



Référence : *La commissaire de la concurrence c Visa Canada Corporation et MasterCard International Incorporated*, 2011 Trib conc 17

N° de dossier : CT-2010-10

N° de document du greffe : 345

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

ET AFFAIRE CONCERNANT une demande présentée par la commissaire de la concurrence aux termes de l'article 76 de la *Loi sur la concurrence*;

ET AFFAIRE CONCERNANT certains accords ou ententes mis en œuvre ou exécutés par Visa Canada Corporation et MasterCard International Incorporated.

ENTRE :

La commissaire de la concurrence
(demanderesse)

et

Visa Canada Corporation
MasterCard International Incorporated
(défenderesses)

et

La Banque Toronto-Dominion
L'Association des banquiers canadiens
(intervenantes)

Date de l'audience : Le 4 octobre 2011

Devant la membre judiciaire : Madame la juge Simpson (présidente)

Date de l'ordonnance : Le 5 octobre 2011

Ordonnance signée par : Madame la juge Sandra J Simpson



ORDONNANCE DE CONFIDENTIALITÉ (PRÉVENTIVE)

[1] PAR SUTIE DE la demande, sur consentement, présentée par la commissaire de la concurrence (la « **commissaire** ») en vue d'obtenir une ordonnance de confidentialité (préventive);

[2] ET PAR SUTIE DU projet d'ordonnance de confidentialité (préventive) déposé sur consentement par la commissaire, Visa Canada Corporation (« **Visa** »), MasterCard International Incorporated (« **MasterCard** »), la Banque Toronto-Dominion (« **TD** ») et l'Association des banquiers canadiens (l'« **ABC** »);

[3] ET ATTENDU que les parties à la présente ordonnance reconnaissent et sont d'accord que la divulgation publique de certains documents relatifs à l'espèce pourrait causer un préjudice direct et déterminé, car de tels documents contiennent des renseignements sensibles et/ou exclusifs d'un point de vue concurrentiel, y compris, sans pour autant s'y limiter, des ententes contractuelles, des renseignements opérationnels, des budgets et des états financiers, des plans stratégiques et des études de marché internes.

LE TRIBUNAL ORDONNE CE QUI SUIIT :

[4] Les définitions suivantes s'appliquent dans la présente ordonnance :

- a) « **défenderesses** » désigne Visa et MasterCard, tandis que « **défenderesse** » désigne l'une ou l'autre d'entre elles;
- b) « **intervenantes** » désigne TD et ABC, tandis qu'« **intervenante** » désigne l'une ou l'autre d'entre elles;
- c) « **documents de la commissaire** » s'entend (i) des documents provenant de la commissaire, qui sont énumérés dans l'affidavit de document de la commissaire et (ii) des documents qui sont ou peuvent être autrement déposés ou produits dans le cadre de la présente demande ou de n'importe quelle demande connexe présentée par la commissaire, autres que les documents des défenderesses ou des intervenantes;
- d) « **documents confidentiels de la commissaire** » s'entend des documents de la commissaire désignés par la commissaire comme étant des « documents sensibles », des documents « confidentiels de niveau A » ou des documents « confidentiels de niveau B », dans le but d'indiquer les personnes qui sont autorisées à les consulter. Il est entendu que, sous réserve du paragraphe 4b) ci-dessus, seule la commissaire peut alléguer une demande relative au caractère confidentiel des documents de la commissaire;
- e) « **documents des défenderesses** » s'entend (i) des documents provenant des défenderesses, (ii) des documents énumérés dans les affidavits de documents des défenderesses et (iii) des documents qui sont ou peuvent être autrement déposés ou produits dans le cadre de la présente demande ou de n'importe quelle demande connexe présentée par les défenderesses, autres que les documents de la commissaire ou des intervenantes;

