collectif), ont acheté des produits sur Amazon.ca ou Amazon.com. Le groupe « Commerce électronique d’Amazon » exclut les défenderesses ainsi que leurs sociétés mères, leurs filiales et leurs sociétés affiliées.

[15] Le représentant demandeur Jameson Edmond Casey cherche à représenter deux autres groupes de consommateurs, à savoir le [TRADUCTION] « groupe Autre commerce électronique » et le [TRADUCTION] « groupe général ».

[16] Le [TRADUCTION] « groupe Autre commerce électronique » est défini ainsi :

[TRADUCTION] Toutes les personnes ou entités au Canada qui, du 1^{er} juin 2010 à aujourd’hui (la période visée par le recours collectif), ont acheté des produits Amazon sur tout site Web autre qu’Amazon.ca ou Amazon.com. Le groupe « Autre commerce électronique d’Amazon » exclut les défenderesses ainsi que leurs sociétés mères, leurs filiales et leurs sociétés affiliées.

[17] Le [TRADUCTION] « groupe général » est défini ainsi :

[TRADUCTION] Toutes les personnes ou entités au Canada qui, du 1^{er} juin 2010 à aujourd’hui (la période visée par le recours collectif), ont acheté des produits de tout site Web autre qu’Amazon.ca ou Amazon.com qui ne sont pas des produits Amazon. Le groupe général exclut les défenderesses ainsi que leurs sociétés mères, leurs filiales et leurs sociétés affiliées.

B. *Amazon*

[18] The plaintiffs allege that Amazon is the world's largest online retailer, accounting for almost 50 percent of e-commerce retail purchases in Canada. Approximately 40–66 percent of the sales on its websites are of products in respect of which Amazon is the seller of record. The remaining sales are made by Third Party Sellers, who pay certain fees to Amazon to be able to market and sell their products on its platform. The plaintiffs assert that Amazon and Third Party Sellers are competitors because Amazon sells products as the seller of record that Third Party Sellers also sell, either on Amazon's platform, on their own e-commerce websites, or on other e-commerce websites, including other retail e-commerce platforms.

[19] The plaintiffs add that Amazon and Third Party Sellers are also potential competitors in respect of other products, in relation to which they do not currently compete. These products include products that are included within the same product categories (for example "Home and Kitchen"), in which Amazon and Third Parties already participate.

C. *Therium*

[20] Therium is a well-known and well-financed litigation funding provider based in the United Kingdom.

D. *Amicus Curiae*

[21] Given the nature of certain issues raised by the LFA, the Court appointed Mr. Tom Curry as *amicus curiae*. Mr. Curry is a partner in Lenczner Slaght Royce Smith Griffin LLP, Toronto. Among other things, the order appointing him *amicus curiae* states as follows:

The Amicus shall provide written and oral submissions that are in his opinion objective, appropriate, and helpful to the Court in determining whether the Litigation Funding Agreement: is fair and reasonable to the class; does not overcompensate the funder; and protects the interests of the Defendants. Such submissions shall include,

B. *Amazon*

[18] Les demandeurs allèguent qu'Amazon est le plus grand détaillant en ligne au monde, représentant près de 50 pour 100 des achats de détail en ligne au Canada. Environ 40 à 66 pour 100 des ventes sur ses sites Web sont des produits pour lesquels Amazon est le vendeur inscrit. Le reste des ventes sont réalisées par des vendeurs tiers, qui paient certains frais à Amazon pour pouvoir commercialiser et vendre leurs produits sur sa plateforme. Les demandeurs affirment qu'Amazon et les vendeurs tiers sont des concurrents, parce qu'Amazon vend, en tant que vendeur inscrit, des produits que des vendeurs tiers vendent également, soit sur la plateforme d'Amazon, soit sur leurs propres sites de commerce électronique, soit sur d'autres sites de commerce électronique, y compris d'autres plateformes de commerce électronique de détail.

[19] Les demandeurs ajoutent qu'Amazon et les vendeurs tiers sont également des concurrents potentiels pour d'autres produits, par rapport auxquels ils ne sont pas actuellement en concurrence. Ces produits comprennent des produits qui sont inclus dans les mêmes catégories de produits (par exemple, « Maison et cuisine »), auxquelles Amazon et des tiers participent déjà.

C. *Therium*

[20] Therium est un fournisseur de financement de litiges, une société bien connue et bien financée qui est établie au Royaume-Uni.

D. *L'ami de la cour*

[21] Compte tenu de la nature de certaines questions soulevées par l'AFL, la Cour a nommé M^e Tom Curry à titre d'ami de la cour. M^e Curry est associé au sein du cabinet Lenczner Slaght Royce Smith Griffin LLP, à Toronto. Entre autres, l'ordonnance le nommant comme ami de la cour prévoit ceci :

[TRADUCTION] L'ami de la cour doit fournir des observations écrites et orales qui, à son avis, sont objectives, appropriées et utiles à la Cour pour déterminer si l'entente de financement du litige est juste et raisonnable pour le groupe; ne constitue pas une compensation excessive pour le bailleur de fonds; et protège les intérêts

but shall not be limited to, representations as to whether the funding amounts and funding fees proposed in the Litigation Funding Agreement are fair and reasonable.

[22] Mr. Curry was joined at the hearing of this motion by his partner, Jonathan Chen (together, the *amici*).

IV. The LFA

[23] The LFA was executed in late December 2020 by Therium, the representative plaintiffs in this proceeding, their legal counsel, Audrey Wells (the representative plaintiff in the Quebec Proceeding), and her legal counsel. Before entering into the LFA, the representative plaintiffs sought and received independent legal advice from Mr. Jonathan Foreman, who specializes in class actions and mass tort litigation.

[24] In broad terms, the LFA provides that Therium will fund the following:

- i. Disbursements in tranches up to a maximum of USD\$ [***];
- ii. Any adverse cost awards in tranches up to USD\$ [***]; and
- iii. Security for costs, if required.

[25] In exchange for its funding commitment and in the event of a recovery of any proceeds, Therium will be (i) reimbursed for all payments advanced for disbursements, adverse costs and security for costs, (ii) paid the Funding Fee, subject to a cap of US\$100 000 000, which equates to approximately 1 percent of the total damages claimed in this proceeding (after conversion to Canadian currency), and (iii) paid a separate fee for any tranches of adverse cost award amount that it has advanced, up to a specified limit.

[26] Pursuant to Article 13.1 of the version of the LFA that was filed prior to the hearing of this motion, any

des défenderesses. Ces observations doivent comprendre, sans toutefois s'y limiter, des observations sur la question de savoir si les montants de financement et les frais de financement proposés dans l'entente de financement du litige sont justes et raisonnables.

[22] M^e Curry était accompagné à l'audience de la présente requête par son associé, Jonathan Chen (ensemble, les amis de la cour).

IV. L'AFL

[23] L'AFL a été signé à la fin de décembre 2020 par Therium, les représentants demandeurs dans la présente instance, leurs avocats, Audrey Wells (la représentante demanderesse dans l'instance au Québec) et ses avocats. Avant de conclure l'AFL, les représentants demandeurs ont sollicité et obtenu des conseils juridiques indépendants de M^e Jonathan Foreman, qui se spécialise dans les recours collectifs et les litiges délictuels de masse.

[24] En termes généraux, l'AFL prévoit que Therium financera ce qui suit :

- i. Les débours, par tranches allant jusqu'à [***] \$US;
- ii. Toute adjudication de dépens en faveur de la partie adverse, par tranches allant jusqu'à [***] \$US;
- iii. La caution pour les dépens, au besoin.

[25] En échange de son engagement de financement et en cas de recouvrement de tout produit, Therium recevra : (i) le remboursement de tous les paiements anticipés pour les débours, les dépens en faveur de la partie adverse et la caution pour les dépens, (ii) le paiement des frais de financement, sous réserve d'un plafond de 100 000 000 \$US, ce qui équivaut à environ 1 pour cent du total des dommages-intérêts réclamés dans le cadre de la présente instance (après conversion en monnaie canadienne), et (iii) le paiement de frais distincts pour toute tranche du montant pour l'adjudication de dépens en faveur de la partie adverse que Therium a avancé, jusqu'à concurrence d'une limite précise.

[26] Conformément à l'article 13.1 de la version de l'AFL déposée avant l'audition de la présente requête, tout

proceeds from any judgment, award order, settlement or compromise in this proceeding (the Claim Proceeds) were required to be distributed in the following order of priority:

- i. To reimburse Therium for any and all of the funds advanced (see paragraph 24 above);
- ii. To reimburse legal counsel for any and all disbursements that they have funded in the proceeding;
- iii. To pay legal counsel their contingency fee, up to a cap of 25% of the claim – this corresponds to the 25% contingency fee to which the representative plaintiffs agreed in paragraph 6 of their respective Contingency Fee Retainer Agreements with class counsel;
- iv. To pay Therium the Funding Fee and any fee to which it may be entitled for having advanced funds in connection with any adverse cost award that may have been made; and
- v. To distribute the residual proceeds to Class Members.

[27] As further discussed below, Article 13.1 of the LFA was amended after I raised a concern during the hearing regarding the possibility that Class Members would not participate in any settlement, judgment or award in certain scenarios.

V. Issues

[28] This motion raises two principal issues for the Court's determination: (i) whether to approve the LFA, and (ii) whether to maintain the confidentiality of all of the terms and figures that have been redacted from the Redacted Version of the LFA.

VI. Assessment

A. *Initial Observations*

[29] The Court has a supervisory role in class proceedings that requires it to be mindful of the best interests of

produit d'un jugement, d'une ordonnance d'adjudication, d'un règlement ou d'un compromis dans le cadre de la présente instance (le produit de la réclamation) devait être distribué dans l'ordre de priorité suivant :

- i. Rembourser à Therium une partie ou la totalité des fonds avancés (voir le paragraphe 24 ci-dessus);
- ii. Rembourser aux avocats tous les débours qu'ils ont financés dans le cadre de l'instance;
- iii. Payer les honoraires conditionnels des avocats, jusqu'à concurrence de 25 pour cent de la réclamation – cela correspond aux honoraires conditionnels de 25 pour cent que les représentants demandeurs ont accepté au paragraphe 6 de leurs ententes respectives d'honoraires conditionnels avec les avocats du recours collectif;
- iv. Payer à Therium les frais de financement et tous les frais auxquels elle peut avoir droit pour avoir avancé des fonds relativement à toute adjudication de dépens en faveur de la partie adverse qui pourrait avoir été accordée;
- v. Distribuer le produit résiduel aux membres du recours collectif.

[27] Comme il en sera question ci-dessous, l'article 13.1 de l'AFL a été modifié après que j'ai soulevé une préoccupation au cours de l'audience au sujet de la possibilité que les membres du recours collectif ne participent pas à un règlement, à un jugement ou à une adjudication dans certains scénarios.

V. Les questions en litige

[28] La présente requête soulève deux principales questions que la Cour doit trancher : (i) si l'AFL doit être approuvé, et (ii) s'il faut préserver la confidentialité de toutes les modalités et de tous les chiffres qui ont été caviardés de la version caviardée de l'AFL.

VI. Appréciation

A. *Les observations initiales*

[29] Dans les recours collectifs, la Cour a un rôle de supervision qui l'oblige à tenir compte de l'intérêt supérieur

class members as a whole: *Frame v. Riddle*, 2018 FCA 204, 430 D.L.R. (4th) 138, at paragraph 24; *Ottawa v. McLean*, 2019 FCA 309, at paragraph 13. This includes the best interests of prospective class members, whose interests may not be entirely aligned with those of the representative plaintiffs, class counsel, or third parties who are prepared to fund all or part of the proceeding: see, e.g., *Houle v. St. Jude Medical Inc.*, 2018 ONSC 6352 (CanLII), 429 D.L.R. (4th) 739 (Div. Ct.) (*Houle 2*), at paragraphs 22 and 41. Accordingly, as with legal fees to be paid from the proceeds recovered in a class proceeding (see rule 334.4, *Federal Courts Rules*, SOR/98-106 [the Rules]), LFAs entered into in relation to proceedings before the Court must be approved by the Court. This is so even where they have been executed by the representative plaintiffs after having received the advice of independent legal counsel. I note that other courts have reached a similar conclusion: see e.g., *Houle v. St. Jude Medical Inc.*, 2017 ONSC 5129 (CanLII), 9 C.P.C. (8th) 321 (*Houle 1*), at paragraphs 63–70, affd *Houle 2*, above, at paragraphs 68–70.

[30] In my view, such prior approval and the Court's powers in this regard are necessary for several reasons. These include ensuring that the Court is able to (i) fulfill its supervisory role in class proceedings falling within its jurisdiction, (ii) manage and control such proceedings, and (iii) protect the administration of justice from abuse: *R. v. Cunningham*, 2010 SCC 10, [2010] 1 S.C.R. 331, at paragraphs 19–20; *Lee v. Canada (Correctional Service)*, 2017 FCA 228, at paragraph 12; *Sport Maska Inc. v. Bauer Hockey Ltd.*, 2019 FCA 204, at paragraph 36; *Houle 2*, above, at paragraphs 6 and 38; *Dugal v. Manulife Financial Corporation*, 2011 ONSC 1785 (CanLII), 105 O.R. (3d) 364 (*Dugal*), at paragraph 16; *Stanway v. Wyeth Canada Inc.*, 2013 BCSC 1585, 56 B.C.L.R. (5th) 192 (*Stanway*), at paragraph 37; *Seedling Life Science Ventures LLC v. Pfizer Canada Inc.*, 2017 FC 826, at paragraph 15; subsection 53(2) [of the Rules].

