

Competition Tribunal



Tribunal de la concurrence

CT - 1994/001 – Doc # 57  
No. Document du greffe : 167

AFFAIRE CONCERNANT une demande présentée par le directeur des enquêtes et recherches en vertu de l'article 79 de la *Loi sur la concurrence*, LRC 1985, c C-34;

ET AFFAIRE CONCERNANT certaines pratiques  
d'AC Nielsen Company of Canada Limited.

ENTRE :

Le directeur des enquêtes et recherches

Demandeur

- et -

AC Nielsen Company of Canada Limited,

Défenderesse

- et -

Information Resources, Inc

Intervenante



**MOTIFS DE L'ORDONNANCE DE CONFIDENTIALITÉ (PRÉVENTIVE)**

---

**Date de la conférence préparatoire à l'audience :**

Le 14 juillet 1994

**Membre judiciaire présidant l'audience :**

Monsieur le juge William P. McKeown

**Membre non-juriste :**

Le Dr Frank Roseman

**Avocats du demandeur :**

**Le directeur des enquêtes et recherches**

Donald B. Houston  
David Wolinsky  
Bruce C. Caughill

**Avocats de la défenderesse :**

**A.C. Nielsen Company of Canada Limited**

Randal T. Hughes  
Lawrence E. Ritchie  
Karen Groulx

**Avocats de l'intervenante :**

**Information Resources, Inc**

Gavin MacKenzie  
Geoffrey P. Cornish

## TRIBUNAL DE LA CONSURRENCE

### MOTIFS DE L'ORDONNANCE DE CONFIDENTIALITÉ (PRÉVENTIVE)

---

*Directeur des enquêtes et recherches*

*c*

*AC Nielsen Company of Canada Limited*

#### **I. INTRODUCTION**

Lors de la conférence préparatoire à l'audience du 14 juillet 1994, le Tribunal a examiné diverses requêtes relatives aux documents dont la confidentialité est invoquée par les parties et l'intervenante. Les procédures relatives à la conférence préparatoire à l'audience ont été grandement facilitées par le fait que tous les avocats ont convenu que, pour le moment, tous les documents dont la confidentialité a été invoquée seraient assujettis à une ordonnance préventive en restreignant l'accès. Les contestations de revendications de confidentialité, ou de niveau de confidentialité accordé, en ce qui concerne chaque document, ont été reportées à une conférence préparatoire à l'audience qui aura lieu début octobre. Cela semble tout à fait raisonnable, en ce sens que bon nombre des documents qui pourraient à présent faire l'objet de débats houleux en ce qui concerne leur statut confidentiel pourraient s'avérer inutiles aux fins de l'audition de la présente demande. Au début du mois d'octobre, les parties et l'intervenante devraient avoir une meilleure idée des documents susceptibles d'être présentés en preuve. Les questions qui restaient à régler étaient toutes liées aux modalités d'accès aux documents protégés<sup>1</sup> par les parties, l'intervenante, leurs avocats et experts.

---

<sup>1</sup> Pour des raisons de clarté, l'expression « documents protégés » est utilisée pour désigner les documents ayant fait l'objet d'une demande de traitement confidentiel. À ce stade, aucune tentative visant à déterminer le statut confidentiel de chaque document n'a été faite.

Dans leurs affidavits de documents, produits en conformité avec les Règles de procédure du Tribunal, le directeur des enquêtes et recherches (le « **Directeur** ») et la défenderesse, AC Nielsen Company of Canada Limited (« **Nielsen** »), ont invoqué la confidentialité de certains des documents énumérés dans les affidavits et cherché à en restreindre l'accès. En ce qui concerne le Directeur, un document a fait l'objet d'une demande de confidentialité; pour ce qui est de Nielsen, la confidentialité de la majorité des 840 documents mentionnés dans l'affidavit a été invoquée. Le 18 juin 1994, après la requête présentée par Nielsen, le Tribunal a ordonné à l'intervenante, Information Resource Inc (« **IRI** »), de produire un affidavit de documents énumérant tous les documents se rapportant à trois domaines.<sup>2</sup> IRI a, quant à elle, invoqué la confidentialité de la majorité des 152 documents énumérés dans son affidavit, y compris un document également énuméré dans l'affidavit du Directeur. Le 24 juin 1994, il a été exigé du Directeur qu'il fournisse les résumés des faits importants contenus dans plusieurs groupes de documents pour lesquels il a revendiqué le privilège.<sup>3</sup> Le Directeur a demandé le traitement confidentiel de ces résumés.

