

Rapport des conclusions : 19/20-AP-220 et 20/21-AP-015
Loi sur le droit à l'information et la protection de la vie privée
Université du Nouveau-Brunswick

Le 13 août 2021

Sommaire : L'auteur de la demande a présenté une demande de communication à l'Université du Nouveau-Brunswick afin d'obtenir une copie d'un examen médical indépendant qu'il a passé ainsi que tout renseignement personnel le concernant en lien avec cet examen. Pendant le traitement de la demande, l'Université a informé l'auteur de la demande qu'elle prorogeait le délai de réponse à la demande en se fondant sur l'alinéa 11(3)d) de la *Loi*, expliquant qu'elle avait besoin d'un délai supplémentaire pour consulter un tiers avant de fournir la réponse. Insatisfait que l'Université ait décidé de proroger le délai, l'auteur de la demande a déposé une plainte auprès de notre Bureau. Par la suite, l'Université a répondu à la demande en refusant l'accès à une partie des renseignements demandés, soit l'intégralité de certaines pages de l'examen médical indépendant, en vertu des alinéas 26(1)a) (avis destinés aux organismes publics) et 26(1)c) (projets relatifs à la gestion du personnel), de l'article 27 (privilège juridique) et de l'alinéa 29(1)o) (communication pouvant nuire à la conduite d'instances judiciaires). Insatisfait de la réponse de l'Université, l'auteur de la demande a déposé une plainte auprès du Bureau.

L'ombud a conclu qu'il n'était pas acceptable que l'Université invoque l'alinéa 11(3)d) dans cette affaire pour proroger le délai de réponse à la demande. L'alinéa 11(3)d) ne permet pas la consultation d'un tiers. L'ombud estime que l'Université ne peut pas invoquer les alinéas 26(1)a) et c) de la *Loi* pour refuser l'accès à certains renseignements figurant dans l'examen médical indépendant, puisque les renseignements en cause ne correspondent pas au type de renseignements dont il est question dans ces dispositions. Toutefois, l'ombud est d'avis que certains autres renseignements peuvent être protégés en vertu de l'alinéa 26(1)a) de la *Loi* puisqu'il s'agit d'avis ou de recommandations élaborés pour l'Université. Enfin, l'ombud conclut que l'Université n'a pas répondu au critère de préjudice prévu à l'alinéa 29(1)o) de la *Loi* pour refuser l'accès aux renseignements figurant dans l'examen médical indépendant.

Lois examinées : [Loi sur le droit à l'information et la protection de la vie privée](#), L.N.-B., ch. R-10.6., alinéas 11(3)d), 26(1)a), 26(1)c) et 29(1)o), et paragraphe 84(1).

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 [inédi]); Review Report 177-2016, 2016 CanLII 79215 (SK IPC), paragraphe 41; *Untel c. Ontario (Finances)*, [2014] 2 RCS 3, paragraphe 52

