



Rapport des conclusions : 19/20-AP-001
Loi sur le droit à l'information et la protection de la vie privée
Ministère de la Sécurité publique

Le 25 septembre 2020

Remarque : En 2019, des modifications aux lois du Nouveau-Brunswick ont transféré la responsabilité des mandats concernant l'accès à l'information et la protection de la vie privée du Bureau du Commissaire à l'intégrité au Bureau de l'ombud du Nouveau-Brunswick (le Bureau).

Sommaire : Le 3 janvier 2019, l'auteur de la demande a présenté au ministère de la Sécurité publique une demande de communication à tout document lié à une retenue administrative appliquée par le Ministère à l'endroit des documents en question. Il a répondu en accordant un accès partiel à l'information demandée, expliquant qu'une partie de cette information était protégée en vertu du paragr. 21(1) (vie privée d'un tiers) et de l'alinéa 27 a) (privilège juridique). Insatisfait de cette réponse, l'auteur de la demande a déposé une plainte auprès de notre Bureau.

Toutes les questions soulevées dans le cadre de la plainte ont pu être réglées, sauf pour ce qui est de déterminer s'il était légitime pour le Ministère d'invoquer l'exception de l'alinéa 27 a) pour refuser l'accès à l'information qui, selon lui, relevait du privilège des communications entre client et avocat. Le Ministère a refusé de nous fournir les documents en cause aux fins d'examen, comme il y est autorisé aux termes du paragr. 70(1) de la *Loi*. Dans ce contexte, et puisque c'est au Ministère qu'il incombe de montrer que l'auteur de la demande n'a pas droit d'accéder à l'information en question, l'ombud lui a demandé de fournir une liste des documents en question, suffisamment détaillée pour permettre au Bureau d'évaluer s'il y avait lieu d'invoquer le privilège des communications entre client et avocat. Le Ministère a fourni des renseignements de base par rapport aux documents, renseignements que l'ombud a toutefois jugé insuffisants pour appuyer la revendication de privilège, estimant que le Ministère ne s'était pas acquitté du fardeau de la preuve qui lui incombait aux termes de la *Loi*. L'ombud recommande donc la communication des documents en question.

Lois examinées : [*Loi sur le droit à l'information et la protection de la vie privée*](#), L.N.-B. 2009, ch R-10.6, alinéa 27 a) et paragr. 70(1) et 84(1).

Les autorités se sont fondées sur : [*Newfoundland and Labrador \(Justice and Public Safety\) \(Re\)*](#), 2019 CanLII 80273 (NL IPC).

I INTRODUCTION

1. Le 3 janvier 2019, le ministère de la Sécurité publique (ci-après désigné simplement comme « le Ministère ») s'est vu demander par un requérant tout document lié à une retenue administrative appliquée par le Ministère à l'endroit des documents en question. La demande visait la période du 1^{er} janvier 2018 au 2 janvier 2019.
2. Le Ministère a répondu par une lettre datée du 31 janvier 2019, accordant un accès partiel aux renseignements demandés et expliquant que certains avaient été retenus aux termes du paragr. 21(1) (vie privée d'un tiers) et de l'alinéa 27 a) (privilège juridique).
3. Insatisfait de cette réponse, l'auteur de la demande a déposé une plainte auprès de notre Bureau.
4. Par les processus de règlement informel et d'enquête officielle, la majorité des questions soulevées dans la plainte ont été réglées avec succès, à l'exception de celle des droits d'accès de l'auteur de la demande aux documents pour lesquels le Ministère avait invoqué le privilège des communications entre client et avocat, aux termes de l'alinéa 27 a) de la *Loi*. Le Ministère a refusé de nous fournir ces documents aux fins d'examen, comme il y est autorisé aux termes du paragr. 70(1) de la *Loi*. Dans ce contexte, notre Bureau lui a demandé de fournir une liste des documents en question qui comprendrait des détails supplémentaires pour appuyer ses allégations quant au privilège des communications entre client et avocat, puisque c'est à lui qu'il revient de prouver que l'auteur de la demande n'avait pas droit d'accès, en vertu du paragr. 84(1) de la *Loi*.
5. Le Ministère a fourni au Bureau des détails élémentaires quant aux documents pour lesquels il invoquait le privilège des communications entre client et avocat. Il a plus précisément indiqué le nombre de pages de documents et expliqué qu'ils concernaient des communications avec le Cabinet du procureur général en vue d'obtenir des conseils juridiques. Le Ministère a refusé de communiquer au Bureau davantage de détails, y compris les dates de ces communications, les noms des fonctionnaires concernés et le sujet général relativement auquel il cherchait à obtenir des conseils juridiques. De ce fait, il m'est impossible de confirmer hors de tout doute que les documents en question sont assujettis au privilège des communications entre client et avocat ou que le Ministère s'est acquitté du fardeau de la preuve qui lui incombait pour montrer que l'auteur de la demande n'avait pas droit d'accès à ces documents.
6. Cette question n'ayant pu être réglée dans le cadre du processus de règlement informel ni de l'enquête officielle aux termes du paragr. 68(3) de la *Loi*, je conclus l'affaire par le présent rapport des conclusions.

