

Office of the Access
to Information and
Privacy Commissioner
New Brunswick



Commissariat à l'accès
à l'information et à la
protection de la vie privée
Nouveau-Brunswick

RAPPORT DES CONCLUSIONS DE L'ENQUÊTE DE LA COMMISSAIRE

Loi sur le droit à l'information et la protection de la vie privée

Affaire : 2014-2090-AP-1130

Date : Le 3 décembre 2015

« Affaire portant sur l'accès aux dossiers personnel, aux dossiers de concours et aux renseignements concernant la vérification des références »

INTRODUCTION

1. Le présent rapport des conclusions de l'enquête de la Commissaire est établi conformément au paragraphe 73(1) de la *Loi sur le droit à l'information et la protection de la vie privée*, L.N.-B., ch. R-10.6 (la « *Loi* »). Il fait suite à la plainte que l'auteur de la demande a déposée auprès du Commissariat pour demander à la Commissaire de mener une enquête sur cette affaire.
2. Le 17 juillet 2014, l'auteur de la demande s'est adressé au Ministère du Développement social pour réclamer une copie de son dossier pour la durée de son emploi au Ministère (« la demande »).
3. Le Ministère a envoyé sa réponse dans une lettre datée du 11 août 2014, accompagnée d'une copie de tous les documents contenus dans le dossier qu'il détenait sur l'auteur de la demande. Dans un de ces documents, certains passages avaient été prélevés en vertu du paragraphe 21(1) de la *Loi*, c'est-à-dire que la communication de renseignements personnels constituerait une atteinte injustifiée à la vie privée.
4. Insatisfait de la réponse reçue, l'auteur de la demande a déposé une plainte auprès du Commissariat le 9 septembre 2014. L'auteur de la demande jugeait qu'il manquait au moins deux éléments (les documents d'un test qu'il avait subi précédemment et les documents relatifs aux vérifications de ses références que le Ministère avait effectuées lorsque l'auteur de la demande avait postulé à d'autres postes au sein du Ministère). L'auteur de la demande s'est également plaint des prélèvements de certains passages.

CONTEXTE

5. La principale question de cette affaire porte sur le droit d'accès d'une personne à l'information que détient un organisme public sur ses propres vérifications de référence.
6. L'auteur de la demande ayant postulé à d'autres postes au sein du Ministère, celui-ci a vérifié ses références dans le cadre d'une évaluation de ses aptitudes à occuper les postes convoités. L'auteur de la demande voulait avoir accès aux résultats de ces vérifications des références. Pour notre Commissariat, une telle affaire constitue la première occasion de déterminer si la *Loi* peut accorder l'accès aux renseignements concernant ses propres vérifications de références.

7. Les vérifications de références visent à obtenir des commentaires sincères et exacts sur les compétences et aptitudes d'un candidat pour occuper un poste en particulier. En milieu professionnel, il est généralement convenu que les vérifications des références sont effectuées sous le sceau de la confidentialité, afin de garantir la sincérité du fournisseur de référence quant à son point de vue et à ses opinions au sujet du candidat. Or, le fait d'attribuer une confidentialité absolue aux renseignements concernant la vérification des références ne laisserait au candidat aucun moyen de savoir s'il a obtenu une référence positive ou négative, ou si le fournisseur de référence a fait une juste évaluation de ses compétences et aptitudes pour un poste particulier.
8. Pendant notre enquête, nous avons appris que le Ministère avait comme pratique établie de traiter confidentiellement tous les renseignements concernant les vérifications de références, en conformité avec les directives du gouvernement provincial sur la dotation du personnel.
9. Par conséquent, lorsqu'ils effectuent des vérifications des références, les fonctionnaires du Ministère avisent le fournisseur de référence que les renseignements transmis sur un candidat seront traités confidentiellement.
10. Pour mieux comprendre ce qui a motivé le Ministère à adopter une telle approche, nous nous sommes tournés vers le ministère des Ressources humaines, qui est chargé de fournir à la fonction publique du Nouveau-Brunswick des programmes et services ministériels en matière de dotation du personnel, de développement et de politiques des ressources humaines. Dans le cadre de son mandat, le Ministère des Ressources humaines a élaboré un *Manuel des politiques en dotation* qui s'applique à tous les ministères et organismes provinciaux figurant dans le Règlement du Nouveau-Brunswick 93-137 afférent à la *Loi sur la Fonction publique* (ce qui comprend le Ministère du Développement social).
11. Aux termes du chapitre 2 du *Manuel des politiques en dotation* (intitulé « Processus de dotation en personnel »), la politique énonce que les fournisseurs de référence doivent recevoir l'assurance que toutes les évaluations du candidat demeureront confidentielles. Quant au processus de notation, il souligne que les vérifications des références sont effectuées à titre confidentiel et que les résultats doivent être conservés ailleurs que dans le dossier de concours.
12. De plus, aux termes du chapitre 6 (intitulé « Rétroaction aux candidats sur le concours »), la politique énonce également que, si des vérifications des références ou

