

**Rapport des conclusions : 19/20-AP-192**  
***Loi sur le droit à l'information et la protection de la vie privée***  
**Ministère de la Justice et de la Sécurité publique**

**Le 13 juillet 2021**

**Sommaire :** L'auteur de la demande a présenté au ministère de la Justice et de la Sécurité publique une demande de communication de tous les contrats conclus entre le Ministère et l'entreprise tierce qui fournit des services téléphoniques dans les prisons du Nouveau-Brunswick depuis 2014. Le Ministère a refusé l'accès à la totalité des renseignements demandés en soutenant que le tiers n'a pas consenti à une telle communication aux termes des sous-alinéas 22(1)c)(i), (ii) et (iii) (communication préjudiciable aux intérêts commerciaux ou financiers d'un tiers). Insatisfait de la réponse du Ministère, l'auteur de la demande a déposé une plainte auprès du Bureau.

L'ombud a jugé que ni le Ministère ni le tiers n'a fourni à notre Bureau de preuves suffisamment détaillées et convaincantes pour venir étayer la conclusion qu'une communication risquerait vraisemblablement de porter préjudice aux intérêts commerciaux ou financiers du tiers aux termes des sous-alinéas 22(1)c)(i), (ii) ou (iii) de la *Loi*, et il a recommandé que le Ministère communique la totalité des documents contractuels demandés.

**Lois examinées :** [Loi sur le droit à l'information et la protection de la vie privée](#), L.N.-B., ch. R-10.6, sous-alinéas 22(1)c)(i), 22(1)c)(ii) et 22(1)c)(iii).

**Les autorités se sont fondées sur :** *Sea Dogs de Saint John c. Commission de Harbour Station et ombud de la province du Nouveau-Brunswick* (19 mars 2021), Saint John, SJM-28-2020 et SJM-96-2020 (NBBR [inédiée]), [Ordonnance MO-2852, visant Hamilton Entertainment and Convention Facilities Inc.](#), 2013 CanLII 11999 (CIPP de l'Ontario), [Merck Frosst Canada Ltée c. Canada \(Santé\)](#), 2012 CSC 3, [2012] 1 RCS 23 (CanLII), [Carmont et autre c. PNB et autre](#), 2018 NBBR 53 (CanLII), [Medavie c. PNB \(ministère de la Santé\)](#), 2018 NBBR 121 (CanLII), [Balmain c. Nouveau-Brunswick \(Tourisme, Patrimoine et Culture\)](#), 2018 NBBR 129 (CanLII).

## I CONTEXTE

1. Le 9 janvier 2020, l'auteur de la demande a présenté à l'ancien ministère de la Sécurité publique (maintenant le ministère de la Justice et de la Sécurité publique, ci-après « le Ministère ») une demande de communication de tous les contrats conclus entre le Ministère et l'entreprise tierce qui fournit des services téléphoniques dans le cadre des visites aux détenus dans les établissements correctionnels provinciaux depuis 2014.
2. Dans une lettre datée du 23 janvier 2020, le Ministère a refusé l'accès à l'intégralité des renseignements et a fourni les explications suivantes :

Veillez noter que le tiers a été joint et qu'il ne consent pas à la communication du contrat aux termes de l'alinéa 22(1)c), qui stipule que « le responsable d'un organisme public refuse de communiquer à l'auteur de la demande des renseignements qui révéleraient des renseignements d'ordre commercial, financier, professionnel, scientifique ou technique, dont la divulgation risquerait vraisemblablement :

- (i) de nuire à la compétitivité d'un tiers,
- (ii) d'entraver des négociations menées par un tiers en vue de contrats ou à d'autres fins,
- (iii) d'entraîner des pertes ou de procurer des profits financiers injustifiés pour un tiers. »

Conformément aux dispositions ci-dessus, le contrat de service est protégé.

3. Insatisfait de la décision du Ministère, l'auteur de la demande a déposé une plainte auprès du Bureau. Ce faisant, l'auteur de la demande a demandé si la totalité du contrat pouvait être protégée aux termes des exceptions à la communication invoquées et a soutenu que le contrat comprenait des détails importants pour déterminer sa valeur pour les Néo-Brunswickois, comme la durée du contrat et les services devant être fournis par le tiers.
4. L'affaire n'a pas été réglée de façon informelle, et j'ai mené une enquête officielle aux termes du paragraphe 68(3) de la *Loi*.
5. Pendant le processus d'enquête formelle, le tiers a été avisé de la présente affaire et invité à me transmettre ses observations afin que je les examine. Le Ministère a également été avisé et invité à me fournir des documents et des explications supplémentaires afin que je les examine. Bien que la *Loi* n'exige pas que le Bureau avise le tiers ou cherche à obtenir ses observations dans le cadre du

processus d'enquête, j'ai décidé d'exercer mon pouvoir de le faire dans cette affaire, conformément à l'alinéa 71(1)c) de la *Loi*.

