

COUR D'APPEL

CANADA
PROVINCE DE QUÉBEC
GREFFE DE MONTRÉAL

N° : 500-09-027593-185 - 500-09-027652-189
(500-06-000736-153)

DATE : Le 28 février 2019

**CORAM : LES HONORABLES FRANÇOIS PELLETIER, J.C.A.
ROBERT M. MAINVILLE, J.C.A.
SIMON RUEL, J.C.A.**

500-09-027593-185

**WEBASTO SE
WEBASTO THERMO & COMFORT SE
WEBASTO THERMO & COMFORT NORTH AMERICA INC.**
APPELANTES – défenderesses

c.

TRANSPORT TFI 6, S.E.C.
INTIMÉE – demanderesse

et

**ESPAR INC.
ESPAR CLIMATE CONTROL SYSTEMS
EBERSPAECHER CLIMATE CONTROL SYSTEMS INTERNATIONAL
BETEILIGUNGS-GMBH
EBERSPAECHER CLIMATE CONTROL SYSTEMS GMBH & CO. KG.
EBERSPAECHER GRUPPE GMBH & CO. KG.
ESPAR PRODUCTS INC.**
MISES EN CAUSE – défenderesses

500-09-027652-189

**ESPAR INC.
ESPAR CLIMATE CONTROL SYSTEMS
EBERSPAECHER CLIMATE CONTROL SYSTEMS INTERNATIONAL
BETEILIGUNGS-GMBH**

**EBERSPAECHER CLIMATE CONTROL SYSTEMS GMBH & CO. KG.
EBERSPAECHER GRUPPE GMBH & CO. KG.
ESPAR PRODUCTS INC.**

APPELANTES – défenderesses

c.

TRANSPORT TFI 6, S.E.C.

INTIMÉE – demanderesse

et

WEBASTO SE

WEBASTO THERMO & COMFORT SE

WEBASTO THERMO & COMFORT NORTH AMERICA INC.

MISES EN CAUSE – défenderesses

ARRÊT

[1] Les appelantes se pourvoient contre un jugement rendu en cours d'instance le 24 mai 2018 par la Cour supérieure, district de Montréal (l'honorable Michel Déziel), qui impose une expertise commune au terme d'une audition visant la finalisation du protocole de l'instance, le tout dans le cadre d'une action collective en matière de droit de la concurrence autorisée au mois de décembre 2017¹.

[2] Selon les allégations de la demanderesse intimée, Transport TFI 6, S.E.C. [TFI], les appelantes du Groupe Webasto² et celles du groupe Espar³ auraient, entre le 13 septembre 2001 et le 31 décembre 2012, comploté avec leurs concurrents afin de fixer, de maintenir, d'augmenter et de contrôler artificiellement le prix de systèmes de chauffage communément appelés appareils de chauffage de cabine. Au dire de TFI, ce complot, interdit par la *Loi sur la concurrence*⁴ et le *Code civil du Québec*, produit des effets au Québec et ailleurs en permettant aux appelantes de s'approprier des parts de marché et de réduire indûment la concurrence.

[3] Voici cependant que, dans l'élaboration du protocole de l'instance, les parties ne parviennent pas à s'entendre quant au volet devant porter sur la preuve par expertise.

¹ *Transport TFI 6 c. Espar inc.*, 2017 QCCS 6311.

² Webasto SE, Webasto Thermo & Comfort SE et Webasto Thermo & Comfort North America, inc.

³ Espar inc., Espar Climate Control Systems, Eberspaecher Climate Control Systems International Beteiligungs-GMBH, Eberspaecher Climate Control Systems GMBH & Co. KG., Eberspaecher Gruppe GMBH & Co. KG. et Espar Products inc.

⁴ L.R.C. 1985, ch. C-34.

[4] De son côté, le projet en demande fait état du désir de TFI de recourir à une expertise commune dans le domaine de l'économie. Il s'agit, dit-elle, d'établir la valeur du préjudice subi par les membres du groupe, le cas échéant. Elle estime que pareille expertise commune permettra de respecter le principe de la proportionnalité.