- des validations ont été effectuées, les détails ne peuvent pas être communiqués aux candidats.
13. Dans cette optique, nous avons porté notre attention aux droits d'accès accordés en vertu de la *Loi*, notamment au droit d'une personne de demander et de recevoir ses renseignements personnels détenus par des organismes publics. Il ne s'agit toutefois pas d'un droit absolu, et il fait l'objet d'exceptions précises et limitées prévues par la *Loi*.
 14. Il convient de noter que l'alinéa 32a) de la *Loi* prévoit une exception particulière pour les renseignements concernant les vérifications des références. Il ne s'agit pas d'une exception obligatoire, mais bien facultative, à la communication. Cela signifie que la *Loi* n'interdit pas à une personne d'avoir accès aux renseignements concernant ses propres vérifications des références, mais plutôt qu'elle impose à l'organisme public de prendre une décision éclairée au moment d'accorder ou non l'accès, et de le refuser seulement si des circonstances pertinentes le justifient au moment de la demande.
 15. Autrement dit, la *Loi* n'interdit pas automatiquement l'accès aux renseignements concernant ses propres vérifications des références à un candidat qui en fait une demande officielle, et cette disposition est contraire à la pratique établie du gouvernement provincial consistant à traiter en tout temps sous le sceau de la confidentialité les renseignements concernant les vérifications des références, une pratique suivie par le Ministère de la présente affaire.
 16. Pour ce motif, cette affaire soulève des préoccupations légitimes quant à la dichotomie existant aujourd'hui entre le large accès à ses renseignements personnels que confère la *Loi*, et la pratique établie du gouvernement de la province consistant à assurer la confidentialité, qu'elle diffuse dans tous les ministères et organismes du gouvernement par la mise en œuvre de sa politique de dotation.

PROCESSUS DE RÈGLEMENT INFORMEL

17. Comme dans le cas de toute enquête relative à une plainte, le Commissariat tente d'abord d'en arriver à un règlement informel de la plainte d'une manière satisfaisante pour les deux parties et conformément aux droits et aux obligations prévus dans la *Loi*. En réalité, dans le cadre du processus de règlement informel comme dans celui de l'enquête formelle, le travail de la Commissaire reste le même : évaluer le bien-fondé de la plainte et en arriver à un règlement qui soit conforme à la *Loi*.

18. Le pouvoir de la Commissaire en matière d'enquête et de règlement des plaintes est déterminé par l'article 68 de la *Loi*, et le paragraphe 68(2) énonce comme suit les paramètres du règlement informel d'une plainte : « *conformément à l'objet de la présente loi* ». Ainsi, le règlement informel ne peut s'entendre d'un règlement obtenu par la médiation ou à la suite d'un compromis entre les parties. Pour favoriser le règlement informel d'une plainte relative à une demande d'accès, la Commissaire doit exercer ce pouvoir conformément à la *Loi*, en confirmant le droit d'accès de l'auteur de la demande et en permettant à l'organisme public de remplir ses obligations légales.
19. Une description complète des étapes du processus de règlement informel de la Commissaire est présentée sur notre site Web au <http://info-priv-nb.ca>. Voici un résumé de ce qu'offre ce processus :
- à l'organisme public, l'avantage d'une interprétation indépendante de la *Loi* par le Commissariat et la possibilité de corriger toute erreur concernant l'accès à l'information qui pourrait avoir été commise;
 - à l'organisme public, la satisfaction de s'être acquitté de ses obligations en vertu de la *Loi*;
 - au public qui a demandé à obtenir l'accès à des renseignements (l'auteur de la demande), l'avantage d'une analyse indépendante visant à déterminer quels renseignements devaient réellement être divulgués en vertu de la *Loi*;
 - au public, la satisfaction de comprendre le droit d'accès à l'information et de faire respecter ce droit en vertu de la *Loi*.