6. De plus, pendant le processus d'enquête formelle, le Ministère a tenu, de sa propre initiative, de plus amples discussions avec le tiers, à la suite desquelles le Ministère a décidé de communiquer une partie des documents contractuels à l'auteur de la demande. Ce faisant, le Ministère a informé l'auteur de la demande que le tiers consentait maintenant à communiquer les contrats, à l'exception du taux de commission et du barème tarifaire, qui ont été caviardés dans les documents contractuels. Les documents ont ensuite été communiqués à l'auteur de la demande. Le Ministère a soutenu que les renseignements retenus (le taux de commission et le barème tarifaire) étaient protégés de la communication en vertu des alinéas 22(1)c)(i), (ii) et (iii), puisque le tiers ne consentait pas à leur communication.

## II OBJETS

7. Les documents en cause consistent en l'entente source datée du 16 juillet 2014 conclue entre le Ministère et le tiers, et en l'entente de modification subséquente datée du 29 juillet 2019.
8. Compte tenu de la communication récente de la plupart des renseignements contenus dans les documents en cause du Ministère à l'auteur de la demande, la seule question restant à régler est de savoir si l'auteur de la demande a droit d'accès au taux de commission et au barème tarifaire.
9. Aux termes du paragraphe 84(1) de la *Loi*, il incombe à l'organisme public d'établir que l'auteur de la demande n'a aucun droit d'accès aux renseignements demandés.<sup>1</sup>

## III QUESTION PRÉLIMINAIRE : MANQUE DE COLLABORATION PENDANT L'ENQUÊTE

10. Parmi les raisons expliquant pourquoi la présente affaire n'a pas pu être réglée pendant le processus de règlement informel et pourquoi il a fallu autant de temps pour terminer l'enquête, outre la perturbation causée par le confinement à l'échelle de la province au printemps 2020 en raison de la pandémie de COVID-19, citons notamment le fait que le Ministère a omis de collaborer à notre enquête en temps opportun.

---

<sup>1</sup> *Sea Dogs de Saint John c. Commission de Harbour Station et ombud de la province du Nouveau-Brunswick* (19 mars 2021), Saint John, SJM-28-2020 et SJM-96-2020 (NBBR), du paragraphe 73 au paragraphe 84 (inédite).

11. Bien que le Ministère ait répondu rapidement à notre avis de plainte et qu'il nous ait fourni les documents pertinents au début de notre examen, il a omis de collaborer au processus de règlement informel en temps opportun.
12. De plus, puisque la question des droits d'accès de l'auteur de la demande restait à régler malgré les efforts déployés pour parvenir au règlement informel de la présente affaire, j'ai envoyé un avis d'enquête formelle au Ministère le 25 février 2021. À ce moment-là, j'ai demandé des renseignements et des explications supplémentaires au Ministère afin de mieux comprendre la façon dont les parties en sont arrivées au taux de commission et au barème tarifaire énoncés dans ces ententes. J'ai demandé que ces renseignements supplémentaires me soient fournis pour examen au plus tard le 18 mars 2021.
13. Le 6 avril 2021, le Ministère a informé le Bureau qu'il était disposé à communiquer les documents contractuels à l'auteur de la demande, mais pas le barème tarifaire ni le taux de commission. Le Ministère n'a pas mentionné les renseignements ou les explications supplémentaires que j'avais demandés en février 2021, et n'y a pas fait référence.
14. Le 16 juin 2021, le Ministère a communiqué avec le Bureau afin de l'informer qu'il communiquerait une version caviardée des documents contractuels, dans laquelle le taux de commission et le barème tarifaire seraient caviardés, puisqu'il avait tenu de plus amples discussions avec le tiers et que celui-ci ne s'objectait plus à la communication du reste du contrat. Le 29 juin 2021, le Ministère a confirmé à notre Bureau qu'il avait procédé à la communication de ces renseignements supplémentaires à l'auteur de la demande, conformément au processus de règlement informel du Bureau, malgré le fait que la présente affaire faisait l'objet d'une enquête formelle depuis février 2021.
15. En date de la rédaction du présent rapport, le Ministère n'a pas fourni de réponse aux questions énoncées dans l'avis d'enquête formelle du 25 février 2021. Je rends donc la présente décision sans avoir reçu d'autres commentaires de sa part et en me fondant sur les preuves limitées au dossier, qui reposent uniquement sur les objections à la communication formulées par le tiers.
16. En ce qui concerne les enquêtes futures sur les plaintes déposées contre le Ministère, j'espère que le Bureau recevra une collaboration plus rapide et plus significative tant dans le cadre du processus de règlement informel que dans le cadre du processus d'enquête officielle sur une plainte.