I CONTEXTE

1. Le 30 janvier 2020, l'auteur de la demande a présenté une demande de communication à l'Université du Nouveau-Brunswick (l'« Université ») afin d'obtenir tous les renseignements personnels le concernant, pouvant ou non comprendre des renseignements personnels sur la santé, fournis à l'Université par [un médecin] et l'un ou l'autre de ses mandataires ou affiliés. L'auteur de la demande souhaitait accéder à l'ensemble des renseignements et à toute copie de ces renseignements se trouvant sous la garde et le contrôle de l'Université et ayant trait à un examen médical qu'il a passé à la demande de cette dernière.
2. L'Université a répondu dans une lettre datée du 10 mars 2020 afin d'informer l'auteur de la demande qu'elle prorogeait le délai de réponse à la demande de 30 jours ouvrables en vertu de l'alinéa 11(3)d) parce qu'elle avait besoin d'un délai supplémentaire pour consulter le médecin afin de déterminer si elle devait communiquer les renseignements demandés. Insatisfait de la réponse reçue, l'auteur de la demande a déposé une plainte auprès de notre Bureau le 11 mars 2020 à propos de la décision de l'Université de proroger le délai de réponse à la demande.
3. Le 11 mai 2020, l'Université a répondu à l'auteur de la demande en lui fournissant l'accès à une partie de l'examen médical indépendant (EMI). Au départ, l'Université avait retenu les dernières pages de l'EMI en se fondant sur l'alinéa 26(1)a) de la *Loi* mais, pendant mon enquête, elle s'est également appuyée sur les alinéas 26(1)c) et 29(1)o) pour justifier son refus de communiquer les renseignements demandés. Dans sa réponse, l'Université n'a pas abordé les renseignements supplémentaires demandés par l'auteur de la demande.
4. L'auteur de la demande a déposé une autre plainte auprès de notre Bureau le 22 mai 2021 parce que l'Université ne lui avait pas communiqué l'intégralité de l'EMI et ne s'était pas occupée des autres renseignements demandés.
5. Pendant le processus de règlement informel de la plainte du 22 mai 2021, l'Université a accepté de communiquer à l'auteur de la demande les renseignements supplémentaires figurant dans l'EMI ainsi que les documents supplémentaires liés à sa demande. Toutefois, l'auteur de la demande n'était toujours pas satisfait parce qu'il n'avait pas reçu une copie de l'intégralité de l'EMI.
6. Puisque les deux affaires n'ont pas été réglées de façon informelle, j'ai mené une enquête formelle sur les deux plaintes conformément au paragraphe 68(3) de la *Loi*. Pendant le processus d'enquête formelle, l'Université et l'auteur de la demande ont été invités à présenter des observations ou des explications supplémentaires.

II OBJETS

7. L'objet à déterminer dans l'affaire 19/20-AP-220 est de savoir si l'Université était autorisée à invoquer l'alinéa 11(3)d) pour proroger le délai de réponse à la demande de l'auteur de la demande.
8. L'objet à déterminer dans l'affaire 20/21-AP-015 est de savoir si l'Université avait le droit de refuser l'accès aux renseignements figurant dans l'EMI en vertu des alinéas 26(1)a), 26(1)c) et 29(1)o) de la *Loi*.

III ANALYSE – PLAINTÉ RELATIVE À LA PROROGATION DE DÉLAI

Alinéa 11(3)d) – Délai nécessaire pour aviser un tiers et recevoir ses observations ou pour consulter un autre organisme public

9. Pour décider de proroger le délai de réponse à la demande de l'auteur de la demande, l'Université a invoqué le paragraphe 11(3)d) de la *Loi*, qui se lit comme suit :

11(3) Le responsable de l'organisme public peut proroger le délai prévu pour répondre à une demande d'une période supplémentaire maximale de trente jours ouvrables dans l'un des cas suivants :

d) un délai est nécessaire afin de lui permettre d'aviser un tiers et de recevoir ses observations, ou de consulter un autre organisme public, avant de décider s'il sera donné ou non communication du document;

10. L'Université s'est appuyée sur cette disposition parce qu'elle souhaitait consulter le médecin qui avait réalisé l'EMI de l'auteur de la demande afin d'obtenir son opinion professionnelle à savoir si l'EMI devait être communiqué à l'auteur de la demande.
11. L'Université mentionne d'autres dispositions de la *Loi* où le terme « tiers » est utilisé afin d'appuyer sa position selon laquelle ce terme ne se rapporte pas uniquement aux situations où les renseignements personnels ou commerciaux d'un tiers sont à risque d'être communiqués. Pendant le processus de règlement informel, l'Université a indiqué qu'une définition limitative du terme « tiers » ferait en sorte que ces autres dispositions seraient incohérentes. L'Université a refusé de présenter d'autres observations sur ce point pendant l'enquête formelle.
12. Pour m'éclairer sur ce point, j'ai examiné l'alinéa 11(3)d) et des dispositions semblables dans les lois sur l'accès à l'information des autres provinces et territoires canadiens ainsi que la jurisprudence pertinente.

Selon mon examen de cette affaire, il s'agit strictement d'une question de procédure et, si j'estime que l'Université n'avait pas de motif valable d'invoquer l'alinéa 11(3)d) de la *Loi* pour proroger le délai de réponse, je crois qu'elle a néanmoins déployé des efforts suffisants pour fournir une réponse en temps utile à l'auteur de la demande, comme expliqué plus loin.

