



Référence : *Le Commissaire de la concurrence c Direct Energy Marketing Limited*,
2014 Trib conc 13
N° de dossier : CT-2012-003
N° de document du greffe : 130

AFFAIRE CONCERNANT la *Loi sur la concurrence*, LRC 1985, c C-34, dans sa version modifiée;

ET AFFAIRE CONCERNANT une demande du commissaire de la concurrence en vertu de l'article 79 de la *Loi sur la concurrence*;

ET AFFAIRE CONCERNANT certaines politiques et procédures de Direct Energy Marketing Limited.

ENTRE :

Le commissaire de la concurrence
(demandeur)

et

Direct Energy Marketing Limited
(défenderesse)

et

National Energy Corporation
(intervenante)



Décision rendue sur le fondement du dossier.
Devant le membre judiciaire : Monsieur le juge Rennie (président)
Date de l'ordonnance : Le 20 août 2014
Ordonnance signée par : Monsieur le juge Donald J. Rennie

ORDONNANCE DE CONFIDENTIALITÉ

[1] À LA SUITE DE la demande déposée par le commissaire de la concurrence (le « **commissaire** ») à l'encontre de la défenderesse, en vertu de l'article 79 de la *Loi sur la concurrence*, LRC 1985, c C-34, dans sa version modifiée (la « **Loi** ») en vue d'obtenir une ordonnance aux termes des paragraphes 79(1), 79(2) et 79(3.1) de la *Loi*;

[2] ET À LA SUITE DE l'ordonnance de confidentialité provisoire déposée sur consentement par le commissaire, la défenderesse et l'intervenante;

LE TRIBUNAL ORDONNE CE QUI SUIT :

[3] Aux fins de la présente ordonnance :

- a) « Société affiliée » s'entend d'une société affiliée, d'une société de personnes ou d'une entreprise individuelle au sens du paragraphe 2(2) de la *Loi*;
- b) « Représentants désignés » s'entend de deux avocats internes et jusqu'à trois personnes supplémentaires désignées par la défenderesse comme ses représentants qui pourront avoir accès aux documents désignés comme étant des documents protégés B, conformément aux modalités de la présente ordonnance. Cette désignation doit être faite par avis écrit au Tribunal, en envoyant simultanément une copie à l'avocat externe de l'intervenante. Le commissaire ou l'intervenante peuvent présenter une requête au Tribunal pour s'opposer à une telle désignation;
- c) « Représentants nationaux désignés » s'entend de deux avocats internes et jusqu'à trois personnes supplémentaires désignées par l'intervenante comme ses représentants qui pourront avoir accès aux documents portant sur des sujets concernant National Energy, et qui sont désignés comme étant des documents protégés B, conformément aux modalités de la présente ordonnance. Cette désignation doit être faite par avis écrit au Tribunal, en envoyant simultanément une copie à l'avocat externe de la défenderesse. Le commissaire ou la défenderesse peuvent présenter une requête au Tribunal pour s'opposer à une telle désignation;
- d) « Document » s'entend de tout document sous forme physique ou électronique, y compris les éléments définis comme des « documents » au paragraphe 2(1) de la *Loi*;
- e) « Fournisseur de services d'examen de documents » s'entend d'un fournisseur de services professionnels qui facilite l'examen de documents, numériques et en format papier, par des professionnels du domaine juridique;
- f) « Expert indépendant » s'entend d'un expert dont les services ont été retenus par une partie ou par l'intervenante qui (i) n'est pas un employé actuel de la défenderesse, de l'intervenante ou de leurs sociétés affiliées respectives, (ii) n'a pas été un employé de la défenderesse, de l'intervenante ou de leurs sociétés affiliées respectives au cours des deux années précédant la date de la présente ordonnance, (iii) n'est pas un employé actuel d'un concurrent de la défenderesse, de l'intervenante ou de leurs sociétés affiliées respectives; et (iv) n'a pas été un employé d'un concurrent de la défenderesse, de l'intervenante ou de leurs sociétés affiliées respectives au cours des deux années précédant la date de la présente ordonnance;