[31] For greater certainty, this Court has the jurisdiction to consider this motion notwithstanding that an LFA might be said to concern matters of contract law, which ordinarily fall within the jurisdiction of the provincial courts: *Apotex*

de l'ensemble des membres du recours collectif : *Frame c. Riddle*, 2018 CAF 204, au paragraphe 24; *Ottawa c. McLean*, 2019 CAF 309, au paragraphe 13. Cela comprend l'intérêt supérieur des membres éventuels du recours collectif, dont les intérêts peuvent ne pas correspondre entièrement à ceux des représentants demandeurs, des avocats du recours collectif ou des tiers qui sont prêts à financer la totalité ou une partie de l'instance : voir, p. ex., *Houle v. St. Jude Medical Inc.*, 2018 ONSC 6352 (CanLII), 429 D.L.R. (4th) 739 (C. div.) (*Houle 2*), aux paragraphes 22, 41. Par conséquent, comme pour les honoraires d'avocat à payer à partir des sommes recouvrées dans un recours collectif (voir la règle 334.4 des *Règles des Cours fédérales*, DORS/98-106 (les Règles)), les AFL conclus relativement à des instances devant la Cour doivent être approuvés par la Cour. C'est le cas même lorsqu'ils ont été signés par les représentants demandeurs après avoir reçu l'avis d'un avocat indépendant. Je remarque que d'autres tribunaux en sont arrivés à une conclusion semblable : voir, p. ex., *Houle v. St. Jude Medical Inc.*, 2017 ONSC 5129 (CanLII), 9 C.P.C. (8th) 321 (*Houle 1*), aux paragraphes 63–70, conf. par *Houle 2*, précitée, aux paragraphes 68–70.

[30] À mon avis, une telle approbation préalable et les pouvoirs de la Cour à cet égard sont nécessaires pour plusieurs raisons. Il s'agit notamment de veiller à ce que la Cour soit en mesure (i) de jouer son rôle de supervision dans les recours collectifs qui relèvent de sa compétence, (ii) de gérer et de contrôler de telles instances, et (iii) de protéger l'administration de la justice contre les abus : *R. c. Cunningham*, 2010 CSC 10, [2010] 1 R.C.S. 331, aux paragraphes 19–20; *Lee c. Canada (Service correctionnel)*, 2017 CAF 228, au paragraphe 12; *Sport Maska Inc. c. Bauer Hockey Ltd.*, 2019 CAF 204, au paragraphe 36; *Houle 2*, précitée, aux paragraphes 6, 38; *Dugal v. Manulife Financial Corporation*, 2011 ONSC 1785 (CanLII), 105 O.R. (3d) 364 (*Dugal*), au paragraphe 16; *Stanway v. Wyeth Canada Inc.*, 2013 BCSC 1585, 56 B.C.L.R. (5th) 192 (*Stanway*), au paragraphe 37; *Seedling Life Science Ventures LLC c. Pfizer Canada Inc.*, 2017 CF 826, au paragraphe 15; paragraphe 53(2) des Règles.

[31] Il est entendu que la Cour a compétence pour examiner la présente requête, même si l'on pourrait dire qu'un AFL porte sur des questions en matière de droit des contrats, lequel relève habituellement de la compétence des

Inc. v. Allergan, Inc., 2016 FCA 155, 399 D.L.R. (4th) 549, at paragraph 13; *Jensen v. Samsung*, (Court File T-809-18, Gascon J., February 7, 2019 (F.C.)) (*Jensen*).

[32] LFAs are a relatively recent phenomenon in Canada: *Houle 2*, above, at paragraph 3. Although they are increasingly common in the OSCJ, I am only aware of one other case in which an LFA has been considered in the context of a class proceeding in this Court, namely, *Jensen*, above. There, the Court dealt with the motion in writing and issued a short order approving the agreement, following a series of preceding recitals. Among other things, those recitals described affirmative findings made by the Court in respect of several assessment factors that have been considered in this context by other courts, and that will be addressed below: see, for example, *Houle 1*, above, at paragraphs 63–70; *Marriott v. General Motors of Canada Company*, 2018 ONSC 2535 (CanLII) (*Marriott*), at paragraph 9(i)–(v). Some of these factors were included in recent amendments to Ontario’s *Class Proceedings Act, 1992*, S.O. 1992, c. 6, subsection 33.1(9) (CPA Ontario).

B. *The test for approval of an LFA*

(1) The general test

[33] In *Jensen*, the Court did not articulate an overarching test applicable to the assessment of LFAs. However, it observed that approving an LFA in the context of a class action proceeding “is not merely a matter of ensuring that the Agreement is not contrary to public policy as champertous, but also a matter of ensuring the protection of the interests of class members against unreasonable agreements, as well as protecting courts against potential abuses specific to [a] class proceeding”: *Jensen*, above, at page 6.

[34] To a large degree, this draws upon the general test that has been articulated by the OSCJ, which has stated that an LFA “should not be champertous or illegal and it must be a fair and reasonable agreement that facilitates access to justice while protecting the interests of the

tribunaux provinciaux : *Apotex Inc. c. Allergan, Inc.*, 2016 CAF 155, au paragraphe 13; *Jensen c. Samsung* (dossier de la Cour T-809-18, le juge Gascon, 7 février 2019 (C.F.)) (*Jensen*).

[32] Les AFL sont un phénomène relativement récent au Canada : *Houle 2*, précitée, au paragraphe 3. Bien qu’ils soient de plus en plus courants au sein de la CSJO, je ne suis au courant que d’une autre affaire dans laquelle un AFL a été examiné dans le contexte d’un recours collectif devant notre Cour, à savoir, l’affaire *Jensen*, précitée. Dans cette affaire, la Cour a jugé la requête par écrit et a rendu une brève ordonnance approuvant l’accord, suivant une série d’attendus préalables. Entre autres choses, ces attendus décrivent les conclusions affirmatives de la Cour à l’égard de plusieurs facteurs d’appréciation qui ont été pris en compte dans ce contexte par d’autres tribunaux et qui seront abordés ci-dessous : voir, par exemple, *Houle 1*, précitée, aux paragraphes 63–70; *Marriott v. General Motors of Canada Company*, 2018 ONSC 2535 (CanLII) (*Marriott*), au paragraphe 9(i)–(v). Certains de ces facteurs ont été inclus dans les récentes modifications apportées à la loi ontarienne intitulée *Loi de 1992 sur les recours collectifs*, L.O. 1992, ch. 6, paragraphe 33.1(9) (la LRC de l’Ontario).

B. *Le critère d’approbation d’un AFL*

1) Le critère général

[33] Dans la décision *Jensen*, la Cour n’a pas formulé de critère global applicable à l’appréciation des AFL. Toutefois, elle a fait observer qu’un AFL dans le contexte d’un recours collectif nécessite une approbation [TRANSDUCTION] « non seulement pour s’assurer qu’il n’y a pas champartie et donc qu’il n’est pas contraire à l’intérêt public, mais également pour protéger les membres du groupe contre les accords déraisonnables, ainsi que les tribunaux contre les abus propres aux recours collectifs » : *Jensen*, précitée, à la page 6.

[34] Dans une large mesure, cela établit le critère général qui a été énoncé par la CSJO, selon lequel un AFL [TRANSDUCTION] « ne doit pas être une champartie ou un accord illégal et doit être un accord juste et raisonnable qui facilite l’accès à la justice tout en protégeant les intérêts des

defendants”: *Houle 1*, above, at paragraph 71; *JB & M Walker Ltd / 1523428 Ontario Inc. v. TDL Group*, 2019 ONSC 999 (CanLII), 48 C.P.C. (8th) 199 (*TDL*), at paragraph 5; *Drynan v. Bausch Health Companies Inc.*, 2020 ONSC 4379 (CanLII) (*Drynan*), at paragraph 18; *Flying E Ranche Ltd. v. Canada (Attorney General)*, 2020 ONSC 8076 (CanLII) (*Flying E*), at paragraph 27. While the passage from *Jensen* quoted immediately above does not make reference to the interests of the defendants, that was a factor identified in an earlier recital of the Court’s order.

[35] In my view, the considerations identified in *Jensen* and in the general test that has been embraced in Ontario can be subsumed into a simpler and more straightforward test of whether it is in the interests of justice to approve the LFA.

[36] In considering whether that test is met, it is appropriate to consider the following factors:

- i. Have the basic procedural and evidentiary requirements for the Court’s consideration of the LFA been satisfied?
- ii. Is third party funding necessary to facilitate meaningful access to justice?
- iii. Is the LFA champertous?
- iv. Is the LFA fair and reasonable to current and prospective class members as a group?
- v. Will the LFA make a meaningful contribution to deterring wrongdoing?
- vi. Does the LFA interfere with the solicitor-client relationship, counsel’s duty to the class members, or the carriage of the proceeding?
- vii. Does the LFA protect relevant legal privileges and the confidentiality of the parties’ information?
- viii. Does the LFA protect the legitimate interests of the defendants?

Jensen, above; *Houle 1*, above, at paragraphs 73–88; *Flying E*, above, at paragraphs 28–34; *TDL*, above, at paragraph 6; *Drynan*, above, at paragraph 17; *Dugal*, above, at

défendeurs » : *Houle 1*, précitée, au paragraphe 71; *JB & M Walker Ltd / 1523428 Ontario Inc. v. TDL Group*, 2019 ONSC 999 (CanLII), 48 C.P.C. (8th) 199 (*TDL*), au paragraphe 5 ; *Drynan v. Bausch Health Companies Inc.*, 2020 ONSC 4379 (CanLII) (*Drynan*), au paragraphe 18; *Flying E Ranche Ltd. v. Canada (Attorney General)*, 2020 ONSC 8076 (CanLII) (*Flying E*), au paragraphe 27. Bien que le passage de la décision *Jensen* cité immédiatement ci-dessus ne fasse pas référence aux intérêts des défendeurs, il s’agit d’un facteur mentionné dans un attendu préalable de l’ordonnance de la Cour.

[35] À mon avis, les considérations énoncées dans la décision *Jensen* et dans le critère général adopté en Ontario peuvent être assimilées à un critère plus simple et plus direct pour déterminer s’il est dans l’intérêt de la justice d’approuver l’AFL.

[36] Pour déterminer si ce critère est respecté, il convient de tenir compte des facteurs suivants :

- i. Les exigences de base en matière de procédure et de preuve pour l’examen de l’AFL par la Cour ont-elles été satisfaites?
- ii. Le financement par des tiers est-il nécessaire pour faciliter un accès véritable à la justice?
- iii. L’AFL est-il une champartie?
- iv. L’AFL est-il juste et raisonnable pour les membres actuels et éventuels du groupe?
- v. L’AFL contribuera-t-il de façon significative à la prévention des actes répréhensibles?
- vi. L’AFL nuit-il à la relation avocat-client, à l’obligation de l’avocat envers les membres du recours collectif ou à la conduite de l’instance?
- vii. L’AFL protège-t-il les privilèges juridiques pertinents et la confidentialité des renseignements des parties?
- viii. L’AFL protège-t-il les intérêts légitimes des défenderesses?

Jensen, précitée; *Houle 1*, précitée, aux paragraphes 73–88; *Flying E*, précitée, aux paragraphes 28–34; *TDL*, précitée, au paragraphe 6; *Drynan*, précitée, au paragraphe 17;

paragraph 33; *Stanway*, above, at paragraph 15; *David v. Loblaw*, 2018 ONSC 6469 (CanLII), 43 C.P.C. (8th) 418 (*Loblaw*), at paragraph 12.

[37] A negative response to any of the questions listed above can be fatal to an LFA. I will address each of them below. I will then address an issue that arises on the particular facts of this case with respect to the Quebec Proceeding.

- (2) Have the basic procedural and evidentiary requirements for the Court's consideration of the LFA been satisfied?

[38] The basic procedural and evidentiary requirements that should be met before the Court's consideration of an LFA consist of: (i) the plaintiffs obtaining independent legal advice prior to entering into the LFA; (ii) prompt disclosure of the LFA and any relevant legal retainer agreement to the Court; (iii) a prompt request for approval of the LFA; (iv) the provision of reasonable notice to the other parties of the motion requesting approval of the LFA; (v) the provision of a copy of the LFA to the other parties, subject to appropriate redactions; and (vi) the provision to the Court of evidence of the relevant background circumstances pertaining to the LFA: *Houle 1*, above, at paragraph 74.

[39] I am satisfied that each of these requirements have been met. I will simply add for the record that this was also the position of the *amici*. Moreover, Amazon was provided with an opportunity to make submissions regarding the LFA and declined to do so.

[40] Accordingly, this factor weighs in favour of approving the LFA.

- (3) Is third party funding necessary to facilitate meaningful access to justice?

[41] The plaintiffs submit that several factors make this action uniquely difficult to prosecute effectively without funding. In this regard, they note that as one of the world's largest companies, Amazon has significant resources that cannot plausibly be matched by individual representative plaintiffs. In addition, they assert that Amazon can

Dugal, précitée, au paragraphe 33; *Stanway*, précitée, au paragraphe 15; *David v. Loblaw*, 2018 ONSC 6469 (CanLII), 43 C.P.C. (8th) 418 (*Loblaw*), au paragraphe 12.

[37] Une réponse négative à l'une ou l'autre des questions susmentionnées peut être fatale pour un AFL. J'aborderai chacune d'elles ci-dessous. Je traiterai ensuite d'une question qui se pose au sujet des faits particuliers de la présente affaire relativement à l'instance au Québec.

- 2) Les exigences de base en matière de procédure et de preuve pour l'examen de l'AFL par la Cour ont-elles été satisfaites?

[38] Les exigences de base en matière de procédure et de preuve qui doivent être respectées avant que la Cour n'examine un AFL sont les suivantes : (i) l'obtention par les demandeurs de conseils juridiques indépendants avant de conclure l'AFL; (ii) la divulgation rapide de l'AFL et de toute entente de mandat juridique pertinente à la Cour; (iii) une demande rapide d'approbation de l'AFL; (iv) la présentation d'un avis raisonnable aux autres parties visées par la requête demandant l'approbation de l'AFL; (v) la remise d'une copie de l'AFL aux autres parties, sous réserve de caviardages appropriés; (vi) la présentation à la Cour d'éléments de preuve sur les circonstances générales se rapportant à l'AFL : *Houle 1*, précitée, au paragraphe 74.

[39] Je suis convaincu que chacune de ces exigences a été respectée. J'ajouterai simplement pour mémoire que c'était aussi la position des amis de la cour. De plus, Amazon a eu l'occasion de présenter des observations au sujet de l'AFL et a refusé de le faire.

[40] Par conséquent, ce facteur milite en faveur de l'approbation de l'AFL.

- 3) Le financement par des tiers est-il nécessaire pour faciliter un accès véritable à la justice?

[41] Les demandeurs soutiennent que plusieurs facteurs font en sorte qu'il est particulièrement difficile d'intenter des poursuites efficaces sans financement. À cet égard, ils font remarquer qu'Amazon, l'une des plus grandes entreprises au monde, dispose de ressources considérables qui ne peuvent vraisemblablement pas être égalées par des

be expected to defend this action vigorously because the Allegedly Anti-competitive Agreements were instrumental in its accumulation of wealth. The plaintiffs maintain that an extraordinary level of expert participation will be required, given the complexity and scale of the data that will inevitably need to be obtained and analyzed to assess anti-competitive effects and damages. Without the funding necessary to retain an expert such as Dr. Farrell, who will be backed by a team at the economic consulting firm Bates White LLP, the plaintiffs state that this proceeding would not pose a credible threat, and their ability to obtain an adequate recovery for the proposed classes would be impaired.