- f) « **documents confidentiels des défenderesses** » s'entend des documents des défenderesses désignés par les défenderesses comme étant des « documents sensibles », des documents « confidentiels de niveau A » ou des documents « confidentiels de niveau B », dans le but d'indiquer les personnes qui sont autorisées à les consulter. Il est entendu que, sous réserve du paragraphe 4b) ci-dessus, seules les défenderesses peuvent alléguer une demande relative au caractère confidentiel des documents des défenderesses;
- g) « **documents des intervenantes** » s'entend (i) des documents provenant des intervenantes, (ii) des documents énumérés dans les affidavits de documents des intervenantes et (iii) des documents qui sont ou peuvent être autrement déposés ou produits dans le cadre de la présente demande ou de n'importe quelle demande connexe présentée par les intervenantes, autres que les documents de la commissaire ou des défenderesses;
- h) « **documents confidentiels des intervenantes** » s'entend des documents des intervenantes désignés par les intervenantes comme étant des « documents sensibles », des documents « confidentiels de niveau A » ou des documents « confidentiels de niveau B » dans le but d'indiquer les personnes qui sont autorisées à les consulter. Il est entendu que, sous réserve du paragraphe 4b) ci-dessus, seules les intervenantes peuvent alléguer une demande relative au caractère confidentiel des documents des intervenantes;
- i) « **documents protégés** » s'entend des documents confidentiels de la commissaire, des défenderesses et des intervenantes, collectivement. Il est entendu que les « **documents protégés** » incluent les renseignements contenus dans ces documents;
- j) « **documents sensibles** » s'entend d'un accord (et tout document relatif à la création d'un tel accord) que Visa et MasterCard ont chacune avec leur émetteur de cartes de crédit et/ou leurs clients, lesquels peuvent être désignés autant par une défenderesse que par une intervenante. Visa, MasterCard, TD et l'ABC produiront chacune une liste établissant quels documents parmi leurs documents produits sont des « **documents sensibles** », dans les 20 jours suivant la délivrance de la présente ordonnance de confidentialité (préventive) et fourniront cette liste à toutes les parties et aux intervenantes;
- k) « **invoquer** », utilisé en référence aux documents sensibles, désigne toute situation où l'un ou plusieurs documents sensibles sont mentionnés :
- (i) lors d'un interrogatoire préalable relatif à la présente demande;
 - (ii) dans la déclaration d'un témoin déposée auprès du Tribunal de la concurrence dans le cadre de la présente demande;
 - (iii) dans un rapport d'expert déposé auprès du Tribunal de la concurrence dans le cadre de la présente demande;
 - (iv) dans un document invoqué ou qui doit être invoqué lors de l'audience

de la présente demande;

- (v) dans un exposé écrit déposé auprès du Tribunal de la concurrence dans le cadre de la présente demande;
- (vi) lors de l'audience de la présente demande;
- l) « **documents sensibles pertinents** » s'entend des documents sensibles qui sont invoqués dans la présente instance par la commissaire, Visa, MasterCard, TD ou l'ABC;
- m) « **niveau de confidentialité d'un document** » si un document provient de plusieurs parties ou intervenantes, les parties et/ou les intervenantes en question doivent faire tout ce qui est raisonnablement possible de faire pour désigner le niveau de confidentialité approprié du document, faute de quoi les parties et/ou les intervenantes peuvent, tel qu'établi au paragraphe 10 ci-dessous, présenter une demande au Tribunal afin que ce dernier désigne le niveau de confidentialité approprié du document. En attendant le règlement d'un tel désaccord, le paragraphe 10 ci-dessous régit la désignation du niveau de confidentialité du document en question;
- n) « **partie** » désigne tant la commissaire qu'une des défenderesses, tandis que « **parties** » désigne la commissaire et les défenderesses, collectivement;
- o) « **représentants désignés** » s'entend des personnes désignées par l'une des défenderesses ou l'une des intervenantes, conformément au paragraphe 16 ci-dessous;
- p) « **expert** » désigne un expert retenu par une partie ou une intervenante, qui :
 - (i) n'est pas actuellement un employé de l'une ou l'autre des défenderesses ou d'une intervenante, ou de l'une de leurs filiales;
 - (ii) n'a pas été un employé de l'une ou l'autre des défenderesses ou d'une intervenante, ou de l'une de leurs filiales dans les deux années précédant la date de la présente ordonnance;
 - (iii) n'est pas actuellement un employé d'un compétiteur de l'une ou l'autre des défenderesses ou d'une intervenante, ou de l'une de leurs filiales;

[5] La présente ordonnance s'applique à toutes les personnes, dans la mesure où elles doivent accéder aux documents protégés dans le cadre des procédures de la présente demande, à condition que les renseignements, qui sont publics ou qui le deviendront (autrement que par inadvertance ou en raison d'une violation à la présente ordonnance), ne soient pas considérés comme un document protégé en vertu de la présente ordonnance.

[6] Sous réserve du consentement écrit de la partie ou de l'intervenante qui a demandé la confidentialité du document protégé, ou sous réserve de la présente ordonnance ou d'une autre ordonnance du Tribunal, aucun document protégé ne peut être divulgué.

[7] La présente ordonnance et son annexe s'appliquent à tous les documents produits dans le cadre de la présente instance, conformément à la procédure de divulgation énoncée dans le cadre de la présente demande. Il est entendu que la présente ordonnance ne s'applique pas aux copies, papier ou numériques, de documents protégés dont une partie ou une intervenante (ou leur avocat externe) a pris possession, et ce, indépendamment et préalablement à la procédure de divulgation énoncée dans le cadre de la présente demande.

