

Cour fédérale



Federal Court

Date : 20240207

Dossier : T-855-22

Référence : 2024 CF 152

[TRADUCTION FRANÇAISE]

Montréal (Québec), le 7 février 2024

En présence de monsieur le juge Gascon

RECOURS COLLECTIF ENVISAGÉ

ENTRE :

**JOHN PAUL INGARRA,
KYLE PINNELL,
PAUL TANTALO
et 5046013 ONTARIO INC.**

demandeurs

et

**DYE & DURHAM LIMITED,
OMERS INFRASTRUCTURE MANAGEMENT INC. et
DOPROCESS LP**

défenderesses

ORDONNANCE ET MOTIFS PUBLICS

(Ordonnance et motifs confidentiels modifiés rendus le 7 février 2024)

I. Aperçu

[1] Les demandeurs, M. John Paul Ingarra, M. Kyle David Pinnell, M. Paul Anthony Tantalo et 5046013 Ontario Inc., présentent une requête en vertu de l'article 369 des *Règles des Cours fédérales*, DORS/98-106 [les Règles], visant à obtenir l'approbation d'un accord de financement de litige par un tiers [la requête en financement]. La présente requête en financement est présentée dans le contexte d'un recours collectif envisagé contre les défenderesses, Dye & Durham Limited [Dye & Durham], OMERS Infrastructure Management Inc. [OMERS] et DoProcess LP [DoProcess], concernant un complot allégué en vue de fixer, de maintenir, d'augmenter ou de contrôler le prix de la fourniture d'un logiciel de cession de biens immobiliers dans le marché immobilier canadien, une infraction prévue à l'article 45 de la *Loi sur la concurrence*, LRC 1985, c C-34 [la *Loi sur la concurrence*]. Le recours collectif envisagé découle du fait que Dye & Durham (un fournisseur de solutions logicielles infonuagiques) a acquis DoProcess (un fournisseur ontarien de logiciel de cession de biens immobiliers) auprès d'OMERS (qui contrôlait DoProcess par l'entremise de son associée commanditée), et de l'augmentation anti-concurrentielle alléguée du prix par utilisateur du logiciel de cession de biens immobiliers depuis l'acquisition.

[2] Pour assurer le financement du recours collectif envisagé — qui, selon les demandeurs, nécessitera d'importantes sommes d'argent — ,compte tenu du fait que les demandeurs n'ont pas les moyens ni les ressources financières pour assumer eux-mêmes ces frais initiaux, les avocats des demandeurs ont demandé du financement à des tiers pour couvrir les frais juridiques et les débours se rapportant à l'instance. Ainsi, les demandeurs (en leur qualité de représentants du groupe proposé) ont conclu un accord de financement de litige [l'AFL] avec Bench Walk 21V,

LP [Bench Walk ou le bailleur de fonds], une société en commandite du Delaware, le 13 janvier 2023. Cet AFL sert de fondement à la requête en financement dont est saisie la Cour.

[3] Pour les motifs qui suivent, la requête en financement sera rejetée. Après avoir examiné la jurisprudence applicable et le contenu de l'AFL en soi, je ne suis pas convaincu qu'il est dans l'intérêt supérieur de la justice d'approuver l'accord. Plus précisément, je conclus que l'AFL n'est pas juste ni raisonnable pour les membres du groupe proposé et n'est pas approprié pour donner accès à la justice.

II. Contexte

A. *L'AFL*

[4] Au début du présent recours collectif envisagé, les avocats des demandeurs ont établi qu'il serait nécessaire d'obtenir un financement de plusieurs millions de dollars pour payer les débours, les honoraires d'experts et d'autres frais afin de poursuivre l'affaire en justice jusqu'à la tenue d'un procès, et que les demandeurs n'avaient pas les moyens de payer ces débours à l'avance. Par conséquent, les avocats ont retenu les services d'Exton Advisors Ltd. [Exton], une société de financement de litiges du Royaume-Uni qui se spécialise dans la recherche de financement pour les recours collectifs et les recours collectifs envisagés en mettant en contact les représentants du groupe avec d'éventuels bailleurs de fonds. Dans le contexte du recours collectif envisagé, Exton a aidé les avocats des demandeurs à chercher du financement pour le litige et à évaluer les propositions présentées par d'éventuels bailleurs de fonds.

[5] En fin de compte, les avocats des demandeurs ont conclu que la proposition présentée par Bench Walk permettait d'obtenir le financement nécessaire et que les modalités de la proposition de financement étaient favorables et dans l'intérêt supérieur des membres du groupe proposé.

[6] Les demandeurs ont ensuite retenu les services d'un avocat indépendant pour examiner l'AFL avant qu'ils en acceptent les modalités à titre de représentants du groupe. Après avoir consulté un avocat indépendant et les avocats des demandeurs en l'espèce, les représentants du groupe jugeaient qu'ils étaient bien informés quant à la nature de l'AFL et qu'il serait dans leur intérêt que la requête en financement soit accueillie.

[7] L'AFL prévoit que le bailleur de fonds financera les débours et certains frais juridiques engagés pour la poursuite du présent recours collectif jusqu'à concurrence de la dépense en capital indiquée, qui est de [REDACTED], et fournira un dédommagement pour tous dépens adjugés en faveur de la partie adverse dans cette affaire. En contrepartie, le bailleur de fonds aura droit à une part du produit de la réclamation des demandeurs qui sera établie en fonction d'un pourcentage et assujettie à un plafond, que ce produit ait été obtenu grâce à un règlement ou à un jugement de la Cour. Les avocats des demandeurs estiment que les sommes et le dédommagement indiqués sont suffisants pour couvrir les dépenses et les dépens adjugés en faveur de la partie adverse auxquels il est raisonnablement possible de s'attendre dans le cadre de la poursuite du présent recours collectif jusqu'à la tenue d'un procès.