[42] The representative plaintiffs have each stated in sworn affidavits that they would not have been willing to assume their respective roles in this proceeding if they were required to pay the expenses required to move it forward. They explained that they do not have the means to do so. They were also advised by their independent counsel, Mr. Foreman, that this action could not be prosecuted without Therium's financial support.

[43] The *amici* agree and add that "Amazon has significant resources that cannot plausibly be matched by individual representative plaintiffs." The *amici* note that "without access to any public funding, the proposed representative plaintiffs must rely on private litigation funders." Funding apparently would not be available from Ontario's Class Proceedings Fund (CPF) because the CPF only funds proceedings commenced under the *Class Proceedings Act, 1992: Law Society Act*, R.S.O. 1990, c. L.8, section 59.3. Funding apparently would not be available in Quebec, because more than 50 percent of the class members are not Quebec residents: *Act respecting the Fonds d'aide aux actions collectives*, CQLR, c. F-3.2.0.1.1, section 37.1. The Court is not aware of any public funding available for class proceedings initiated in this Court.

représentants demandeurs individuels. En outre, ils affirment qu'on peut s'attendre à ce qu'Amazon se défende vigoureusement à l'encontre de la présente action, parce que les accords prétendument anticoncurrentiels ont joué un rôle déterminant dans son accumulation de richesse. Les demandeurs maintiennent qu'une participation extraordinaire de la part d'experts sera requise, compte tenu de la complexité et de l'ampleur des données qui devront inévitablement être obtenues et analysées pour évaluer les effets anticoncurrentiels et les préjudices. Sans le financement nécessaire pour retenir les services d'un expert comme M. Farrell, qui sera appuyé par une équipe de la société d'experts-conseils en économie Bates White LLP, les demandeurs affirment que la présente instance ne constituerait pas une menace crédible, et que leur capacité d'obtenir un recouvrement adéquat pour les groupes proposés serait compromise.

[42] Les représentants demandeurs ont tous deux déclaré dans des affidavits sous serment qu'ils n'auraient pas été disposés à assumer leurs rôles respectifs dans la présente instance s'ils avaient été tenus de payer les dépenses nécessaires pour la faire avancer. Ils ont expliqué qu'ils n'avaient pas les moyens de le faire. Ils ont également été informés par leur avocat indépendant, M^e Foreman, que la présente action ne pourrait pas être poursuivie sans le soutien financier de Therium.

[43] Les amis de la cour sont d'accord et ajoutent ceci : [TRADUCTION] « Amazon dispose de ressources importantes qui ne peuvent être égalées de façon plausible par les représentants demandeurs ». Les amis de la cour font remarquer que [TRADUCTION] « sans accès à un financement public, les représentants demandeurs proposés doivent compter sur des bailleurs de fonds privés ». Il semble qu'il ne serait pas possible d'obtenir un financement du Fonds d'aide aux recours collectifs (le FARC) de l'Ontario, parce que celui-ci ne finance que les instances introduites en vertu de la LRC de l'Ontario : *Loi sur le Barreau*, L.R.O. 1990, ch. L.8, article 59.3. Il semble qu'un financement ne pourrait pas être obtenu au Québec, parce que plus de 50 pour 100 des membres du recours collectif ne sont pas des résidents du Québec : *Loi sur le fonds d'aide aux actions collectives*, RLRQ, ch. F-3.2.0.1.1, article 37.1. La Cour n'est au courant d'aucun financement public qui est offert pour les recours collectifs intentés devant elle.

[44] Given the need for private funding, the *amici* maintain that the necessity factor is at the heart of this motion. In the *amici*'s view, Amazon is a type of Goliath that will spare no resources to protect what lies at the heart of its business model. In this context, the LFA would “level the playing field” and provide the plaintiffs with the opportunity to advance their claim. This is essentially because significant expert assistance will be required to establish the anti-competitive effects of the Alleged Anti-competitive Agreements, including through significant data extraction, analysis and “but-for world modelling”.

[45] I accept the foregoing submissions. Indeed, I am also inclined to agree with the *amici* that if third party funding is not necessary in a particular proceeding, it should not be approved.

[46] The plaintiffs further maintain that the LFA represents the best arrangement they are likely to be able to obtain, because they spent three months “hotly” negotiating it and it is unlikely that they would be able to find another funder. In this regard, they explained that another potential funder declined to provide funding after spending a significant period of time in discussion with the plaintiffs, and some other internationally-recognized litigation funders declined their approach. Having regard to this experience, the *amici* agree that the plaintiffs are unlikely to be able to find another funder who is likely to assume the risk associated with the proceeding on better terms than what are reflected in the LFA.

[47] Having regard to all of the foregoing, I am satisfied that third party funding is necessary to facilitate meaningful access to the Court by the plaintiffs so that they can seek redress for the anti-competitive harm they claim to have suffered due to the Alleged Anti-competitive Agreements. This weighs in favour of approving the LFA.

[44] Compte tenu du besoin de financement privé, les amis de la cour maintiennent que le facteur de nécessité est au cœur de la présente requête. De l'avis des amis de la cour, Amazon est un type de Goliath qui n'épargnera aucune ressource pour protéger ce qui est au cœur de son modèle d'affaires. Dans ce contexte, l'AFL [TRADUCTION] « uniformiserait les règles du jeu » et donnerait aux demandeurs la possibilité de faire valoir leur réclamation. Cela s'explique essentiellement par le fait qu'il faudra beaucoup d'aide d'experts pour établir les effets anticoncurrentiels des accords prétendument anticoncurrentiels, notamment par l'extraction et l'analyse de données importantes et la [TRADUCTION] « modélisation mondiale excluant ces accords ».

[45] J'accepte les observations qui précèdent. En fait, je suis aussi enclin à être d'accord avec les amis de la cour pour dire que, si le financement par un tiers n'est pas nécessaire dans une instance donnée, il ne devrait pas être approuvé.

[46] Les demandeurs maintiennent en outre que l'AFL représente le meilleur accord qu'ils sont susceptibles d'obtenir, parce qu'ils ont passé trois mois à le négocier [TRADUCTION] « chaudement » et qu'il est peu probable qu'ils puissent trouver un autre bailleur de fonds. À cet égard, ils ont expliqué qu'un autre bailleur de fonds potentiel a refusé de fournir du financement après avoir passé beaucoup de temps à discuter avec les demandeurs, et que d'autres bailleurs de fonds pour les litiges reconnus à l'échelle internationale ont refusé leur approche. Compte tenu de cette expérience, les amis de la cour conviennent qu'il est peu probable que les demandeurs soient en mesure de trouver un autre bailleur de fonds susceptible d'assumer le risque associé à l'instance selon de meilleures conditions que celles incluses dans l'AFL.

[47] Compte tenu de tout ce qui précède, je suis convaincu que le financement par un tiers est nécessaire pour faciliter l'accès véritable des demandeurs à la Cour afin qu'ils puissent demander réparation pour le préjudice anticoncurrentiel qu'ils prétendent avoir subi en raison des accords prétendument anticoncurrentiels. Cela milite en faveur de l'approbation de l'AFL.

(4) Is the LFA champertous?

[48] Champerty is a form of maintenance. In *McIntyre Estate v. Ontario (Attorney General)* (2002), 61 O.R. (3d) 257, 218 D.L.R. (4th) 193 (C.A.) (*McIntyre*), at paragraph 26, these concepts were defined as follows:

Although the type of conduct that might constitute champerty and maintenance has evolved over time, the essential thrust of the two concepts has remained the same for at least two centuries. Maintenance is directed against those who, for an improper motive, often described as wanton or officious intermeddling, become involved with disputes (litigation) of others in which the maintainer has no interest whatsoever and where the assistance he or she renders to one or the other parties is without justification or excuse. Champerty is an egregious form of maintenance in which there is the added element that the maintainer shares in the profits of the litigation.

[49] At paragraph 32 of its decision, the Court in *McIntyre* further observed that “[t]he fundamental aim of the law of champerty and maintenance has always been to protect the administration of justice from abuse.” This includes “protecting vulnerable litigants from abuse”: *McIntyre*, above, at paragraph 47.

[50] The Court added that while contingency fee arrangements between lawyers and their clients were once deemed to be champertous *per se*, such an approach is no longer necessary or desirable. Accordingly, “[n]either the contingent nature of a fee agreement, nor the fact that the lawyer’s fees may be paid from the recovery in an action, without more, ought to constitute an improper motive or officious intermeddling for purposes of the law of champerty”: *McIntyre*, above, at paragraph 72. Instead, the courts should focus upon whether a contingency fee agreement “so over-compensates a lawyer such that it is unreasonable or unfair to the client ... i.e., tak[es] advantage of the client”: *McIntyre*, above, at paragraph 76. In other words, the courts should ensure that a contingency fee arrangement does not provide for a recovery that is disproportionate: *Houle 1*, above, at paragraph 84. Such agreements are deemed to have an improper purpose: *McIntyre*, above, at paragraph 76.

4) L’AFL est-il une champartie?

[48] La champartie est une forme de soutien abusif. Au paragraphe 26 de la décision *McIntyre Estate v. Ontario (Attorney General)* (2002), 61 O.R. (3d) 257, 218 D.L.R. (4th) 193 (C.A.) (*McIntyre*), ces concepts ont été définis ainsi :

[TRADUCTION] Bien que le type de conduite qui puisse constituer de la champartie et du soutien abusif ait évolué au fil du temps, l’orientation essentielle des deux concepts est demeurée la même pendant au moins deux siècles. Le soutien abusif est dirigé contre ceux qui, pour un motif inapproprié, souvent décrit comme une ingérence injustifiée ou non officielle, sont mêlés à des différends (litiges) d’autres parties dans lesquels le défenseur abusif n’a aucun intérêt et dans lesquels l’aide qu’il apporte à l’une ou l’autre des parties est sans justification ni excuse. La champartie est une forme flagrante de soutien abusif à laquelle s’ajoute l’élément de la réception d’une partie des profits du litige par le défenseur abusif.

[49] Au paragraphe 32 de son jugement dans l’affaire *McIntyre*, la Cour d’appel de l’Ontario a ajouté que [TRADUCTION] « [l]e but fondamental du droit relatif à la champartie et au soutien abusif a toujours été de protéger l’administration de la justice contre les abus », ce qui inclut la [TRADUCTION] « protection des plaideurs vulnérables contre les abus » : *McIntyre*, précité, au paragraphe 47.

[50] La Cour d’appel [de l’Ontario] a ajouté que, bien que les ententes sur les honoraires conditionnels entre les avocats et leurs clients aient déjà été considérées comme étant une forme de champartie en soi, une telle approche n’est plus nécessaire ni souhaitable. Par conséquent, [TRADUCTION] « ni le caractère conditionnel d’une convention d’honoraires, ni le fait que les honoraires de l’avocat peuvent être payés à partir du recouvrement dans une action, sans plus, ne devraient constituer un motif inapproprié ou une ingérence non officielle pour l’application du droit relatif à la champartie » : *McIntyre*, précité, au paragraphe 72. Les tribunaux devraient plutôt se concentrer sur la question de savoir si une entente sur les honoraires conditionnels [TRADUCTION] « rémunère un avocat de façon tellement excessive qu’elle est déraisonnable ou injuste pour le client [...], c’est-à-dire qu’elle abuse du client » : *McIntyre*, précité, au paragraphe 76. Autrement dit, les tribunaux doivent veiller à ce que les ententes sur les

[51] In conducting this assessment, the courts should keep in mind that counsel should be rewarded for assuming the risks and costs associated with the litigation: *McIntyre*, above, at paragraph 76.

[52] In my view, the courts should take a similar approach in considering whether an LFA providing for the payment of a contingency fee to the funder is champertous.

[53] The assessment of whether an LFA contemplates an unreasonable, unfair or disproportionate recovery for the funder is at the heart of the next factor addressed below.

[54] Accordingly, I will confine the present step in the analysis to two considerations. The first is whether there is any evidence of any actual improper motive, as opposed to one that may be deemed to be improper based on the quantum of the return contemplated by the LFA. There is no such evidence in this case. Indeed, the *amici* maintained that there is no reason to believe that Therium is acting opportunistically or in bad faith.

[55] The second consideration that is relevant to assess at this step in the analysis is whether fees set forth in the LFA exceed the outer limit of what might *possibly* be considered reasonable, fair or proportionate. Once again, there is no evidence to suggest that may be so and I have no reason to be concerned in this regard. To the contrary, in response to questioning on this point, the *amici* assured the Court that “disproportionality is not an issue in this case”: transcript, at page 41. Put differently, “there is no reason to believe that this is ... the litigation funding equivalent of a loan shark” agreement: transcript, at page 43. Among other things, this is because the LFA provides for what appears to be one of the largest advances of funding ever in a Canadian case and involves

honoraires conditionnels ne prévoient pas un recouvrement disproportionné : *Houle 1*, précitée, au paragraphe 84. Ces ententes sont réputées avoir un but inapproprié : *McIntyre*, précité, au paragraphe 76.

[51] Dans le cadre de cette appréciation, les tribunaux doivent garder à l’esprit le fait que les avocats devraient être récompensés pour avoir assumé les risques et les coûts associés au litige : *McIntyre*, précité, au paragraphe 76.

[52] À mon avis, les tribunaux devraient adopter une approche semblable lorsqu’il s’agit de déterminer si un AFL prévoyant le paiement de frais conditionnels au bailleur de fonds est une champartie.

[53] L’examen de la question de savoir si un AFL envisage un recouvrement déraisonnable, injuste ou disproportionné pour le bailleur de fonds est au cœur du prochain facteur abordé ci-dessous.

[54] Par conséquent, je limiterai la présente étape de l’analyse à deux considérations. La première consiste à déterminer s’il y a une preuve d’un motif inapproprié réel, par opposition à un motif qui peut être jugé inapproprié en fonction du montant du rendement envisagé par l’AFL. Une telle preuve n’a pas été offerte dans la présente affaire. En effet, les amis de la cour ont maintenu qu’il n’y avait aucune raison de croire que Therium agissait de façon opportuniste ou de mauvaise foi.