[8] Les documents protégés désignés comme étant des documents sensibles ne peuvent être divulgués que conformément au paragraphe 12 ci-dessous. Les documents sensibles pertinents ne peuvent être divulgués que conformément au paragraphe 13 ci-dessous. Les documents protégés désignés comme étant des documents confidentiels de niveau A ne peuvent être divulgués que conformément au paragraphe 14 ci-dessous. Les documents protégés désignés comme étant des documents confidentiels de niveau B ne peuvent être divulgués que conformément aux paragraphes 15 et 16 ci-dessous.

[9] Les documents protégés, désignés comme étant des documents sensibles, doivent être énoncés dans une liste préparée par la partie revendiquant la détermination conformément au paragraphe 4b) de la présente ordonnance. Les documents protégés désignés comme étant des documents confidentiels de niveau A doivent porter la mention évidente « Confidentiel – Niveau A », « Hautement confidentiel » ou « Interdiction de divulgation » sur le document et sur chaque page déclarée comme étant confidentielle. Les documents protégés désignés comme étant des documents confidentiels de niveau B doit comporter la mention évidente « Confidentiel – Niveau B » sur le document et sur chaque page déclarée comme étant confidentielle.

[10] Les parties et les intervenantes prendront toutes les mesures possibles afin de régler tout problème qui pourrait être soulevé entre elles concernant une allégation du caractère confidentiel ou du niveau de confidentialité approprié de documents protégés. Dans le cas d'un désaccord concernant le caractère confidentiel ou la désignation du niveau approprié de confidentialité d'un document, celui-ci est réputé être un document sensible ou un document confidentiel de niveau A, selon le cas, en attendant le règlement du désaccord. Si un accord n'est pas conclu, une partie et les intervenantes peuvent alors présenter une demande au Tribunal afin que ce dernier désigne le caractère confidentiel ou le niveau approprié de confidentialité d'un document.

[11] Une partie ou une intervenante peut, en tout temps et avec un préavis raisonnable à l'autre (aux autres) partie(s) et à l'intervenante (ou aux intervenantes), établir une nouvelle désignation à l'égard de ses propres documents protégés ou établir une nouvelle désignation de ses documents protégés comme documents publics. Les documents faisant l'objet d'une nouvelle désignation comme documents publics cessent d'être des documents confidentiels 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.

[12] Sous réserve du paragraphe 17 ci-dessous, les documents protégés désignés comme étant des documents sensibles ne peuvent être divulgués qu'à la commissaire, à l'avocat de la commissaire, aux membres du personnel de l'avocat ou de la commissaire directement impliqués dans la demande, aux fournisseurs de services d'examen de documents tiers (« **fournisseurs de services d'examen de documents** ») engagés par la commissaire et, lorsque la divulgation est nécessaire à la réalisation de leur mandat, aux experts engagés par la commissaire et aux membres du personnel des experts directement impliqués dans la

demande, ainsi qu'aux avocats externes respectifs de Visa et de MasterCard et aux experts respectifs des défenderesses.

[13] Sous réserve du paragraphe 17 ci-dessous, les documents sensibles pertinents ne peuvent être divulgués qu'à la commissaire, à l'avocat de la commissaire, aux experts de la commissaire et à ses fournisseurs de services d'examen de documents, à l'avocat externe de Visa, aux experts de Visa et à ses fournisseurs de services d'examen de documents, à l'avocat externe de MasterCard, aux experts de MasterCard et à ses fournisseurs de services d'examen de documents, à l'avocat externe de TD, aux experts de TD et à ses fournisseurs de services d'examen de documents, et à l'avocat externe de l'ABC, aux experts de l'ABC et à ses fournisseurs de services d'examen de documents.

[14] Sous réserve du paragraphe 17 ci-dessous, les documents protégés désignés comme étant des documents confidentiels de niveau A ne peuvent être divulgués qu'à la commissaire, à l'avocat de la commissaire, aux membres du personnel de l'avocat et aux membres du personnel de la commissaire directement impliqués dans la demande, aux avocats externes des défenderesses directement impliqués dans la demande, aux avocats externes des intervenantes directement impliqués dans la demande, aux membres du personnel des avocats directement impliqués dans la demande, aux fournisseurs de services d'examen de documents engagés par une des parties ou l'une des intervenantes et, lorsque la divulgation est nécessaire à la réalisation de leur mandat, aux experts engagés par les parties ou les intervenantes et aux employés des experts directement impliqués dans la demande.