[8] L'annexe de l'AFL indique comment le partage des profits de tout produit éventuel sera calculé. Selon les modalités de l'AFL, le bailleur de fonds aura le droit de recevoir une part maximale des profits s'élevant à 16 millions de dollars. Ce plafond de 16 millions de dollars sera réparti conformément aux paramètres suivants :

- a. 35 % du produit jusqu'à concurrence de 30 millions de dollars;
- b. 25 % du produit entre 30 millions et 60 millions de dollars;
- c. 15 % du produit supérieur à 60 millions de dollars.

[9] En outre, aux termes de l'AFL, le bailleur de fonds aura droit au remboursement de tous les paiements qu'il aura effectués pour financer le présent recours collectif proposé (paiements limités à la dépense en capital maximale de [REDACTED]), et Exton recevra des frais de courtage équivalant à 1 % du produit total (jusqu'à concurrence de 1 million de dollars).

[10] En plus des sommes que le bailleur de fonds recouvrera à même le produit éventuel, les avocats des demandeurs recevront des honoraires équivalant à 25 % du produit conformément à une convention d'honoraires conditionnels qu'ils ont conclue avec les demandeurs relativement au recours collectif envisagé, sous réserve de l'approbation des honoraires par la Cour.

[11] Conformément à l'annexe de l'AFL, le produit éventuel du recours collectif envisagé sera réparti de la façon indiquée ci-après. Premièrement, le bailleur de fonds obtiendra le remboursement complet de sa dépense en capital. Deuxièmement, le bailleur de fonds recevra sa part des profits conformément aux critères énoncés ci-dessus, jusqu'à concurrence du plafond de 16 millions de dollars. Troisièmement, Exton recevra ses frais de courtage conformément aux conditions énoncées ci-dessus, jusqu'à concurrence du plafond de 1 million de dollars. Quatrièmement, les avocats des demandeurs recevront leurs honoraires conformément au taux fixe de 25 % du produit total, comme le précise leur mandat de représentation, sous réserve de l'approbation de la Cour. Enfin, le produit résiduel sera réparti entre les membres du groupe.

[12] J'ouvre ici une parenthèse pour souligner que dans leurs observations sur la requête en financement et leur déclaration modifiée, les demandeurs réclament des dommages-intérêts ou une indemnisation de 200 millions de dollars, ou toute somme supplémentaire ou autre établie au procès pour la violation alléguée de la *Loi sur la concurrence* sur laquelle ils s'appuient. Autrement dit, les demandeurs estiment que le recouvrement total dans le cadre du recours collectif donnerait un produit s'élevant à quelque 200 millions de dollars.

B. *Observations des parties*

[13] Les demandeurs soutiennent que le financement par des tiers est nécessaire dans le cadre du présent recours collectif envisagé pour assurer leur accès à la justice – dont ils seraient autrement privés pour des motifs financiers en l'absence d'un tel financement. Ils font valoir que l'AFL est nécessaire pour réduire au minimum le risque que présente le recours collectif et pour favoriser le plus possible l'accès à la justice. Selon les demandeurs, les modalités de l'AFL sont semblables à celles que les tribunaux ont approuvées par le passé, et l'AFL respecte les critères d'approbation fondés sur la jurisprudence que notre Cour a établis dans des jugements antérieurs. Par conséquent, ils soutiennent que la Cour devrait approuver l'AFL.

[14] Les défenderesses ne soulèvent aucune objection ferme à l'approbation de l'AFL. Cependant, dans leur dossier de requête en réponse, elles attirent l'attention de la Cour sur deux points importants.

[15] Premièrement, les défenderesses soulignent que l'alinéa 9.2e) de l'AFL permet au bailleur de fonds de se retirer de l'accord ou de modifier l'accord si le cabinet d'avocats des demandeurs, Cartel & Bui LLP, est déclaré inhabile à représenter ceux-ci dans le cadre du

recours collectif envisagé. Il s'agit d'un point pertinent en l'espèce, car les défenderesses ont tenté de faire en sorte que le cabinet Cartel & Bui LLP soit déclaré inhabile à occuper à titre de cabinet d'avocats représentant les demandeurs. Les défenderesses ont allégué que les avocats se trouvaient dans une situation de conflit d'intérêts en raison de leur relation avec M. Calvin Goldman, l'ancien avocat au dossier pour l'une des défenderesses (Dye & Durham). Le 31 juillet 2023, la Cour a rejeté la requête visant à faire en sorte que le cabinet Cartel & Bui LLP soit déclaré inhabile à représenter les demandeurs (*Ingarra et al c Dye & Durham Limited et al*, 2023 CF 1046). Les défenderesses interjettent actuellement appel de l'ordonnance de la Cour devant la Cour d'appel fédérale. Comme la procédure entourant le conflit d'intérêts est toujours en cours, les défenderesses disent craindre que l'alinéa 9.2e) de l'AFL fasse planer une certaine incertitude quant à la viabilité de l'accord pour la Cour et les membres du groupe dans l'éventualité où le cabinet Cartel & Bui LLP serait déclaré inhabile à représenter les demandeurs.

[16] Deuxièmement, les défenderesses soulignent que dans la décision *Difederico c Amazon.com Inc*, 2021 CF 311, aux paragraphes 55, 61, 74 [*Difederico*], le juge en chef Crampton a évalué le caractère raisonnable du recouvrement possible de l'accord de financement par rapport au recouvrement possible qui découlerait d'un accord de financement semblable avec le Fonds d'aide aux recours collectifs [le FARC] de l'Ontario – qui plafonne le rendement sur les fonds avancés à 10 % du produit total. Ce facteur a été pris en compte pour établir si l'accord de financement proposé était une champartie ou était juste et raisonnable malgré l'impossibilité d'avoir recours au FARC de l'Ontario dans le cadre des recours collectifs engagés devant notre Cour.