II OBJET

7. La seule question restant à régler dans la présente affaire consiste à déterminer si l'auteur de la demande avait le droit d'accéder à l'information par rapport à laquelle le Ministère a invoqué le privilège des communications entre client et avocat, comme le lui permet l'exception à la communication de l'alinéa 27 a) de la *Loi*.

III FARDEAU DE LA PREUVE

8. En vertu du paragr. 84(1) de la *Loi sur le droit à l'information et la protection de la vie privée*, c'est à l'organisme public qu'il revient d'établir que l'auteur de la demande n'a aucun droit d'accès à tout ou partie d'un document pertinent :

84(1) Dans toute procédure entamée en vertu de la présente loi, il incombe au responsable de l'organisme public d'établir que l'auteur de la demande n'a aucun droit d'accès à tout ou partie du document.

9. L'organisme public doit donc démontrer qu'il est en droit de refuser l'information à l'auteur d'une demande.
10. Pour satisfaire au fardeau de la preuve, un organisme public doit fournir des preuves attestant que l'information en cause relève de la portée de l'exception invoquée. À cette fin, de simples affirmations non étayées ne suffisent pas.

IV ÉVALUATION DES ASSERTIONS QUANT AU PRIVILÈGE DES COMMUNICATIONS ENTRE CLIENT ET AVOCAT DANS LE CADRE DE L'ENQUÊTE SUR UNE PLAINTÉ

11. La *Loi* me confère un large pouvoir d'exiger la production de documents que je juge utiles à une enquête, conformément à l'article 70 :

70(1) À l'exception des documents confidentiels du Conseil exécutif et des documents contenant des renseignements protégés par le privilège du secret professionnel de l'avocat, l'ombud peut exiger la production des documents dont un organisme public a la garde ou la responsabilité et qu'il estime utiles à une enquête, y compris les renseignements personnels, et examiner les renseignements qu'ils contiennent.

12. Les seuls renseignements que je ne suis pas autorisé à demander à un organisme public de produire afin que je les examine, ce sont les renseignements que l'organisme public revendique comme étant des documents confidentiels du Cabinet ou des renseignements protégés par le privilège des communications entre client et avocat.
13. Dans le cas présent, le Ministère allègue que plusieurs documents sont assujettis au privilège des communications entre client et avocat, invoquant de ce fait l'exception prévue à l'alinéa 27 a).
14. Mes pouvoirs pour ce qui est d'exiger la production de ces documents se trouvent restreints par le paragr. 70(1) de la *Loi*. Le Ministère aurait pu choisir de fournir, de son propre chef, les documents en question aux fins d'examen. Quant à moi, je n'ai pas le pouvoir d'exiger qu'ils soient présentés. Il s'avère par conséquent difficile pour le Bureau de mener une enquête approfondie en ce qui concerne le respect des droits d'accès. C'est à l'organisme public qu'il revient de démontrer l'absence de droit d'accès, mais il n'est pas tenu de fournir au Bureau les documents en question aux fins d'examen indépendant.
15. Ce n'est pas la première fois qu'un organisme public refuse de fournir des documents, alléguant qu'il s'agit de documents confidentiels du Cabinet, ou que le privilège des communications entre client et avocat est invoqué dans le cadre de l'enquête sur une plainte en matière d'accès. Les restrictions s'appliquant au pouvoir du Bureau d'exiger la production de ces types de documents sont en place depuis l'entrée en vigueur de la *Loi*, en 2010.
16. Lorsque des organismes publics ont commencé à refuser de fournir des documents au Bureau afin qu'il les examine dans le cadre de l'enquête sur des plaintes, nous avons mis au point un autre processus, consistant à demander à l'organisme de fournir une liste des documents qui relevaient, selon lui, de l'exception sur les documents confidentiels du Cabinet (art. 17) ou du privilège des communications entre client et avocat (art. 27), avec suffisamment de détails pour nous permettre d'évaluer la validité de ces assertions.
17. Lorsque le privilège des communications entre client et avocat est invoqué et qu'ils refusent de nous fournir les documents en cause, nous demandons plus précisément aux organismes publics de nous communiquer les détails suivants :
 - la date;
 - le type de document (rapport, lettre, courriel, etc.);
 - le ou les expéditeurs, ou le ou les auteurs du ou des documents;
 - le ou les destinataires;