[15] Sous réserve du paragraphe 17 ci-dessous, les documents protégés désignés comme étant des documents confidentiels de niveau B ne peuvent être divulgués qu'aux personnes identifiées au paragraphe 16 ci-dessous.

[16] Les défenderesses et les intervenantes peuvent chacune désigner jusqu'à trois employés de leur société et jusqu'à six avocats internes pour les représenter (les « **représentants désignés** »), qui :

- (a) dans le cas de MasterCard, seront autorisés à accéder aux documents protégés désignés comme étant des documents confidentiels de niveau B par la commissaire, Visa et les intervenantes;
- (b) dans le cas de Visa, seront autorisés à accéder aux documents protégés désignés comme étant des documents confidentiels de niveau B par la commissaire, MasterCard et les intervenantes;
- (c) dans le cas de TD, seront autorisés à accéder aux documents protégés désignés comme étant des documents confidentiels de niveau B par la commissaire, les défenderesses et l'ABC;
- (d) dans le cas de l'ABC, seront autorisés à accéder aux documents protégés désignés comme étant des documents confidentiels de niveau B par la commissaire, les défenderesses et TD.

La désignation des représentants désignés doit se faire par un avis écrit déposé auprès du Tribunal, dont une copie est envoyée simultanément à toutes les parties et aux intervenantes.

[17] Nonobstant une disposition de la présente ordonnance, la commissaire peut divulguer les documents confidentiels de la commissaire à toute personne à des fins de préparation à l'audience de la présente demande, sous réserve des limites prévues à l'article 29 de la *Loi sur la concurrence*.

[18] Les experts, les fournisseurs de services d'examen de documents et les représentants désignés ne peuvent pas divulguer directement ou indirectement des documents protégés à toute autre personne, sauf aux personnes autorisées à recevoir de tels documents protégés conformément à la présente ordonnance ou toute autre ordonnance rendue par le Tribunal.

[19] Avant de pouvoir obtenir l'accès aux documents protégés, chaque expert, fournisseur de services d'examen de document et représentant désigné doit signer une entente de confidentialité conforme au modèle joint à l'annexe A de la présente ordonnance (« **entente de confidentialité** »).

[20] Si une partie, une intervenante, un représentant désigné, un fournisseur de services d'examen de documents ou un expert, est tenue, en vertu de la loi, de divulguer un document protégé, ou une partie du dit document, elle doit, avant sa divulgation, en aviser rapidement par écrit la partie ou l'intervenante qui allègue le caractère confidentiel du (des) document(s) en question, y compris au moyen d'une description du (des) document(s) à divulguer, afin que cette partie ou cette intervenante ait, selon le cas, l'occasion raisonnable de solliciter une ordonnance préventive ou une autre réparation.

[21] Il est entendu que toutes les personnes, y compris la commissaire et les membres de son personnel, qui obtiennent l'accès aux documents, y compris aux documents protégés, lors de l'interrogatoire préalable dans le cadre de la présente demande, sont assujetties à un engagement implicite à utiliser les documents et les renseignements qu'ils contiennent exclusivement aux fins de la procédure en l'espèce et des procédures connexes.

[22] Les documents à l'égard desquels aucun privilège ou aucune demande de confidentialité n'a été invoqué doivent faire partie du dossier public dans la procédure en l'espèce s'ils sont déposés en preuve à l'audience de la présente demande ou versés autrement au dossier.

[23] Le caractère confidentiel des documents protégés (y compris les documents sensibles et les documents sensibles pertinents) doit être maintenu avant, pendant et après l'audience de la demande. Les documents protégés (y compris les documents sensibles et les documents sensibles pertinents) ne font pas partie du dossier public de la demande ou de toute autre instance, à moins que les parties, ou les parties et une intervenante dans le cas de documents protégés (y compris les documents sensibles et les documents sensibles pertinents) fournis par cette intervenante, s'accordent sur autre chose ou que le Tribunal ordonne autrement après avoir entendu les exposés des parties et, le cas échéant, de l'intervenante. Si les renseignements contenus dans un document protégé (y compris un document sensible ou un document sensible pertinent) apparaissent dans un autre document et si ce document est déposé en preuve à l'audience de la présente demande ou dans le cadre d'une autre instance, le document sera qualifié de document protégé ayant le même niveau de confidentialité que le niveau applicable au document protégé duquel proviennent les renseignements.

[24] La présente ordonnance ne détermine pas l'admissibilité des documents en preuve à l'audience de la présente demande. Il est entendu que la présente ordonnance ne porte atteinte à aucun des droits que les parties ou les intervenantes pourraient invoquer pour s'opposer au dépôt ou à la production de documents.