[17] Les défenderesses font valoir qu'il existe une différence marquée entre le recouvrement qu'obtiendraient les membres du groupe conformément à l'AFL conclu avec le bailleur de fonds et celui qu'ils obtiendraient conformément à un accord de financement hypothétique relevant du FARC de l'Ontario, dans la majorité des cas de figure possibles en ce qui a trait au produit de la réclamation. La différence est particulièrement importante à l'extrémité inférieure du spectre des résultats possibles, où le produit de la réclamation des demandeurs serait plus faible. Ce n'est qu'à l'extrémité supérieure du spectre (c.-à-d. si le produit se chiffre à 200 millions de dollars, soit le maximum auquel il est possible de s'attendre selon les observations des demandeurs) que l'AFL conclu avec Bench Walk offre aux membres du groupe un rendement légèrement supérieur à celui qu'offrirait le FARC de l'Ontario.

[18] En réponse aux points soulevés par les défenderesses, les demandeurs soutiennent d'abord que le risque que l'AFL soit résilié si le cabinet Cartel & Bui LLP était déclaré inhabile à représenter les demandeurs est atténué par le fait que le bailleur de fonds doit, de toute façon, présenter une demande à la Cour afin de modifier ou de résilier l'AFL. Si le cabinet Cartel & Bui LLP était déclaré inhabile à représenter les demandeurs, l'AFL demeurerait par conséquent valide, à moins que la Cour n'approuve sa résiliation.

[19] En ce qui concerne la comparaison avec le financement hypothétique provenant du FARC de l'Ontario, les demandeurs font valoir que l'AFL conclu avec le bailleur de fonds est juste et raisonnable pour les membres actuels et éventuels du groupe malgré les chiffres avancés par les défenderesses. Essentiellement, ils soutiennent que le recouvrement du bailleur de fonds se situe dans une fourchette acceptable et que le pouvoir de la Cour d'approuver les honoraires des avocats permettra d'éviter que l'indemnisation soit excessive. En outre, ils soutiennent que

les hypothèses avancées par les défenderesses en ce qui concerne les honoraires des avocats des demandeurs sont infondées, car il revient à la Cour d'approuver les honoraires dans le cadre d'un recours collectif conformément à l'article 334.4 des Règles, et ajoutent qu'une fois approuvés, les honoraires pourraient être différents de ceux indiqués dans le mandat de représentation en justice initial (*Difederico*, au para 29). Autrement dit, ils soutiennent que la Cour, au moment où elle serait chargée d'approuver les honoraires des avocats, pourrait réévaluer ou réexaminer le caractère juste et raisonnable du recouvrement combiné destiné aux avocats du groupe et au bailleur de fonds.

III. Analyse

A. *Critère d'approbation d'un AFL*

[20] Dans la décision *Difederico*, le juge en chef Crampton, s'appuyant sur la jurisprudence pancanadienne et sur les décisions de notre Cour, a énoncé le critère général d'approbation des accords de financement de litige. L'élément crucial du critère découle du principe selon lequel un accord de financement de litige « 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 » (*Difederico*, au para 34, citant *Houle v St Jude Medical Inc*, 2017 ONSC 5129 au para 71 [*Houle*]).

[21] En conséquence, le juge en chef Crampton a énuméré les facteurs suivants dont la Cour doit tenir compte pour approuver un accord de financement de litige (*Difederico*, au para 36, citant *Jensen c Samsung*, (dossier de la Cour T-809-18, 7 février 2019) au para 6; *Houle*, aux para 73-88; *Flying E Ranche Ltd v Canada (Attorney General)*, 2020 ONSC 8076 aux

para 28-34; *JB & M Walker Ltd v TDL Group Corp*, 2019 ONSC 999 au para 6; *Drynan v Bausch Health Companies Inc*, 2020 ONSC 4379 au para 17; *Dugal v Manulife Financial Corporation*, 2011 ONSC 1785 au para 33; *Stanway v Wyeth Canada Inc*, 2013 BCSC 1585 au para 15; *David v Loblaw*, 2018 ONSC 6469 au para 12) :

- a. Les exigences de base en matière de procédure et de preuve pour l'examen de l'AFL par la Cour ont-elles été satisfaites?
- b. Le financement par des tiers est-il nécessaire pour faciliter un accès véritable à la justice?
- c. L'AFL est-il une champartie?
- d. L'AFL est-il juste et raisonnable pour les membres actuels et éventuels du groupe?
- e. L'AFL contribuera-t-il de façon significative à la prévention des actes répréhensibles?
- f. 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?
- g. L'AFL protège-t-il les privilèges juridiques pertinents et la confidentialité des renseignements des parties?
- h. L'AFL protège-t-il les intérêts légitimes des défenderesses?

[22] Une réponse négative à l'une ou l'autre des questions susmentionnées peut être fatale pour l'approbation d'un accord de financement de litige (*Difederico*, au para 37; *Eaton c Teva Canada Limitée*, 2021 CF 968 au para 21 [*Eaton*]). Par conséquent, chaque critère doit être évalué de façon indépendante. En fin de compte, la Cour doit être convaincue qu'il « est dans l'intérêt de la justice d'approuver l'[accord de financement de litige] » (*Difederico*, au para 35).

[23] Comme le juge en chef Crampton l'a aussi souligné, il est important de se rappeler que la Cour est investie d'un rôle de supervision général qui l'oblige à tenir compte de l'intérêt

supérieur de l'ensemble des membres du recours collectif (*Difederico*, au para 29, citant *Frame c Riddle*, 2018 CAF 204 au para 24, et *Ottawa c McLean*, 2019 CAF 309 au para 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 (*Houle v St. Jude Medical Inc*, 2018 ONSC 6352 aux para 22, 41). Par conséquent, les accords de financement de litige conclus relativement à des recours collectifs envisagés devant la Cour doivent être approuvés par la Cour même lorsqu'ils ont été signés par les représentants demandeurs après avoir reçu l'avis d'un avocat indépendant (*Difederico*, au para 29; *Houle*, aux para 63-70).