13. Il reste une seule question à régler : l'Université était-elle légalement autorisée à invoquer l'alinéa 11(3)d) pour proroger le délai de réponse à cette demande dans le but de consulter le médecin qui a réalisé l'EMI avant de prendre une décision quant aux droits d'accès de l'auteur de la demande?
14. C'est une question d'interprétation juridique de la portée de l'alinéa 11(3)d) de la *Loi*, qui accorde à l'organisme public un délai supplémentaire pour répondre à une demande lorsque pareil délai est nécessaire « afin de lui permettre d'aviser un tiers et de recevoir ses observations ».
15. L'utilisation du terme « tiers » à l'alinéa 11(3)d) se rapporte uniquement au fait d'aviser un tiers et de recevoir ses observations pour déterminer s'il consent à la communication de ses propres renseignements personnels s'il s'agit d'une personne physique, ou de ses renseignements commerciaux s'il s'agit d'une entreprise.

Discussion et constatations

16. Dans la présente affaire, il est évident que le médecin en question répond à la définition de « tiers » fournie au paragraphe 1(1) de la *Loi*, puisqu'il n'est ni l'auteur de la demande, ni un organisme public, ni un employé d'un organisme public, c'est-à-dire l'Université. La question est de savoir si l'Université avait le droit de consulter le tiers (le médecin) et s'il s'agissait d'un motif valable pour proroger le délai de réponse à la demande de l'auteur de la demande.
17. Comme mentionné ci-haut, l'alinéa 11(3)d) permet aux organismes publics de proroger le délai de réponse à une demande dans deux cas : un délai est nécessaire afin de lui permettre d'aviser un tiers et de recevoir ses observations, ou un délai est nécessaire pour consulter un autre organisme public. Par contre, il n'y a pas de pouvoir exprès de prorogation du délai de réponse à une demande lorsqu'un délai est nécessaire pour « consulter un tiers ».
18. Dans cette optique, j'ai examiné les lois des autres provinces et territoires du Canada pour vérifier si des dispositions semblables permettent aux organismes publics de consulter des tiers. J'ai constaté que le Nouveau-Brunswick est la seule province canadienne dont la loi contient la formulation exacte de l'alinéa 11(3)d). Les autres provinces et territoires proposent tous des motifs semblables pour

lesquels les organismes publics peuvent proroger le délai de réponse, sauf Terre-Neuve-et-Labrador, où les organismes publics n'ont pas ce pouvoir.

19. Les lois de la Nouvelle-Écosse¹, de l'Île-du-Prince-Édouard², du Manitoba³, de l'Alberta⁴, de la Colombie-Britannique⁵, du Yukon⁶, des Territoires du Nord-Ouest⁷ et du Nunavut⁸ permettent toutes aux organismes publics de proroger le délai lorsqu'un délai est nécessaire pour « consulter un tiers ». La loi de l'Ontario⁹ permet aux organismes publics de proroger le délai imparti pour « avoir des consultations avec une personne à l'extérieur de l'institution », alors que les lois du Canada¹⁰ et de la Saskatchewan¹¹ permettent la prorogation du délai pour « les consultations nécessaires ». En Saskatchewan, la disposition va plus loin et stipule que le responsable de l'institution gouvernementale peut proroger le délai de réponse lorsqu'un avis d'un tiers doit être donné conformément au paragraphe 34(1).¹²
20. À la lumière des dispositions susmentionnées, je dois conclure que l'intention des législateurs du Nouveau-Brunswick lors de la rédaction de l'alinéa 11(3)d) de la *Loi* était de ne pas inclure les consultations avec un tiers parmi les raisons pour proroger le délai de réponse à une demande. La loi du Nouveau-Brunswick est largement calquée sur la *Loi sur l'accès à l'information et la protection de la vie privée* du Manitoba, mais les législateurs du Nouveau-Brunswick ont décidé de ne pas adopter la formulation de l'alinéa 15(1) de la loi du Manitoba au sujet de la prorogation de délai, qui permet aux organismes publics de la province de proroger le délai prévu dans les cas où un délai est nécessaire afin de leur permettre de consulter un tiers.
21. L'argument de l'Université serait valable dans les provinces et territoires qui permettent expressément les consultations avec un tiers. Toutefois, puisque l'alinéa 11(3)d) n'adopte pas cette formulation exacte, je ne suis pas tenté de conclure que les consultations avec un tiers sont un motif de prorogation de délai au Nouveau-Brunswick.