Règlement informel du présent cas

20. Lors de nos démarches initiales pour régler la présente affaire, nous avons tenu de bonnes discussions avec les fonctionnaires concernés, examiné tous les éléments de la demande ainsi que les documents pertinents, et obtenu du Ministère des précisions sur sa façon de traiter la demande. Nous avons présenté nos premières constatations au Ministère, dont notre analyse des motifs pour lesquels nous estimons que l'auteur de la demande avait droit d'obtenir davantage de renseignements, et particulièrement ceux contenus dans les dossiers de concours du Ministère pour lesquels l'auteur de la demande avait posé sa candidature.
21. En fait, le Ministère n'avait pas considéré ces documents comme pertinents à la demande, et il était disposé à fournir à l'auteur de la demande une bonne partie de ces

- renseignements additionnels dans le cadre du processus de règlement informel, exception faite des renseignements sur les vérifications des références qui, soutenait-il, étaient protégés contre la communication par l'alinéa 32a) et considérés comme confidentiels, dans le respect des pratiques établies en matière de ressources humaines.
22. À ce moment, nous étions d'accord, mais, lorsque nous avons examiné la réponse révisée fournie par le Ministère, nous avons constaté que les renseignements concernant les vérifications des références contenaient des éléments fournis à l'interne par des fonctionnaires du Ministère qui avaient supervisé le travail de l'auteur de la demande pendant la durée de son emploi au Ministère. En substance, ce type de renseignements sur les vérifications des références constituait une évaluation du rendement antérieur de l'auteur de la demande. Nous nous sommes donc demandé si les renseignements de ce type, c'est-à-dire fournis à l'interne par des fonctionnaires et assimilables à des évaluations de rendement antérieur, pouvaient bénéficier de l'exception prévue à l'alinéa 32a) de la *Loi*, laquelle s'applique aux renseignements sur les vérifications des références qui sont obtenus de sources externes à titre confidentiel.
23. Nous avons abordé cette question avec les fonctionnaires concernés lors d'une autre rencontre, mené d'autres recherches et formulé au Ministère nos commentaires sur l'interprétation et l'application de l'alinéa 32a). Nous avons avisé le Ministère qu'il n'était pas conforme à l'esprit et à l'intention de la *Loi*, ni à la nature discrétionnaire de cette exception à la communication, de s'en remettre à la pratique établie du gouvernement de la province consistant à considérer habituellement comme confidentiels les renseignements sur les vérifications de références.
24. Cela étant dit, nous avons reconnu que tous les renseignements sur les vérifications des références, que ce soit de source externe ou interne, sont visés par l'exception prévue à l'alinéa 32a), ajoutant qu'en raison de la nature plutôt discrétionnaire qu'obligatoire de cet alinéa, le Ministère devrait démontrer qu'il a correctement exercé son pouvoir discrétionnaire s'il maintenait sa décision de refuser l'accès à une partie ou à la totalité des renseignements sur les vérifications des références de l'auteur de la demande.
25. Nous avons donc encouragé le Ministère à revoir sa décision de refuser l'accès à la totalité ou à une partie des renseignements sur les vérifications des références, en tenant compte du fait qu'il s'agit des renseignements personnels de l'auteur de la demande, et que certains de ces renseignements pourraient être considérés comme des évaluations de son rendement antérieur.
26. Le Ministère a collaboré de bon gré pendant ces interactions et, au cours de notre processus de règlement informel, nous l'avons encouragé à envisager la possibilité

- d'accorder l'accès aux renseignements sur les vérifications des références dans la présente affaire.
27. Même s'il a reconnu qu'il s'agissait des renseignements personnels de l'auteur de la demande, le Ministère n'était pas disposé à s'écarter de sa pratique établie consistant à traiter comme confidentiels tous les renseignements sur les vérifications des références, à l'instar de tous les autres ministères et organismes provinciaux, maintenant ainsi sa décision de refuser l'accès en vertu de l'alinéa 32a) de la *Loi*.
 28. Étant donné que les renseignements sur les vérifications des références entrent dans le champ d'application de l'exception facultative à la communication, notre rôle consistait à vérifier si le Ministère avait tenu compte de tous les facteurs pertinents pour en arriver à la décision de refuser l'accès, plutôt que de lui recommander de communiquer quand même les renseignements. Cet aspect sera expliqué de façon plus détaillée ci-après.
 29. Notre processus a permis au Ministère de communiquer des renseignements additionnels à l'auteur de la demande, notamment des explications sur les prélèvements des documents fournis avec la réponse, ainsi que des documents additionnels contenus dans les dossiers de concours pour les emplois auxquels l'auteur de la demande avait postulé, à l'exception de certains prélèvements mineurs visant à protéger la vie privée d'autres personnes et les renseignements sur les vérifications des références de l'auteur de la demande. Nous estimions qu'il s'agissait d'une communication complète de tous les renseignements auxquels l'auteur de la demande avait droit de recevoir.
 30. L'auteur de la demande n'était pas d'accord avec les raisons énoncées par le Ministère pour lui refuser l'accès à ses renseignements sur les vérifications des références, et il nous a signalé que ces renseignements additionnels ne constituaient pas une solution satisfaisante à sa plainte.
 31. Nous comprenons que le Ministère n'était pas en mesure de régler le fond de cette question touchant de telles pratiques établies, lesquelles relèvent du ministère des Ressources humaines. Nous avons donc décidé de saisir directement le Ministère des Ressources humaines de cette question particulière, en dehors du cadre de la présente plainte.
 32. Comme nous n'avons pu favoriser un règlement informel à la satisfaction des deux parties, notre travail se termine avec le présent rapport des conclusions.