B. *Application du critère en l'espèce*

[24] Pour revenir à l'affaire en l'espèce, j'estime que l'AFL proposé ne respecte pas un élément essentiel du critère énoncé dans la décision *Difederico*, à savoir le caractère juste et raisonnable de l'accord pour les membres du groupe. Je reconnais que l'AFL respecte les exigences de plusieurs facteurs énumérés plus haut, à savoir : 1) les exigences de base en matière de procédure et de preuve pour l'examen de l'AFL par la Cour; 2) le fait que l'AFL ne nuit pas à la relation avocat-client, à l'obligation de l'avocat envers les membres du groupe ou à la conduite de l'instance; 3) la protection des privilèges juridiques pertinents et de la confidentialité des renseignements des parties; 4) la protection des intérêts légitimes des défenderesses. Je suis aussi conscient du fait que, dans une certaine mesure, le financement fourni par l'entremise de l'AFL est nécessaire pour faciliter un accès véritable à la justice (compte tenu du manque de ressources des demandeurs), et qu'en supposant qu'il permette au recours collectif envisagé de suivre son

cours, ce financement pourrait contribuer de façon significative à la prévention des actes répréhensibles.

[25] Cependant, les accords de financement de litige ne peuvent pas contribuer à la prévention des actes répréhensibles ou à l'accès à la justice à n'importe quel coût pour les membres du groupe. En l'espèce, je conclus que les modalités et les conditions de l'AFL offrent des avantages totalement disproportionnés au bailleur de fonds, et qu'en conséquence, l'AFL est injuste et déraisonnable pour les membres actuels et éventuels du groupe. Cela est suffisant pour que je refuse d'approuver la requête en financement.

- (1) L'AFL est injuste et déraisonnable pour les membres actuels et éventuels du groupe

[26] À mon avis, le régime de partage des profits qui se trouve dans l'AFL est injuste et déraisonnable en comparaison avec le régime de partage des profits habituel qui se trouve dans les accords de financement de litige du FARC de l'Ontario et les précédents jurisprudentiels dans lesquels les tribunaux ont approuvé des accords de financement de litige.

[27] Les deux tableaux suivants résument la situation dont la Cour est saisie. Le tableau 1 illustre la répartition des recouvrements éventuels au bailleur de fonds, aux avocats du groupe et aux membres du groupe conformément aux modalités et aux conditions de l'AFL, dans différents cas de figure hypothétiques où le produit obtenu se situe entre 30 millions et 200 millions de dollars. Reprenant ce que la Cour a fait dans *Difederico*, le tableau 2 résume les recouvrements éventuels au bailleur de fonds, aux avocats du groupe et aux membres du groupe conformément à un accord hypothétique fournissant le même soutien financier, mais conformément aux conditions du FARC de l'Ontario. Nous pouvons ainsi comparer le cas de figure dans lequel le

bailleur de fonds est Bench Walk, qui est présenté au tableau 1, avec le cas de figure dans lequel le financement provient du FARC de l'Ontario, qui est présenté au tableau 2.

Tableau 1 : Cas de figure dans lequel le bailleur de fonds est Bench Walk

	(en millions de dollars)					
Produit hypothétique	30	45	60	90	160	200
Dépense en capital du bailleur de fonds						
Part des profits du bailleur de fonds						
Produit inférieur à 30 M\$ (à 35 %)	10,5	10,5	10,5	10,5	10,5	10,5
Produit entre 30 M\$ et 60 M\$ (à 25 %)	0	3,75	7,5	7,5	7,5	7,5
Produit supérieur à 60 M\$ (à 15 %)	0	0	0	4,5	15	21
Part totale des profits du bailleur de fonds	10,5	14,25	18	22,5	33	39
Part totale des profits du bailleur de fonds (ajustée en fonction du plafond de 16 M\$)	10,5	14,25	16	16	16	16
Part totale des profits du bailleur de fonds en % du produit	35,0 %	31,7 %	26,7 %	17,8 %	10,0 %	8,0 %
Dépense en capital du bailleur de fonds + Part totale des profits						
Dépense en capital du bailleur de fonds + Part totale des profits en % du produit						
Frais de courtage d'Exton à 1 % (ajustés en fonction du plafond de 1 M\$)	0,3	0,45	0,6	0,9	1	1
Honoraires des avocats des demandeurs (à 25 % du produit)	7,5	11,25	15	22,5	40	50
Part totale des profits du bailleur de fonds + Exton + Avocats	18,3	25,95	31,6	39,4	57	67
Part totale des profits du bailleur de fonds + Exton + Avocats en % du produit	61,0 %	57,7 %	52,7 %	43,8 %	35,6 %	33,5 %
Dépense en capital totale et part de profits du bailleur de fonds + Exton + Avocats						
Dépense en capital totale et part de profits du bailleur de fonds + Exton + Avocats en % du produit						
Produit restant pour les membres du groupe	7,7	15,05	24,4	46,6	99	129

Recouvrement pour les membres du groupe en % du produit	25,7 %	33,4 %	40,7 %	51,8 %	61,9 %	64,5 %
--	--------	--------	--------	--------	--------	--------

Tableau 2 : Cas de figure dans lequel le financement provient du FARC de l'Ontario

	(en millions de dollars)					
Produit hypothétique	30	45	60	90	160	200
Dépense en capital du FARC de l'Ontario						
Part des profits du FARC de l'Ontario (à 10 %)	3	4,5	6	9	16	20
Dépense en capital du FARC de l'Ontario + Profits						
Dépense en capital du FARC de l'Ontario + Part totale des profits en % du produit						
Honoraires des avocats des demandeurs (à 25 % du produit)	7,5	11,25	15	22,5	40	50
Part totale des profits du FARC de l'Ontario + Avocats	10,5	15,75	21	31,5	56	70
Part totale des profits du FARC de l'Ontario + Avocats en % du produit	35,0 %	35,0 %	35,0 %	35,0 %	35,0 %	35,0 %
Dépense en capital totale et part de profits du FARC de l'Ontario + Avocats						
Dépense en capital totale et part de profits du FARC de l'Ontario + Avocats en % du produit						
Produit restant pour les membres du groupe	15,5	25,25	35	54,5	100	126
Recouvrement pour les membres du groupe en % du produit	51,7 %	56,1 %	58,3 %	60,6 %	62,5 %	63,0 %

[28] Comme l'illustrent les calculs effectués dans les tableaux 1 et 2, dans presque tous les cas de figure hypothétiques concernant le produit que peuvent obtenir les demandeurs, l'AFL conclu avec Bench Walk offre aux membres du groupe un recouvrement largement inférieur à celui que leur offrirait un accord hypothétique relevant du FARC de l'Ontario.