¹ *Freedom of Information and Protection of Privacy Act*, SNS 1993, c. 5, alinéa 9(1)c)

² *Freedom of Information and Protection of Privacy Act*, RSPEI, 1988, c. F-15.01, alinéa 12(1)c)

³ *Loi sur l'accès à l'information et la protection de la vie privée*, c. F175 de la *C.P.L.M.*, alinéa 15(1)c)

⁴ *Freedom of Information and Protection of Privacy Act*, RSA 2000, c. F-25, alinéa 14(1)c)

⁵ *Freedom of Information and Protection of Privacy Act*, RSBC 1996 c. 165, alinéa 10(1)c)

⁶ *Loi sur l'accès à l'information et la protection de la vie privée*, LRY 2002, c. 1, alinéa 12(1)c)

⁷ *Loi sur l'accès à l'information et la protection de la vie privée*, LTN-O 1994, c. 20, alinéa 11(1)c)

⁸ *Loi sur l'accès à l'information et la protection de la vie privée*, LTN-O 1994, c. 20, alinéa 11(1)c)

⁹ *Loi sur l'accès à l'information et la protection de la vie privée*, LRO 1990, c. F.31, alinéa 27(1)b)

¹⁰ *Loi sur l'accès à l'information*, LRC 1985, ch. A-1, alinéa 9(1)b)

¹¹ *Freedom of Information and Protection of Privacy Act*, SS 1990-91, c. F-22.01, alinéa 12(1)b)

¹² *Ibid.*, alinéa 12(1)c)

22. Le Bureau a toujours interprété la partie de l'alinéa 11(3)d) qui porte sur les cas où un délai est nécessaire pour aviser un tiers et recevoir ses observations comme étant intrinsèquement liée au processus d'avis au tiers décrit aux articles 34 à 36 de la *Loi*. Le paragraphe 34(1) se lit comme suit :

34(1) Le responsable d'un organisme public qui envisage de donner communication d'un document susceptible d'entraîner une atteinte injustifiée à la vie privée d'un tiers sous le régime de l'article 21 ou de porter atteinte aux intérêts d'un tiers sous le régime du paragraphe 22(1) ou (2) est tenu d'en aviser par écrit le tiers si cela est en pratique possible et dès que les circonstances le permettent.

23. Les articles 34 à 36 décrivent le processus que les organismes publics doivent suivre pour aviser un tiers et recevoir ses observations, y compris le délai légal pour franchir les étapes requises, et donnent au tiers le droit de déposer une plainte auprès de notre Bureau ou de renvoyer l'affaire devant les tribunaux si l'organisme public décide d'accorder l'accès aux renseignements en cause et que le tiers n'est pas en accord avec la communication des renseignements. Dans ces cas, la communication est intrinsèquement liée aux renseignements personnels ou commerciaux du tiers. Autrement dit, le processus d'avis vise à ce que l'organisme public avise le tiers qu'une personne physique a demandé d'accéder à ses renseignements personnels ou commerciaux afin de permettre au tiers de soumettre des observations s'il croit que ses renseignements ne devraient pas être communiqués à un auteur de demande.

24. Les organismes publics peuvent aussi demander à notre Bureau la permission de proroger le délai de réponse et, au moment d'évaluer les demandes de prorogation de délai liées à l'alinéa 11(3)d), nous demandons toujours à l'organisme public des détails sur les tiers qui doivent être avisés et les raisons pour lesquelles les renseignements en cause pourraient s'inscrire dans la portée des articles 21 ou 22 de la *Loi*. Nous demandons ces renseignements pour évaluer si la demande de l'organisme public est valable.