[5] En défense, les sociétés membres des groupes Webasto et Espar ne le voient pas du même œil. Dans leur projet de protocole, elles exposent ainsi les motifs de leur refus:

Incompatible avec la nature du litige et intérêts divergents des parties, impact sur le droit à une défense pleine et entière et nécessité de répondre aux thèse[s] de la demanderesse pour maintenir un débat contradictoire, absence de consentement des défenderesses à l'expertise commune, enjeux du litige justifient des experts distincts.

[6] En plus de la question des dommages, le cas échéant, elles demandent que soient soumises à leur propre expert les questions devant porter sur le marché des appareils de chauffage et sur l'impact économique des fautes reprochées.

[7] Appelé à trancher, le juge choisit d'imposer une expertise commune, celle-ci devant se prononcer sur « l'impact économique des allégations reprochées en regard du jugement d'autorisation »⁵. Aux termes du jugement, l'expert commun devra notamment « déterminer le ou les marchés appropriés, choisir les données pertinentes à son analyse », et « expliquer les différentes thèses et options énoncées par les parties »⁶.

[8] Non satisfaites, les sociétés du groupe Webasto et celles du groupe Espar sollicitent et obtiennent la permission d'interjeter appel. Dans le cadre du jugement d'autorisation, la juge Marcotte écrit :

[5] Que ce soit sous l'article 31 ou 32 *C.p.c.*, j'estime qu'il y a lieu de permettre l'appel. Le jugement est peu motivé et ne traite pas des motifs de contestation des requérantes soulevés dans leur protocole d'instance à l'égard de la nomination d'un expert commun, non plus que du fait qu'elles ont déjà retenu les services de leur propre expert.

[6] Or, l'absence de tels motifs m'amène à conclure que la mesure de gestion paraît déraisonnable eu égard aux principes directeurs de la procédure, alors que le paragraphe 158 (2) *C.p.c.* permet au juge de nommer un expert commun « si le respect de la proportionnalité l'impose et que cette mesure, tenant compte des démarches déjà faites, permet de résoudre efficacement le litige sans pour autant mettre en péril le droit des parties à faire valoir leurs prétentions ».

⁵ Jugement frappé d'appel, paragr. 17.

⁶ *Supra*, note 5, paragr. 20.

Analyse

[9] L'affaire requiert l'examen de textes législatifs nouveaux sur lesquels notre cour n'a guère été appelée à se prononcer. Ces dispositions s'inscrivent dans une approche qui cherche à pousser plus loin une tendance déjà amorcée dans les réformes antérieures. De façon générale, le législateur entend favoriser encore davantage la simplification des conflits et l'atteinte de solutions émergeant d'une collaboration accrue entre les parties ayant initialement des positions opposées.

[10] Les textes les plus directement en cause dans l'affaire à l'étude sont les articles 148 et 158 du *Code de procédure civile*. Il convient d'en reproduire les extraits pertinents :

148. Les parties sont tenues de coopérer pour régler l'affaire ou pour établir le protocole de l'instance. [...]

Le protocole de l'instance porte notamment sur:

[...]

4° l'opportunité de procéder à une ou plusieurs expertises, sur leur nature et, le cas échéant, les motifs pour lesquels les parties n'entendent pas procéder par expertise commune;

[...]

158. À tout moment de l'instance, le tribunal peut, à titre de mesures de gestion, prendre, d'office ou sur demande, l'une ou l'autre des décisions suivantes:

[...]

2° évaluer l'objet et la pertinence de l'expertise, qu'elle soit commune ou non, en établir les modalités ainsi que les coûts anticipés et fixer un délai pour la remise du rapport; si les parties n'ont pu convenir d'une expertise commune, apprécier le bien-fondé de leurs motifs et imposer, le cas échéant, l'expertise commune, si le respect du principe de proportionnalité l'impose et que cette mesure, tenant compte des

148. The parties are required to cooperate to either arrive at a settlement or establish a case protocol. [...]

The case protocol covers such aspects as

[...]

(4) the advisability of seeking one or more expert opinions, the nature of the opinion or opinions to be sought and the reasons why the parties do not intend to jointly seek expert opinion, if that is the case;

[...]

158. For case management purposes, at any stage of a proceeding, the court may decide, on its own initiative or on request, to

[...]