LOI ET ANALYSE

Documents jugés initialement comme pertinents – dossier personnel

33. Nous avons examiné les documents contenus dans le dossier personnel de l'auteur de la demande, lequel contenait les renseignements suivants :
- documents concernant l'embauche (serment d'office et confidentialité, formulaires d'impôt, formules de prestations, renseignements sur les dépôts directs, curriculum vitæ de l'auteur de la demande, vérification d'antécédents criminels et de l'aptitude à travailler auprès de personnes vulnérables);
 - renseignements sur le salaire et sur le rajustement salarial;
 - renseignements sur l'évaluation du rendement;
 - registre et sommaire des congés;
 - autres renseignements connexes pendant la période d'emploi de l'auteur de la demande au Ministère.
34. Nous étions convaincus que le Ministère avait récupéré tous les renseignements pertinents contenus dans le dossier personnel de l'auteur de la demande. Le seul renseignement prélevé figurait dans une correspondance par courriel de deux pages entre employés du Ministère concernant de récentes promotions. Le renseignement prélevé concernait la promotion d'un autre employé (nom et date d'admissibilité à la promotion). Nous reconnaissons que ce renseignement était protégé à juste titre contre la communication par l'alinéa 21(2)e) (antécédents professionnels d'un tiers) et l'alinéa 21(2)g) (*situation financière d'un tiers*), et que le Ministère avait raison de le prélever. Ainsi, nous estimions que le Ministère avait fourni l'intégralité des renseignements auxquels l'auteur de la demande avait droit dans son dossier personnel.

Documents qui n'ont pas été jugés initialement comme pertinents – renseignements relatifs aux concours

35. Comme nous l'avons expliqué ci-dessus, lors de l'enquête sur la plainte, les fonctionnaires du Ministère ont vérifié auprès de la Direction des ressources humaines pour découvrir que l'auteur de la demande avait participé à deux concours d'emploi, et que les renseignements relatifs à ces concours étaient également pertinents à sa demande.

36. La pratique courante du Ministère consiste à accorder aux personnes qui le demandent l'accès aux renseignements se trouvant dans leurs dossiers de concours, à l'exception des renseignements sur les vérifications des références, lesquels sont considérés comme confidentiels. Pour ce motif, le Ministère était disposé à fournir la plupart de ces renseignements à l'auteur de la demande.
37. Les dossiers de concours de l'auteur de la demande ont tous deux été soumis à notre examen. Les documents contenus dans les deux dossiers de concours (concours n^o 1 et concours n^o 2) étaient les suivants :
- la candidature de l'auteur de la demande et les courriels s'y rapportant entre lui-même et le Ministère;
 - la lettre de convocation à une entrevue adressée par le Ministère à l'auteur de la demande, et les courriels se rapportant à l'entrevue comportementale entre lui-même et le Ministère;
 - le guide du concours et de l'entrevue dûment rempli;
 - des précisions sur les vérifications des références de l'auteur de la demande qui ont été réalisées dans le cadre de l'évaluation;
 - le guide d'évaluation rempli utilisé pour l'auteur de la demande.
38. Les documents dans le dossier de concours n^o 1 constituent les renseignements personnels de l'auteur de la demande, mais nous ajoutons que ses références n'ont pas été vérifiées dans le cadre du concours n^o 1, de sorte que, dans ce cas, il n'y a aucun renseignement sur les vérifications des références. Compte tenu de notre examen, nous avons conclu que les documents contenus dans le dossier de concours n^o 1 fournis par le Ministère lors du processus de règlement auraient dû être communiqués intégralement avec la réponse adressée à l'auteur de la demande. À ce titre, l'auteur de la demande a reçu l'intégralité de ces renseignements.
39. En ce qui concerne le dossier de concours n^o 2, il contient des renseignements de nature similaire à ceux du dossier de concours n^o 1, avec en plus des renseignements sur les vérifications des références. Tous les renseignements contenus dans ce dossier de concours constituent également les renseignements personnels de l'auteur de la demande, à l'exception des renseignements contenus dans un courriel qui concerne une autre personne en quête d'emploi auprès du Ministère, lesquels sont protégés contre la communication en vertu du paragraphe 21(1), *atteinte injustifiée à la vie privée d'un tiers*. Notre examen nous a menés à la conclusion qu'il aurait fallu communiquer le dossier du concours n^o 2 à l'auteur de la demande, exception faite des données concernant une autre personne et des renseignements sur les vérifications des