#### IV ANALYSE

##### **Alinéa 22(1)c) : Communication préjudiciable aux intérêts commerciaux ou financiers d'un tiers**

17. Le Ministère s'est fondé sur les sous-alinéas 22(1)c)(i), (ii) et (iii) de la *Loi* pour refuser l'accès aux renseignements, qui indiquent :

22(1) Le responsable d'un organisme public refuse de communiquer à l'auteur de la demande des renseignements qui révéleraient :

c) des renseignements d'ordre commercial, financier, professionnel, scientifique ou technique, dont la divulgation risquerait vraisemblablement :

(i) de nuire à la compétitivité d'un tiers,

(ii) d'entraver des négociations menées par un tiers en vue de contrats ou à d'autres fins,

(iii) d'entraîner des pertes ou de procurer des profits financiers injustifiés pour un tiers [...]

18. L'alinéa 22(1)c) est une exception obligatoire à la communication, ce qui signifie qu'un organisme public n'est pas autorisé à communiquer de l'information qui entre dans son champ d'application, à moins que les conditions qui permettent ou rendent obligatoire la communication en vertu des paragraphes 22(3), 22(4) ou 22(5) s'appliquent.

##### ***Fardeau de la preuve et critères du test à respecter***

19. Comme indiqué ci-dessus, en vertu du paragraphe 84(1), il incombe à l'organisme public d'établir que l'auteur de la demande n'a aucun droit d'accès à l'information en cause aux termes des sous-alinéas 22(1)c)(i), (ii) ou (iii) de la *Loi*.

20. Pour conclure que l'information entre dans le champ d'application de cette exception, l'organisme public doit démontrer que les deux critères suivants sont respectés :

- les renseignements en question sont d'ordre commercial, financier, scientifique ou technique, ou se rapportent aux relations de travail;
- la communication de ces renseignements risquerait vraisemblablement de porter préjudice d'au moins une des façons indiquées aux sous-alinéas 22(1)c)(i) à (v) de la *Loi*.

**Étape 1 : Les renseignements sont-ils d'ordre commercial, financier, scientifique ou technique, ou se rapportent-ils aux relations de travail?**

21. La *Loi* ne définit pas ce qu'on entend par renseignements « d'ordre commercial » ou « d'ordre financier »; cependant, ces termes sont aussi employés dans les lois respectives sur l'accès à l'information d'autres administrations du Canada. En Ontario, ces termes sont aussi employés dans l'exception à la communication équivalente, prévue par l'article 10 de la *Loi sur l'accès à l'information municipale et la protection de la vie privée*, et l'interprétation de ces termes, telle qu'elle a été adoptée par le Bureau du commissaire à l'information et à la protection de la vie privée de l'Ontario, se lit comme suit :

*Renseignements d'ordre commercial* s'entend des renseignements qui ont uniquement trait à la vente, à l'achat ou à l'échange de marchandises ou de services. Le terme « renseignements d'ordre commercial » peut s'appliquer tant aux organismes à but lucratif qu'aux organismes sans but lucratif et vise tant les grandes entreprises que les petites entreprises [ordonnance PO-2010]. Le fait qu'un document puisse avoir une valeur monétaire réelle ou potentielle ne signifie pas nécessairement qu'il contient en soi des renseignements d'ordre commercial [P-1621].

*Renseignements d'ordre financier* désigne ce qui se rapporte à l'argent, à son usage ou à sa distribution et doit contenir des données précises ou y faire référence. Ce type de renseignements comprend notamment les méthodes de détermination du coût de revient, les pratiques d'établissement des prix, les données sur les profits et pertes, les coûts indirects et les coûts de fonctionnement. [Ordonnance PO-2010].<sup>2</sup>

22. Je suis d'accord avec l'interprétation des termes « d'ordre commercial » et « d'ordre financier » définie ci-dessus et je l'adopte pour les fins de l'article 22 de la *Loi*.
23. Dans la présente affaire, le contrat source et l'entente de modification contiennent des dispositions qui décrivent les modalités de l'entente conclue entre les parties aux fins de la prestation d'un système téléphonique aux contrevenants, fourni et exploité par le tiers. Ces dispositions décrivent entre autres la durée de l'entente, les services devant être fournis et les détails financiers, comme le taux de commission à verser et le barème tarifaire pour les appels et les transactions effectués à l'aide du système, qui seraient au bout du compte facturés à l'utilisateur final (c'est-à-dire aux détenus

---

<sup>2</sup> [Ordonnance MO-2852, visant Hamilton Entertainment and Convention Facilities Inc.](#), 2013 CanLII 11999 (CIPP de l'Ontario), au paragraphe 31.

incarcérés dans les établissements correctionnels provinciaux ou aux personnes qui font des dépôts dans le système pour le compte d'un détenu).

24. Même si je n'ai pas reçu d'observations ni du Ministère ni du tiers à cet égard, je suis tout de même convaincu que les renseignements contenus dans ces ententes consistent en des renseignements d'ordre commercial et d'ordre financier au sens du paragraphe 22(1) de la *Loi*, ce qui répond donc au premier critère du test.
25. Ainsi, j'examinerai ensuite si la communication des ententes pourrait vraisemblablement présenter les types de préjudices décrits aux sous-alinéas 22(1)c)(i), (ii) ou (iii) de la *Loi*.