[55] La deuxième considération qu’il convient d’apprécier à cette étape-ci de l’analyse consiste à savoir si les frais établis dans l’AFL dépassent la limite supérieure de ce qui *pourrait* être considéré comme raisonnable, juste ou proportionnel. Encore une fois, il n’y a aucune preuve que c’est le cas, et je n’ai aucune raison de m’inquiéter à cet égard. Au contraire, en réponse à des questions sur ce point, les amis de la cour ont donné à la Cour l’assurance que [TRADUCTION] « la question de la disproportion ne se pos[ait] pas dans la présente affaire » : transcription, à la page 41. Autrement dit, [TRADUCTION] « il n’y a aucune raison de croire qu’il s’agit [...] d’un accord de financement d’un litige équivalant à un prêt usuraire » : transcription, à la page 43. Cela s’explique, entre autres, par le fait

one of the largest risks to a litigation funder¹. In addition, the Funding Fee contemplated by the LFA is within the range of those that have been approved by Canadian courts for the vast majority of the possible scenarios between complete victory (\$12 billion award) and complete failure (zero return). Moreover, the Funding Fee is subject to a cap of 10 percent as well as the further cap of US\$100 000 000 that will ensure that Therium's return is below the 10 percent levy generally imposed by the CPF, for over 90 percent of the possible scenarios mentioned immediately above. This will be further discussed below. For the present purposes it suffices to observe that these caps preclude the LFA from being champertous: *Houle 1*, above, at paragraph 83; *Flying E*, above, at paragraph 34.

[56] Based on the foregoing, this factor weighs in favour of approving the LFA.

- (5) Is the LFA fair and reasonable to current and prospective class members as a group?

[57] The determination of what is fair and reasonable is highly contextual: *Houle 1*, above, at paragraph 81.

[58] The plaintiffs make two principal arguments in support of their submission that the LFA is fair and reasonable to the Class Members, and will not overcompensate Therium. First, they assert that the level of the Funding Fee reflects the very high risk that will be incurred by Therium and the long period of time that it may have to wait before being reimbursed the funds it advances and receiving any return on its investment. Second, they state that the Funding Fee will be reasonable having regard to other LFAs that have been approved by the courts, as well as to the return received by the CPF when it funds litigation proceedings.

¹ Plaintiffs' counsel state that the LFA "contains the most sizeable funding commitment in Canadian litigation known to counsel."

que l'AFL prévoit ce qui semble être l'une des plus importantes avances de fonds jamais consenties dans une affaire canadienne et comporte l'un des plus grands risques pour un bailleur de fonds¹. De plus, les frais de financement envisagés par l'AFL se situent dans la fourchette de ceux qui ont été approuvés par les tribunaux canadiens pour la grande majorité des scénarios possibles entre une victoire totale (adjudication de 12 milliards de dollars) et un échec complet (rendement nul). En outre, les frais de financement sont assujettis à un plafond de 10 pour 100 ainsi qu'à un autre plafond de 100 000 000 \$US, ce qui fera en sorte que le rendement de Therium sera inférieur au prélèvement de 10 pour 100 généralement imposé par le FARC, pour plus de 90 pour 100 des scénarios possibles susmentionnés. Je traiterai de cette question plus loin. Pour les besoins actuels, il suffit de noter que ces plafonds font en sorte que l'AFL n'est pas une champartie : *Houle 1*, précitée, au paragraphe 83; *Flying E*, précitée, au paragraphe 34.

[56] Compte tenu de ce qui précède, ce facteur milite en faveur de l'approbation de l'AFL.

- 5) L'AFL est-il juste et raisonnable pour les membres actuels et éventuels du groupe?

[57] La détermination de ce qui est juste et raisonnable est très contextuelle : *Houle 1*, précitée, au paragraphe 81.

[58] Les demandeurs présentent deux arguments principaux à l'appui de leur observation selon laquelle l'AFL est juste et raisonnable pour les membres du recours collectif et ne compensera pas Therium de façon excessive. Premièrement, ils affirment que le niveau des frais de financement reflète le risque très élevé accepté par Therium et la longue période pendant laquelle elle pourrait devoir attendre avant de se faire rembourser les fonds qu'elle avance et de recevoir tout rendement sur son investissement. Deuxièmement, ils affirment que les frais de financement seront raisonnables, eu égard aux autres AFL qui ont été approuvés par les tribunaux, ainsi que du remboursement reçu par le FARC lorsqu'il finance des instances judiciaires.

¹ Les avocats des demandeurs affirment que l'AFL [TRADUCTION] « contient l'engagement de financement le plus important dans les litiges canadiens connus des avocats ».

[59] As regards the high level of risk being incurred by Therium, the plaintiffs reiterate that the level of funding to be advanced under the LFA is “unprecedented”. In addition, pursuant to paragraph 17.4 of the LFA, Therium will be required to seek the approval of the Court before it can suspend or terminate the LFA. Moreover, the complexity of the economic analysis that underlies this action is reflected in a recent U.K. decision, which exceeded 400 pages, with another 300 pages in annexes: *Price comparison website: use of most favoured nation clauses*, Competition and Markets Authority cases (Case 50505, 19 November 2020). As a result, the risk of failure is elevated and can occur at multiple stages, including the certification stage, trial and appeal, for reasons related to the legal theory as well as the damages methodology. In each of those scenarios, Therium may not receive any return on its investment, or even a return of the funding it will advance. In short, at this point in time, the level of return that Therium will receive is highly uncertain, and Therium will have to wait for an indefinite period before receiving any fee or even a reimbursement of the funds that it has advanced.

[60] The plaintiffs underscore that this uncertainty is increased because no court has issued a decision finding that the Allegedly Anti-competitive Agreements are in fact anti-competitive. Indeed, the Competition Bureau has not taken a position on this issue. Accordingly, in contrast to many private actions pursued under section 36 of the *Competition Act*, the plaintiffs will not be able to avail themselves of the findings of any court, the fruits of the Competition Bureau’s investigation, or any admissions made by the defendant, e.g., as in *Loblaw*, above. More broadly, there is very little history of Canadian courts making the types of determinations at trial that will need to be made in this proceeding.

[61] Regarding the reasonableness of the LFA in comparison with other litigation funding agreements, the plaintiffs begin by noting that the terms of the LFA are more favourable to the Class Members than the terms applicable when a proceeding is funded by the CPF. This is because

[59] En ce qui concerne le niveau de risque élevé pour Therium, les demandeurs réitèrent que le niveau de financement devant être avancé aux termes de l’AFL est [TRADUCTION] « sans précédent ». De plus, conformément au paragraphe 17.4 de l’AFL, Therium devra obtenir l’approbation de la Cour avant de pouvoir suspendre ou résilier l’AFL. En outre, la complexité de l’analyse économique qui sous-tend la présente instance se reflète dans une décision récente du Royaume-Uni, qui compte plus de 400 pages et 300 pages supplémentaires en annexes : *Price comparison website: use of most favoured nation clauses*, Competition and Markets Authority cases (dossier n° 50505, 19 novembre 2020). Par conséquent, le risque de défaillance est élevé et peut survenir à de multiples étapes, y compris l’étape de l’autorisation, le procès et l’appel, pour des raisons liées à la théorie juridique ainsi qu’à la méthodologie des dommages-intérêts. Dans chacun de ces scénarios, Therium pourrait ne recevoir aucun rendement sur son investissement, ou même un remboursement du financement qu’elle versera. Bref, à ce stade-ci, le niveau de rendement que Therium recevra est très incertain, et Therium devra attendre une période indéfinie avant de recevoir des frais ou même un remboursement des fonds qu’elle a avancés.

[60] Les demandeurs soulignent que cette incertitude est accrue du fait qu’aucun tribunal n’a rendu de décision selon laquelle les accords prétendument anticoncurrentiels sont effectivement anticoncurrentiels. En effet, le Bureau de la concurrence n’a pas pris position sur cette question. Par conséquent, contrairement à de nombreuses poursuites privées intentées au titre de l’article 36 de la *Loi sur la concurrence*, les demandeurs ne pourront pas se prévaloir des conclusions d’un tribunal, des résultats d’une enquête du Bureau de la concurrence ou des aveux du défendeur, p. ex., comme dans l’affaire *Loblaw*, précitée. De façon plus générale, il y a très peu d’affaires dans lesquelles des tribunaux canadiens ont déjà rendu des décisions de première instance du même type que celles qui devront être rendues en l’espèce.

[61] En ce qui concerne le caractère raisonnable de l’AFL par rapport à d’autres accords de financement de litiges, les demandeurs commencent par souligner que les modalités de l’AFL sont plus favorables aux membres du recours collectif que les modalités applicables lorsqu’une

Therium's Funding Fees are subject to limits that will prevent them from exceeding the 10 percent levy generally obtained by the CPF, in over 90 percent of the possible scenarios between complete victory (\$12 billion recovery) and complete failure (zero recovery)². This is so despite the fact that the LFA provides for an amount of funding that far exceeds what could possibly be available from the CPF.

[62] The limits in question consist of a cap of US\$100 000 000 and a second cap that would limit Therium's recovery to a maximum of 10 percent of any claim proceeds. Based on the average daily Bank of Canada exchange rate (1.2574) for the month of March 2021, the US\$100 000 000 cap would apply to any settlement or award above approximately C\$1 257 400 000³. This latter amount represents approximately 10.5 percent of the total amount claimed in this proceeding. Accordingly, the US\$100 000 000 cap would apply to 89.5 percent of possible outcomes in this proceeding, between complete success (recovery of C\$12 billion) and complete failure (zero recovery). Moreover, as any potential settlement or award increases above C\$1 257 400 000 and approaches C\$12 billion, the US\$100 000 000 amount as a proportion of total recovery would decrease from 10 percent to approximately 1 percent.

[63] In addition to the foregoing, the plaintiffs state that the LFA provides for a level of recovery that is below or similar to that which has been approved in recent cases. In this regard, they note that in *Jensen*, above, this Court approved a level of recovery that was uncapped and could reach as much as 15 percent of any proceeds recovered by the class. They further note that in *Loblaw*, above, the OSCJ approved a funding agreement that is "comparable"

instance est financée par le FARC. Cela s'explique par le fait que les frais de financement de Therium sont assujettis à des limites qui les empêcheront de dépasser la redevance de 10 pour 100 généralement obtenue par le FARC, dans plus de 90 pour 100 des scénarios possibles entre une victoire complète (recouvrement de 12 milliards de dollars) et un échec complet (recouvrement nul)². Il en est ainsi malgré le fait que l'AFL prévoit un montant de financement qui dépasse de loin ce qui pourrait être obtenu auprès du FARC.

[62] Les limites en question sont un plafond de 100 000 000 \$US et un deuxième plafond qui limiterait le recouvrement de Therium à un maximum de 10 pour 100 du produit de toute réclamation. Selon le taux de change quotidien moyen de la Banque du Canada (1,2574) pour le mois de mars 2021, le plafond de 100 000 000 \$US s'appliquerait à tout règlement ou toute indemnité de plus de 1 257 400 000 \$CAN environ³. Ce dernier montant représente environ 10,5 pour 100 du montant total réclamé dans la présente instance. Par conséquent, le plafond de 100 000 000 \$US s'appliquerait à 89,5 pour 100 des résultats possibles dans le cadre de la présente instance, entre le succès complet (recouvrement de 12 milliards de dollars canadiens) et l'échec complet (recouvrement nul). De plus, à mesure que le montant potentiel du règlement ou de l'indemnité augmente au-delà de 1 257 400 000 \$CAN et s'approche de 12 milliards de dollars canadiens, le montant de 100 000 000 \$US diminuerait par rapport au recouvrement total pour passer de 10 pour 100 à environ 1 pour 100.

[63] En plus de ce qui précède, les demandeurs affirment que l'AFL prévoit un niveau de recouvrement inférieur ou similaire à celui qui a été approuvé dans des affaires récentes. À cet égard, ils font remarquer que, dans la décision *Jensen*, précitée, la Cour a approuvé un niveau de recouvrement non plafonné qui pouvait atteindre jusqu'à 15 pour 100 de tout produit recouvré par le groupe. Ils soulignent en outre que, dans la décision *Loblaw*, précitée,

² See footnote 5 below.

³ Using the exchange rate above, US\$100 000 000 converts to C\$125 740 000. This represents 10 percent of C\$1 257 400 000. Above this amount, the US\$100 000 000 cap would prevail over the 10 percent cap.

² Voir la note en bas de page 5 ci-dessous.

³ En utilisant le taux de change ci-dessus, la somme de 100 000 000 \$US équivaut à 125 740 000 \$CAN. Cela représente 10 pour 100 de 1 257 400 000 \$CAN. Au-delà de ce montant, le plafond de 100 000 000 \$US l'emporterait sur le plafond de 10 pour 100.

to the LFA in this proceeding, because it provided the funder with a return of 10 percent of any recovered proceeds, subject to a cap that varied depending on the timing of any settlement or judgment: *Loblaw*, above, at paragraphs 9–10. According to the plaintiffs, the LFA in *Loblaw* contemplated a greater multiplier than in this proceeding (six times the amount advanced, versus five in this proceeding), and the return to the funder was slightly more than the return to Therium would be under the LFA, when expressed as a percentage of the amount of funding advanced. (This may be in part because, according to the plaintiffs, the total damages claimed in *Loblaw* are approximately \$2 billion less than the \$12 billion claimed in this proceeding.⁴)

[64] I accept the plaintiffs’ submissions regarding the reasonableness of the LFA to Class Members, having regard to the risks they have identified, the uncapped 10 percent return generally received by the CPA in Ontario proceedings, and the LFAs that were approved in *Jensen* and *Loblaw*. Stated differently, I conclude that the considerations and precedents identified by the plaintiffs weigh in favour of a finding that the LFA, including the Funding Fee, is fair and reasonable to current and prospective Class Members.