## II. REQUÊTE PRÉSENTÉE PAR NIELSEN

Nielsen a présenté une requête visant à limiter l'accès à ses documents protégés aux avocats du Directeur et au Directeur, aux membres de son personnel et aux consultants ou experts dont il a retenu les services, après la signature d'une entente de confidentialité. Nielsen s'est opposée à toute divulgation de ses documents protégés à IRI, ses avocats ou experts. Le Directeur et IRI ont soutenu que les documents protégés de Nielsen devraient être divulgués aux avocats et experts retenus par IRI. IRI n'a pas demandé que ces documents soient fournis aux représentants de la société elle-même.

---

2 (18 juin 1994), CT9401/22, Ordonnance relative aux affidavits de documents, [1994] DTCC n° 3 (QL).

3 (24 juin 1994), CT9401/30, Directives concernant la requête de la défenderesse, [1994] DTCC n° 6 (QL).

Les arguments des avocats de Nielsen portaient en particulier sur la question de savoir si IRI demandait l'accès aux documents de Nielsen afin de présenter des arguments utiles à titre d'*intervenante*, et non pas comme « co-demanderesse ». Les avocats ont fait valoir que la demande d'autorisation d'intervenir présentée par IRI expose sa position, qui, à bien des égards, est identique à celle du Directeur, qui a accès à tous les documents de Nielsen. Il a en outre été soutenu que, dans la mesure où les observations présentées par IRI diffèrent de celles présentées par le Directeur, particulièrement en ce qui concerne les affaires menées par IRI dans des pays autres que le Canada, et l'allégation selon laquelle la situation au Canada a eu une incidence sur sa capacité à faire concurrence sur ces autres marchés, il n'est pas nécessaire qu'IRI ait accès aux documents de Nielsen pour relater ses expériences.

Lors de la conférence préparatoire à l'audience, le Tribunal a statué que les avocats et les témoins experts retenus par IRI obtiendraient l'accès aux documents confidentiels de Nielsen. Comme indiqué brièvement à ce moment-là, nous sommes d'avis que le critère applicable est la

mise en balance du préjudice causé à Nielsen et la capacité d'IRI à présenter efficacement des observations. Nous convenons avec le Directeur qu'en comparant le tort causé à Nielsen, en raison de la divulgation de ces documents aux avocats et experts retenus par IRI, au préjudice que subirait IRI, si aucune divulgation n'était ordonnée, le rôle d'IRI en tant qu'intervenante, plutôt que partie, entre en ligne de compte. De toute évidence, un préjudice potentiel causé à une partie pèse plus lourd qu'un préjudice potentiel causé à une intervenante.

Nielsen n'a pas soutenu qu'elle subirait un préjudice du fait de la divulgation des documents confidentiels aux avocats et experts d'IRI. Toutefois, la non-divulgation de ces documents affecte la capacité d'IRI à intervenir efficacement et à aider le Tribunal par son intervention. Nous sommes d'accord avec les avocats de Nielsen qu'il convient de reconnaître et de maintenir une distinction entre une partie et une intervenante dans le cadre de la présente procédure. Nous n'accordons pas l'accès aux documents protégés de Nielsen aux avocats et experts retenus par IRI, pour des raisons de réciprocité avec Nielsen. (IRI ne s'est pas opposée à la divulgation de ses documents protégés aux avocats et experts retenus par Nielsen.) IRI n'est pas une « co-demanderesse » ni une partie dans le cadre de la présente procédure; elle est une intervenante et, à ce titre, elle possède certains droits de participation, quoique limités. Le Directeur représente l'intérêt public; IRI a manifestement un intérêt personnel dans l'issue de la demande. Dans une certaine mesure, ces différents intérêts peuvent coïncider. Cependant, IRI a obtenu le statut d'intervenante dans le but de représenter efficacement ses propres intérêts.