## Étape 2 : Préjudices aux intérêts d'ordre commercial ou financier d'un tiers

26. L'application adéquate de l'alinéa 22(1)c) comme motif pour refuser la communication exige également une évaluation pour déterminer si la communication de l'information en question risquerait vraisemblablement de porter préjudice à un tiers. La norme de preuve largement reconnue pour les critères de préjudice liés à l'information du tiers a été établie par la Cour suprême du Canada dans la décision *Merck Frosst* :

[204] ... Il est nécessaire d'atteindre un équilibre entre les objectifs importants de la divulgation et la nécessité d'éviter que celle-ci soit préjudiciable à des tiers. L'objectif important visé par l'accès à l'information serait mis en échec par la norme de la simple possibilité qu'un préjudice soit causé. Il faut éviter de refuser la divulgation de renseignements sur le fondement d'une crainte de préjudice qui est fantaisiste, imaginaire ou forcée. De telles craintes ne sont pas raisonnables parce qu'elles ne sont pas fondées sur la raison [...] Les mots « risquerait vraisemblablement » [traduction] « expriment un risque, qui, en toute objectivité, est fondé sur des motifs réels et sérieux » : *Watt c. Forests*, [2007] NSWADT 197 (AustLII), par. 120. Par contre, ce dont il est question, c'est le risque qu'un préjudice soit causé, risque qui dépend de la concrétisation de certaines éventualités. Par conséquent, imposer au tiers (ou, dans d'autres dispositions, à l'administration) le fardeau d'établir que le préjudice est plus susceptible de se produire que de ne pas se produire reviendrait à lui imposer une norme de preuve qui, dans de nombreux cas, serait impossible à satisfaire.

[206] En conclusion, la formulation acceptée du critère, à savoir le « risque vraisemblable de préjudice probable », exprime la nécessité d'établir que la divulgation occasionnera un risque de préjudice selon une norme qui est beaucoup plus exigeante que la simple possibilité ou

conjecture, mais qui n'atteint cependant pas celle d'établir, selon la prépondérance des probabilités, que la divulgation occasionnera effectivement un tel préjudice.<sup>3</sup>

27. Dans les observations fournies au Bureau pour étayer la conclusion que des renseignements sont protégés en vertu de l'exception prévue au paragraphe 22(1), les objections à la communication devraient présenter une preuve détaillée et convaincante pour démontrer en quoi la communication de l'information en question risquerait vraisemblablement de causer l'un des types de préjudices prétendus. Il faut fournir des détails précis quant à la nature et au contexte du risque. De simples affirmations selon lesquelles il existerait d'éventuelles répercussions négatives sur les intérêts commerciaux ou financiers du tiers ne suffiront pas pour contrer l'obligation statutaire des organismes publics à informer les citoyens qu'ils servent de la façon dont ils mènent leurs affaires publiques, y compris au moment de conclure un contrat avec un tiers aux fins de la prestation de services.

### ***Position des parties***

28. Comme indiqué ci-dessus, tant le Ministère que le tiers ont été avisés de l'enquête formelle et invités à présenter leurs observations au sujet de la communication possible des documents contractuels afin que je les examine.
29. Pour ce qui est du Ministère, sa position initiale dans le cadre de sa réponse à la demande était que le tiers ne consentait pas à la communication et que, par conséquent, le contrat était protégé dans son intégralité en vertu des sous-alinéas 22(1)c)(i), (ii) et (iii). Au cours du processus d'enquête formelle, le Ministère a finalement accepté de revoir sa position, mais seulement après avoir tenu de plus amples discussions avec le tiers, ce qui s'est traduit par la communication, par le Ministère, des documents contractuels demandés, avec caviardage du taux de commission et du barème tarifaire, puisque le tiers ne consentait toujours pas à un tel degré de communication.
30. Dans la lettre que j'ai envoyée au Ministère afin de l'informer de l'enquête formelle, je lui ai demandé de fournir des explications supplémentaires sur le document d'appel d'offres qui a mené à la conclusion de l'entente avec le tiers, d'indiquer la façon dont le taux de commission a été établi et d'indiquer si, à son avis, l'utilisateur final (c'est-à-dire les détenus du système correctionnel provincial ou les membres de leur famille et leurs amis) serait informé du barème tarifaire, puisque ce sera lui qui paiera les appels et les transactions effectués à l'aide du système. Le Ministère n'a fourni au Bureau aucun détail sur ces points.

---

<sup>3</sup> *Merck Frosst Canada Ltée c. Canada (Santé)*, 2012 CSC 3, [2012] 1 RCS 23 (CanLII).