25. Les dispositions susmentionnées de la loi de la Saskatchewan appuient également cette démarche. En effet, les organismes publics peuvent proroger le délai de réponse à une demande lorsqu'un avis doit être donné à un tiers conformément au paragraphe 34(1), qui se lit comme suit :

Avis au tiers

34(1) Lorsqu'un responsable a l'intention de donner accès à un document et qu'il a des raisons de croire que ce document peut contenir :

- a) des renseignements décrits au paragraphe 19(1) qui portent atteinte aux intérêts d'un tiers;

b) des renseignements personnels qui pourraient être communiqués en vertu de l'alinéa 29(2)o) et qui concernent un tiers; et que, de l'avis du responsable, le tiers peut facilement être trouvé, le responsable doit présenter un avis écrit au tiers conformément à l'article 2. [Traduction]

26. Dans la présente affaire, l'Université a communiqué avec le médecin pour qu'il l'aide à déterminer si l'exception énoncée à l'article 28 (communications nuisibles à la sécurité de la personne physique ou du public) pouvait s'appliquer pour refuser la communication du document d'EMI à l'auteur de la demande, et non pour aviser le médecin et obtenir son avis quant aux répercussions d'une éventuelle communication de l'EMI sur ses intérêts personnels ou commerciaux.
27. Par conséquent, je considère que, en se fondant sur le fait qu'elle avait besoin de consulter un tiers, l'Université n'a pas prorogé le délai de réponse à l'auteur de la demande en bonne et due forme, puisque l'alinéa 11(3)d) ne permet pas ce type de consultation.
28. Comme mentionné plus tôt, l'alinéa 11(3)d) permet à un organisme public de proroger le délai de réponse à une demande s'il a besoin de consulter un autre organisme public, mais il est évident que cette situation ne s'applique pas non plus à la présente affaire.
29. J'estime que l'Université ne pouvait pas invoquer l'alinéa 11(3)d) pour proroger le délai de réponse à la demande, mais je suis conscient de la raison pour laquelle l'Université pouvait souhaiter discuter avec le médecin avant de prendre une décision sur les droits d'accès. Je ne crois pas que l'Université ait tenté de retarder inutilement la réponse à la demande, puisqu'elle y a répondu avant la fin du délai prorogé.
30. La présente affaire a soulevé une réelle question d'interprétation de l'alinéa 11(3)d) et, bien qu'il soit impossible de revenir en arrière afin que l'Université réponde à la demande dans le délai initial de 30 jours ouvrables, je sou mets les constatations susmentionnées pour orienter l'Université et les autres organismes publics quant à la façon dont l'alinéa 11(3)d) doit être interprété et appliqué.

IV ANALYSE – CONTENU DE LA PLAINTÉ

Alinéa 26(1)(a) : Avis destinés aux organismes publics

31. En ce qui a trait au contenu de la plainte, l'Université s'est appuyée sur l'alinéa 26(1)a) de la *Loi* pour refuser la communication des renseignements figurant dans l'EMI, soit les questions que l'Université a fournies au médecin et auxquelles il a répondu pendant l'EMI, ainsi qu'une partie des réponses du médecin à ces questions.

32. Il faut d'abord déterminer si les questions fournies au médecin par l'Université constituent des avis, des opinions, des propositions ou des recommandations aux fins de l'alinéa 26(1)a) de la *Loi*.
33. L'alinéa 26(1)a) se lit comme suit :
- 26(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 révéler :
- (a) des avis, des opinions, des propositions, des recommandations élaborés par ou pour l'organisme public ou un ministre;
34. Cette exception vise à maintenir et à encourager la franchise pendant le processus d'élaboration de politiques plutôt qu'à empêcher la communication de toutes les formes d'avis. Pour établir que les renseignements entrent dans le champ d'application de cette exception, l'organisme public doit d'abord démontrer qu'il s'agit d'avis, d'opinions, de propositions ou de recommandations.
35. Il s'agit d'une exception facultative à la communication, c'est-à-dire que l'organisme public peut tout de même communiquer l'information qui entre dans son champ d'application, sauf si les conditions qui autoriseraient ou exigeraient la communication aux termes du paragraphe 26(2) étaient remplies.
36. Pour qu'il soit acceptable d'invoquer une exception facultative à la communication, l'organisme public doit respecter les deux critères suivants :
- 1) Il doit déterminer si les renseignements en question entrent dans le champ d'application des exceptions à la communication invoquées.
 - 2) Si tel est le cas, il doit user de son pouvoir discrétionnaire pour décider d'accorder ou non l'accès à l'information en question en cernant et en analysant les facteurs pertinents qui soutiennent la communication des renseignements ou leur protection au moment de la demande.
37. Il incombe à l'organisme public d'établir que l'auteur de la demande n'a aucun droit d'accès, conformément au paragraphe 84(1)¹³. Lorsque j'enquête sur une plainte, j'examine les renseignements en question dans le but de déterminer s'ils relèvent de la portée de l'exception et, le cas échéant, si l'organisme public a fait bon usage de son pouvoir discrétionnaire pour refuser l'accès.