L'ordonnance du 18 juin 1994 a accordé à IRI le droit présenter des témoignages d'expert et de demander à présenter des preuves factuelles sous certaines conditions. IRI a également le droit de présenter des observations dans le cadre de sa plaidoirie, au sujet des questions relevant de son intérêt particulier. Nous estimons que le droit d'IRI de présenter des témoignages d'expert serait en grande partie annulé s'il était maintenu dans l'ignorance des faits sur lesquels se fonde la présente affaire, jusqu'au moment de la présentation des éléments de preuve à l'audience. De même, cela aurait inutilement compromis le processus, si IRI avait dû faire cette demande au Directeur, ou après refus de ce dernier, au Tribunal, afin de présenter des preuves factuelles relevant de son intérêt, sans connaître les faits devant être présentés par les parties. La préparation par les avocats d'IRI, de l'argument final concernant les intérêts de leur client sera également facilitée.

Nous rejetons l'argument présenté dans le mémoire d'IRI en réponse à la requête de Nielsen, selon lequel ses avocats ont besoin d'accéder aux documents de Nielsen afin d'« aider » les avocats du Directeur à se préparer à l'interrogatoire préalable de Nielsen et à l'audience. Nous tenons à signaler que les avocats du Directeur n'ont pas avancé un tel argument et nous insistons sur le fait que nous n'accordons pas l'accès aux documents confidentiels à IRI afin qu'elle puisse « aider » le demandeur, mais plutôt pour qu'elle puisse s'acquitter de son rôle particulier à titre d'intervenante. En comparant le tort causé à IRI, en qualité d'intervenante, en raison de la non-divulgation des documents confidentiels, à l'absence complète de préjudice à Nielsen, du fait de la divulgation de ces documents aux avocats et experts, nous en sommes venus à la conclusion que le degré de divulgation demandé était justifié.

### III. REQUÊTE PRÉSENTÉE PAR IRI

Dans sa requête, IRI a réparti ses documents protégés en trois catégories : niveau A, niveau B et niveau C. Le Directeur, les membres de son personnel, les avocats et experts dont il a retenu les services et les avocats et experts retenus par Nielsen auraient accès à tous les documents protégés, indépendamment de la catégorie. La seule différence entre ces catégories découle du degré d'accès autorisé aux représentants de Nielsen.

À l'exception de certaines questions relatives à la définition de l'expression « experts indépendants » et aux restrictions s'y appliquant, qui sont traitées séparément ci-dessous, il n'y a pas eu de différend par rapport aux modalités d'accès aux documents appartenant aux catégories B et C. IRI a décrit les documents de niveau B comme étant des lettres de demande d'emploi et des documents connexes reçus en rapport avec sa proposition d'instaurer un système de suivi du marché national par scanner au Canada, vers 1985, et ses activités ultérieures au Canada. IRI a cherché à restreindre l'accès à ces documents aux avocats et experts retenus par Nielsen, ainsi qu'à deux personnes désignées par Nielsen. IRI a décrit les documents de niveau C comme étant des documents que lui a fourni le Conseil canadien du commerce de détail, pour lui permettre d'élaborer la proposition susmentionnée. IRI a suggéré que ces documents soient mis à la disposition des avocats, experts et représentants de Nielsen, mais qu'ils ne soient pas rendus publics.

En ce qui concerne les documents de niveau B et C, le Tribunal a statué comme suit, pour reprendre les mots du juge qui a présidé l'audience :

En ce qui concerne les documents de catégorie B et C, je confirme à nouveau que ni le Directeur ni Nielsen n'ont fait opposition. L'accès aux documents confidentiels d'IRI relevant des catégories B et C sera restreint tel qu'énoncé dans le projet d'ordonnance proposée par IRI.<sup>4</sup>

[TRADUCTION]

---

<sup>4</sup> Transcription, p. 103 (14 juillet 1994).