[29] 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 n'indemniserait pas Bench Walk de façon excessive. Premièrement, ils affirment que la part des profits que recevra le bailleur de fonds reflète le risque très élevé accepté par celui-ci et la longue période pendant laquelle il pourrait devoir attendre avant de se faire rembourser les fonds qu'il avance et de recevoir tout rendement sur son investissement. Deuxièmement, ils affirment que le partage des profits est raisonnable, eu égard aux autres accords de financement de litige qui ont été approuvés par les tribunaux, ainsi que du remboursement reçu par le FARC de l'Ontario lorsqu'il finance des instances judiciaires. De même, les demandeurs soulignent que le rendement que peut obtenir le bailleur de fonds est plafonné, et soutiennent, à cet égard, que l'AFL est raisonnable lorsqu'il est comparé avec d'autres accords de financement de litige approuvés par les tribunaux dans d'autres affaires.

[30] En toute déférence, je ne retiens pas ces thèses.

a) *L'AFL est incompatible avec les précédents jurisprudentiels*

[31] En ce qui concerne la comparaison avec d'autres accords de financement de litige, il est manifestement incorrect d'affirmer que les modalités de l'AFL en l'espèce présentent des similitudes avec celles des AFL que notre Cour ou d'autres tribunaux ont approuvés par le passé. La question de savoir ce qui est juste et raisonnable dépend largement du contexte (*Difederico*, au para 57, citant *Houle*, au para 81), et le dossier actuel se distingue sensiblement du cadre factuel des précédents cités par les demandeurs. En fait, l'AFL que les demandeurs ont présenté à la Cour est très loin de satisfaire à une quelconque indication donnée dans la jurisprudence.

[32] Dans la décision *Difederico*, le bailleur de fonds ne pouvait pas obtenir plus que le prélèvement de 10 % généralement obtenu par le FARC de l'Ontario dans 90 % des cas de figure possibles entre une victoire complète pour les demandeurs (dans cette affaire, un recouvrement de 12 milliards de dollars) et un échec complet du recours collectif (un recouvrement nul) (*Difederico*, au para 61). Ainsi, dans la vaste majorité des résultats possibles, les modalités de l'accord de financement de litige étaient plus favorables aux membres du recours collectif que les modalités applicables lorsqu'une instance est financée par le FARC de l'Ontario. En outre, la proportion que pouvait obtenir le bailleur de fonds dans cette affaire passait de 10 % à environ 1 % à mesure que le produit recouvré s'approchait du maximum envisagé de 12 milliards de dollars.

[33] De même, dans la décision *Eaton*, les frais de financement équivalaient à 10 % du produit de la réclamation et se situaient en fait dans la fourchette des frais semblables qui ont été approuvés par les tribunaux canadiens (*Eaton*, au para 30). Dans ce recours collectif envisagé, les frais de financement étaient bien inférieurs à 10 % pour plus de 80 % des résultats possibles entre une victoire totale (recouvrement de 2,75 milliards de dollars) et l'échec complet (recouvrement nul). Comme dans la décision *Difederico*, le rendement versé au bailleur de fonds diminuait progressivement pour passer de 10 % à moins de 2 % du produit recouvré à mesure que le montant du règlement ou de toute ordonnance judiciaire dépassait les 450 millions de dollars et s'approchait du maximum de 2,75 milliards de dollars réclamés dans cette affaire (*Eaton*, au para 41). En résumé, dans cette affaire, les frais de financement se comparaient favorablement au prélèvement non plafonné de 10 % auquel a droit le FARC de l'Ontario dans les instances qu'il finance en Ontario.

[34] Il en va de même pour d'autres précédents en Ontario. J'en mentionne trois. Dans la décision *Wasylyk v Lyft Inc*, 2023 ONSC 3597, le bailleur de fonds offrait une protection contre les dépens et un financement pour les débours jusqu'à concurrence d'un maximum qui était réputé suffisant pour mener la cause à terme. La cour a approuvé un accord de financement aux termes duquel le bailleur de fonds du litige obtenait de 8 % à 10 % du produit jusqu'à concurrence de 20 millions de dollars, selon une échelle mobile. La cour a jugé que cet accord était compatible avec d'autres accords de financement approuvés en Ontario, car le pourcentage prévu, de 8 % à 10 %, se situait dans une fourchette acceptable.

[35] Dans la décision *Gebien v Apotex Inc*, 2023 ONSC 4651, le rendement à verser à l'organisme de financement aux termes de l'accord de financement de litige se situait entre 9 % et 11 % du produit obtenu à l'issue du litige. Là encore, la cour a comparé l'accord avec le prélèvement à verser au FARC de l'Ontario, fixé à 10 %, et a conclu que le montant à verser au bailleur de fonds était modeste et raisonnable. Dans la décision *Baroch v Canada Cartage*, 2021 ONSC 7376, au para 28, la cour a accepté un accord de financement de litige dans lequel le bailleur de fonds avait accepté d'assurer une certaine partie des débours et des dépens adjugés en faveur de la partie adverse en contrepartie de frais du bailleur de fonds, du remboursement des débours et d'un remboursement correspondant à 10 % du montant global du règlement.

[36] En l'espèce, la situation est fondamentalement différente. Les modalités de l'AFL ne sont pas plus favorables aux membres du recours collectif que les modalités qui s'appliqueraient si l'instance était financée par le FARC de l'Ontario (*Eaton*, au para 41). Il s'agit plutôt d'une situation diamétralement opposée, comme l'illustrent les tableaux 1 et 2.