g) « Sujets concernant National Energy » a le même sens qui lui est attribué dans l'ordonnance du Tribunal datée du 6 novembre 2013, en vertu de laquelle l'intervenante a obtenu l'autorisation d'intervenir dans la présente procédure;

h) « Parties » s'entend du commissaire et la défenderesse, tandis que « partie », désigne le commissaire ou la défenderesse;

i) « Procédure » s'entend de la demande déposée par le commissaire à l'encontre de la défenderesse (numéro de dossier CT-2012-003) en vue d'obtenir une ordonnance en vertu des paragraphes 79(1), 79(2) et 79(3.1) de la *Loi*;

j) « Document protégé » s'entend de tout document (y compris les renseignements contenus dans un tel document) qui est produit dans le cadre de la procédure, y compris les documents énumérés dans les affidavits de documents, les extraits des transcriptions des interrogatoires préalables, les réponses aux engagements, les documents produits avec les réponses aux engagements, les rapports d'expert, les déclarations des témoins profanes, les actes de procédure, les affidavits ou les observations qui :

- (i) est confidentiel, selon la prétention d'une partie ou de l'intervenante qui produit le document;
- (ii) est confidentiel selon la décision du Tribunal.

[4] La divulgation de documents contenant l'un des types de renseignements suivants pourrait causer un préjudice particulier et direct, et de tels documents peuvent être désignés comme des documents protégés :

- a) les renseignements relatifs aux prix (dans la mesure où ces prix n'ont pas été publiés ou ne sont pas généralement connus des concurrents et des clients), à la capacité, à des données sur les revenus ou à des parts de marché ou à des extrants particuliers, aux négociations avec des clients ou des fournisseurs à propos des prix, des taux ou des mesures incitatives;
- b) les ententes contractuelles confidentielles entre la défenderesse et ses clients, mandataires et/ou fournisseurs, ou entre l'intervenante et ses clients, mandataires et/ou fournisseurs;
- c) les données financières ou rapports financiers, ou les renseignements financiers liés à la défenderesse ou à l'intervenante, à leurs clients et à leurs fournisseurs respectifs, ou à d'autres tiers;
- d) les plans d'entreprise, plans de commercialisation, plans stratégiques, budgets, prévisions et autres renseignements similaires;
- e) les études et analyses de marché internes;
- f) d'autres documents contenant des renseignements sensibles et/ou

exclusifs sur le plan de la concurrence de la défenderesse, de l'intervenante ou de tiers.

[5] Si les renseignements d'un document protégé sont incorporés dans tout autre document, ce document doit être considéré comme un document protégé. Tout document protégé cesse d'être un document protégé si : a) le document ou les renseignements protégés qu'il contient, deviennent accessibles au public (sauf s'ils deviennent accessibles au public à la suite d'un manquement à la présente ordonnance); ou b) si les parties et l'intervenante conviennent que le document cesse d'être un document protégé.

[6] Les documents protégés seront désignés de la façon suivante aux fins de la présente procédure :

- a) une personne qui demande la confidentialité d'un document doit, au moment de la production d'un document protégé, le marquer au moyen de la mention « Confidentiel – Niveau A » ou « Confidentiel – Niveau B » sur la première page de chaque document et/ou sur chaque page déclarée comme étant confidentielle;
- b) tous les documents désignés comme des documents protégés doivent être traités comme un document protégé, sauf décision contraire du Tribunal;
- c) si un document provient de plus d'une partie et/ou d'une partie et de l'intervenante, le niveau de confidentialité le plus élevé doit être appliqué à ce document, jusqu'à la résolution de toute contestation de cette confidentialité invoquée;
- d) à tout moment au cours de la procédure, les parties ou l'intervenante peuvent contester une demande de confidentialité ou le niveau de confidentialité invoqué par l'une des parties ou l'intervenante. Les parties et l'intervenante doivent tout mettre en œuvre pour s'entendre sur la question de savoir si les documents (ou des parties de ceux-ci) seront traités comme des documents protégés;
- e) si les parties ne peuvent en arriver à une entente, les parties ou l'intervenante peuvent demander au Tribunal de décider si le document ou une partie de ce dernier constitue un document protégé.