[65] I will add for the record that the *amici* share this view. In this regard, the *amici* observe that although the LFA features the largest, or at least one of the largest, potential returns to a funder that has come before the courts in Canada, this is not unreasonable in light of the fact that Therium is facing “the largest risk” that a funder has undertaken: transcript, at page 47. Regarding jurisprudential precedents, the *amici* add that the combined return to Therium and plaintiffs’ counsel would come within what has been characterized as the “presumptive range of validity” (up to 30–35 percent of the claim proceeds) whenever either the US\$100 000 000 cap or the 10 percent cap set forth in the

⁴ Counsel to the plaintiffs apparently are also involved in the proceeding in both *Loblaw* and *Jensen*.

la CSJO a approuvé un accord de financement [TRADUCTION] « comparable » à celui de l’AFL dans la présente instance, parce qu’il permettait au bailleur de fonds d’obtenir 10 pour cent de tout produit recouvré, sous réserve d’un plafond qui variait selon le moment de tout règlement ou jugement : *Loblaw*, précitée, aux paragraphes 9–10. Selon les demandeurs, l’AFL dans la décision *Loblaw* envisageait un multiplicateur plus important que dans la présente instance (six fois le montant avancé, comparativement à cinq fois dans la présente instance), et le rendement pour le bailleur de fonds était légèrement supérieur au rendement pour Therium aux termes de l’AFL, lorsqu’il est exprimé en pourcentage du montant du financement avancé. (Cela peut s’expliquer en partie par le fait que, selon les demandeurs, le total des dommages-intérêts réclamés dans l’affaire *Loblaw* est d’environ 2 milliards de dollars de moins que les 12 milliards de dollars réclamés dans la présente instance⁴.)

[64] J’accepte les observations des demandeurs au sujet du caractère raisonnable de l’AFL pour les membres du recours collectif, compte tenu des risques qu’ils ont cernés, du rendement non plafonné de 10 pour 100 généralement reçu au titre de la LRC dans les instances en Ontario, et des AFL qui ont été approuvés dans les décisions *Jensen* et *Loblaw*. Autrement dit, je conclus que les considérations et les précédents soulevés par les demandeurs militent en faveur d’une conclusion selon laquelle l’AFL, y compris les frais de financement, est juste et raisonnable pour les membres actuels et futurs du recours collectif.

[65] Je tiens à préciser que les amis de la cour partagent ce point de vue. À cet égard, les amis de la cour font remarquer que, bien que l’AFL offre les rendements potentiels les plus importants, ou au moins l’un des plus importants, à un bailleur de fonds qui a comparu devant les tribunaux au Canada, cela n’est pas déraisonnable, compte tenu du fait que Therium fait face au [TRADUCTION] « plus grand risque » qu’un bailleur de fonds ait déjà pris : transcription, à la page 47. En ce qui concerne les précédents jurisprudentiels, les amis de la cour ajoutent que les montants combinés revenant à Therium et aux avocats des demandeurs correspondraient à ce qui a été décrit

⁴ Il semble que les avocats des demandeurs participent également à l’instance dans les affaires *Loblaw* et *Jensen*.

LFA applies—which would occur in over 90 percent of the possible outcomes in this case:⁵ *TDL*, above, at paragraph 25; *Drynan*, above, at paragraphs 91, 98 and 111; *Houle 1*, above, at paragraph 33. See also *Cannon v. Funds for Canada Foundation*, 2013 ONSC 7686 (CanLII), at paragraphs 7–11.

[66] I will also note for the record that the representative plaintiffs have both stated, in their sworn affidavits, that they believe the LFA is fair and reasonable to themselves and to the class of people they propose to represent. Although this is relevant, it is “by no means determinative”: *Dugal*, above, at paragraph 17.

[67] Notwithstanding the foregoing, during the hearing of this motion I expressed concerns regarding the level of the Funding Fee in scenarios in which the recovery would be at the very low end of the spectrum between full recovery and zero. I noted a particular concern about the scenario in which the recovery is less than approximately \$150 million, which equates to 1.25 percent of the total damages claimed by the plaintiffs.

[68] In that scenario, the Funding Fee could reach as high as approximately [***], after conversion into Canadian currency.⁶ This is because the LFA would entitle Therium to a Funding Fee of the greater of five times the amount funded and 10 percent of the claim proceeds

⁵ The 10 percent cap will kick in no later than the point at which 10 percent of the claim proceeds exceeds five times such committed funding ([***]). Applying the 1.2574 rate of exchange mentioned above, the latter figure equates to roughly [***]. It follows that 10 percent of the claim proceeds would exceed this amount when the total value of the claim proceeds exceeds [***]. The latter figure represents approximately [***] of the total amount claimed in this proceeding (C\$12 billion).

⁶ This would represent five times the amount of the full amount of funding contemplated by the LFA, converted at 1.2574 (the average daily Bank of Canada exchange rate for the month of March 2021).

comme la [TRADUCTION] « fourchette de validité présumée » (jusqu’à 30 pour 100 à 35 pour 100 du produit de la réclamation) selon que le plafond de 100 000 000 \$US ou le plafond de 10 pour 100 prévu dans l’AFL s’applique — ce qui se produirait dans plus de 90 pour 100 des résultats possibles en l’espèce⁵ : *TDL*, précitée, au paragraphe 25; *Drynan*, précitée, aux paragraphes 91, 98, 111; *Houle 1*, précitée, au paragraphe 33. Voir aussi *Cannon v. Funds for Canada Foundation*, 2013 ONSC 7686 (CanLII), aux paragraphes 7–11.

[66] Je tiens également à souligner que les représentants demandeurs ont tous deux déclaré, dans leurs affidavits sous serment, qu’ils croyaient que l’AFL était juste et raisonnable pour eux-mêmes et pour le groupe de personnes qu’ils se proposaient de représenter. Bien que cela soit pertinent, ce n’est [TRADUCTION] « en aucun cas déterminant » : *Dugal*, précitée, au paragraphe 17.

[67] Nonobstant ce qui précède, au cours de l’audition de la présente requête, j’ai exprimé des préoccupations au sujet du montant des frais de financement dans les scénarios où le recouvrement se situerait à l’extrémité inférieure du spectre entre un recouvrement complet et un recouvrement nul. J’ai noté une préoccupation particulière au sujet du scénario dans lequel le recouvrement serait inférieur à environ 150 millions de dollars, ce qui équivaldrait à 1,25 pour 100 du total des dommages-intérêts réclamés par les demandeurs.

[68] Dans ce scénario, les frais de financement pourraient atteindre environ [***], après conversion en devise canadienne⁶. Cela s’explique par le fait que l’AFL accorderait à Therium des frais de financement équivalant au plus élevé des deux montants suivants : cinq fois le

⁵ Le plafond de 10 pour 100 entrera en vigueur au plus tard au moment où une proportion de 10 pour 100 du produit de la réclamation dépassera cinq fois le financement engagé ([***]). En appliquant le taux de change de 1,2574 mentionné ci-dessus, ce dernier chiffre équivaut à environ [***]. Il s’ensuit qu’une proportion de 10 pour 100 du produit de la réclamation dépasserait ce montant si la valeur totale du produit de la réclamation dépassait [***]. Ce dernier chiffre représente environ [***] du montant total demandé dans le cadre de la présente instance (12 milliards de dollars canadiens).

⁶ Cela représenterait cinq fois le montant total du financement envisagé par l’AFL, converti selon un taux de 1,2574 (le taux de change quotidien moyen de la Banque du Canada pour le mois de mars 2021).

(subject to the aforementioned US\$100 000 000 cap). When that [***] million is combined with the reimbursement of the full amount of funding provided for in the agreement (approximately [***], after currency conversion), plus the 25 percent contingency fee established in the Contingency Fee Retainer Agreements that the representative plaintiffs and their legal counsel have executed (approximately \$37.5 million), the total amount recovered by Therium and [***] plaintiffs' counsel would be [***] million, of the total \$150 million recovery. This would represent [***] of the claim proceeds, leaving only a trivial amount for the Class Members, assuming there were no disbursements funded by counsel, over and above those funded by Therium.

[69] In response to my concerns, counsel to the plaintiffs maintained that a settlement or damages award in the range of \$150 million is “highly unlikely.” In any event, they asserted that such a settlement or award would reflect a view that their claim is not strong. In such a scenario, the Class Members would not be any worse off than if the LFA were not approved, because they would not be entitled to significant compensation. The objective of any settlement would instead be to obtain reimbursement for the costs incurred in bringing the proceeding, and to avoid further outlays.

[70] The plaintiffs' assessment of the prospects for a settlement or a damages award in the range of \$150 million is largely supported by the *amici*, who observed that there is no reason to believe that an outcome in the range of \$150 million will likely occur. They characterized such an outcome as being not reasonably likely: transcript, at pages 56–58. In response to further exchanges on this issue, they observed that the plaintiffs' claim does not have “the look and feel of something that is going to be settled for an improvident amount”: transcript, at pages 63–64. If such an outcome were to present itself, the *amici* endorsed the plaintiffs' position that the Class Members would not have lost anything to which they were entitled, because the merits of the case would have evolved in a manner unfavourable to them. The *amici* added that, by virtue of

montant financé et 10 pour 100 du produit de la réclamation (sous réserve du plafond de 100 000 000 \$US susmentionné). Lorsque cette somme de [***] millions est combinée au remboursement du montant total du financement prévu dans l'accord (environ [***], après conversion des devises), plus les honoraires conditionnels de 25 pour 100 établis dans les ententes de mandat avec honoraires conditionnels que les représentants demandeurs et leurs avocats ont signées (environ 37,5 millions de dollars), le montant total recouvré par Therium et les avocats des demandeurs serait de [***] millions sur le recouvrement total de 150 millions de dollars. Cela représenterait [***] du produit de la réclamation, ce qui ne laisse qu'un montant négligeable pour les membres du recours collectif, en supposant qu'il n'y ait pas de débours financés par les avocats, en plus de ceux financés par Therium.

[69] En réponse à mes préoccupations, les avocats des demandeurs ont maintenu qu'un règlement ou une indemnité de l'ordre de 150 millions de dollars était [TRADUCTION] « très improbable ». Quoi qu'il en soit, ils ont affirmé qu'un tel règlement ou une telle adjudication refléterait une opinion selon laquelle leur réclamation n'est pas solide. Dans un tel scénario, les membres du recours collectif ne seraient pas dans une situation pire que si l'AFL n'était pas approuvé, parce qu'ils n'auraient pas droit à une indemnisation importante. L'objectif de tout règlement serait plutôt d'obtenir le remboursement des coûts engagés pour tenter la procédure et d'éviter d'autres débours.

[70] L'appréciation par les demandeurs des perspectives de règlement ou d'adjudication de dommages-intérêts de l'ordre de 150 millions de dollars est largement appuyée par les amis de la cour, qui ont observé qu'il n'y avait aucune raison de croire qu'un résultat de l'ordre de 150 millions de dollars était susceptible de se produire. Selon eux, un tel résultat n'est pas raisonnablement probable : transcription, aux pages 56–58. En réponse à d'autres échanges sur cette question, ils ont fait observer que la réclamation des demandeurs n'avait pas [TRADUCTION] « l'apparence d'une cause qui ferait l'objet d'un règlement pour une somme négligeable » : transcription, aux pages 63–64. Si un tel résultat devait se présenter, les amis de la cour ont appuyé la position des demandeurs selon laquelle les membres du recours collectif n'auraient perdu aucune

its supervision of any settlement, the Court would be in a position to accept or reject the settlement. At that point in time, one option available to the Court would be to adjust the compensation to the plaintiffs' counsel, to make more funds available to the Class Members.

[71] The *amici* also noted that “class members are typically the last to collect” in class action cases: transcript, at page 69. As a result, where there is a settlement at the low end of the spectrum, relative to what was claimed, they may not receive much of the settlement, if anything at all.

[72] Despite the plaintiffs' and the *amici*'s assessments of the low prospects for Class Members to wind up with very little, I encouraged the plaintiffs to discuss my concerns with Therium and try to alleviate them. The following week, the plaintiffs wrote to inform me that the parties to the LFA had agreed to a proposed amendment to the LFA (the Amendment).

[73] The Amendment contains an important change to paragraph 13.1 of the LFA. In brief, it would provide Class Members with an entitlement to US\$15 million in claim proceeds, immediately after the reimbursement of any funds advanced by Therium and disbursements funded by class counsel. Based on the above-mentioned exchange rate of 1.2574, US\$15 million would equate to approximately C\$19 million. For greater certainty, this entitlement would have priority over class counsel's contingency fee and Therium's Funding Fee. After the *amici* wrote to convey their view that the Amendment alleviates any concern that Therium would be overcompensated in the “low settlement/damages award” scenario that I identified during the hearing of this motion, I communicated this same view to the plaintiffs and the Amendment was executed.

chose à laquelle ils avaient droit, parce que le bien-fondé de l'affaire aurait évolué d'une manière qui leur est défavorable. Les amis de la cour ont ajouté que, en raison de sa supervision de tout règlement, la Cour serait en mesure d'accepter ou de rejeter le règlement. À ce moment-là, la Cour aurait la possibilité de rajuster la rémunération versée aux avocats des demandeurs afin de mettre plus de fonds à la disposition des membres du recours collectif.

[71] Les amis de la cour ont également souligné que [TRADUCTION] « les membres du recours collectif sont habituellement les derniers à percevoir des sommes » dans les cas de recours collectifs : transcription, à la page 69. Par conséquent, s'il y a un règlement à l'extrémité inférieure du spectre, par rapport au montant qui a été réclamé, il se peut qu'ils ne reçoivent qu'une petite partie du règlement, voire rien du tout.

[72] Malgré les appréciations des demandeurs et des amis de la cour selon lesquelles les membres du recours collectif ont très peu de chances d'obtenir un très faible montant, j'ai encouragé les demandeurs à discuter de mes préoccupations avec Therium et à essayer de les atténuer. La semaine suivante, les demandeurs m'ont écrit pour m'informer que les parties à l'AFL avaient accepté une modification proposée à l'AFL (la modification).

[73] La modification contient un changement important au paragraphe 13.1 de l'AFL. En bref, les membres du recours collectif auraient droit à 15 millions de dollars américains sur le produit de la réclamation, immédiatement après le remboursement des fonds avancés par Therium et les débours financés par les avocats du recours collectif. Compte tenu du taux de change de 1,2574, la somme de 15 millions de dollars américains équivaldrait à environ 19 millions de dollars canadiens. Il est entendu que ce droit aurait priorité sur les honoraires conditionnels des avocats du groupe et les frais de financement de Therium. Après que les amis de la cour ont écrit pour exprimer leur point de vue selon lequel la modification atténuait toute préoccupation selon laquelle Therium recevrait une indemnisation excessive dans le scénario [TRADUCTION] « d'un règlement/de dommages-intérêts d'un faible montant » que j'ai relevé pendant l'audience de la présente requête, j'ai communiqué ce même point de vue aux demandeurs, et la modification a été signée.