[37] Selon l'échelle du produit éventuel, qui varie d'un recouvrement nul à un recouvrement complet de 200 millions de dollars, l'AFL offre un recouvrement largement inférieur aux membres du groupe comparativement aux accords de financement de litige régis par le FARC de l'Ontario. Comme l'illustre le tableau 1, si le produit recouvré est inférieur à 160 millions de dollars, le bailleur de fonds pourrait recevoir un montant représentant beaucoup plus que le pourcentage de 10 % fixe du FARC de l'Ontario : sa part du produit recouvré varie de 17,8 %, si le résultat est de 90 millions de dollars, à 35 %, si le résultat est de 30 millions de dollars. Le versement d'une telle part de profits à un bailleur de fonds d'un litige serait sans précédent et véritablement disproportionné.

[38] À mon avis, cela suffit à établir que tel qu'il est actuellement rédigé, l'AFL conclu avec Bench Walk n'est pas juste ni raisonnable comparativement à d'autres accords de financement de litige possibles régis par le FARC de l'Ontario.

[39] Je reconnais que les critères du FARC de l'Ontario sont simplement des points de repère, et non les seuls critères raisonnables applicables pour évaluer le caractère juste et raisonnable des accords de financement de litige. Je sais aussi que les demandeurs soulèvent de nombreux risques que comporte la présente affaire et font valoir que l'AFL reflète le risque très élevé accepté par Bench Walk. Je reconnais également que le risque d'échec dans ce type de recours collectif est élevé et peut survenir à de multiples étapes, y compris à l'étape de l'autorisation, au procès et en appel, pour des raisons liées à la théorie juridique ainsi qu'à la méthodologie des dommages-intérêts. En fait, le bailleur de fonds pourrait ne recevoir aucun rendement sur son investissement, ni même un remboursement du financement qu'il a avancé (*Eaton*, au para 38; *Difederico*, au para 59). Ce risque est amplifié par la longue période pendant laquelle le bailleur

de fonds devrait attendre avant de se faire rembourser les fonds qu'il avance, et par la possibilité qu'il ne reçoive aucun remboursement du financement qu'il a avancé pour ce recours collectif envisagé.

[40] Cependant, l'ampleur de l'écart entre l'AFL proposé et un accord de financement hypothétique régi par le FARC de l'Ontario revêt une importance primordiale. Si le résultat est modeste et se situe à l'extrémité inférieure du spectre des résultats possibles, le bailleur de fonds recevrait une proportion du produit équivalant à plus de deux ou même trois fois le pourcentage du produit total obtenu dans un scénario où le financement provient du FARC de l'Ontario, qui est fixé à 10 %.

[41] L'AFL proposé soulève aussi des questions d'un autre point de vue. Dans la décision *Difederico*, les amis de la cour ont fait valoir que la jurisprudence a établi une « fourchette de validité présumée » allant de 30 % à 35 % du produit recouvré, pour offrir un rendement combiné au bailleur de fonds du litige et aux avocats du groupe (*Difederico*, au para 65; voir aussi *Eaton*, au para 44). Dans les décisions *Difederico* et *Eaton*, l'accord de financement de litige proposé entrerait dans cette fourchette de validité présumée. En l'espèce, le rendement combiné envisagé au bailleur de fonds et aux avocats du groupe (y compris les frais de courtage à payer à Exton pour la recherche de bailleurs de fonds) dépasse largement la limite supérieure de cette fourchette de validité présumée dans tous les cas de figure envisagés, car le bailleur de fonds, Exton et les avocats du groupe recevraient beaucoup plus que 35 % du produit dans presque la totalité du spectre des résultats possibles. Le pourcentage combiné du produit recouvré qui finirait par être versé au bailleur de fonds, à Exton et aux avocats du groupe atteindrait 43,8 % si le résultat était de 90 millions de dollars, et 61,0 % si le résultat était de

30 millions de dollars, ce qui est gigantesque. En ajoutant la dépense en capital, le bailleur de fonds, Exxon et les avocats du groupe pourraient recevoir ■ du produit recouvré total si le résultat était de 30 millions de dollars, et ■ si le résultat était de 90 millions de dollars.

[42] Cela va incontestablement à l'encontre du principe de ce qui est juste et raisonnable pour les membres du groupe. Ce n'est que si les demandeurs avaient gain de cause sur toute la ligne et obtenaient un recouvrement intégral de 200 millions de dollars que l'AFL accorderait au bailleur de fonds, à Exxon et aux avocats du groupe une part entrant à peine dans la fourchette de validité présumée établie dans les décisions *Difederico* et *Eaton*.

[43] Enfin, un autre indicateur à prendre en compte est la proportion du produit éventuel que finiraient par recevoir les membres du groupe. Là encore, l'AFL est très loin d'offrir un résultat acceptable. À l'extrémité inférieure du spectre du produit éventuel (c.-à-d. produit hypothétique de 30 millions de dollars), les membres du groupe recevraient deux fois plus s'ils avaient eu recours au FARC de l'Ontario qu'aux termes de l'AFL. Si le produit hypothétique s'élevait à 45 millions de dollars, le FARC de l'Ontario permettrait aux membres du groupe d'obtenir un recouvrement 68 % plus élevé que celui qu'offrirait l'AFL; ce pourcentage serait de 43 % si le produit s'élevait à 60 millions de dollars, et il serait de 17 % si le produit se chiffrait à 90 millions de dollars. Pour les montants supérieurs à 160 millions de dollars, l'AFL permettrait aux membres du groupe d'obtenir un recouvrement légèrement supérieur à celui qu'offrirait le FARC de l'Ontario. Par conséquent, selon l'échelle du produit éventuel, qui varie d'un recouvrement nul à un recouvrement complet de 200 millions de dollars, l'annexe de l'AFL prévoit un recouvrement largement inférieur aux membres du groupe dans environ 80 % des résultats possibles comparativement aux honoraires des accords de financement de litige régis

par le FARC de l'Ontario. Dans tous les résultats possibles où le recouvrement obtenu est inférieur à la moitié du recouvrement total, les membres du groupe recevraient moins de 50 % du produit escompté du recours collectif.