- le sujet général sur lequel portent le ou les documents.
18. Cette approche a pour objectif de nous permettre de comprendre, de façon générale, la nature du document et de déterminer à quel moment il a été créé ou envoyé, et s'il est raisonnable de s'attendre, étant donné le contexte général, à ce qu'il se rapporte à l'obtention de conseils juridiques en lien avec une question ou affaire précise, sans qu'il soit nécessaire d'examiner le contenu des conseils recherchés ou obtenus à proprement parler. Il arrive que ces détails suffisent pour étayer l'assertion d'un organisme public à l'égard du privilège des communications entre client et avocat. Dans le cas contraire, nous demandons que l'organisme public fournisse davantage de détails.
 19. Il s'agit là d'une approche qui se veut équilibrée permettant à notre Bureau de s'acquitter du rôle d'organisme de surveillance qui lui est conféré par la *Loi* dans l'exécution d'examen indépendants des décisions de droits d'accès d'organismes publics aux termes de celle-ci, tout en protégeant la confidentialité des renseignements qui pourraient être assujettis au privilège des communications entre client et avocat, ou des documents confidentiels du Cabinet.
 20. Cette approche est similaire à celles adoptées par mes collègues d'autres provinces et territoires au Canada lorsque les institutions publiques qu'ils supervisent hésitent ou se montrent réticentes à fournir les documents pour que l'organisme de surveillance détermine s'ils relevaient bien du privilège des communications entre client et avocat.
 21. Je profite de l'occasion pour souligner que le Nouveau-Brunswick est actuellement le seul territoire de compétence au Canada à avoir imposé une restriction au pouvoir d'un organisme de surveillance de l'accès d'exiger la production d'information lorsque le privilège des communications entre client et avocat est invoqué. En dépit de cela, la communication à mes collègues d'autres provinces et territoires au Canada de documents susceptibles de contenir des renseignements protégés par le privilège des communications entre client et avocat a engendré, au cours des dernières années, de nombreuses contestations judiciaires.
 22. Ce problème s'est présenté l'an dernier à Terre-Neuve-et-Labrador, lorsque le commissaire à l'information et à la vie privée a été chargé d'enquêter, sous le régime de l'*Access to Information and Protection of Privacy Act, 2015*, sur une plainte en matière d'accès qui impliquait des documents considérés par l'organisme public comme protégés par le privilège des communications entre client et avocat.¹

¹ [Newfoundland and Labrador \(Justice and Public Safety\) \(Re\)](#), 2019 CanLII 80273 (NL IPC).