31. Pour ce qui est du tiers, sa position initiale dans le cadre de ses discussions avec le Ministère était qu'il s'objectait à la communication de la totalité des contrats, soutenant qu'une telle communication à ses concurrents pourrait nuire à son entreprise. Le tiers a indiqué que le contrat comprend les tarifs qu'il facture, la commission qu'il paie, les caractéristiques à valeur ajoutée qu'il offre à la Province, et les dispositions générales de l'entente. Le tiers a également indiqué que le contrat contient des renseignements confidentiels et exclusifs qui ne regardent personne d'autre que les parties au contrat.
32. Au cours du processus d'enquête formelle, le tiers a présenté des observations au Bureau. Ses commentaires portaient principalement sur les répercussions potentielles de la communication sur le taux de commission et le barème tarifaire. Le tiers a fait valoir que si ces montants étaient communiqués, ces renseignements pourraient être utilisés par un concurrent pour ajuster ses propres tarifs en conséquence dans le cadre d'éventuelles soumissions, ce qui pourrait se solder par l'attribution du contrat à l'un des concurrents du tiers plutôt qu'au tiers. La position du tiers est que la communication pourrait conférer à ses concurrents un avantage injuste.

### ***Discussion et constatations***

33. Même si je peux comprendre pourquoi le tiers préférerait que le taux de commission et le barème tarifaire figurant dans les documents contractuels soient protégés, mon rôle consiste à évaluer si des preuves suffisantes ont été fournies au Bureau pour venir justifier la conclusion que la communication risquerait vraisemblablement de porter préjudice aux intérêts commerciaux ou financiers du tiers, comme le prévoit l'alinéa 22(1)c) de la *Loi*.
34. Pour ce qui est de la position du Ministère selon laquelle il ne peut pas communiquer de renseignements figurant dans un contrat si le tiers n'y consent pas, il ne s'agit pas là d'un motif valide pour refuser la communication.
35. Même si l'alinéa 22(3)a) se veut une dérogation à l'exception obligatoire à la communication en vertu du paragraphe 22(1) lorsque le tiers consent à la communication de renseignements qui risqueraient vraisemblablement de porter préjudice à ses intérêts commerciaux ou financiers, le fait que le tiers s'objecte à la communication ne signifie pas automatiquement que le paragraphe 22(1) s'applique de sorte à interdire la communication. L'objection du tiers à la communication n'a aucune valeur, sauf lorsque des preuves suffisantes permettent également d'établir que les renseignements en question doivent être protégés de la communication en vertu de l'alinéa 22(1)c), conformément aux deux critères du test énoncés ci-dessus.

36. Le Ministère n'a à aucun moment durant l'enquête sur cette plainte présenté au Bureau des preuves indiquant en quoi les renseignements figurant dans les documents contractuels risqueraient vraisemblablement de nuire à la compétitivité du tiers, d'entraver les négociations qu'il mène en vue de contrats ou à d'autres fins, de lui causer une importante perte financière ou de lui procurer d'importants profits financiers, conformément aux exceptions à la communication invoquées (soulignées 22(1)c)(i), (ii) et (iii) de la *Loi*).
37. Pour ce qui est des observations présentées par le tiers au Bureau, sa position est que la communication du taux de commission et du barème tarifaire pourrait permettre à un concurrent de se servir de ces renseignements à son avantage dans le cadre d'un éventuel processus d'appel d'offres pour les mêmes services, ce qui pourrait faire en sorte que le tiers perde son contrat avec la Province et ce qui nuirait à ses intérêts commerciaux.

***Récentes décisions des tribunaux du Nouveau-Brunswick entourant l'article 22 et la communication de contrats***

38. La question des droits d'accès en vertu de la *Loi* aux ententes contractuelles conclues entre un organisme public et une entreprise tierce a fait l'objet de plusieurs décisions récentes rendues par le Bureau, ainsi que par la Cour du Banc de la Reine du Nouveau-Brunswick. Même si ni le Ministère ni le tiers n'a fait mention de la jurisprudence au cours de cette enquête, j'estime néanmoins utile de tenir compte des précédents pour orienter mon analyse, en particulier sachant que je dispose de peu de preuves à l'appui fournies par le Ministère et le tiers relativement à l'application de l'alinéa 22(1)c) au reste des renseignements en cause.
39. En 2018, la Cour du Banc de la Reine du Nouveau-Brunswick a rendu trois décisions sur la question des droits d'accès aux contrats conclus entre la Province et une entreprise tierce. Deux de ces décisions abordaient l'applicabilité de l'exception à la communication prévue par le paragraphe 22(1) en ce qui concerne certains détails financiers figurant dans des contrats, tandis que l'autre examinait l'applicabilité de l'alinéa 30(1)c) (Intérêts économiques et autres d'organismes publics) aux droits de permis devant être versés par un tiers à la Province aux termes d'un accord d'exploitation.