[44] Ainsi, le taux de rendement du bailleur de fonds sur son investissement d'une dépense en capital de ■■■■■ atteindrait des niveaux inimaginables. Si le produit recouvré se situait entre 30 millions et 200 millions de dollars, les profits du bailleur de fonds se chiffraient entre 10,5 millions et 16 millions de dollars, ce qui représente un rendement sur investissement se situant entre 162,5 % et 300 %.

[45] Compte tenu de ce qui précède, je conclus que l'AFL ne peut pas être considéré juste et raisonnable pour les membres actuels et éventuels du groupe, et que le bailleur de fonds recevrait une indemnisation excessive pour assumer le risque de financer le recours collectif envisagé. En résumé, l'AFL proposé ne respecte aucun indicateur servant à évaluer le respect du critère de ce qui est juste et raisonnable, et je ne suis pas prêt à approuver un AFL dont les modalités et les conditions offrent aux membres du groupe un résultat nettement inférieur à celui d'autres accords de financement de litige approuvés par notre Cour.

[46] J'ouvre ici une parenthèse pour souligner que d'après le dossier dont je suis saisi, aucun document présenté ne démontre ou même ne donne à penser que les résultats possibles situés à l'extrémité inférieure du spectre étaient improbables ou étaient beaucoup moins probables qu'un recouvrement intégral. J'ajoute que le bailleur de fonds ne serait pas exposé à la possibilité de devoir rembourser les dépens adjugés contre les demandeurs, car aux termes de l'article 334.39 des Règles, aucuns dépens ne sont adjugés dans le cadre des recours collectifs dont notre Cour est saisie, sauf dans des circonstances exceptionnelles.

[47] Dans ces circonstances, j'accorde peu de poids au fait que les représentants du groupe proposé estiment que l'AFL est [TRADUCTION] « juste, raisonnable et dans l'intérêt supérieur de [eux-mêmes] et des autres membres du groupe ». Cette déclaration n'est aucunement étayée et n'est pas suffisante pour justifier un accord qui s'écarte autant des précédents jurisprudentiels et des accords conclus aux termes du FARC de l'Ontario, et qui laisse une part très minime aux membres du groupe.

b) *Le niveau de risque ne justifie pas le rendement envisagé*

[48] Les demandeurs soutiennent également que les modalités et les conditions de l'AFL sont justifiées au regard du risque élevé auquel s'exposerait Bench Walk en l'espèce. J'estime que cet argument n'est pas convaincant. On pourrait dire que le risque lié au financement du recours collectif envisagé en l'espèce est plus élevé, vraisemblablement parce que ses chances de succès sont inférieures à celles d'autres recours collectifs envisagés. Cependant, ce risque supérieur ne justifie pas que la Cour approuve un AFL qui non seulement accorde un taux de rendement déraisonnable et exorbitant au bailleur de fonds du litige, mais aussi comporte de nombreuses caractéristiques de ce qu'on pourrait qualifier de prêt usuraire.

[49] Les demandeurs affirment que, dans les circonstances de l'espèce, l'AFL comporte les modalités les plus avantageuses et équitables qui leur ont été proposées et qu'il n'existe aucune autre solution probable pour obtenir du financement. Cependant, ce n'est pas parce qu'un accord de financement de litige donné peut être la meilleure option possible que la Cour doit l'approuver. En l'espèce, cette meilleure option possible serait bien entendu dans l'intérêt du bailleur de fonds et des avocats des demandeurs, qui seraient les premiers bénéficiaires du produit. Toutefois, cette option ne serait pas dans l'intérêt de la justice ni dans l'intérêt des

membres du groupe, qui seraient essentiellement utilisés pour procurer des avantages au bailleur de fonds et aux avocats du groupe.

[50] Les objectifs fondamentaux des recours collectifs sont l'accès à la justice, la modification des comportements et l'économie des ressources judiciaires. Cependant, on ne peut pas dire que les membres du groupe ont accès à la justice lorsque les bailleurs de fonds du litige et les avocats du groupe reçoivent une part disproportionnée du produit, tandis que les membres du groupe obtiennent des résultats et des avantages minimes. Les recours collectifs, qui sont un véhicule procédural, n'ont pas été conçus pour enrichir d'abord les avocats du groupe et les bailleurs de fonds, puis pour penser après coup aux membres du groupe.

[51] Quelle que soit la forme de financement ou d'investissement, le taux de rendement demandé par un investisseur ou un prêteur reflète le niveau de risque prévu. Plus il est risqué qu'un investissement génère une perte d'argent, plus il est possible d'obtenir un rendement important. Ce principe s'applique aussi aux accords de financement de litige dans le contexte des recours collectifs. À un moment donné, si les chances de succès d'un recours collectif envisagé sont si minces que le coût du financement qu'il est possible d'obtenir frise l'extorsion, il y a lieu de se demander s'il est dans l'intérêt de la justice de permettre à ce recours d'aller de l'avant. Certes, les tribunaux ont reconnu que dans les recours collectifs, l'obtention d'un rendement équitable pour les avocats du groupe et les prêteurs reflète le rôle important des avocats ayant l'esprit d'entreprise qui acceptent de prendre des risques pour donner accès à la justice à des parties de moindre envergure. Cependant, lorsque les risques que présente un recours collectif sont si élevés que les bailleurs de fonds du litige ou les avocats sont seulement prêts à les

assumer à des conditions déraisonnables, disproportionnées ou abusives, il ne s'agit plus du type d'esprit d'entreprise que le régime procédural des recours collectifs était censé favoriser.

(2) L'AFL est une champartie

[52] Compte tenu de tout ce qui précède, je me dois également de conclure que l'AFL modifié est une champartie.

[53] Dans la décision *Difederico*, la Cour a établi que l'appréciation de ce facteur devrait tenir compte de 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. La deuxième considération 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 (*Difederico*, aux para 54-55; *Eaton*, aux para 29-30). En conséquence, cette deuxième considération recoupe l'exigence selon laquelle l'AFL doit être juste et raisonnable pour les membres actuels et éventuels du groupe.