[7] Sous réserve d'une autre ordonnance du Tribunal, du consentement des parties ou de l'intervenant qui a produit les documents protégés et qui a demandé leur confidentialité, du paragraphe 9 ci-dessous ou des exigences du droit, les documents protégés désignés comme étant « Confidentiel – Niveau A ») (« **documents confidentiels de niveau A** ») peuvent être divulgués uniquement aux personnes suivantes :

- a) le commissaire, l'avocat du commissaire et les membres du personnel du commissaire qui participent directement à la procédure;
- b) l'avocat externe de la défenderesse, l'avocat externe de l'intervenante et les membres du personnel de l'avocat externe qui participent directement à la procédure;

- c) les experts indépendants dont les services sont retenus par les parties et les membres de leur personnel qui participent directement à la procédure, qui ont signé une entente de confidentialité dans le formulaire à l'annexe A;
- d) les fournisseurs de services d'examen de documents qui ont signé une entente de confidentialité dans le formulaire à l'annexe A.

[8] Sous réserve d'une autre ordonnance du Tribunal, du consentement des parties ou de l'intervenant qui a produit les documents protégés et qui a demandé leur confidentialité, du paragraphe 10 ci-dessous ou des exigences du droit, les documents protégés désignés comme étant « Confidentiel – Niveau B ») (« **documents confidentiels de niveau B** ») peuvent être divulgués uniquement aux personnes suivantes :

- a) les personnes décrites au paragraphe 7;
- b) les représentants désignés de la défenderesse qui ont signé une entente de confidentialité dans le formulaire joint à l'annexe A.

[9] Seuls les documents protégés de niveau A pertinents aux sujets concernant National Energy peuvent être divulgués aux experts indépendants de l'intervenante et aux membres de son personnel, ainsi qu'au fournisseur de services d'examen de documents de l'intervenant, et ce, uniquement après qu'ils ont signé une entente de confidentialité dans le formulaire joint à l'annexe A.

[10] Seuls les documents protégés de niveau B pertinents aux sujets concernant National Energy peuvent être divulgués aux représentants nationaux désignés, aux experts indépendants de l'intervenante et aux membres de son personnel ainsi qu'au fournisseur de services d'examen de documents de l'intervenant, et ce, uniquement après qu'ils ont signé un engagement de confidentialité dans le formulaire joint à la présente ordonnance à titre d'annexe A.

[11] Nonobstant toute disposition de la présente ordonnance, le commissaire peut divulguer tout document protégé de niveau A ou de niveau B qu'il a ainsi désigné, et qui n'a pas été produit dans la présente procédure par la défenderesse ou l'intervenant, ou qui provient autrement de la défenderesse ou de l'intervenante, à toute personne aux fins de préparation pour l'audition de la présente demande, sous réserve des limites prescrites par l'article 29 de la *Loi*.

[12] Une partie ou l'intervenant peut, en tout temps et avec un préavis raisonnable aux autres parties et à l'intervenante, établir une nouvelle désignation à l'égard de ses propres documents protégés de niveau A comme documents protégés de niveau B ou documents publics, et/ou peut établir une nouvelle désignation de ses propres documents protégés de niveau B comme documents publics. Lorsqu'une autre partie ou l'intervenant conteste la nouvelle désignation, le Tribunal doit décider de la désignation adéquate. Les documents faisant l'objet d'une nouvelle désignation comme documents publics cessent d'être des documents protégés et doivent faire partie du dossier public s'ils sont déposés en preuve à l'audition de la procédure, sauf si les parties et l'intervenante en conviennent autrement ou que le Tribunal l'ordonne. Si une partie ou l'intervenante modifie la désignation d'un document pour en faire un document confidentiel, une divulgation préalable de ce document ne constitue pas un manquement à la présente ordonnance.

[13] Si une partie (ou l'intervenante) est tenue, en vertu de la loi, de divulguer un document protégé, ou si une partie (ou l'intervenante) reçoit un avis écrit d'une personne ayant signé un engagement de confidentialité en application de la présente ordonnance selon lequel elle est tenue par la loi de divulguer un document protégé, cette partie (ou l'intervenante) doit transmettre sans tarder un avis écrit à la partie (ou à l'intervenante) qui a demandé la confidentialité à l'égard du document protégé pour qu'une ordonnance conservatoire ou que tout autre recours approprié puisse être demandé.