références qu'il était légitime, selon nous, de protéger contre la communication en vertu de l'alinéa 32a) pour les raisons exposées ci-dessous. Ces renseignements additionnels étaient joints à la réponse révisée du Ministère et, par conséquent, ce dernier a fourni l'intégralité des renseignements auxquels l'auteur de la demande avait droit.

40. En ce qui concerne les renseignements sur les vérifications des références de l'auteur de la demande, nos conclusions sont expliquées ci-dessous.

Renseignements sur les vérifications des références et évaluations confidentielles : Alinéa 32a)

41. L'alinéa 32a) de la *Loi* s'applique expressément aux renseignements sur les vérifications des références :

32 Le responsable d'un organisme public peut refuser de communiquer à l'auteur de la demande des renseignements personnels qui ont été fournis explicitement ou implicitement à titre confidentiel en vue de l'évaluation des aptitudes, de l'admissibilité ou des compétences de l'auteur de la demande relativement à :

a) un emploi ou de l'attribution d'un contrat;

42. Les renseignements sur les vérifications des références sont de nature personnelle à la personne concernée et sont fournis à un organisme public pour lui permettre de déterminer les aptitudes, l'admissibilité et les compétences de cette personne quant à l'emploi sollicité.
43. Un organisme public qui veut invoquer valablement l'alinéa 32a) pour refuser l'accès d'une personne à ses propres renseignements personnels doit d'abord déterminer si ces renseignements se situent dans le champ d'application de l'exception d'après les trois facteurs suivants :
- il s'agit des propres renseignements personnels de l'auteur de la demande (et non pas ceux d'une autre personne),
 - les renseignements sur l'auteur de la demande ont été fournis, explicitement ou implicitement, à titre confidentiel;
 - et
 - les renseignements ont été fournis pour déterminer les aptitudes, l'admissibilité ou les compétences de l'auteur de la demande pour un emploi ou l'attribution d'un contrat.

44. L'alinéa 32a) constitue une exception à la règle générale qu'une personne a le droit d'accéder à ses propres renseignements personnels détenus par un organisme public :
- 7(2) [...] une personne physique a le droit de demander et de recevoir des renseignements personnels la concernant.
45. Dans la présente affaire, le Ministère s'est fondé sur l'alinéa 32a) pour refuser l'accès à tous les renseignements sur les vérifications des références, au motif qu'il les a obtenus sous le sceau de la confidentialité et de façon conforme aux pratiques établies du gouvernement de la province en gestion des ressources humaines.
46. Même si dans un précédent rapport des conclusions le Commissariat s'était déjà penché sur l'exception prévue à l'alinéa 32a) dans le cadre d'un concours de recrutement (**2013-1437-AP-748, 2013-1438-AP-749, 2013-1439-AP-750, 2013-1440-AP-751, 2013-1441-AP-752**), nous n'avons pas pu, à cette occasion, étudier les modalités de son application aux renseignements sur les vérifications des références qui sont recueillis dans le cadre d'un concours d'emploi.
47. En appliquant le test à trois volets aux renseignements sur les vérifications des références dans la présente affaire, nous avons constaté qu'il s'agissait exclusivement des propres renseignements personnels de l'auteur de la demande, ce qui répond aux critères de la première partie du test. Nous avons également constaté que les renseignements sur les vérifications des références ont été recueillis par le Ministère afin d'évaluer l'admissibilité et les compétences de l'auteur de la demande pour le poste en question, ce qui correspond à la troisième partie du test.
48. En ce qui concerne la deuxième partie du test, elle compte deux éléments : que les renseignements soient *fournis* et *à titre confidentiel*.
49. Pour ce qui est de la question de confidentialité, nous avons constaté que, dans cette affaire, les renseignements sur les vérifications des références ont été fournis sous le sceau de la confidentialité. Les fonctionnaires du Ministère ont affirmé à toutes leurs sources de référence qu'ils traiteraient leurs commentaires confidentiellement, s'engageant ainsi dans un accord explicite de confidentialité, entouré de garanties que les renseignements sur la vérification des références ne seraient pas communiqués à l'auteur de la demande.