(2) assess the purpose and usefulness of seeking expert opinion, whether joint or not, determine the mechanics of that process as well as the anticipated costs, and set a time limit for submission of the expert report; if the parties failed to agree on joint expert evidence, assess the merits of their reasons and impose joint expert evidence if it is necessary to do so to uphold the principle of proportionality and if, in light of the

démarches déjà faites, permet de résoudre efficacement le litige sans pour autant mettre en péril le droit des parties à faire valoir leurs prétentions;

[...]

steps already taken, doing so is conducive to the efficient resolution of the dispute without, however, jeopardizing the parties' right to assert their contentions;

[...]

[11] Au départ de son analyse, le juge de première instance affirme que « [l]’expertise commune est la règle sous le nouveau *Code de procédure civile* »⁷. De l’avis de la Cour, cette affirmation relève à tout le moins d’une impropriété de langage et pourrait même être vue comme une erreur de droit.

[12] Certes, dans la foulée d’un train de mesures destinées à accélérer le processus conduisant à la résolution des litiges et à limiter les coûts qui y sont associés, le législateur désire entre autres resserrer les conditions permettant de recourir aux services d’experts. Ainsi, en application du principe de la proportionnalité, un juge peut même aller jusqu’à interdire une preuve par expertise⁸ aux fins d’assurer une saine gestion de l’instance.

[13] Cependant, le principe central de la procédure civile reste celui de la contradiction, comme le prévoit le deuxième paragraphe de l’article 17 du *Code de procédure civile* : « Dans toute affaire contentieuse, les tribunaux doivent, même d’office, respecter le principe de la contradiction et veiller à le faire observer jusqu’à jugement et pendant l’exécution. Ils ne peuvent fonder leur décision sur des moyens que les parties n’ont pas été à même de débattre. »

[14] Au final, en pareille matière, tout est affaire d’équilibre. L’article 19 *C.p.c.* dispose que :

19. Les parties à une instance ont, sous réserve du devoir des tribunaux d’assurer la saine gestion des instances et de veiller à leur bon déroulement, la maîtrise de leur dossier dans le respect des principes, des objectifs et des règles de la procédure et des délais établis.

Elles doivent veiller à limiter l’affaire à ce qui est nécessaire pour résoudre le litige et elles ne doivent pas agir en

19. Subject to the duty of the courts to ensure proper case management and the orderly conduct of proceedings, the parties control the course of their case insofar as they comply with the principles, objectives and rules of procedure and the prescribed time limits.

They must be careful to confine the case to what is necessary to resolve the dispute, and must refrain from

⁷ *Supra*, note 5, paragraphe 13.

⁸ Voir notamment à ce sujet l’opinion de Luc Chamberland (dir.) énoncée dans ses commentaires portant sur l’art. 158 dans *Le Grand collectif, Code de procédure civile : commentaires et annotations*, 3^e éd., vol. 1 « Articles 1 à 390 », Montréal, Yvon Blais, 2018, p. 824.

vue de nuire à autrui ou d'une manière excessive ou déraisonnable, allant ainsi à l'encontre des exigences de la bonne foi.

Elles peuvent, à tout moment de l'instance, sans pour autant qu'il y ait lieu d'en arrêter le cours, choisir de régler leur litige en ayant recours à un mode privé de prévention et de règlement des différends ou à la conciliation judiciaire; elles peuvent aussi mettre autrement fin à l'instance.

acting with the intent to cause prejudice to another person or behaving in an excessive or unreasonable manner, contrary to the requirements of good faith.

They may, at any stage of the proceeding, without necessarily stopping its progress, agree to settle their dispute through a private dispute prevention and resolution process or judicial conciliation; they may also otherwise terminate the proceeding at any time.

[15] C'est donc au cas par cas qu'un juge gestionnaire doit apprécier le respect par les parties de leur obligation de « limiter l'affaire à ce qui est nécessaire pour résoudre le litige ». Sur le plan des principes, il est inexact d'affirmer que l'expertise commune est la règle. La démarche appropriée commence par l'examen de la source et des composantes du litige qui oppose les parties, et ce, afin de déterminer l'étendue de la preuve requise pour parvenir à la solution.

[16] Qu'en est-il donc en l'espèce?