[14] L'avocat externe d'une partie et les membres de son personnel, l'avocat externe de l'intervenante et les membres de son personnel, l'avocat du commissaire, le commissaire et les membres de son personnel, ainsi que les experts indépendants et les membres de leur personnel peuvent faire des copies de tout document protégé dans la mesure où ils en ont besoin dans le cadre de la procédure.

[15] Aucune disposition de la présente ordonnance n'empêche une partie ou l'intervenante de bénéficier d'un accès complet aux documents protégés qui proviennent de cette partie ou de l'intervenante, selon le cas.

[16] Il est entendu que toutes les personnes qui obtiennent l'accès aux documents dans le cadre de la procédure en l'espèce sont assujetties à un engagement implicite à préserver la confidentialité des documents et des renseignements, et à utiliser les documents et les renseignements exclusivement aux fins de la procédure en l'espèce (y compris toute demande ou procédure pour exécuter toute ordonnance rendue par le Tribunal relativement à la procédure en l'espèce), ainsi que tout appel connexe.

[17] À l'audition de la procédure :

- a) les documents protégés déposés en preuve à l'audition de la procédure doivent être identifiés et clairement désignés comme tels, conformément à l'alinéa 6a), ci-dessus;
- b) le Tribunal peut décider si le document doit être traité comme un document protégé;
- c) les documents protégés ne doivent pas faire partie du dossier public, à moins que la partie ou les parties qui invoquent la confidentialité (ou l'intervenante dans la mesure où les documents sont des documents protégés désignés par l'intervenante) renoncent à la demande ou que le Tribunal décide que le document n'est pas un document protégé;
- d) Les documents à l'égard desquels aucun privilège ou aucune demande de confidentialité n'a été invoqué doivent, sauf si le Tribunal en décide autrement à l'audience, faire partie du dossier public dans la procédure en l'espèce s'ils sont déposés en preuve ou versés autrement au dossier. Les documents publics doivent porter la mention « Public » sur la première page du document.

[18] Les parties (et l'intervenante dans la mesure où les documents sont des documents protégés désignés par l'intervenante) doivent fournir au Tribunal des versions expurgées des documents protégés au moment où de tels documents sont déposés en preuve ou versés autrement au dossier. Ces versions expurgées doivent porter la mention « Public » sur la première page du document et doivent faire partie du dossier public dans la procédure en

l'espèce.

[19] La fin de la procédure ne dégage aucune personne à qui des documents protégés ont été divulgués, en vertu de la présente ordonnance, de l'obligation de préserver la confidentialité de ces documents protégés, conformément aux dispositions de la présente ordonnance, et de toute entente de confidentialité, sous réserve de toute autre ordonnance du Tribunal.

[20] À la fin ou à la décision définitive de la procédure et de tout appel connexe, tous les documents protégés et toutes les copies des documents protégés, à l'exception des documents protégés en la possession du commissaire et des membres de son personnel, doivent être détruits ou retournés à la partie (ou à l'intervenante dans la mesure où les documents sont des documents protégés désignés par l'intervenante) qui les a produits, sauf si la partie (ou l'intervenante) qui a produit les documents protégés déclare, par écrit, qu'ils peuvent être éliminés d'une autre façon, à condition que l'avocat externe aux parties, l'avocat du commissaire et l'avocat externe de l'intervenant puissent conserver un ensemble de documents protégés dans leurs dossiers.

[21] La présente ordonnance est assujettie à toute autre directive du Tribunal et peut être modifiée par une ordonnance du Tribunal.

FAIT à Ottawa, ce 20^e jour d'août 2014.

SIGNÉ au nom du Tribunal par le président.