50. Comme nous l'avons indiqué précédemment dans le présent rapport, nous nous sommes demandé si la pratique générale de considérer comme étant confidentiels tous les renseignements sur les vérifications des références, et pour ce motif d'y refuser l'accès dans tous les cas, était conforme à la nature discrétionnaire de cette exception à la communication, ainsi qu'à l'esprit et à l'intention de la *Loi*.
51. À la question de savoir si tous les renseignements sur les vérifications des références ont été « fournis » au Ministère, nous avons constaté que les fournisseurs de référence n'étaient pas tous à l'extérieur du Ministère, et nous nous sommes demandé si les références provenant des anciens superviseurs du travail de l'auteur de la demande pendant sa période d'emploi au Ministère pouvaient être considérées comme « fournies » au Ministère et répondre aux critères de la deuxième partie du test.
52. Aussi, comme pour les renseignements sur les vérifications des références provenant d'une source externe au Ministère, nous nous sommes demandé si les sources internes des références pouvaient « fournir » des renseignements au Ministère dans ce contexte.
53. Notre enquête s'est donc orientée surtout sur les questions de savoir si les critères de la deuxième partie du test avaient été respectés pour tous les renseignements sur les vérifications des références de l'auteur de la demande, et si le Ministère avait correctement exercé son pouvoir discrétionnaire lorsqu'il a décidé de refuser l'accès. Nous aborderons successivement chacun de ces aspects ci-dessous.

L'alinéa 32a) s'applique-t-il aux renseignements sur les vérifications des références fournis par des sources internes?

54. Bien que l'alinéa 32a) s'applique clairement aux renseignements sur les vérifications des références fournis à un organisme public par une source externe, une des principales questions de la présente affaire consiste à déterminer si cette exception vise aussi les renseignements sur la vérification des références fournis par des fonctionnaires du Ministère qui ont déjà supervisé l'auteur de la demande.
55. Nous étudions la façon dont la *Loi* en général et l'alinéa 32a) en particulier traitent ce type de renseignements personnels.

Évaluations du rendement antérieures utilisées comme renseignements sur les vérifications des références

56. Les renseignements sur les vérifications des références peuvent comprendre les références qui sont fournies par les superviseurs actuels ou antérieurs, y compris éventuellement les précédentes évaluations du rendement au travail d'un employé, ou l'opinion d'un superviseur actuel ou antérieur sur l'aptitude d'un employé à occuper le nouvel emploi qu'il postule.
57. Cette question est examinée dans le *Manuel des politiques en dotation* de la province, dans la section « Vérification des références » du chapitre 2, étape 5 :
Pour les employés, les évaluations de rendement antérieures peuvent remplacer le processus de vérification des références.
58. En vertu de son droit d'accès à ses renseignements personnels, il ne fait aucun doute qu'un employé peut accéder à une évaluation de rendement qui se trouve dans son propre dossier. Une personne possède un droit sans équivoque à des renseignements de cette nature, surtout s'ils concernent son rendement antérieur au travail.
59. Cela dit toutefois, lorsque, dans le contexte d'une vérification des références, on utilise une évaluation de rendement antérieur ou une référence provenant d'une source interne au Ministère, l'alinéa 32a) s'applique pour déterminer le droit d'accès à un renseignement de cette nature aux termes de la *Loi*.
60. Voici pourquoi : Pour pouvoir évaluer l'admissibilité d'un candidat à un poste en particulier, les fonctionnaires du Ministère qui vérifient les références n'ont aucun autre moyen d'obtenir des renseignements de cette nature que de les demander. Dans le cas de l'auteur de la demande, les faits démontrent que la vérification des références comprenait les commentaires sur les aptitudes de l'auteur de la demande, qu'un ancien superviseur a livrés à cet effet au Ministère sous le sceau de la confidentialité.
61. Pour déterminer les droits d'accès, nous nous sommes demandés s'il convenait de traiter les sources internes de références différemment des sources externes. En dernière analyse, nous avons jugé que pour régir les renseignements sur la vérification des références, il serait inefficace de créer deux différents ensembles de règles en fonction de leur source, parce que cette approche créerait de la confusion pour les organismes publics. Nous avons plutôt conclu que toutes ces considérations pouvaient relever entièrement du pouvoir discrétionnaire de l'organisme public. Cela signifie qu'un

organisme public doit s'assurer de repérer et d'examiner toutes les considérations pertinentes appropriées au moment où il décide d'accorder ou non l'accès à des renseignements de cette nature, y compris la question de savoir s'il est préférable de communiquer des renseignements se rapportant aux évaluations du rendement antérieur de l'auteur de la demande.