[74] In summary, for the various reasons identified by the plaintiffs and echoed by the *amici*, I find that the LFA, as amended, is fair and reasonable to current and prospective Class Members as a group. I have reached this finding based on (i) the high risk being incurred by Therium, (ii) the high level of uncertainty that Therium will face regarding the timing and extent of any recovery (including for the amounts it advances under the LFA), (iii) the returns to litigation funders (or litigation funders and class counsel combined) that have been approved by the courts in Canada, and (iv) the uncapped 10 percent levy to which the CPF is entitled in proceedings that it funds in Ontario.

[75] Moreover, the cap of US\$100 000 000 will ensure that the Funding Fee will not exceed 10 percent of the claim proceeds for any settlement above approximately C\$1.27 billion, which represents 89.5 percent of the possible outcome scenarios between complete success (C\$12 billion) and complete failure. The second cap of 10 percent, which will be triggered when 10 percent of the claim proceeds becomes greater than the Multiplier cap, will ensure that the Funding Fee does not exceed the 10 percent threshold in an additional range of the possible outcomes. Finally, the Amendment will ensure that the Class Members participate in any settlement or damages award that may arise in respect of the remaining, apparently unlikely, range of outcomes—assuming that it exceeds the amount of funds advanced by Therium and disbursements paid by class counsel.

[76] I will simply add in passing that any Class Member who is unhappy with the LFA will be entitled to opt out of the proceeding within the time and in the manner specified in any order certifying the proceeding as a class action: subsection 334.21(1) [of the Rules].

[77] Having regard to all of the foregoing, this factor weighs in favour of approving the LFA.

[74] En résumé, pour les divers motifs soulevés par les demandeurs et repris par les amis de la cour, je conclus que l'AFL, dans sa version modifiée, est juste et raisonnable pour les membres du recours collectif actuels et futurs en tant que groupe. Je suis arrivé à cette conclusion en me fondant sur (i) le risque élevé pour Therium, (ii) le niveau élevé d'incertitude pour Therium en ce qui concerne le moment et l'étendue de tout recouvrement (y compris les montants qu'elle avance aux termes de l'AFL), (iii) les rendements pour les bailleurs de fonds de litiges (ou les bailleurs de fonds et les avocats du recours collectif combinés) qui ont été approuvés par les tribunaux au Canada, et (iv) le prélèvement non plafonné de 10 pour 100 auquel a droit le FARC dans les instances qu'il finance en Ontario.

[75] De plus, le plafond de 100 000 000 \$US fera en sorte que les frais de financement ne dépasseront pas 10 pour 100 du produit de la réclamation pour tout règlement supérieur à environ 1,27 milliard de dollars canadiens, ce qui représente 89,5 pour 100 des scénarios possibles entre le succès complet (12 milliards de dollars canadiens) et l'échec complet. Le deuxième plafond de 10 pour 100, qui sera déclenché si la somme correspondant à 10 pour 100 du produit de la réclamation est supérieure au plafond du multiplicateur, fera en sorte que les frais de financement ne dépasseront pas le seuil de 10 pour 100 dans une fourchette supplémentaire des résultats possibles. Enfin, la modification fera en sorte que les membres du recours collectif participeront à tout règlement ou à toute indemnité qui pourrait être accordée dans le cas des autres issues possibles et soi-disant improbables, en supposant que le montant accordé dépasse le montant des fonds avancés par Therium et les débours payés par les avocats du recours collectif.

[76] J'ajouterai simplement en passant que tout membre du recours collectif mécontent de l'AFL aura le droit de se retirer de l'instance dans le délai et de la manière précisés dans toute ordonnance autorisant l'instance comme recours collectif : paragraphe 334.21(1) des Règles.

[77] Compte tenu de tout ce qui précède, ce facteur milite en faveur de l'approbation de l'AFL.

(6) Will the LFA make a meaningful contribution to deterring wrongdoing?

[78] The plaintiffs maintain that if they are successful in this action, in which they are seeking \$12 billion in damages, other firms will be deterred from engaging in behaviour that is similar to the Alleged Anti-competitive Agreements in the future. The *amici* agree.

[79] I agree that the LFA will greatly assist the plaintiffs to advance their claim against Amazon. To the extent that they are successful, either by obtaining a favourable judgment or award, or by reaching a settlement that reflects a sound claim, other firms will likely be deterred from engaging in conduct similar to the Allegedly Anti-competitive Agreements. In that scenario, the LFA would make a meaningful contribution to deterring wrongdoing.

[80] Accordingly, this factor weighs in favour of approving the LFA.

(7) Does the LFA interfere with the solicitor-client relationship, counsel's duty to the class members, or the carriage of the proceeding?

[81] An LFA must “not interfere with the lawyer-client relationship, the lawyer’s duties of loyalty and confidentiality, or the lawyer’s professional judgment and carriage of the litigation on behalf of the representative plaintiff or class members”: *Houle 1*, above, at paragraph 88.

[82] The plaintiffs maintain that the LFA in this proceeding ensures that there will be no such interference. I agree.

[83] Paragraph 10.1 of the LFA confirms that class counsel “must at all times comply with their professional duties to act independently and in the best interests of the Representative Plaintiffs and the members of the Total Class and in accordance with their other professional duties.”

6) L’AFL contribuera-t-il de façon significative à la prévention des actes répréhensibles?

[78] Les demandeurs maintiennent que, s’ils obtiennent gain de cause dans la présente instance, dans laquelle ils demandent des dommages-intérêts de 12 milliards de dollars, d’autres entreprises seront dissuadées de se livrer à des comportements semblables aux accords prétendument anticoncurrentiels à l’avenir. Les amis de la cour sont d’accord.

[79] Je conviens que l’AFL aidera grandement les demandeurs à faire avancer leur réclamation contre Amazon. Dans la mesure où ils ont gain de cause, soit en obtenant un jugement ou une adjudication favorable, soit en parvenant à un règlement qui reflète une réclamation valable, d’autres entreprises seront probablement dissuadées de se livrer à une conduite semblable aux accords prétendument anticoncurrentiels. Dans ce scénario, l’AFL contribuerait de façon significative à prévenir les actes répréhensibles.

[80] Par conséquent, ce facteur milite en faveur de l’approbation de l’AFL.

7) L’AFL nuit-il à la relation avocat-client, à l’obligation de l’avocat envers les membres du recours collectif ou à la conduite de l’instance?

[81] Un AFL ne doit pas [TRADUCTION] « nuire à la relation avocat-client, aux obligations de loyauté et de confidentialité de l’avocat ou au jugement professionnel de l’avocat et à la conduite du litige au nom du représentant demandeur ou des membres du recours collectif » : *Houle 1*, précitée, au paragraphe 88.

[82] Les demandeurs maintiennent que l’AFL dans la présente instance garantit qu’il n’y aura pas d’ingérence de ce genre. Je partage cet avis.

[83] Le paragraphe 10.1 de l’AFL confirme que les avocats du recours collectif [TRADUCTION] « doivent en tout temps se conformer à leur obligation professionnelle d’agir de façon indépendante ainsi que dans l’intérêt supérieur des représentants demandeurs et des membres de l’ensemble du groupe, et conformément à leurs autres obligations professionnelles ».

[84] Moreover, paragraph 10.2 of the LFA stipulates that “the Representative Plaintiffs will have the sole and exclusive right to direct the conduct of the Claim and the Proceedings, including the sole and exclusive right to settle the proceedings.” That paragraph adds that nothing in the LFA “entitles Therium to interfere in the conduct of the Claim and/or the Proceedings.”

[85] Although paragraph 11.1 imposes certain obligations on class counsel towards Therium, those obligations are explicitly subject to paragraphs 10.1, 10.2 and 16 (discussed immediately below) of the LFA.

[86] In addition, paragraph 10.6 of the LFA confirms that “nothing in this Agreement shall permit Therium to override any advice given by the Solicitors to the Representative Plaintiffs.”

[87] Finally, as previously mentioned, Therium can only suspend or terminate the LFA with the prior approval of the Court: LFA, paragraphs 17.4 and 17.5.3.

[88] Having regard to the foregoing, this factor weighs in favour of approving the LFA.

- (8) Does the LFA protect relevant legal privileges and the confidentiality of the parties’ information?

[89] An LFA must ensure that the third party funder will be bound by the deemed undertaking rule, and will be bound not to disclose confidential or privileged information: *Houle 1*, above, at paragraph 65.

[90] Once again, the plaintiffs maintain that the LFA sufficiently addresses these considerations. I agree.

[91] Pursuant to paragraph 15.2, Therium has agreed that any privileged information and documents disclosed to it at any time have been or will be disclosed on the additional basis that Therium has, or will have, a common interest in the pursuit and success of this action. That

[84] De plus, le paragraphe 10.2 de l’AFL stipule que [TRADUCTION] « les représentants demandeurs auront le droit exclusif de diriger le déroulement de la réclamation et des procédures, y compris le droit exclusif de régler les procédures ». Ce paragraphe ajoute que rien dans l’AFL [TRADUCTION] « n’autorise Therium à s’ingérer dans le déroulement de la réclamation ou de la procédure ».

[85] Bien que le paragraphe 11.1 impose certaines obligations aux avocats du recours collectif à l’égard de Therium, ces obligations sont explicitement assujetties aux paragraphes 10.1, 10.2 et 16 (dont il est question ci-après) de l’AFL.

[86] De plus, le paragraphe 10.6 de l’AFL confirme que [TRADUCTION] « rien dans le présent accord ne permet à Therium de passer outre aux conseils donnés par les avocats aux représentants demandeurs ».

[87] Enfin, comme il a été mentionné précédemment, Therium ne peut suspendre ou résilier l’AFL qu’avec l’approbation préalable de la Cour : AFL, aux paragraphes 17.4 et 17.5.3.

[88] Compte tenu de ce qui précède, ce facteur milite en faveur de l’approbation de l’AFL.

- 8) L’AFL protège-t-il les privilèges juridiques pertinents et la confidentialité des renseignements des parties?

[89] Un AFL doit garantir que le tiers bailleur de fonds sera lié par la règle de l’engagement réputé et sera tenu de ne pas divulguer de renseignements confidentiels ou privilégiés : *Houle 1*, précitée, au paragraphe 65.

[90] Encore une fois, les demandeurs soutiennent que l’AFL tient suffisamment compte de ces considérations. Je suis d’accord.

[91] Aux termes du paragraphe 15.2, Therium a convenu que tout renseignement ou document privilégié qui lui était communiqué à tout moment était ou serait divulgué en tenant compte du fait que Therium avait, ou aurait, un intérêt commun dans la poursuite et le succès de la présente

same provision adds that Therium “will at all times take all reasonable steps to maintain that privilege.”

[92] Furthermore, pursuant to paragraph 16.1, the parties to the LFA have acknowledged that “Therium will be subject to an implied undertaking of confidentiality imposed upon the parties to the Proceedings with respect to any documents or information about the Claim and the Proceedings and the parties to the Proceedings that Therium may receive as a result of its rights under this Agreement.” Paragraph 16.2 further stipulates, without prejudice to paragraphs 15 and 16.1, that the parties to the LFA “agree to keep confidential and, where appropriate, maintain any privilege in all documents and information” that they exchange, subject to certain reasonable and ordinary exceptions.

[93] In view of the foregoing, this factor weighs in favour of approving the LFA.

- (9) Does the LFA protect legitimate interests of the defendants?

[94] The plaintiffs assert that Amazon does not have any good faith interest in the LFA. This position is based on the fact that class proceedings in this Court are conducted on a “no costs” basis, absent very limited circumstances: section 334.39 [of the Rules]; *Campbell v. Canada (Attorney General)*, 2012 FCA 45, [2013] 4 F.C.R. 234, at paragraph 45; CPA Ontario, section 31. In any event, the plaintiffs note that the LFA requires Therium to indemnify the representative plaintiffs in respect of any adverse cost order that might be made against them, up to a stipulated maximum: LFA, paragraphs 8.1–8.3. Beyond that limit, Therium has agreed to fund legal expense insurance sufficient to meet any additional risk that the representative plaintiffs or class counsel may identify. Therium is also entitled to obtain such insurance against any similar risk that it might identify.

[95] In addition, at the request of the representative plaintiffs or class counsel, and for the benefit of each defendant,

instance. Cette même stipulation ajoute que Therium [TRADUCTION] « prendra en tout temps toutes les mesures raisonnables pour maintenir ce privilège ».

[92] En outre, selon le paragraphe 16.1, les parties à l’AFL ont reconnu que [TRADUCTION] : « Therium sera[it] assujettie à un engagement implicite de confidentialité imposé aux parties à l’instance à l’égard de tout document ou renseignement au sujet de la réclamation, de l’instance et des parties à l’instance que Therium [pourrait] recevoir en raison de ses droits au titre du présent accord ». Le paragraphe 16.2 stipule d’ailleurs, sans préjudice aux paragraphes 15 et 16.1, que les parties à l’AFL [TRADUCTION] « conviennent de préserver la confidentialité et, s’il y a lieu, de maintenir tout privilège relatif à tous les documents et renseignements » qu’elles échangent, sous réserve de certaines exceptions raisonnables et ordinaires.

[93] Compte tenu de ce qui précède, ce facteur milite en faveur de l’approbation de l’AFL.

- 9) L’AFL protège-t-il les intérêts légitimes des défenderesses?

[94] Les demandeurs soutiennent qu’Amazon n’a aucun intérêt de bonne foi dans l’AFL. Cette position est fondée sur le fait que les recours collectifs devant la Cour sont menés sans adjudication de dépens, à moins qu’il y ait des circonstances très limitées : article 334.39 des Règles; *Campbell c. Canada (Procureur général)*, 2012 CAF 45, [2013] 4 R.C.F. 234, au paragraphe 45; LRC de l’Ontario, article 31. Quoi qu’il en soit, les demandeurs font remarquer que l’AFL exige que Therium indemnise les représentants demandeurs à l’égard de toute ordonnance d’adjudication de dépens défavorable qui pourrait être rendue contre eux, jusqu’à un maximum stipulé : AFL, aux paragraphes 8.1 à 8.3. Au-delà de cette limite, Therium a accepté de financer une assurance-frais juridiques suffisante pour couvrir tout risque supplémentaire que les représentants demandeurs ou les avocats du recours collectif pourraient repérer. Therium a également le droit d’obtenir une telle assurance contre tout risque similaire qu’elle pourrait repérer.