(s) Donald J. Rennie

ANNEXE A :
ENTENTE DE CONFIDENTIALITÉ

COMPTE TENU des renseignements ou des documents fournis en rapport avec la présente demande, qui ont fait l'objet de demandes de traitement confidentiel (« **documents protégés** »),

Je, _____, de la ville de _____, de **[la province/de l'État]** _____, m'engage, par les présentes, à préserver la confidentialité de tout document protégé que j'obtiens et, en particulier :

1. Je m'engage à ne pas divulguer un document protégé à une autre personne, à l'exception d'une personne autorisée à le recevoir en vertu de l'ordonnance de confidentialité du Tribunal (le « **Tribunal** ») datée du _ 2014, ou de toute autre ordonnance pouvant être rendue par le Tribunal.
2. Je m'engage à ne pas utiliser les renseignements ou documents ainsi obtenus à des fins autres que dans le cadre de la procédure (y compris toute demande ou procédure pour exécuter toute ordonnance rendue par le Tribunal à l'égard de la procédure, et toute demande en vertu de l'article 106 de la *Loi sur la concurrence* en vue de modifier ou d'annuler toute ordonnance rendue par le Tribunal relativement à la procédure), ainsi que tous les appels connexes.
3. À la fin de la présente procédure et de tous les appels connexes, j'accepte que tous les documents protégés en ma possession soient traités conformément aux directives de l'avocat de la partie qui retient mes services ou tel que prescrit par l'ordonnance du Tribunal. Je peux conserver mes dossiers confidentiels, sous réserve des exigences en matière de confidentialité imposées par le présent engagement, les documents que j'ai préparés, par exemple mon rapport d'expert, ainsi que les résultats d'études et documents de nature générale qui ne reproduisent aucun renseignement confidentiel d'un document protégé.
4. J'ai lu l'ordonnance de confidentialité, dont une copie est annexée au présent engagement, et j'accepte d'y être lié. Je reconnais que tout manquement de ma part au présent engagement sera considéré comme un manquement à l'ordonnance de confidentialité rendue par le Tribunal de la concurrence.
5. Je reconnais et je conviens que la partie (ou National Energy Corporation dans la mesure où les documents sont des documents protégés désignés par National Energy Corporation) qui invoque la confidentialité à l'égard d'un document protégé peut ne pas avoir un recours approprié en droit et pourrait subir un préjudice irréparable dans l'éventualité où les dispositions du présent engagement ne sont pas exécutées conformément à ses modalités précises ou font par ailleurs l'objet d'un manquement. En conséquence, j'accepte que la partie (ou National Energy Corporation dans la mesure où les documents sont des documents protégés désignés par National Energy Corporation) qui invoque la confidentialité à l'égard d'un document protégé ait droit à une mesure injonctive pour empêcher les manquements à l'égard du présent engagement et, plus particulièrement, pour exécuter les modalités et les dispositions de celui-ci, en plus de tout autre recours auquel elle pourrait avoir droit en droit ou en équité.
6. Dans l'éventualité où je suis tenu par la loi de divulguer tout document protégé assujetti au présent engagement, je fournirai sans tarder à [insérer le nom de la partie qui retient les services ou qui est l'employeur] un avis écrit, de sorte que la personne qui a

invoqué la confidentialité à l'égard de ces renseignements ou documents puisse demander une ordonnance conservatoire ou d'autres recours appropriés. Quoi qu'il en soit, je fournirai uniquement la partie du document protégé qui est légalement requise et je mettrai tout en œuvre pour obtenir une assurance fiable qu'un traitement confidentiel lui sera accordé.

7. À la demande de la personne qui fournit le document protégé, je l'informerai sans tarder de l'endroit où je le conserve.

8. Par la présente, je m'en remets à la compétence du Tribunal de la concurrence pour régler tout différend découlant du présent accord.

SIGNÉ, SCELLÉ ET LIVRÉ devant témoin, ce _____ jour de _____.

Nom du signataire :

Nom du témoin :

AVOCATS

Pour le demandeur :

Le commissaire de la concurrence
Jonathan Hood

Pour la défenderesse :

Direct Energy Marketing Limited
Donald B. Houston
Julie Parla
Helen Richards
Justin H. Nasser

Pour l'intervenante :

National Energy Corporation
Adam Fanaki