62. Après avoir déterminé que tous les renseignements sur les vérifications des références provenant de sources internes et externes au Ministère lui sont *fournis* pour lui permettre d'évaluer l'admissibilité d'une personne à un poste en particulier, nous concluons que les critères des trois volets du test ont été respectés, et donc que ces renseignements sont visés par l'exception prévue à l'alinéa 32a).
63. Nous nous penchons maintenant sur la *nature discrétionnaire* de l'exception à la communication qui est prévue par l'alinéa 32a) et sur l'exercice de son pouvoir discrétionnaire par le Ministère, lorsqu'il a décidé de refuser à l'auteur de la demande l'accès à tous les renseignements sur les vérifications de ses références.

Facteurs pertinents au moment d'appliquer une exception facultative à la communication

64. L'alinéa 32a) est une exception facultative à la communication, ce qui signifie que l'on ne peut pas refuser automatiquement tous les renseignements qui entrent dans son champ d'application.
65. Cela signifie plutôt qu'au moment de décider si les renseignements demandés entrent dans le champ d'application de l'alinéa 32a), c'est en fonction des facteurs pertinents qui entrent en jeu au moment de la demande qu'un organisme public doit se demander s'il convient ou non d'accorder l'accès à ces renseignements. Encore une fois, les renseignements ne doivent pas faire l'objet d'un refus automatique, et tel est le but de *l'exercice du pouvoir discrétionnaire* au moment de décider s'il existe un motif de refuser l'accès aux renseignements visés à l'auteur de la demande.
66. Chaque fois que l'on exerce un pouvoir discrétionnaire pour déterminer s'il faut accorder l'accès en vertu de la *Loi*, il faut peser un certain nombre de facteurs, et notamment :
- le libellé exact de l'exception facultative et les intérêts que l'exception tente de mettre en équilibre;

- la question de savoir si la demande peut être satisfaite en sectionnant le document et en communiquant autant de renseignements que faire se peut;
- les pratiques antérieures de l'organisme public en ce qui a trait à la communication de renseignements semblables;
- la nature du document et son importance aux yeux de l'organisme public;
- la possibilité que la communication des renseignements renforce la confiance du public par rapport aux activités de l'organisme public;
- l'âge du document;
- l'acceptation du fait qu'il soit nécessaire ou préférable de communiquer les renseignements;
- la question de savoir si les ordonnances antérieures de la Commissaire ont décrété que des types semblables de documents ou de renseignements devaient ou ne devaient pas faire l'objet d'une communication;
- dans un cas où on a recours à l'exception s'appliquant à un « avis ou recommandation », la question de savoir si la décision à laquelle se rapporte l'avis ou la recommandation a déjà été prise;
- la possibilité que les renseignements demandés soient déjà accessibles au public ailleurs.

67. Par conséquent, pour s'acquitter de son fardeau de preuve d'avoir appliqué adéquatement l'exception facultative à la communication, un organisme public doit pouvoir établir que les renseignements en question entrent dans le champ d'application de l'exception invoquée, et que la décision de refuser l'accès était fondée sur les facteurs qui étaient pertinents au moment de la demande.
68. Notre rôle d'évaluation des exceptions facultatives comporte deux volets. Nous soulignons que nous ne pouvons recommander la communication lorsque les renseignements entrent dans le champ d'application d'une exception facultative.
69. Tout d'abord, nous déterminons si les renseignements entrent dans le champ d'application de l'exception et, le cas échéant, compte tenu de tous les facteurs pertinents en jeu, nous vérifions si l'organisme public a correctement exercé son pouvoir discrétionnaire dans sa décision de refuser l'accès. Si nous concluons que l'organisme public n'a pas relevé ni considéré tous les facteurs pertinents en jeu, nous lui recommandons d'en tenir compte pour reconsidérer sa décision.