[54] Comme l'a souligné le juge en chef Crampton dans la décision *Difederico*, pour déterminer si un accord de financement de litige prévoyant le paiement de frais conditionnels au bailleur de fonds est une champartie, la Cour devrait adopter une approche semblable à celle qu'adoptent les tribunaux pour évaluer les ententes sur les honoraires conditionnels entre les avocats et leurs clients (*Difederico*, aux para 50-51). Le principe essentiel veut que les ententes sur les honoraires conditionnels ne prévoient pas un recouvrement disproportionné (*Difederico*, au para 50, citant *Houle*, au para 84).

[55] Je suis d'accord avec les demandeurs pour dire que rien n'indique que le bailleur de fonds avait un motif répréhensible dans le cas présent. En l'espèce, aucune partie n'a relevé de motif répréhensible concernant la participation de Bench Walk dans le dossier et il est impossible d'avancer un motif répréhensible à partir des modalités de l'AFL ou de la preuve dont est saisie la Cour. En outre, le processus qui a mené à l'obtention du financement étaye la conclusion selon laquelle il n'existe aucun motif répréhensible. Les avocats des demandeurs ont sollicité et évalué plusieurs propositions de financement et ont fini par choisir celle de Bench Walk. Ce n'est pas comme si Bench Walk s'était adressée aux demandeurs précisément en vue de participer au recours collectif pour réaliser un objectif précis. L'AFL est de nature presque exclusivement financière. Le simple fait qu'un bailleur de fonds puisse tirer un avantage déraisonnable d'un accord de financement ne suffit pas à lui seul à étayer une conclusion selon laquelle il existe un motif répréhensible ou une ingérence non officielle (*McIntyre Estate v Ontario (Attorney General)* (2002), 61 OR (3d) 257 (CA Ont), aux para 26-28).

[56] Cependant, on ne peut en dire autant du caractère raisonnable et proportionnel des profits que recevra le bailleur de fonds dans la répartition globale du produit du recours collectif envisagé. Comme je le précise dans la section précédente, il ne fait aucun doute que l'AFL proposé prévoit un recouvrement qui est en grande partie disproportionné et déraisonnable, et qui s'écarte considérablement de ce qui a été jugé « juste » et « raisonnable » par le passé. Conformément aux principes énoncés dans la décision *Difederico*, l'AFL en l'espèce est par conséquent une champartie.

IV. Conclusion

[57] Pour les motifs énoncés ci-dessus, la requête des demandeurs visant à obtenir l'approbation de l'AFL est rejetée avec dépens.

[58] Je formule une dernière observation. Dans leurs observations, les demandeurs réitèrent l'argument selon lequel la Cour devrait maintenant accueillir l'AFL, car à l'étape de l'approbation des dépens, la Cour sera en mesure d'examiner et de revoir le montant des honoraires des avocats si l'indemnisation globale des avocats et du bailleur de fonds est trop élevée et le produit à remettre aux membres du groupe est trop faible. J'estime que cet argument n'est pas fondé. Ce n'est pas parce que le versement d'honoraires aux avocats du groupe est assujéti à l'approbation de la Cour aux termes de l'article 334.4 des Règles que la Cour devrait fermer les yeux sur des accords de financement de litige inacceptables au tout début des recours collectifs et s'abstenir d'intervenir parce qu'elle pourrait le faire plus tard. Au contraire, lorsqu'il n'existe absolument aucun motif d'approuver un accord de financement de litige au moment où il est présenté à la Cour, il est du devoir de la Cour et dans l'intérêt de la justice de bloquer un accord qui n'a aucune chance d'être accepté.

[59] Rien n'empêche les demandeurs de revenir devant la Cour afin de faire approuver un nouvel accord de financement de litige qui respecterait les critères d'approbation examinés dans les présents motifs.

ORDONNANCE dans le dossier T-855-22

LA COUR ORDONNE ce qui suit :

1. La requête est rejetée sous réserve du droit des demandeurs de soumettre un nouvel accord de financement de litige à l'approbation de la Cour.
2. Des dépens sont adjugés aux défenderesses.

« Denis Gascon »

Juge

Traduction certifiée conforme
Claude Leclerc

COUR FÉDÉRALE

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

DOSSIER : T-855-22

INTITULÉ : JOHN PAUL INGARRA, KYLE PINNELL,
PAUL TANTALO et 5046013 ONTARIO INC. c DYE
& DURHAM LIMITED, OMERS INFRASTRUCTURE
MANAGEMENT INC. et DOPROCESS LP

**REQUÊTE PRÉSENTÉE PAR ÉCRIT EXAMINÉE À MONTRÉAL (QUÉBEC),
CONFORMÉMENT À L'ARTICLE 369 DES RÈGLES DES COURS FÉDÉRALES**

ORDONNANCE ET MOTIFS PUBLICS : LE JUGE GASCON

DATE DES MOTIFS : LE 7 FÉVRIER 2024

OBSERVATIONS ÉCRITES :

Nicholas J. Cartel
Glenn M. Brandys

POUR LES DEMANDEURS

Robert W. Staley
Emrys C. Davis
Douglas A. Fenton

POUR LES DÉFENDERESSES
DYE & DURHAM LIMITED ET DOPROCESS LP

Dana M. Peebles
Julie K. Parla
Oliver J. Borgers
Akiva Stern

POUR LA DÉFENDERESSE
OMERS INFRASTRUCTURE MANAGEMENT INC.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER :

CARTEL & BUI LLP
Toronto (Ontario)

POUR LES DEMANDEURS

BENNETT JONES LLP
Toronto (Ontario)

POUR LES DÉFENDERESSES
DYE & DURHAM LIMITED ET DOPROCESS LP

MCCARTHY TÉTRAULT
S.E.N.C.R.L., s.r.l.
Toronto (Ontario)

POUR LA DÉFENDERESSE
OMERS INFRASTRUCTURE MANAGEMENT INC.