[17] Le cadre du litige est une action collective opposant des entreprises de transport à des fabricants et des vendeurs d'appareils de chauffage de cabine. Selon les allégations de la demande d'autorisation, ces appareils « sont utilisés dans une grande variété de véhicules commerciaux, dont notamment les camions et les fourgons de transport de biens, les autobus ainsi que les camions à benne »⁹.

[18] Quant aux fautes reprochées aux appelantes, TFI précise notamment ce qui suit :

19. Le 12 mars 2015, la Défenderesse Espar inc. accepte de plaider coupable à une accusation en lien avec le Cartel, soit d'avoir conspiré avec d'autres fabricants d'Appareils de chauffage de cabine « in the United States and elsewhere in North America » de manière à restreindre indûment la compétition dans la vente d'Appareils de chauffage de cabine, le tout tel qu'il appert d'une copie du Plea Agreement daté du 12 mars 2015 déposé au greffe de la United States District Court, Eastern District of New York dénoncée au soutien des présentes comme pièce R-2.

⁹ Demande modifiée d'autorisation d'exercer une action collective, paragr. 9.

19.6 Le 17 juin 2015, la Commission européenne annonce que dans le cadre d'une entente de règlement, les Défenderesses Eberspaecher Gruppe GmbH & Co. KG et Eberspaecher Climate Control Systems GmbH & Co. KG sont condamnées à une amende de 68,175 millions d'euros pour avoir coordonné le prix de vente des Appareils de chauffage de cabine et s'être réparti les clients, de pair avec les Défenderesses Webasto SE et Webasto Thermo & Comfort SE, dans tout l'Espace économique européen (EEE) pour une période allant du 13 septembre 2001 au 15 septembre 2011, le tout tel qu'il appert d'un communiqué de presse et de la décision de la Commission européenne datés du 17 juin 2015 et dénoncés, *en liasse*, au soutien des présentes comme pièce **R-7**.¹⁰

[19] D'entrée de jeu, le juge ne remet pas en question la pertinence d'une preuve par expertise. Son propos ne s'adresse ici qu'à la divergence de vues des parties quant à la forme que devrait prendre cette preuve. En application de l'article 158 *C.p.c.*, le juge se devait donc d'apprécier en premier lieu le bien-fondé des motifs invoqués par les parties. Or, s'il reproduit des extraits de leur plan d'argumentation, son jugement ne comporte aucune analyse des raisons avancées au soutien des thèses opposées. Bien sûr, il paraît retenir la règle selon laquelle le fardeau de démonstration reposerait sur les épaules de la partie refusant l'expertise commune. Cela dit, comme le souligne la juge Marcotte, le juge ne traite aucunement des arguments invoqués par les appelantes pour s'opposer à la rétention des services d'un expert commun.

[20] Il s'agit en l'espèce d'une lacune importante du jugement frappé d'appel, laquelle, à elle seule, pourrait suffire à justifier une révision par notre cour.

[21] Mais il y a plus.

[22] Le juge ne pouvait imposer une expertise commune sans tenir compte des balises établies par le législateur pour encadrer l'exercice du pouvoir d'imposer une limitation de cette nature :

¹⁰ *Supra*, note 9, paragr. 19 et 19.6.

158.

2° [...] si les parties n'ont pu convenir d'une expertise commune, apprécier le bien-fondé de leurs motifs et imposer, le cas échéant, l'expertise commune, si le respect du principe de proportionnalité l'impose et que cette mesure, tenant compte des démarches déjà faites, permet de résoudre efficacement le litige sans pour autant mettre en péril le droit des parties à faire valoir leurs prétentions;

158.

(2) [...] if the parties failed to agree on joint expert evidence, assess the merits of their reasons and impose joint expert evidence if it is necessary to do so to uphold the principle of proportionality and if, in light of the steps already taken, doing so is conducive to the efficient resolution of the dispute without, however, jeopardizing the parties' right to assert their contentions;

[Soulignements ajoutés]

[23] Dans le cas à l'étude, aucune de ces exigences ne paraît vraiment satisfaite. Voici dans l'ordre retenu par le législateur, quelques brefs commentaires concernant chacune d'elles.

[24] Dans un premier temps, le juge n'explique nullement en quoi le respect du principe de la proportionnalité imposerait ici la rétention des services d'un expert commun.