[25] 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 sous réserve de toute autre ordonnance que le Tribunal pourrait rendre.

La présente ordonnance est assujettie à toute autre directive ou ordonnance du Tribunal, y compris une ordonnance ou une directive relative à l'utilisation des documents protégés à l'audience de l'espèce.

FAIT à Ottawa, ce 5^e jour d'octobre 2011.

SIGNÉE au nom du Tribunal par la présidente.

(s) Sandra J Simpson

ANNEXE A

Entente de confidentialité

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

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 :

Je m'engage à ne pas reproduire ou divulguer les renseignements protégés à une autre personne, à l'exception, selon le cas, a) aux membres de mon personnel qui sont directement impliqués dans l'affaire, b) à l'avocat de la partie ou de l'intervenante qui a retenu mes services, aux membres de sa société qui sont directement impliqués dans la présente demande et, dans le cas de la commissaire, aux membres du personnel de la commissaire qui sont directement impliqués dans la demande, c) à d'autres experts engagés par la partie ou l'intervenante ou en leur nom, qui a retenu mes services et qui a signé une entente de confidentialité similaire avec les parties ou les intervenantes à la présente demande, et d) aux personnes autorisées par une ordonnance du Tribunal de la concurrence. De plus, je n'utiliserai pas les renseignements confidentiels obtenus à d'autres fins que celles touchant à la présente demande et à toute procédure connexe.

À la fin de la présente procédure et de toutes les procédures connexes, j'accepte que tous les renseignements confidentiels, et toute copie de ces renseignements, en ma possession soient traités conformément aux directives de l'avocat de la partie ou de l'intervenante qui retient mes services ou tel que prescrit par l'ordonnance du Tribunal. Je reconnais et accepte que la fin de la présente demande et de toute procédure connexe ne me dégage pas de l'obligation de maintenir la confidentialité des renseignements confidentiels, conformément aux dispositions de la présente entente et sous réserve de toute autre ordonnance rendue par le Tribunal.

Je reconnais avoir pris connaissance de l'ordonnance rendue par le Tribunal de la concurrence le _____ à cet égard, dont une copie est jointe à la présente entente, et accepte d'y être lié. Je reconnais qu'une violation à la présente entente de ma part sera considérée comme une violation de ladite ordonnance du Tribunal de la concurrence. Je reconnais et accepte également que toute partie ou intervenante a droit d'obtenir un jugement déclaratoire afin de prévenir d'éventuelles violations de la présente entente et de spécifiquement appliquer les modalités et les dispositions de la présente, en plus de toute réparation à laquelle elles peuvent obtenir en droit ou en équité.

Dans l'éventualité où je suis tenu par la loi de divulguer tout renseignement confidentiel, je fournirai, sans tarder, à [inscrire le nom de la partie ou de l'intervenante ayant retenu ses services] un avis écrit, de sorte que la partie ou l'intervenante qui a invoqué la confidentialité à l'égard de ces renseignements confidentiels puisse solliciter une ordonnance préventive ou d'autres recours appropriés. Quoi qu'il en soit, je fournirai uniquement la partie des renseignements confidentiels qui est légalement requise et je mettrai tout en œuvre pour obtenir une assurance fiable qu'un traitement confidentiel lui sera accordé.

À la demande de la personne qui fournit les renseignements confidentiels, je l'informerai sans tarder de l'endroit où je le conserve. À la fin de mon implication, selon les instructions de la personne ayant fourni les renseignements confidentiels, je détruirai, retournerai ou disposerai autrement de tous les renseignements personnels que j'ai obtenus ou produits en fonction de ce qui m'est dûment autorisé et demandé de faire.

Par la présente, je m'en remets à la compétence de la Cour fédérale du Canada et/ou du Tribunal de la concurrence pour régler tout différend découlant du présent accord.

FAITE ce ____ jour de _____ 2011.

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

_____ (sceau)
Témoin

AVOCATS :

Pour la demanderesse :

La commissaire de la concurrence
Kent E. Thomson
Adam Fanaki
William J. Miller
Davit D. Akman

Pour les défenderesses :

MasterCard International Incorporated
Jeffrey B. Simpson
David W. Kent
James B. Musgrove

Visa Canada Corporation
Robert Kwinter
Randall Hofley
Navin Joneja

Pour les intervenantes :

La Banque Toronto-Dominion
F. Paul Morrison
Glen G. MacArthur
Christine Lonsdale

L'Association des banquiers canadiens

Mahmud Jamal
Michelle Lally
Jason MacLean