¹³ *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 (inédate).

38. Si je conclus que les renseignements en cause entrent dans le champ d'application de l'exception, je peux demander à l'organisme public de revoir sa décision et de réévaluer les facteurs pertinents qui favorisent la communication plutôt que la protection. Par contre, je ne peux pas recommander la communication si j'établis que les renseignements s'inscrivent dans le champ d'application d'une exception facultative; les pouvoirs de notre Bureau dans le cadre d'une enquête se limitent à veiller à ce que l'organisme public a fait bon usage de son pouvoir discrétionnaire pour en arriver à la décision de refuser l'accès.
39. La position de l'Université est que les renseignements protégés dans l'EMI entrent dans le champ d'application de l'alinéa 26(1)a). Toutefois, elle n'a pas expliqué en quoi ces renseignements constituent des avis ou des recommandations. L'Université s'est plutôt penchée sur le fait que les renseignements ont été élaborés par ou pour elle. Elle souligne que, même si l'alinéa 26(1)a) est intitulé « Avis destinés aux organismes publics », ce titre ne fait pas partie d'une loi ou d'un règlement, mais a plutôt été inséré aux seules fins de faciliter la consultation, comme le prévoit la *Loi d'interprétation*, LRN-B 1973, c. I-13, article 16. La jurisprudence indique que les titres peuvent servir à faciliter l'interprétation, mais la première chose à faire quand on interprète une loi, c'est de regarder le texte du paragraphe en question et, dans ce cas-ci, il n'est clairement pas question uniquement d'un avis « destiné » à un organisme public, mais bien d'un avis élaboré « par ou pour un organisme public ».
40. L'auteur de la demande n'a pas présenté d'autres observations pendant l'enquête formelle. Lorsqu'il a déposé sa plainte auprès de notre Bureau, l'auteur de la demande a toutefois indiqué que l'alinéa 26(1)a) ne s'applique pas dans le cas d'un EMI puisque, comme son nom le dit, il s'agit d'une « évaluation » et non d'un avis, et il ne contient pas d'opinion, de proposition ni de recommandation. L'auteur de la demande a souligné qu'il n'est pas certain si cette disposition vise à protéger la personne qui a généré le document, c'est-à-dire le médecin dans la présente affaire, ou à protéger l'élaboration de politiques de l'organisme public mais, selon l'auteur de la demande, aucune de ces situations n'est pertinente dans le cas d'un EMI.

Discussion et constatations concernant les questions contenues dans l'EMI

41. Pour déterminer si les renseignements (c'est-à-dire les questions) peuvent être qualifiés d'avis, d'opinions, de propositions ou de recommandations, je dois vérifier si les questions correspondent à ces définitions en plus de me pencher sur l'intention générale de l'exception prévue à l'alinéa 26(1)a).
42. La *Loi* ne donne pas de définition de ces termes figurant à l'alinéa 26(1)a) mais, par le passé, le Bureau a adopté les interprétations d'autres provinces et territoires. Par exemple, nous avons adopté les

définitions suivantes pour les termes « avis » et « recommandation », sur lesquels je me concentrerai aux fins du présent rapport :