[25] Sans qu'il puisse s'agir là du seul élément à considérer, il ressort de l'ensemble des éléments caractérisant l'affaire à l'étude que le rétablissement d'un équilibre financier entre les parties aux fins du litige ne figure pas au nombre des bénéfices susceptibles de découler de la rétention des services d'un expert commun. Bref, ici, le respect du principe de la proportionnalité n'impose pas de façon claire le recours à une expertise commune de sorte qu'on ne peut conclure sans réserve au respect de la première condition fixée par le législateur.

[26] Le juge ne tient pas compte non plus du fait avéré que les appelantes avaient déjà retenu les services d'un expert, une situation qui n'appelle chez lui aucun commentaire. Il y a donc également lacune au regard de la seconde exigence.

[27] Enfin, sauf à affirmer de façon lapidaire que « l'expertise commune est appropriée pour éclairer le Tribunal, déterminer le ou les marchés appropriés, choisir les données pertinentes à son analyse, expliquer les différentes thèses et options énoncées par les parties »¹¹, le juge ne considère nullement les effets que la rétention d'un expert commun sont susceptibles de produire à l'égard du droit des parties à faire valoir leurs prétentions. Or, dans le cas particulier dont il s'agit, c'est là la carence la plus importante grevant le jugement entrepris. Même considérée isolément, elle suffit à en vicier le dispositif.

¹¹ *Supra*, note 5, paragr. 20.

[28] Les appelantes plaident avec raison que le choix imposé par le juge est de nature à compromettre sérieusement leur droit à une défense pleine et entière. Voici quelques éléments qui en font la démonstration.

[29] Au nombre des tâches confiées à un expert commun par le juge se retrouve notamment celle de « déterminer le ou les marchés appropriés »¹².

[30] S'agissant d'un litige en matière de concurrence, la détermination du marché constitue un facteur susceptible de se révéler déterminant. Or, cette délimitation ne peut se faire qu'au terme d'une analyse particulièrement délicate. Selon l'auteur Karounga Diawara, le « marché pertinent constitue une notion fondamentale en droit de la concurrence dans la mesure où il permet de tracer l'arène concurrentielle, et, partant, le cadre dans lequel s'exerce la puissance de marché de l'entreprise »¹³. À son avis, la détermination du marché pertinent se veut donc « indispensable pour appréhender la puissance de marché d'une entreprise »¹⁴.

[31] Le marché pertinent joue une fonction essentielle de cadre juridique d'analyse dans la mise en application du droit de la concurrence. À partir d'une analyse approfondie de l'enseignement se dégageant de divers arrêts, dont plusieurs émanant de la Cour suprême, les auteurs Yves Bériault, Madeleine Renaud et Yves Comtois expriment de leur côté l'avis que la définition du marché pertinent constitue « le point de départ de toute analyse en droit de la concurrence ». Il s'agit selon eux d'un exercice pouvant « s'avérer d'une grande complexité »¹⁵.

[32] Ils ajoutent de surcroît que « même chez les économistes, on trouve des divergences sur les facteurs dont il faut tenir compte pour cette analyse et sur leur importance relative dans la définition du marché pertinent »¹⁶. En somme, la détermination du marché pertinent est une « tâche complexe sur laquelle même les économistes peuvent diverger d'opinion »¹⁷.

[33] Le juge ne pouvait faire abstraction du fait que le litige à trancher repose sur une trame complexe de par sa nature. Il charge pourtant l'expert commun de « choisir les données pertinentes à son analyse »¹⁸.

¹² *Supra*, note 5, paragr. 20.

¹³ Karounga Diawara, *Droit de la concurrence – Aspects théoriques et appliqués*, Montréal, Yvon Blais, 2015, p. 19.

¹⁴ *Supra*, note 13, p. 20.

¹⁵ Yves Bériault, Madeleine Renaud et Yves Comtois, *Le droit de la concurrence au Canada*, Ontario, Carswell, 1999, p. 122.

¹⁶ *Supra*, note 15.

¹⁷ *Supra*, note 15, p. 130.

¹⁸ *Supra*, note 5, paragr. 20.