40. En ce qui a trait aux deux décisions récentes touchant l'interprétation et l'application de l'article 22 de la *Loi* (*Carmont et autre c. PNB et autre*<sup>4</sup> et *Medavie c. PNB*<sup>5</sup>), le tribunal a confirmé la protection de certains types de renseignements d'ordre financier et commercial dans des contrats conclus entre un organisme public et un tiers.
41. Dans les deux affaires, j'observe que la majorité des renseignements des contrats en question a été communiquée aux auteurs des demandes avant que ces affaires ne soient soumises aux tribunaux – seuls les renseignements d'ordre financier et commercial étaient en cause, et non les ententes dans leur intégralité. Pour ce motif seulement, aucune de ces deux décisions ne vient étayer la conclusion que les documents contractuels en cause dans la présente affaire devraient être protégés dans leur intégralité par le Ministère.
42. Les contrats cités dans ces deux affaires visaient l'exploitation de foyers de soins et la prestation de services d'ambulance à l'échelle de la province par des entreprises privées. Dans l'affaire des foyers de soins, l'information en cause comprenait des tarifs journaliers, ainsi que le nombre total de jours-lits annuels et le nombre d'employés ETP pour chaque foyer. Dans l'affaire *Medavie*, les détails en cause comprenaient les unités-heures, le coût par unité-heure, le coût par heure avec personnel, le volume d'appels par région, les formules et les charges budgétaires.
43. À mon avis, la nature des ententes de ces affaires diffère de celle en cause dans la présente affaire, puisque le contrat source et l'entente de modification subséquente entre la Province et le tiers visent l'exploitation, par le tiers, d'un système téléphonique dans le cadre des visites aux détenus dans les établissements correctionnels provinciaux. Selon moi, la nature du taux de commission et du barème tarifaire établis dans les documents contractuels en question est bien différente de celle des types de renseignements en cause des affaires *Carmont* et *Medavie*. Ainsi, je ne considère pas que ces affaires sont utiles pour étayer la conclusion que le taux de commission et la grille tarifaire de la présente affaire sont protégés de la communication aux termes de l'alinéa 22(1)c) de la *Loi*.
44. En ce qui a trait à la troisième décision pertinente de la Cour, *Balmain c. Nouveau-Brunswick (Tourisme, Patrimoine et Culture)*<sup>6</sup>, il s'agissait d'un appel devant les tribunaux concernant le refus du ministère du Tourisme, du Patrimoine et de la Culture de communiquer les droits de permis devant être versés à la Province par une exploitante tierce du terrain de golf de Mactaquac, qui appartient à la Province, conformément au contrat négocié entre l'exploitante et la Province. J'estime que cette affaire s'applique davantage aux questions de la présente affaire, en raison du caractère semblable de la

<sup>4</sup> *Carmont et autre c. PNB et autre*, 2018 NBBR 53 (CanLII).

<sup>5</sup> *Medavie c. PNB (ministère de la Santé)*, 2018 NBBR 121 (CanLII).

<sup>6</sup> *Balmain c. Nouveau-Brunswick (Tourisme, Patrimoine et Culture)*, 2018 NBBR 129 (CanLII).

nature et de l'objet des droits de permis et des taux de commission qu'un tiers doit payer à la Province dans le cadre de l'exploitation de propriétés ou de systèmes au sein d'installations publiques.

45. Dans l'affaire *Balmain*, la Province ne s'est pas fondée sur l'article 22 de la *Loi* pour protéger les droits de permis convenus par les parties à l'entente, mais plutôt sur l'alinéa 30(1)c) :

30(1) Le responsable d'un organisme public peut refuser de communiquer à l'auteur de la demande des renseignements dont la communication risquerait vraisemblablement de porter préjudice à l'intérêt économique ou financier d'un organisme public ou de la province ou à sa position de négociateur, y compris, notamment, les renseignements suivants :

[...]

c) les renseignements dont la communication risquerait vraisemblablement de causer des pertes financières à un organisme public ou à la province, de nuire à sa compétitivité ou d'entraver des négociations qu'il mène en vue de conclure des contrats ou à d'autres fins; [...]

46. J'estime que cette exception à la communication est assez similaire aux sous-alinéas 22(1)c)(i), (ii) et (iii) de la *Loi*, dont l'accent porte sur les intérêts de l'organisme public (ou de la Province) plutôt que sur les intérêts du tiers. Étant donné que l'exception prévue par l'alinéa 30(1)c) repose sur un critère de préjudice, tout comme l'exception prévue par l'alinéa 22(1)c), le fardeau de la preuve et le niveau de preuve sont les mêmes pour les deux dispositions.