Le conflit était axé sur les documents classés par IRI comme étant des documents de niveau A. Les avocats d'IRI ont fait savoir que, de manière générale, il s'agissait de documents de marketing, de relations publiques, de ventes et d'autres plans d'affaires d'IRI, plusieurs d'entre eux étant très récents et se rapportaient à la fois au système de suivi du marché national par scanner proposé par IRI, et à son entreprise de logiciel existante, au sein de laquelle IRI et Nielsen sont déjà concurrentes au Canada<sup>5</sup>. IRI a cherché à restreindre l'accès à ces documents aux avocats et experts retenus par Nielsen. Même en tenant compte d'une entente de confidentialité, et sans même présumer que les représentants de Nielsen ont fait preuve de mauvaise foi, les avocats d'IRI ont soutenu que les représentants à qui les documents ont été divulgués seraient placés dans une situation intolérable de conflit d'intérêts. Même si les représentants ne révélaient aucun renseignement confidentiel directement, il serait difficile, voire impossible pour eux, de ne pas tenir compte de ce qu'ils avaient appris, au moment de prendre les décisions subséquentes qu'ils sont tenus de prendre pour servir au mieux les intérêts de Nielsen.

Le Directeur a appuyé cette restriction, soulignant que l'accès par les représentants de Nielsen à ce type de renseignements au sujet d'un concurrent, actuel et potentiel, pourrait occasionner des effets concurrentiels néfastes indépendamment de l'issue de la présente demande.

Nielsen n'a pas contesté la nature confidentielle des documents, mais a soutenu que l'équité envers elle devrait être la principale préoccupation. On a fait valoir qu'étant donné que ces documents étaient sans doute les plus pertinents pour les considérations factuelles fondamentales, les représentants de Nielsen devaient y avoir accès (après signature d'une entente de confidentialité) pour donner des instructions adéquates aux avocats de Nielsen, afin que ces derniers se préparent à répondre à la demande du Directeur. Les avocats ont également soutenu que certains des documents comportaient des renseignements techniques pour lesquels une assistance opérationnelle serait nécessaire. D'autre part, les avocats d'IRI ont affirmé que ces documents comportaient des renseignements en grande

---

<sup>5</sup> Pour une description plus détaillée, consulter l'affidavit souscrit par Edward S. Berger le 11 juillet 1994, au par. 10-11.

partie non techniques, bien que de nature très délicate. Les avocats de Nielsen ont fait savoir que ce dernier était prêt à envisager de désigner des représentants particuliers et à restreindre le nombre de représentants à qui les documents seraient divulgués.

Le 14 juillet 1994, le Tribunal a rendu la décision suivante :

Pour le moment, les documents appartenant à la catégorie A seront mis à disposition des avocats de Nielsen et des experts indépendants uniquement. Cette décision est rendue sous réserve du droit des avocats de Nielsen de saisir à nouveau le Tribunal après avoir consulté les experts, afin de demander que les documents particuliers soient fournis aux représentants désignés de Nielsen.

À ce moment-là, à moins que Nielsen et IRI soient en mesure de parvenir à une entente sur la question, nous entendrons les observations des deux parties et d'IRI à huis clos.

Nous estimons que nous serons alors mieux en mesure de trouver un juste équilibre concernant les principaux intérêts divergents dans le cadre de la divulgation de documents particuliers à un ou plusieurs représentants désignés. Nous ne restreignons aucunement le délai d'une telle requête, mais formulons l'espoir qu'elle ne survienne qu'après l'interrogatoire préalable<sup>6</sup>.

[TRADUCTION]

Une fois de plus, en appliquant le critère de pondération, nous avons évalué le préjudice potentiel que subirait IRI, du fait de la divulgation de ces documents, par rapport au préjudice potentiel que subirait Nielsen lors de la préparation en vue de l'audience, si les documents n'étaient pas complètement divulgués aux représentants de ce dernier. Même en mettant davantage l'accent sur l'équité envers Nielsen, en tant que partie à la présente demande, faisant face à la possibilité qu'une ordonnance soit délivrée contre elle, nous n'étions pas disposés à rendre une décision selon laquelle les représentants de Nielsen devraient avoir accès à tous les documents de niveau A. La nature « générale » de la demande et des arguments mis en avant par les avocats de Nielsen nous préoccupait. Même si nous avons reconnu que les avocats de Nielsen pourraient avoir plus de mal à

obtenir des directives et de l'assistance technique à l'égard de quelques documents et situations, sans l'aide des représentants de Nielsen, nous n'étions pas convaincus que cela ferait complètement obstacle à la préparation efficace des avocats de Nielsen ou que cet argument s'appliquait de la même manière à tous les documents de la catégorie A. Par conséquent, nous avons refusé d'imposer la divulgation