23. En vertu de l'actuelle législation en matière d'accès à Terre-Neuve-et-Labrador, il n'existe aucune restriction au pouvoir du commissaire d'exiger la production de documents lors d'une enquête. Lors de cette enquête, pourtant, l'organisme public a refusé de fournir au bureau du commissaire les documents à l'égard desquels il invoquait le privilège des communications entre client et avocat. Le bureau du commissaire, sans convenir qu'il n'avait pas le pouvoir d'en exiger la production, a offert de fournir à l'organisme public un autre moyen d'évaluer la validité de ses assertions concernant le privilège des communications entre client et avocat : « un affidavit décrivant les documents, d'une personne familière avec l'*ATIPPA*, 2015 et expérimentée dans le domaine de l'accès à l'information qui les aurait examinés dans leur ensemble ». ² [traduction]
24. Bien que l'organisme public ait, dans ce cas, fourni au bureau du commissaire une déclaration selon laquelle les documents en question impliquaient des communications entre l'organisme public et ses clients d'autres ministères sur la question générale de la demande d'accès (en l'occurrence, un dossier de plainte dans le domaine de l'environnement), il n'a pas inclus autant de détails que le demandait le bureau. Le commissaire a conclu qu'il n'avait d'autre choix que de clore l'enquête à partir de l'information dont il disposait, et a ultimement décidé que l'organisme public n'avait pas satisfait au fardeau de la preuve qui lui incombait.
25. Le commissaire a donc recommandé la communication des documents pour lesquels l'organisme public avait invoqué le privilège des communications entre client et avocat. L'affaire a été déferée aux tribunaux.
26. J'aborderai maintenant la question des droits d'accès de l'auteur de la demande à l'information demandée.

V DÉCISION

Article 27 : Privilège juridique

27. L'alinéa 27a) de la *Loi* énonce ce qui suit :

27 Sous réserve de l'alinéa 4b) et de l'article 22.1, le responsable d'un organisme public peut refuser de communiquer à l'auteur de la demande :

- (a) des renseignements protégés par le privilège du secret professionnel de l'avocat;
[...]

² *Ibid.*, au paragr. 9.

28. Cette exception a pour but de reconnaître et de protéger les communications privilégiées entre les avocats et leurs clients lorsque ces derniers cherchent à obtenir des conseils juridiques.
29. Comme l'alinéa 27 a) est une exception facultative à la communication, lors de l'enquête sur une plainte, un organisme public doit montrer ce qui suit pour étayer sa décision de refuser l'accès aux termes de cette disposition :
- que l'information en question relève bien du privilège des communications entre client et avocat;
 - qu'il a exercé son pouvoir discrétionnaire en décidant de refuser l'accès sur la base de facteurs pertinents.
30. Comme le paragr. 84(1) de la *Loi* stipule qu'il incombe à l'organisme public d'établir que l'auteur de la demande n'a aucun droit d'accès, les organismes publics qui invoquent cette exception doivent être prêts à présenter des éléments de preuve au Bureau quant aux raisons pour lesquelles l'exception s'applique vraisemblablement à l'information retenue.
31. La seule communication entre l'employé d'un organisme public et un avocat ne suffit pas à justifier l'invocation du privilège des communications entre client et avocat. Il doit y avoir des preuves attestant l'existence d'une relation entre client et avocat, et des preuves que la communication entre les parties visait l'obtention de conseils juridiques.
32. Bien que les communications entre les avocats et leurs clients soient presque toujours considérées comme confidentielles, le client est propriétaire du privilège et peut choisir d'y renoncer, puisqu'il s'agit là, comme nous l'avons déjà mentionné, d'une exception facultative à la communication.
33. Dans le cas présent, le Ministère s'est accroché à son privilège et maintenu sa position, selon laquelle les documents en cause relèveraient de l'exception prévue à l'alinéa 27 a).
34. Comme le Ministère a refusé de fournir les documents en cause afin que nous puissions les examiner, nous lui avons demandé, à défaut, de fournir des détails sur lesdits documents, dont la date de chacun, son ou ses auteur(s) ou expéditeur(s), son ou ses destinataire(s) et le sujet général sur lequel il portait.
35. Le Ministère nous a informés que les documents en cause consistent en 23 pages de courriels échangés par ses fonctionnaires et un conseiller juridique du Cabinet du procureur général, ainsi qu'en d'autres documents par lesquels le Ministère a tenté d'obtenir des conseils juridiques, notamment 13 pages d'ébauche et un document que l'auteur de la demande avait fourni au Ministère.