Exercice approprié du pouvoir discrétionnaire dans la présente affaire

70. Nous avons donc examiné la façon dont le Ministère a exercé son pouvoir discrétionnaire dans la présente affaire, lorsqu'il a invoqué l'alinéa 32a) pour décider de refuser à l'auteur de la demande un accès aux renseignements sur la vérification de ses références.
71. En agissant ainsi, nous avons constaté que cette question met en évidence deux intérêts divergents, à savoir :
- a) le droit général d'accès à ses propres renseignements personnels dont jouit une personne ou un employé en vertu de la *Loi*, sous réserve seulement de restrictions limitées;
 - b) le désir des employeurs en général, y compris le gouvernement, d'obtenir des références sincères pour évaluer l'admissibilité d'une personne à un emploi, qui est à l'origine de l'exigence de confidentialité pour traiter les renseignements sur la vérification des références.
72. Dans cette perspective, lorsqu'est envisagée la communication de renseignements sur la vérification des références, nous estimons que les facteurs suivants seraient considérés comme pertinents :
- le droit d'accès aux renseignements personnels de l'auteur de la demande;
 - le fait que certains renseignements peuvent être considérés comme apparentés aux résultats d'évaluations de rendement antérieur (les références fournies par un des anciens superviseurs pendant la période d'emploi au Ministère);
 - la pratique établie par l'usage au gouvernement et consistant à traiter comme strictement confidentiels tous les renseignements sur la vérification des références.
73. Même si la pratique établie par l'usage constitue un facteur pertinent, nous avons quand même encouragé le Ministère à la reconsidérer en fonction du droit d'accès aux renseignements personnels de l'auteur de la demande. Le fait est que la pratique établie de maintenir une confidentialité absolue des renseignements sur la vérification des références était incompatible avec la nature discrétionnaire de l'exception prévue à l'alinéa 32a) et, pour cette raison, le Ministère devrait réexaminer cette pratique.

74. Bien que le Ministère ait effectivement révisé sa décision, y compris l'éventualité de communiquer les renseignements sur la vérification des références de l'auteur de la demande dans la présente affaire, en définitive, il n'était pas disposé à dévier de sa pratique établie que suivaient également d'autres ministères et organismes provinciaux.
75. Dans ces conditions, et conscients que le Ministère n'est pas en mesure de remédier à une pratique de vérification des références établie par le gouvernement dans son *Manuel des politiques en dotation*, nous sommes convaincus que, dans la présente affaire, le Ministère a convenablement exercé son pouvoir discrétionnaire et considéré tous les facteurs pertinents dans sa décision de refuser l'accès aux renseignements sur la vérification des références.
76. Nous estimons donc que la décision du Ministère de refuser l'accès à ces renseignements en vertu de l'alinéa 32a) était adéquate, et nous n'avons aucune recommandation à émettre à cet égard.

COMMENTAIRES FINAUX et AUCUNE RECOMMANDATION

77. Cette affaire a mis en lumière une sérieuse préoccupation : en suivant la pratique établie de considérer ces renseignements comme étant confidentiels dans tous les cas, des organismes publics provinciaux empêchent certaines personnes d'avoir accès à leurs propres renseignements sur la vérification des références. Il en découle que cette pratique et politique établie du gouvernement pourrait être considérée comme étant non conforme à l'obligation légale de respecter le droit d'accès de quiconque à ses propres renseignements personnels, aux termes de la *Loi*.
78. Comme il a été expliqué précédemment, la *Loi* ne confère pas un droit d'accès absolu à ses propres renseignements personnels mais, dans le même ordre d'idées, elle ne crée pas non plus un obstacle absolu à la communication de ce type de renseignements. À notre avis, c'est parce qu'elle a été instaurée avant l'entrée en vigueur de la *Loi* que la pratique établie des ressources humaines du gouvernement a peut-être créé une confusion entre ces principes.
79. Puisque nous souhaitons aborder cette importante question, et comme il est mentionné précédemment dans le présent rapport, elle sera examinée de façon distincte, et directement avec le ministère des Ressources humaines.

80. Compte tenu de tout ce qui précède, nous estimons que la réponse révisée que le Ministère a fournie au cours de l'enquête sur cette plainte contenait les renseignements additionnels et l'intégralité des renseignements auxquels l'auteur de la demande avait droit en vertu de la *Loi*. En ce qui concerne les renseignements sur la vérification des références de l'auteur de la demande, le Ministère a considéré la possibilité de lui accorder l'accès d'après les facteurs pertinents, et nous avons conclu qu'il avait exercé son pouvoir discrétionnaire de façon adéquate dans cette affaire.
81. Par conséquent, nous n'avons aucune recommandation à émettre au Ministère dans la présente affaire.

Fait à Fredericton (Nouveau-Brunswick), ce ____ jour de décembre 2015.

Anne E. Bertrand, c.r.

Commissaire à l'accès à l'information et à la
protection de la vie privée