« Avis » désigne les suggestions (moins formelles que les recommandations) d'approches ou de mesures particulières. « Avis » a été défini comme suit : « opinion ou recommandation formulée ou offerte au sujet d'une mesure ou d'un comportement futur; renseignements donnés; nouvelles¹⁴ »; « point de vue; opinion; information; opinion exprimée sur un comportement futur¹⁵ »; « l'expression d'un conseil ou d'une opinion, favorable ou défavorable, quant à une action, mais qui peut, surtout dans le domaine commercial, désigner des renseignements ou des informations¹⁶ »; « une opinion ou un point de vue exprimé sur un comportement futur. Un avis est de nature facultative, c'est-à-dire que la personne qui le reçoit peut ou non choisir d'agir selon l'avis qu'il a reçu, et que la personne qui le donne peut choisir de donner son avis ou de garder le silence¹⁷ » [Traduction];

« Une recommandation est un avis ou un conseil¹⁸. » « Les recommandations sont des suggestions officielles concernant des plans d'actions à entreprendre. Elles sont généralement de nature précise et sont typiquement proposées en lien avec une décision particulière. » [Traduction]

43. En outre, dans le rapport d'examen 177-2016 du commissaire à l'information et à la vie privée de la Saskatchewan¹⁹, les avis « *comprennent l'analyse d'une situation ou d'une question qui pourrait nécessiter la prise de mesures, et la présentation d'options de mesures à prendre à l'avenir, mais pas la présentation de faits. Le sens est plus large que celui de recommandation.* » [Traduction] Les recommandations désignent « *une ligne de conduite proposée et la raison pour laquelle elle est proposée. Les recommandations sont généralement plus explicites et pointues que les avis.* » [Traduction]
44. Comme mentionné précédemment, l'Université n'a pas présenté d'arguments ou d'explications solides pour justifier que les questions en cause puissent se qualifier comme avis ou recommandations. Elle a plutôt soutenu que les renseignements relèvent du champ d'application de l'alinéa 26(1)a) parce

¹⁴ *Concise Oxford Dictionary*, 9^e édition. La définition du verbe « advice » donnée par le *Concise Oxford Dictionary* a été prise en compte par la Cour du Banc de la Reine du Manitoba dans l'affaire *Sigurdson v. The Minister of Conservation*, [2002] M. J. No. 390 (le 30 septembre 2002).

¹⁵ *Black's Law Dictionary*, 6^e édition

¹⁶ *The Dictionary of Canadian Law*, 2^e édition.

¹⁷ *Corpus Juris Secundum*, volume 2A.

¹⁸ *Black's Law Dictionary*, 6^e édition.

¹⁹ 2016 CAnLII 79215 (SK IPC), par. 41.

qu'ils ont été élaborés par ou pour l'Université. Après avoir examiné les renseignements, je suis d'avis qu'ils ne répondent pas aux paramètres des définitions données ci-haut pour les termes avis et recommandations.

45. Avant de remettre les questions au médecin, l'Université a tenu des discussions internes pour élaborer ces questions. Pendant ce processus de délibération, les questions auraient répondu à la définition d'avis, d'opinions, de propositions ou de recommandations. Une fois que le personnel interne de l'Université a convenu des questions finales à remettre au médecin dans le cadre du processus d'EMI, ces questions ne pouvaient plus être qualifiées d'avis, d'opinions, de propositions ou de recommandations. Elles sont plutôt devenues un élément de la décision de l'Université de remettre ces questions précises au médecin dans le but d'obtenir son avis et son opinion quant à la santé et à la situation d'emploi de l'auteur de la demande.
46. En outre, le but de l'Université lorsqu'elle a remis les questions au médecin était que ce dernier les utilise pendant l'EMI; elles ne lui ont pas été envoyées pour qu'il choisisse de les utiliser ou non, en tout ou en partie. Ainsi, le médecin n'avait pas le pouvoir discrétionnaire de choisir la ligne de conduite à adopter face aux questions, ni de choisir d'accepter ou non les questions. Les questions sont plutôt des renseignements fournis au médecin par l'Université afin d'obtenir son avis ou ses recommandations, notamment l'analyse d'une situation ou d'une question qui pourrait nécessiter la prise de mesures et la présentation d'options de mesures à prendre à l'avenir, mais pas la présentation de faits.
47. L'argument de l'Université selon lequel les renseignements peuvent néanmoins être qualifiés d'avis parce qu'ils ont été élaborés par l'Université, même une fois qu'ils ont été fournis au médecin, ne répond pas non plus à l'objet de l'alinéa 26(1)a). Il ne suffit pas que les renseignements ou les avis aient été élaborés par ou pour un organisme public. Il faut regarder l'ensemble du contexte de la disposition et, comme indiqué précédemment, l'objet de cette disposition consiste à maintenir et à encourager la franchise dans le cadre d'un processus de délibération ou de prise de décisions auquel prend part un ministre ou un organisme public. Autrement dit, elle vise à permettre au personnel d'un organisme public, y compris le ministre, d'avoir une discussion franche et ouverte avant de prendre une décision sur un sujet, un projet ou un plan particulier. Une fois que la décision est prise, les renseignements ne sont plus des avis ou des recommandations.
48. Par conséquent, en ce qui a trait aux questions fournies par l'Université dans le cadre de l'EMI, l'Université n'a pas établi que les renseignements constituent des avis ou des recommandations, et elle ne peut donc pas invoquer l'alinéa 26(1)a) pour refuser l'accès à ces renseignements. Je conclus