[34] En l'espèce, on ne peut minimiser le fait que l'expert commun ne peut être contredit que dans les limites prévues aux articles 231 et suivants du *Code de procédure civile*. Ce cadre n'est guère propice à la tenue d'un débat contradictoire dans lequel s'affrontent non seulement des thèses quant aux données pertinentes, mais aussi des écoles de pensée potentiellement opposées. Il se pourrait même que les appelantes proposent des vues divergentes l'une de l'autre.

[35] L'auteure Geneviève Cotnam, maintenant juge à notre cour, précise à ce sujet que « [I]orsque l'expertise porte sur une question hautement technique ou sur un sujet sur lequel s'opposent plusieurs écoles de pensée, le tribunal aura avantage à bénéficier de l'éclairage des experts mandatés par chacune des parties afin de prendre connaissance des diverses thèses »¹⁹. Elle ajoute que « [p]lus un dossier présente un niveau technique et de complexité élevés, plus la présence d'experts de part et d'autre est justifiée »²⁰. Dans le cas où plusieurs approches peuvent être considérées sur un même sujet, elle convient que des expertises distinctes de part et d'autre sont appropriées afin que « le juge puisse bien saisir les enjeux du litige avant de les appliquer aux faits pour se prononcer sur la question de l'expertise »²¹.

[36] Dans l'affaire à l'étude, il y a matière à craindre que l'imposition d'un expert commun engendre l'effet pervers de lui transférer la charge de décider du litige au lieu et place du juge, une situation pour le moins problématique au regard des principes fondamentaux régissant les débats judiciaires²².

[37] La Cour estime donc que l'imposition d'un expert commun décidée en première instance ne satisfait pas aux critères auxquels le législateur a assujéti le pouvoir du juge en pareille matière. Elle se révèle inappropriée dans le cas à l'étude.

POUR CES MOTIFS, LA COUR :

[38] **ACCUEILLE** les appels;

[39] **INFIRME** le jugement de la Cour supérieure;

[40] **PERMET** à chacune des appelantes de retenir un expert distinct, de son choix, dans chacune des matières suivantes :

¹⁹ Geneviève Cotnam, « L'expertise commune : un changement culturel », dans Geneviève Cotnam et Isabelle Hudon (dir.), *L'expertise*, Montréal, LexisNexis, 2016, 51, p. 63, n° 2-68. Voir aussi Barreau du Québec, *Mémoire sur l'Avant-projet de loi instituant le nouveau Code de procédure civile*, 19 décembre 2011, p. 27.

²⁰ *Supra*, note 19 « L'expertise commune : un changement culturel », p. 67, n° 2-87.

²¹ *Supra*, note 19 « L'expertise commune : un changement culturel », p. 67, n° 2-88.

²² Par analogie voir à ce sujet *Porto Seguro Companhia De Seguros Gerais c. Belcan SA*, [1997] 3 R.C.S. 1278.

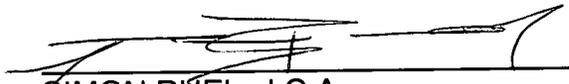
- a) le marché des appareils de chauffage;
- b) l'impact économique des fautes reprochées;
- c) le quantum (le cas échéant);

[41] **RÉSERVE** à la Cour supérieure son pouvoir d'établir les modalités ainsi que les coûts anticipés et de fixer un délai pour la remise des rapports;

[42] **CONDAMNE** l'intimée aux frais de justice, tant en première instance qu'en appel.


FRANÇOIS PELLETIER, J.C.A.


ROBERT M. MAINVILLE, J.C.A.


SIMON RUEL, J.C.A.

Me Vincent de l'Étoile
Me Annie Gallant
Langlois avocats
Pour Webasto SE, Webasto Thermo & Comfort SE et Webasto Thermo & Comfort
North America inc.

Me Maxime Nasr
Me Jean-Philippe Lincourt
Me Caroline Cassaghabère
Belleau Lapointe
Pour Transport TFI 6, S.E.C.

Me Shari Munk
McMillan
Pour Espar inc., Espar Climate Control Systems, Eberspaecher Climate Control
Systems International Beteiligungs-GMBH, Eberspaecher Climate Control Systems
GMBH & Co. KG., Eberspaecher Gruppe GMBH & Co. KG. et Espar Products inc.

Date d'audience : 1^{er} février 2019