47. Lorsqu'il a rejeté la position de la Province, qui considérait que la communication des droits de permis figurant au contrat pourrait nuire à d'éventuelles négociations pour l'exploitation et l'entretien du terrain de golf, ce qui constituait selon elle un motif suffisant pour refuser la communication aux termes de l'alinéa 30(1)c) de la *Loi*, le juge Stephenson a constaté ce qui suit :

[14] ... La Province n'a pas déposé de copie intégrale de la convention en preuve (que ce soit à titre confidentiel ou non) et elle n'a fourni aucune autre preuve établissant pourquoi ou en quoi il y aurait atteinte à sa compétitivité ou entrave aux négociations futures qu'elle mènerait en vue de conclure un contrat relatif à l'exploitation du terrain de golf – elle se contente d'inviter la Cour à en arriver à la conclusion que cette issue irait de soi pour le cas où elle se verrait contrainte de divulguer les aspects financiers de l'arrangement actuellement en vigueur. **Si on le mène jusqu'à sa conclusion logique, cet argument pourrait être invoqué pour éviter de communiquer pratiquement n'importe quel contrat public.**

[caractères gras ajoutés]

48. Le juge Stephenson a également évalué les répercussions potentielles de la communication du barème des droits de permis en place sur d'éventuelles négociations avec un exploitant différent, et il en est venu à la conclusion que les objections du Ministère à cet égard n'étaient pas convaincantes pour les raisons suivantes :

[16] ... [Un] exploitant futur pourrait également contester à la fois les droits de permis qu'on lui demanderait de payer et les engagements contractuels qu'on l'obligerait à prendre, relativement à l'exploitation du terrain de golf, comparativement à ceux qui sont énoncés dans la convention actuelle. La réponse à ce genre de question a toujours été qu'il s'agit d'une nouvelle négociation et que c'est là l'arrangement qui est proposé aujourd'hui et pour lequel vous êtes censé soumissionner. **De plus, dans la mesure où une partie choisit de comparer une soumission future à une entente précédente, elle le fait à ses propres risques.** La Province aura toujours le pouvoir discrétionnaire d'accepter ou non une soumission et elle disposera également, si elle agit d'une manière commercialement efficace, des renseignements financiers nécessaires, grâce à l'entente précédente, pour établir son propre scénario de référence et définir les paramètres financiers de la soumission qu'elle serait disposée à accepter. D'ailleurs, selon mon expérience, l'évolution des clauses contractuelles et l'amélioration des clauses financières en fonction de l'expérience réelle sont une caractéristique courante des arrangements en matière de prestation de services dans l'ensemble des secteurs public et privé.

[caractères gras ajoutés]

49. Au bout du compte, la Cour a conclu que la Province n'avait pas présenté de preuves suffisantes pour appuyer l'assertion selon laquelle la communication des droits de permis pourrait vraisemblablement nuire à ses intérêts :

[17] ... [J'ai] conclu que le préjudice ou le risque que la Province a établi ne va pas au-delà de la simple possibilité ou conjecture. Nul ne laisse entendre que des intérêts propriétaires ou des secrets industriels seraient en litige, et il ne suffit pas de simplement souligner que la Province pourrait devoir renégocier une nouvelle convention avec un autre exploitant relativement à la même période. **En tirant une conclusion contraire, on se trouverait, pour les raisons déjà évoquées, à établir un précédent qui pourrait être utilisé pour faire généralement échec à l'objet de la Loi ainsi qu'à la fonction redditionnelle et de transparence qu'elle remplit dans notre société démocratique.**

[caractères gras ajoutés]

50. Pour revenir à la présente affaire, à la lumière des récentes décisions des tribunaux susmentionnées, j'estime que la substance et le poids des arguments contre la communication qui me sont présentés

sont semblables à ceux des arguments que la Province a présentés au tribunal dans l'affaire *Balmain*. Le tiers s'inquiète du fait que la communication du taux de commission et du barème tarifaire figurant à la présente entente pourrait être utilisée contre lui dans le cadre d'un processus d'approvisionnement futur, ce qui risquerait d'entraîner la perte du contrat pour le tiers.

51. Pour les mêmes raisons que celles indiquées par le juge Stephenson dans l'affaire *Balmain*, j'estime que cette assertion ne suffit pas à démontrer que la communication du taux de commission risquerait vraisemblablement de nuire à la compétitivité du tiers, d'entraver les négociations qu'il mène en vue de contrats ou à d'autres fins, de lui causer une importante perte financière ou de lui procurer d'importants profits financiers au sens des sous-alinéas 22(1)c)(i), (ii) et (iii) de la *Loi*.
52. En ce qui a trait au barème tarifaire, qui établit les tarifs facturés par le tiers à l'utilisateur final du système téléphonique pour ses appels et ses transactions, ma conclusion est la même. Ma conclusion selon laquelle le barème tarifaire ne mérite pas d'être protégé de la communication dans ces circonstances est également motivée par le fait que les utilisateurs finaux (c'est-à-dire les détenus incarcérés dans les établissements correctionnels provinciaux qui utilisent le système téléphonique pour appeler des amis ou des membres de la famille) voient les sommes portées à leur compte personnel. Ainsi, le coût facturé par appel ou par transaction serait connu d'un nombre important de personnes qui ne sont pas partie au contrat.
53. Pour tous les motifs qui précèdent, j'estime que le deuxième critère du test aux sous-alinéas 22(1)c)(i), (ii) et (iii) n'a pas été respecté en ce qui a trait au taux de commission ou au barème tarifaire, et que la totalité des documents contractuels aurait dû être communiquée à l'auteur de la demande. Une recommandation sur ce point suivra.