[95] De plus, à la demande des représentants demandeurs ou des avocats du recours collectif, et au profit de

Therium is required to sign an undertaking to comply with any adverse costs award, up to the above-mentioned limit: LFA, paragraph 8.5; LFA, Appendix 2, paragraph 2.1.1. That undertaking also requires Therium to attorn to the jurisdiction of the court in relation to any adverse cost order the Court may make, up to that limit: LFA, Appendix 2, paragraph 2.1.2.

[96] Having regard to the foregoing, and to the fact that Amazon chose not to make any submissions to the Court in connection with this motion, I consider that the LFA appears to protect any legitimate interest that Amazon may have in relation to the funding of this action: *TDL*, above, at paragraph 20. This is particularly so in light of the fact that Therium has agreed to be bound by the deemed undertaking of confidentiality, as discussed above.

[97] Accordingly, this factor weighs in favour of approving the LFA.

C. *The Quebec issue*

[98] The LFA encompasses funding for both the present proceeding and the Quebec Proceeding. With that in mind, the *amici* raised two questions. The first question is whether this Court can approve an LFA that affects the interests of class members and the conduct of a class action in a different jurisdiction. The second question is whether a separate approval of the LFA must be provided by the Quebec Superior Court. The *amici* submitted that neither of those questions should play a role in this Court's approval of the LFA. They were only being identified because they might arise later in this proceeding.

[99] The plaintiffs reply that the present proceeding is a national class action. This is confirmed by the definitions of the three asserted classes, which are reproduced at paragraphs 14–17 above. Accordingly, I agree with the plaintiffs and the *amici* that this Court *can* proceed to approve the LFA at this stage, without knowing whether the Superior Court of Quebec will ultimately do the same for

chaque défenderesse, Therium est tenu de signer un engagement de se conformer à toute adjudication de dépens défavorable, jusqu'à concurrence de la limite susmentionnée : AFL, au paragraphe 8.5; AFL, annexe 2, au paragraphe 2.1.1. Cet engagement oblige également Therium à reconnaître la compétence du tribunal à l'égard de toute ordonnance de dépens défavorable que la Cour peut rendre, jusqu'à concurrence de cette limite : AFL, annexe 2, au paragraphe 2.1.2.

[96] Compte tenu de ce qui précède et du fait qu'Amazon a choisi de ne pas présenter d'observations à la Cour relativement à la présente requête, je considère que l'AFL semble protéger tout intérêt légitime qu'Amazon pourrait avoir relativement au financement de la présente instance : *TDL*, précitée, au paragraphe 20. Cela est particulièrement vrai à la lumière du fait que Therium a accepté d'être lié par un engagement de confidentialité réputé, comme il en a été question ci-dessus.

[97] Par conséquent, ce facteur milite en faveur de l'approbation de l'AFL.

C. *La question du Québec*

[98] L'AFL comprend le financement de la présente instance et de l'instance au Québec. Dans cette optique, les amis de la cour ont soulevé deux questions. La première question est de savoir si la Cour peut approuver un AFL qui touche les intérêts des membres du recours collectif et la conduite d'un recours collectif dans une juridiction différente. La deuxième question est celle de savoir si une approbation distincte de l'AFL doit être fournie par la Cour supérieure du Québec. Les amis de la cour ont soutenu qu'aucune de ces questions ne devrait jouer un rôle dans l'approbation de l'AFL par la Cour. Elles ont été signalées seulement parce qu'elles pourraient être soulevées plus tard au cours de la présente instance.

[99] Les demandeurs répliquent que la présente instance est un recours collectif national. Cela est confirmé par les définitions des trois groupes proposés, qui sont reproduites aux paragraphes 14 à 17 ci-dessus. Par conséquent, je conviens avec les demandeurs et les amis de la cour que la Cour *peut* procéder à l'approbation de l'AFL à cette étape, sans savoir si la Cour supérieure du Québec

the portion of the LFA that pertains to the funding of the Quebec Proceeding.

[100] The question that remains is whether it would be *prudent* for this Court to approve the LFA without knowing whether it will also be approved by the Superior Court of Quebec. If the latter Court ultimately does not approve the LFA, this could well expose Class Members who are not part of the Quebec Proceeding to a real risk of having to subsidize that proceeding.

[101] Unfortunately, the Quebec Superior Court may not deal with this issue for a considerable period of time. According to the plaintiffs' counsel, the practice in Quebec is to defer the approval of LFAs until the settlement or final judgment stage of the proceedings. However, they maintain that the possibility of the Quebec Superior Court not approving the payment of the proportion of the expenses that will be required to advance the Quebec Proceeding is not "a practical reality": transcript, at page 32. The *amici* agreed that this "is not a realistic concern": transcript, at page 67. Plaintiffs' counsel added that they are not aware of any precedents where a court in Quebec refused to agree to approve a contribution to the costs required to bring separate proceedings in that province and in one or more other jurisdictions in Canada.

[102] As a further practical matter, plaintiffs' counsel and the *amici* both noted that this Court will maintain an ability to refuse to approve any settlement if it perceives that the Class Members in this proceeding are not being treated fairly.

[103] An additional practical consideration that is relevant for the present purposes pertains to the plaintiffs' intentions to endeavour to stay the Quebec Proceeding in favour of the action in this Court. If they are unsuccessful in doing so, plaintiffs' counsel stated that they intend to remove from the claim in this Court any claim for damages suffered by persons who are within the purview of the Quebec Proceeding.

en fera de même pour la partie de l'AFL qui concerne le financement de l'instance au Québec.

[100] Il reste à savoir s'il serait *prudent* que la Cour approuve l'AFL sans savoir s'il sera aussi approuvé par la Cour supérieure du Québec. Si la Cour supérieure n'approuve pas l'AFL, les membres du recours collectif qui ne participent pas à l'instance au Québec pourraient bien être exposés à un risque réel d'avoir à subventionner la présente instance.

[101] Malheureusement, la Cour supérieure du Québec ne se penchera peut-être pas sur cette question avant longtemps. Selon les avocats des demandeurs, la pratique au Québec consiste à reporter l'approbation des AFL jusqu'à l'étape du règlement ou du jugement final de la procédure. Toutefois, ils maintiennent que la possibilité que la Cour supérieure du Québec n'approuve pas le paiement de la proportion des dépenses qui sera nécessaire pour faire avancer l'instance au Québec n'est pas [TRADUCTION] « une réalité pratique » : transcription, à la page 32. Les amis de la cour ont convenu que ce [TRADUCTION] « n'[était] pas une préoccupation réaliste » : transcription, à la page 67. Les avocats des demandeurs ont ajouté qu'ils n'étaient pas au courant de précédents dans lesquels un tribunal du Québec avait refusé d'approuver une contribution aux coûts engagés pour tenter des procédures distinctes dans cette province et dans un ou plusieurs autres territoires de compétence au Canada.

[102] Sur le plan pratique, tant les avocats des demandeurs que les amis de la cour ont fait remarquer que la Cour conserverait la capacité de refuser d'approuver tout règlement si elle avait l'impression que les membres du recours collectif dans la présente instance n'étaient pas traités équitablement.

[103] Un autre facteur pratique qui est pertinent pour les besoins de la présente instance concerne l'intention des demandeurs de tenter de suspendre l'instance au Québec en faveur de l'action intentée devant la Cour. S'ils ne réussissent pas à le faire, les avocats des demandeurs ont déclaré qu'ils avaient l'intention de retirer de la demande présentée à la Cour toute réclamation pour les préjudices subis par les personnes visées par l'instance au Québec.

[104] Having regard to all of the foregoing, I do not consider that the uncertainty relating to when and how the LFA may be treated by the Quebec Superior Court is a reason for refraining from approving the LFA at this time.

[105] I will pause to observe that I am sympathetic to class counsel's position that it is prudent to coordinate the funding of present proceeding and the Quebec Proceeding, so as to avoid "duplication of effort, costs, and most importantly, different economic or factual evidence that could undermine the action in each jurisdiction." It is readily apparent that, by coordinating the two actions in parallel and retaining only one team of economic experts, the costs required to advance them can be reduced, with consequent benefits to the class members in both proceedings.

D. Conclusion regarding the approval of the LFA

[106] Given the findings I have reached in relation to each of the factors addressed above, I will approve the LFA.

[107] For the record, I considered the possibility of providing a preliminary approval, subject to revisiting the LFA at the time any settlement that may be reached or any final judgment on the merits of this action may be made. However, after considering the representations made by class counsel and the *amici* on this point, I decided against doing so. In brief, class counsel submitted that "capital likes certainty" and "nobody is going to advance money" to fund litigation absent a degree of certainty regarding the return on their investment. The *amici* observed that this would not likely be a workable option for this proceeding. I am inclined to agree, particularly given that the cap of US\$100 000 000 provides certainty to the Court regarding the maximum recovery to which Therium will be entitled. The other caps (the greater of five times the funding advanced and 10 percent of the claim proceeds), provide further certainty to the Court regarding Therium's eventual recovery, and the fact that it will be in the range that has been approved in other cases.

[104] Compte tenu de tout ce qui précède, je ne considère pas que l'incertitude quant au moment et à la façon dont l'AFL peut être traitée par la Cour supérieure du Québec soit une raison pour s'abstenir d'approuver l'AFL à ce moment-ci.

[105] Je m'arrête un instant pour noter que je comprends la position des avocats du recours collectif selon laquelle il est prudent de coordonner le financement de la présente instance et celui de l'instance au Québec, afin d'éviter [TRADUCTION] « le dédoublement des efforts, des coûts et, surtout, des preuves économiques ou factuelles différentes qui pourraient nuire à l'action dans chaque juridiction ». Il est évident qu'en coordonnant les deux instances en parallèle et en ne retenant qu'une seule équipe d'experts économiques, les coûts nécessaires pour les faire avancer peuvent être réduits, ce qui entraîne des avantages pour les membres du recours collectif dans les deux instances.

D. Conclusion concernant l'approbation de l'AFL

[106] Compte tenu des conclusions que j'ai tirées relativement à chacun des facteurs susmentionnés, j'approuverai l'AFL.

[107] Il est à noter que j'ai envisagé la possibilité de fournir une approbation préliminaire, sous réserve d'un réexamen de l'AFL au moment de tout règlement qui pourrait être conclu ou de tout jugement définitif sur le bien-fondé de la présente instance. Toutefois, après avoir examiné les observations faites par les avocats du recours collectif et les amis de la cour sur ce point, j'ai décidé de ne pas le faire. En bref, les avocats du recours collectif ont soutenu que [TRADUCTION] « le capital aime la certitude » et que [TRADUCTION] « personne ne va avancer d'argent » pour financer un litige en l'absence d'un certain degré de certitude concernant le rendement de son investissement. Les amis de la cour ont observé que ce ne serait probablement pas une option pratique pour la présente instance. Je suis enclin à être d'accord, d'autant plus que le plafond de 100 000 000 \$US donne une certitude à la Cour quant au recouvrement maximal auquel Therium aura droit. Les autres plafonds (cinq fois le montant avancé ou 10 pour 100 du produit de la réclamation, selon le plus élevé de ces montants) donnent une plus grande certitude à la Cour quant au recouvrement éventuel de Therium et au fait qu'il

[108] I will observe in passing that, according to class counsel, the only precedents where approval of litigation funding was postponed to the end of the proceeding involved LFAs that also included the funding of legal fees, which typically are approved at the end of class proceedings: *Houle 1*, above, at paragraphs 28 and 87, affd *Houle 2*, at paragraphs 7 and 44; *Flying E*, above, at paragraphs 24 and 35; *Drynan*, above, at paragraphs 14–15 and 81–89; *TDL*, above, at paragraphs 4, 25 and 26. The amici did not suggest otherwise.

VII. Confidentiality issue

[109] In their notice of motion and request for relief, the plaintiffs requested an order permitting them “to serve and file the Motion Record with the terms relating to the maximum amount of litigation funding that Therium will provide under the [LFA] redacted, and to file with the Court an unredacted copy of the [LFA] under seal.” The plaintiffs now wish to maintain the redactions in the version of the LFA that is publicly available.

[110] In support of this request, the plaintiffs state that Therium does not want its competitors to see how it prices cases and how it protects against downside risk. In addition, they maintain that disclosure of the sensitive information in the LFA, including the caps established therein, would not serve an access to justice purpose.

[111] I readily accept that information pertaining to the maximum amount of funding provided under the LFA is competitively sensitive. This includes the maximum amounts of the tranches in which funding will be advanced. In addition to being competitively sensitive, this information is sensitive in the sense that its disclosure to Amazon could well affect how Amazon conducts itself in this proceeding. I also accept that the other, very limited, terms of the LFA that have been redacted are commercially sensitive and ought not to be disclosed to the defendants.

sera de l’ordre des sommes qui ont été approuvées dans d’autres causes.

[108] Je note en passant que, selon les avocats du recours collectif, les seuls précédents dans lesquels l’approbation du financement du litige a été reportée à la fin de la procédure concernaient des AFL qui comprenaient également le financement des frais juridiques, qui sont habituellement approuvés à la fin du recours collectif : *Houle 1*, précitée, aux paragraphes 28, 87, conf. par *Houle 2*, précitée, aux paragraphes 7, 44; *Flying E*, précitée, aux paragraphes 24, 35; *Drynan*, précitée, aux paragraphes 14, 15, 81–89; *TDL*, précitée, aux paragraphes 4, 25, 26. Les amis de la cour n’ont pas laissé entendre le contraire.

VII. La question de la confidentialité

[109] Dans leur avis de requête et leur demande de réparation, les demandeurs ont sollicité une ordonnance leur permettant de [TRADUCTION] « signifier et déposer le dossier de requête en caviardant les modalités relatives au montant maximal de financement du litige que Therium fournira en vertu de [l’AFL], et déposer auprès de la Cour une copie non caviardée de [l’AFL] sous scellé ». Les demandeurs souhaitent maintenant conserver les caviardages dans la version de l’AFL qui est accessible au public.

[110] À l’appui de cette demande, les demandeurs affirment que Therium ne veut pas que ses concurrents voient comment elle établit le prix des causes et comment elle se protège contre le risque de perte. De plus, ils maintiennent que la divulgation de renseignements de nature délicate dans l’AFL, y compris les plafonds qui y sont établis, ne servirait pas un objectif d’accès à la justice.