36. Le Ministère a refusé de fournir à notre Bureau davantage de détails relativement à ces documents.
37. Sans en savoir davantage au sujet des documents en cause, y compris des fonctionnaires concernés, des dates et de la raison générale de ces communications, il m'est impossible d'établir qu'elles étaient assujetties au privilège des communications entre client et avocat; le contexte des communications est en effet essentiel pour déterminer si le privilège des communications entre client et avocat s'y appliquait. Sans être autorisé à examiner les documents en question, je ne peux m'appuyer que sur les détails justificatifs fournis au Bureau par les organismes publics.
38. Lorsque l'organisme public refuse de fournir des détails suffisants quant aux raisons le portant à croire que le privilège des communications entre client et avocat s'applique, il ne s'acquitte pas du fardeau de la preuve.
39. Notre Bureau a examiné les autres documents fournis par le Ministère durant l'enquête sur cette plainte pour voir s'ils procuraient davantage de contexte. Nous savons qu'un fonctionnaire du Ministère a été en communication avec un avocat du Cabinet du procureur général à la fin de 2018, pour une affaire liée à l'objet de la demande, ce qui donne à penser que le Ministère pourrait avoir eu recours aux services du Cabinet du procureur général pour obtenir des conseils juridiques sur d'autres questions au cours de la période visée par la demande; l'information qu'il a fournie n'est cependant pas suffisante pour établir que les documents qu'il a refusé de transmettre aux fins d'examen, de même que son refus de fournir davantage de détails relèvent bien du privilège des communications entre client et avocat.
40. Sans une description adéquate de la part du Ministère des documents en question ou sans avoir pu examiner lesdits documents, je ne peux conclure que le Ministère a bien prouvé, comme il lui incombait, qu'ils relevaient de la portée de l'exception de l'alinéa 27 a).
41. En tant qu'organisme de surveillance responsable de l'examen indépendant des décisions des organismes publics en matière de droits d'accès aux termes de la *Loi*, je n'ai donc pas vraiment d'autre choix que de recommander la communication de l'information que je n'ai pu examiner, et par rapport à laquelle je n'ai obtenu que peu de détails.
42. Le privilège des communications entre client et avocat est un principe fondamental dans le droit canadien qui protège les communications entre les avocats et leurs clients et, dans cette perspective, doit être respecté et appliqué dans toute la mesure du possible. Il ne suffit cependant pas à un organisme public de l'invoquer pour échapper à une surveillance même sommaire.

43. Lorsqu'elle a établi le rôle de notre Bureau en matière de surveillance et d'orientation, l'Assemblée législative l'a fait avec la compréhension explicite et implicite qu'il se verrait confier l'examen de nombreux documents non destinés à la communication. Elle a rigoureusement défini des exigences en matière de confidentialité dans le cadre de nos travaux. Elle a établi des infractions advenant la communication incomplète à notre Bureau, dont elle a limité les pouvoirs afin que nos rapports n'aient pas la force d'ordres juridiques, mais procurent des orientations non contraignantes.
44. Par la reconnaissance de la raison d'être de la *Loi* et des limites et des pouvoirs précis qu'elle engendre, notre Bureau est jusqu'ici toujours parvenu à se convaincre que le privilège était invoqué de bonne foi. À de multiples occasions, nous avons été capables, en collaboration avec l'organisme public, de reconnaître et de respecter la confidentialité du privilège des communications entre client et avocat dans l'exercice de nos responsabilités législatives. Regrettablement, dans le cas présent, l'organisme public refuse de fournir toute preuve qui permettrait d'évaluer ses allégations quant au privilège des communications entre client et avocat.
45. Le Ministère n'ayant pas satisfait au fardeau de la preuve en ce qui concerne les documents en cause aux présentes, je ne peux faire quoi que ce soit d'autre sous le régime de la *Loi* que de recommander qu'ils soient communiqués à l'auteur de la demande.

V RECOMMANDATION

46. Compte tenu des conclusions précédemment exposées, je recommande qu'en vertu de la division 73(1)a)(i)(A) de la *Loi sur le droit à l'information et la protection de la vie privée*, le Ministère communique à l'auteur de la demande les documents jusqu'ici protégés dans leur intégralité aux termes de l'alinéa 27 a).
47. Comme il l'est énoncé dans l'article 74 de la *Loi sur le droit à l'information et la protection de la vie privée*, le responsable de l'organisme public doit, dans les 20 jours ouvrables suivant la réception du présent rapport des conclusions, aviser par écrit l'auteur de la demande et le Bureau de sa décision en ce qui concerne ces recommandations.

Le présent rapport a été fait à Fredericton (Nouveau-Brunswick), ce 25^e jour de septembre 2020.

Original signé par

Charles Murray

Ombud par intérim de la province du Nouveau-Brunswick