<sup>6</sup> Transcription, pp. 103-4 (14 juillet 1994).

massive des documents aux représentants de Nielsen, sur la base que le préjudice potentiel considérable découlant de cette divulgation, à la fois pour IRI et pour la concurrence au Canada, nous semblait, du moins à ce stade-ci, l'emporter sur la préoccupation générale soulevée par les avocats de Nielsen.

Alors que nous n'étions pas prêts à ordonner la divulgation de tous les documents de niveau A à ce stade, notre décision du 14 juillet 1994 laissait expressément ouverte aux avocats de Nielsen, la possibilité de saisir à nouveau le Tribunal, pour demander la divulgation de documents particuliers ou de parties de documents, aux représentants désignés de Nielsen. Nous sommes d'avis que le Tribunal sera mieux en mesure de concilier les intérêts divergents en jeu, lorsqu'il sera saisi d'une situation factuelle particulière, plutôt que d'une demande générale de divulgation de tous les documents aux représentants de Nielsen.

Il y a eu d'autres différends entre Nielsen et IRI, en ce qui concerne la définition appropriée de l'expression « expert indépendant » et les éventuelles restrictions sur le nombre et le type d'experts susceptibles d'être retenus. Lors de la conférence préparatoire à l'audience, le Tribunal a statué comme suit :

En ce qui concerne les experts, nous convenons que l'expression « expert indépendant » exclut les employés actuels et anciens de Nielsen. Nous ne sommes pas disposés à restreindre davantage cette définition, à moins que les parties et IRI n'en conviennent ainsi. Nous sommes disposés à limiter le nombre d'experts pouvant être consultés par une partie ou par l'intervenante. Nous fixerions ce nombre à six au départ, encore une fois, sous réserve du droit d'une partie ou de l'intervenante de se présenter à nouveau devant nous pour demander que ce nombre soit revu à la hausse.

Nous exigerions également aux experts de signer une entente de confidentialité, qui inclut une restriction des activités dans lesquelles cet expert peut s'impliquer pour une période ultérieure déterminée. Il est entendu que tous les avocats fourniront des renseignements confidentiels aux experts en fonction des besoins.

Les avocats ont convenu que les ententes de confidentialité signées par les experts devraient être déposées auprès du Tribunal à titre confidentiel, afin d'être remis aux autres avocats et à leurs clients à la fin de l'audience de la demande<sup>7</sup>.

[TRADUCTION]

---

<sup>7</sup> Transcription, pp. 104-5 (14 juillet 1994).

À l'époque, les avocats de Nielsen ont souligné à juste titre que même les employés actuels ou anciens d'IRI ne seraient pas considérés comme experts « indépendants » et la décision a été

corrigée en conséquence. Le projet d'ordonnance soumis par les avocats prévoit que les ententes de

confidentialité signées soient conservées à titre confidentiel par le greffier du Tribunal jusqu'à « l'achèvement ou l'issue définitive de la présente procédure et des appels connexes, moment où, ces

ententes peuvent être divulguées à la demande des parties ou de l'intervenante ». Bien que ce libellé diffère de celui de la décision rendue le 14 juillet 1994, le Tribunal n'a aucune d'objection quant au libellé suggéré par les avocats et l'a adopté dans l'ordonnance.