[111] J’accepte volontiers le fait que les renseignements relatifs au montant maximal de financement fourni dans le cadre de l’AFL sont de nature délicate sur le plan de la concurrence. Cela comprend les montants maximaux des tranches dans lesquelles le financement sera avancé. En plus d’être de nature délicate sur le plan de la concurrence, ces renseignements sont de nature délicate en ce sens que leur divulgation à Amazon pourrait avoir une incidence sur la façon dont Amazon se conduit dans le cadre de la présente instance. Je reconnais également que les autres conditions très limitées de l’AFL qui ont été

[112] However, I reject the plaintiffs' position that the information regarding the fee caps in the LFA ought to be kept confidential. For greater certainty, those caps will entitle Therium to the greater of the Multiplier (five times the committed funds) and 10 percent of the claim proceeds, subject to a cap of US\$100 000 000. In my view, the Class Members have a strong interest in knowing those caps. To the extent that members of the media or the general public have any interest in this motion, it would be difficult for them to fully appreciate the issues that have been raised without knowing those caps.

[113] Moreover, I accept the *amici*'s advice that I ought to be guided by the approach that has been taken in other cases, where information regarding caps and "multipliers" has not been kept confidential: see e.g., *Jensen*, above, at Exhibit "A", paragraph 5.1; *Kinross [Bayens v. Kinross Gold Corporation]*, 2013 ONSC 4974 (CanLII), 117 O.R. (3d) 150], at paragraph 15; *Loblaw*, above, at paragraphs 9–10; *Drynan*, above, at paragraphs 14 and 109; *Flying E*, above, at paragraph 25; *Houle 2*, above, at paragraph 17; *TDL*, above, at paragraph 24; *Schenk*, above, at paragraph 15; *Stanway*, above, at paragraph 8.

[114] Accordingly, I will grant the plaintiffs' request to maintain the confidentiality of the redacted terms relating to (i) the maximum amount of funding that Therium will provide under the LFA, including the maximum amount to be provided in tranches, (ii) certain circumstances under which it can apply to suspend or terminate the LFA, and (iii) the Project Plan included in Appendix 1 to the LFA. However, I will not grant the plaintiffs' request to maintain the confidentiality of the above-mentioned caps.

VIII. Conclusion

[115] For the reasons set forth above, I will approve the LFA and grant the plaintiffs' request to maintain the

caviardées sont délicates sur le plan commercial et ne devraient pas être divulguées aux défenderesses.

[112] Toutefois, je rejette la position des demandeurs selon laquelle les renseignements concernant les plafonds appliqués aux frais dans l'AFL devraient demeurer confidentiels. Il est entendu que ces plafonds permettront à Therium de recevoir un montant correspondant au multiplicateur (cinq fois les fonds engagés) ou 10 pour 100 du produit de la réclamation, selon le plus élevé de ces montants, sous réserve d'un plafond de 100 000 000 \$US. À mon avis, les membres du recours collectif ont tout intérêt à connaître ces plafonds. Dans la mesure où les membres des médias ou le grand public s'intéressent à la présente requête, il serait difficile pour eux de bien comprendre les questions qui ont été soulevées sans connaître ces plafonds.

[113] De plus, j'accepte l'avis des amis de la cour selon lequel je devrais être guidé par l'approche qui a été adoptée dans d'autres affaires dans lesquelles les renseignements concernant les plafonds et les « multiplicateurs » n'ont pas été gardés confidentiels : voir, p. ex., *Jensen*, précitée, à la pièce A, au paragraphe 5.1; *Kinross [Bayens v. Kinross Gold Corporation]*, 2013 ONSC 4974 (CanLII), 117 O.R. (3d) 150], au paragraphe 15; *Loblaw*, précitée, aux paragraphes 9–10; *Drynan*, précitée, aux paragraphes 14, 109; *Flying E*, précitée, au paragraphe 25; *Houle 2*, précitée, au paragraphe 17; *TDL*, précitée, au paragraphe 24; *Schenk*, précitée, au paragraphe 15; *Stanway*, précitée, au paragraphe 8.

[114] Par conséquent, je fais droit à la demande des demandeurs de préserver la confidentialité des modalités caviardées concernant (i) le montant maximal de financement que Therium fournira aux termes de l'AFL, y compris le montant maximal à fournir en tranches, (ii) certaines circonstances dans lesquelles elle peut demander la suspension ou la résiliation de l'AFL, et (iii) le plan de projet inclus à l'annexe 1 de l'AFL. Toutefois, je ne ferai pas droit à la demande des demandeurs visant à préserver la confidentialité des plafonds susmentionnés.

VIII. Conclusion

[115] Pour les motifs exposés ci-dessus, j'approuverai l'AFL et je ferai droit à la demande des demandeurs afin

confidentiality of the provisions that the plaintiffs have requested be redacted from the LFA, except for the amounts of the caps discussed immediately above.

[116] In closing, I consider it appropriate to address a troublesome aspect of this motion. In brief, the Court was essentially presented with a “take it or leave it” proposition. According to class counsel, any attempt by the Court to modify the terms of the proposed LFA would raise a very real prospect of Therium backing away from this proceeding, thereby depriving the Class Members of their only realistic chance of advancing their case. Counsel suggested that the likelihood of finding another funder was low and that their prospects for persuading Therium to revisit the LFA, after having spent approximately three months negotiating it, were dim. Class counsel further suggested that it could take months to renegotiate the LFA, that the plaintiffs “will be prejudiced if the funding is not approved and made available immediately,” and that the terms of the LFA are the “best” that could be obtained from Therium.

[117] It is unseemly to put the Court in this position. The Court is not a “rubber stamp.” It exercises oversight of class proceedings for a reason. Despite the duty of loyalty and the responsibilities that class counsel have to their clients, it cannot be assumed that they will always put the interests of class members first when such agreements or arrangements are negotiated. This is one important reason why the Court’s approval of LFAs and contingency fee arrangements is necessary.

[118] Having regard to the foregoing, it is not prudent to expect that the Court will approve a proposed LFA without requiring certain modifications. This is especially so when the LFA contemplates the possibility of class members receiving nothing, or a relatively small share of claim proceeds, in scenarios that could reasonably be expected to raise legitimate questions among class members and the public at large. To the extent that such scenarios could have the potential to undermine public confidence in the

de préserver la confidentialité des stipulations qu’ils ont demandé à caviarder de l’AFL, sauf pour les montants des plafonds susmentionnés.

[116] En terminant, j’estime qu’il convient d’aborder un aspect problématique de la présente requête. En bref, la Cour s’est vu essentiellement présenter une proposition « à prendre ou à laisser ». Selon les avocats du recours collectif, toute tentative de la Cour de modifier les conditions de l’AFL proposé soulèverait une possibilité très réelle que Therium se retire de la présente instance, privant ainsi les membres du recours collectif de leur seule chance réaliste de faire avancer leur cause. Les avocats ont laissé entendre que la probabilité de trouver un autre bailleur de fonds était faible et que leurs chances de persuader Therium de réexaminer l’AFL, après avoir passé environ trois mois à le négocier, étaient faibles. Les avocats du recours collectif ont en outre laissé entendre qu’une renégociation de l’AFL pourrait prendre des mois, que les demandeurs [TRADUCTION] « subir[aient] un préjudice si le financement n’[était] pas approuvé et rendu disponible immédiatement », et que les modalités de l’AFL étaient les [TRADUCTION] « meilleures » qui pourraient être obtenues de Therium.

[117] Il est inconvenant de placer la Cour dans cette position. La Cour n’est pas là pour « apposer un tampon ». Elle exerce une surveillance des recours collectifs pour une raison précise. Malgré l’obligation de loyauté et les responsabilités des avocats du recours collectif envers leurs clients, on ne peut pas supposer qu’ils feront toujours passer les intérêts des membres du recours collectif en premier lorsque de tels accords ou arrangements seront négociés. C’est l’une des raisons importantes pour lesquelles il est nécessaire que la Cour approuve les AFL et les ententes sur les honoraires conditionnels.

[118] Compte tenu de ce qui précède, il n’est pas prudent de s’attendre à ce que la Cour approuve un AFL proposé sans exiger certaines modifications. C’est d’autant plus vrai lorsque l’AFL envisage la possibilité que les membres du recours collectif ne reçoivent rien, ou une part relativement faible du produit de la réclamation, dans des scénarios qui pourraient raisonnablement soulever des questions légitimes parmi les membres du recours collectif et le grand public. Dans la mesure où de tels scénarios

Court and in the administration of justice, they may well need to be revisited and addressed.

[119] The better way in which to proceed would be for class counsel and litigation funders to be prepared for the possibility that modifications to a proposed LFA may need to be made to obtain the Court's approval. In other words, the parties to a proposed LFA should have a "plan B", in case the Court expresses concerns regarding one or more aspects of the LFA. They should also anticipate that the Court may well want to test assertions made by class counsel, by sending them back to discuss potential modifications with the litigation funder. It bears underscoring that this is particularly so where the proposed LFA contemplates the possibility described in the immediately preceding paragraph above. I pause to observe that the *amici* agreed that this is an entirely reasonable manner for the Court to proceed in such circumstances. Indeed, after I requested that class counsel discuss the concerns I raised with respect to the initial version of the LFA that was filed with the Court, class counsel wrote the following week to advise that the parties to the LFA had agreed to a proposed Amendment, which sufficiently addressed my concerns. (See discussion, at paragraphs 68–77.)

[120] An even better way in which to proceed would be to structure proposed LFAs in a manner that more fairly calibrates and balances the returns to the litigation funder, class counsel and class members along the continuum of possible outcomes. I recognize and accept that it may be entirely appropriate to ensure that a litigation funder and class counsel are reimbursed for their out-of-pocket expenses and that they receive at least some reasonable return on their investment, in priority to any distribution being made to class members. However, it is not immediately apparent why the level of funding fees and legal fees should be invariable beyond the point at which their out-of-pocket expenses are reimbursed. A fairer approach, and one that would be better aligned with the interests of justice, would be to structure a proposed LFA in a manner

pourraient avoir le potentiel de miner la confiance du public envers la Cour et l'administration de la justice, ils pourraient bien devoir être réexaminés et faire l'objet de mesures.

[119] La meilleure façon de procéder serait que les avocats du recours collectif et les bailleurs de fonds du litige soient prêts à faire face à la possibilité qu'il faille apporter des modifications à un AFL proposé pour obtenir l'approbation de la Cour. Autrement dit, les parties à un AFL proposé devraient avoir un « plan B », au cas où la Cour exprimerait des préoccupations au sujet d'un ou de plusieurs aspects de l'AFL. Elles devraient également prévoir le fait que la Cour pourrait bien vouloir vérifier les assertions faites par les avocats du recours collectif en leur demandant de discuter de modifications possibles avec le bailleur de fonds du litige. Il convient de souligner que c'est particulièrement le cas lorsque l'AFL proposé envisage la possibilité décrite au paragraphe précédent. Je m'arrête ici pour noter que les amis de la cour ont convenu qu'il s'agissait d'une façon tout à fait raisonnable pour la Cour de procéder dans de telles circonstances. En effet, après avoir demandé que les avocats du recours collectif discutent des préoccupations que j'ai soulevées au sujet de la version initiale de l'AFL qui avait été déposée auprès de la Cour, les avocats du recours collectif ont écrit une lettre la semaine suivante pour indiquer que les parties à l'AFL avaient accepté une modification proposée, ce qui a suffisamment répondu à mes préoccupations. (Voir l'analyse, aux paragraphes 68 à 77.)

[120] Une façon encore meilleure de procéder serait de structurer les AFL proposés de façon à mieux calibrer et équilibrer le rendement pour le bailleur de fonds du litige, les avocats du recours collectif et les membres du recours collectif, selon le continuum des résultats possibles. Je reconnais et j'accepte le fait qu'il peut être tout à fait approprié de s'assurer que le bailleur de fonds d'un litige et l'avocat d'un recours collectif se font rembourser leurs dépenses et qu'ils reçoivent au moins un rendement raisonnable sur leur investissement, en priorité à toute distribution faite aux membres du recours collectif. Toutefois, la raison pour laquelle les frais de financement et les frais juridiques devraient être invariables, au-delà du moment où leurs dépenses sont remboursées, n'est pas immédiatement manifeste. Une approche plus juste, qui serait mieux

that provides for a sliding scale of returns, so that the class members can begin to share in the claim proceeds after the out-of-pocket expenses of the litigation funder and class counsel have been reimbursed.

ORDER in T-445-20

THIS COURT ORDERS that:

1. The litigation funding agreement (LFA)], dated December 29, 2020, between Therium Litigation Finance Atlas AP IC, Stephanie Difederico, Jameson Casey, Audrey Wells, Strosberg Sasso Sutts LLP, Orr Taylor LLP and IMK S.E.N.C.R.L./LLP, as amended on March 15, 2021, is approved.
2. The plaintiffs' request that certain redactions be made to the version of the LFA that will be made available to the public is granted, except for the redactions under the column entitled "Funding Fee", in the Schedule to the LFA. For greater certainty, the description of the fee caps (the greater of five times the committed funds for the various funding tranches and 10 percent of the claim proceeds, subject to a cap of US\$100 000 000) shall not be redacted.

alignée sur les intérêts de la justice, consisterait à structurer un AFL proposé de manière à prévoir une échelle mobile de rendements, de sorte que les membres du recours collectif puissent commencer à obtenir une part du produit de la réclamation après le remboursement des dépenses du bailleur de fonds du litige et des avocats du recours collectif.

ORDONNANCE dans le dossier T-445-20

LA COUR ORDONNE :

1. L'accord de financement de litige (l'AFL) du 29 décembre 2020 entre Therium Litigation Finance Atlas AP IC, Stephanie Difederico, Jameson Casey, Audrey Wells, Strosberg Sasso Sutts LLP, Orr Taylor LLP et IMK S.E.N.C.R.L./LLP, modifié le 15 mars 2021, est approuvé.
2. La demande des demandeurs pour que certains caviardages soient ajoutés à la version de l'AFL qui sera mise à la disposition du public est acceptée, sauf pour les caviardages dans la colonne intitulée [TRADUCTION] « Frais de financement » de l'annexe de l'AFL. Il est entendu que la description des plafonds s'appliquant aux frais (cinq fois les fonds engagés pour les diverses tranches de financement ou 10 pour 100 du produit de la réclamation, selon le plus élevé de ces montants, sous réserve d'un plafond de 100 000 000 \$US) ne sera pas caviardée.