## V CONCLUSION

54. Pour avoir enquêté sur plusieurs plaintes concernant les droits d'accès aux contrats conclus entre un organisme public et une entreprise du secteur privé depuis l'entrée en vigueur de la nouvelle loi en 2010, le Bureau a, à plusieurs reprises, vu des organismes publics et des entreprises adopter une interprétation trop large de l'exception à la communication prévue par le paragraphe 22(1), que ni l'interprétation téléologique de la loi ni la jurisprudence ne vient appuyer.
55. Les assertions suivantes ne constituent pas un argument suffisant : « Si le tarif que nous facturons devient connu, d'autres pourraient chercher, dans le futur, à soumissionner à un prix moindre que celui que nous proposons »; « Si d'autres clients étaient au courant de ce prix, ils pourraient également chercher à payer un prix moins élevé ». Le processus d'appel d'offres est complexe et il ne repose souvent pas uniquement sur le prix. Dans la mesure où le fait de connaître le montant que le

gouvernement paie pour des produits mène à une concurrence plus féroce, cela peut représenter un avantage pour le public. Le fait d'encourager les entreprises à se montrer plus concurrentielles pendant les processus de passation des marchés publics pourrait bien aider les organismes publics à négocier de meilleurs prix dans le cadre des contrats futurs.

56. Les principes fondamentaux de transparence et de reddition de comptes en place au moment de conclure un contrat au nom du public devraient être compris tant par l'entreprise que par l'organisme gouvernemental et être intégrés à leur relation le plus tôt possible, notamment dès le processus de négociation. La source de financement du gouvernement est le contribuable. Puisque c'est l'argent du contribuable qui est dépensé, en l'absence de circonstances particulières, la compréhension par défaut devrait être que le contribuable a le droit de savoir à qui les fonds publics sont versés, pour quels montants, pour quels produits ou services et selon quelles modalités. Il y a tout un ensemble de lois et de conclusions judiciaires qui soulignent ce principe, et la *Loi* n'en est qu'une partie.
57. Les entreprises ne sont aucunement tenues de soumissionner à des appels d'offres d'entités publiques ou de transiger avec elles; cependant, celles qui choisissent de le faire doivent reconnaître que l'organisme public avec lequel elles font affaire a une obligation générale de transparence. Cette obligation ne peut pas être mise en échec par un libellé contractuel astucieux ou par un recours trop large aux exceptions statutaires. Les entreprises qui souhaitent garder absolument secret le prix qu'elles exigent pour leurs biens et services doivent être mises en garde contre la conclusion de contrats avec le secteur public, puisque ces deux approches sont fondamentalement incompatibles. Les exigences de transparence prévues par la *Loi* devraient être clairement indiquées par les organismes publics dans le cadre de négociations avec des entreprises privées, et les organismes publics doivent éviter d'offrir une garantie générale au sujet de la confidentialité ou de la protection de certains détails financiers figurant dans les contrats, que ni la loi ni la jurisprudence ne viendrait appuyer.

## VI RECOMMANDATION

58. Compte tenu de ce qui précède, je conclus que les preuves qui m'ont été présentées ne suffisent pas pour venir étayer la conclusion selon laquelle le taux de commission et le barème tarifaire établis dans les documents contractuels en question sont protégés de la communication en vertu des sous-alinéas 22(1)c)(i), (ii) ou (iii), et je recommande, aux termes de la division 73(1)a)(i)(A) de la *Loi*, que le Ministère communique la totalité des documents demandés à l'auteur de la demande.

59. À la lumière de la jurisprudence et des précédents bien établis concernant le degré de transparence exigé par la *Loi* dans le cadre des contrats conclus entre un organisme public et une entreprise tierce au Nouveau-Brunswick, comme susmentionné, je suis convaincu que le Ministère adoptera une approche plus ouverte, plus transparente et plus raisonnable au moment de traiter les demandes futures d'accès à l'information concernant des contrats et des ententes qu'il a conclus.
60. Je suis également convaincu que le Ministère n'invoquera pas l'absence de consentement à la communication de la part du tiers comme motif pour refuser l'accès, en vertu de l'exception à la communication prévue par le paragraphe 22(1), dans le cadre du traitement de futures demandes aux termes du droit à l'information, puisque cette approche n'est pas soutenue par le libellé de cette disposition, et qu'elle ne cadre pas avec le principe fondamental de la *Loi*, qui invite tous les organismes publics à faire preuve de transparence dans la conduite d'affaires publiques au nom des citoyens qu'ils servent au final.
61. Comme énoncé à l'article 74 de la *Loi*, 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 13ème jour de juillet 2021.

Original signé par

Charles Murray

Ombud par intérim de la province du Nouveau-Brunswick