Nous avons rejeté l'argument avancé par IRI, selon lequel seuls les experts travaillant à temps plein devraient agir à titre d'experts indépendants. Étant donné que la véritable préoccupation semblait être la future participation au sein de l'industrie, des personnes retenues en tant qu'experts dans le cadre de la présente procédure, nous avons adopté la suggestion des avocats du Directeur, d'inclure une clause limitative dans l'entente de confidentialité à signer par les experts. La formulation du libellé exact de cette clause a été confiée aux avocats. Pour les mêmes raisons, nous avons adhéré à l'argument des avocats d'IRI, selon lequel le nombre d'experts devrait être limité. Ils avaient proposé de désigner deux experts. Nous avons reconnu le bien-fondé de l'argument des avocats de Nielsen, selon lequel il avait besoin de flexibilité dans le cadre de la préparation de l'affaire en cause. Nous avons donc fixé le nombre d'experts à six au départ, mais en leur donnant la latitude de demander au Tribunal de revoir ce nombre à la hausse. La restriction quant au nombre d'experts s'applique également aux deux parties et à l'intervenante.

#### **IV. REQUÊTES PRÉSENTÉES PAR LE DIRECTEUR**

Le Directeur a présenté une requête visant à limiter l'accès aux résumés des faits protégés, issus de documents assujettis aux revendications de privilège. Lors de la conférence préparatoire à l'audience, tous les avocats ont convenu que les résumés pouvaient être divulgués aux avocats et experts d'IRI uniquement, ainsi qu'aux avocats, experts et à trois représentants désignés de Nielsen. Les experts et les trois représentants de Nielsen sont tenus de signer des ententes de confidentialité.

Le Directeur a par ailleurs demandé que l'ordonnance éventuelle rendue par le Tribunal n'interdise pas au Directeur et aux membres de son personnel de discuter des documents protégés avec des personnes à qui ils avaient déjà été divulgués. Dans leur plaidoirie, les avocats du Directeur ont précisé qu'ils envisageaient de discuter de la correspondance provenant de Nielsen et celle qui lui a été adressée, avec l'expéditeur ou le destinataire, et de discuter des contrats de Nielsen avec l'autre partie au contrat. Tous les avocats ont alors accepté cette demande.

Enfin, le Directeur a demandé au Tribunal de réexaminer sa décision antérieure selon laquelle un engagement implicite de ne pas utiliser les pièces obtenues lors de l'interrogatoire préalable à des fins autres que le déroulement du litige dans le cadre duquel elles ont été produites, s'applique aux procédures du Tribunal<sup>8</sup>. Il a en outre demandé au Tribunal de préciser que les membres de son personnel et lui n'étaient pas tenus de signer des ententes de confidentialité (aussi appelés « engagements explicites ») avant d'avoir reçu les documents protégés, comme demandé par Nielsen. En ce qui concerne le premier point, la décision du Tribunal a été confirmée par la Cour d'appel

fédérale. À la lumière de la décision de la Cour d'appel fédérale, nous avons jugé qu'il ne nous était pas loisible de réexaminer la question de l'engagement implicite. Quant au deuxième point, nous avons statué que «le Directeur ou les membres de son personnel ne sont pas tenus de signer une entente de confidentialité. Le Directeur doit se conformer à l'ordonnance [ordonnance de confidentialité/préventive] et à l'engagement implicite». Étant donné qu'il n'y avait aucune raison de soupçonner que l'ordonnance ou l'engagement implicite serait violée, nous étions d'avis que le fait d'exiger la signature de ces ententes n'était pas nécessaire dans ces circonstances.

## V. CONCLUSION

Tous les avocats ont convenu que la façon la plus efficace pour eux de procéder serait de rédiger une ordonnance fondée sur les décisions rendues par le Tribunal lors de la conférence

---

<sup>8</sup> *Directeur des enquêtes et recherches c Southam Inc.* (1991), 38 C.P.R. (3d) 395, [1991] D.T.C.C. n°. 15 (QL) (Trib conc), conf. par (6 mai 1993), A-634-91 (CAF).

préparatoire à l'audience. Le projet d'ordonnance a été dûment déposé le 22 juillet 1994, et une ordonnance fondée sur ce projet d'ordonnance a été publiée aujourd'hui, sous pli séparé.

FAIT à Ottawa, ce 26<sup>e</sup> jour de juillet 1994.

SIGNÉ au nom du Tribunal par le membre judiciaire présidant l'audience.

(s) W.P. McKeown

W.P. McKeown