que les questions figurant dans l'EMI ne sont pas protégées contre la communication et devraient être communiquées à l'auteur de la demande.

49. Après avoir examiné la position de l'Université et la partie de l'EMI en cause, je ne suis pas convaincu que les questions entrent dans le champ d'application de l'exception énoncée à l'alinéa 26(1)a). Je ne vois pas comment les questions fournies par l'Université au médecin qui a réalisé l'EMI pourraient constituer « des avis, des opinions, des propositions ou des recommandations » aux fins de l'alinéa 26(1)a) de la *Loi*. Par conséquent, elles auraient dû être communiquées à l'auteur de la demande.

Discussion et constatations concernant les réponses figurant dans l'EMI

50. Comme indiqué précédemment, l'Université a également refusé de communiquer une partie des réponses du médecin aux questions susmentionnées contenues dans l'EMI, sous le motif qu'elles peuvent être qualifiées de recommandations à l'Université aux termes de l'alinéa 26(1)a).
51. Selon les définitions données plus haut, je suis d'avis que les réponses du médecin aux questions de l'Université contenues dans l'EMI constituent des avis, des opinions ou des recommandations fournis à l'Université aux fins de l'alinéa 26(1)a) et, puisque cette exception à la communication est facultative, je ne peux pas remplacer ma propre décision quant à la communication et recommander que les renseignements soient communiqués à l'auteur de la demande. Par contre, je peux demander à l'Université de réévaluer sa décision si je suis d'avis qu'elle n'a pas exercé son pouvoir discrétionnaire en bonne et due forme.
52. Comme indiqué précédemment, puisqu'il s'agit d'une exception facultative à la communication, même si les renseignements entrent dans le champ d'application de l'alinéa 26(1)a), l'Université peut décider de les communiquer. Si l'Université décide de refuser l'accès aux renseignements, elle doit s'appuyer sur des facteurs pertinents, en fonction des circonstances de l'affaire, comme le signale la Cour suprême du Canada dans *Untel c. Ontario (Finances)*²⁰ :

[52] Il importe de souligner que la décision visée au par. 13(1) est de nature discrétionnaire et que le responsable de l'institution doit exercer son pouvoir conformément à la loi (*Telezone*, par. 45, 100, 102, 107-109 et 112-116; *Ontario c. CLA*, par. 66, 69 et 71). Comme le signale la Cour dans *Ontario c. CLA* :

²⁰ [2014] 2 RCS 3, par. 52.

La Commissaire peut annuler la décision de ne pas [communiquer] et renvoyer l'affaire pour réexamen lorsque : la décision a été prise de mauvaise foi ou était mal fondée; la décision a pris en compte des considérations non pertinentes; ou la décision a été prise en omettant de tenir compte de facteurs pertinents. [par. 71]

53. Pendant l'enquête formelle sur cette affaire, j'ai examiné les facteurs établis par l'Université au cours du processus de règlement informel et qu'elle estimait pertinents pour déterminer si les renseignements en cause contenus dans l'EMI devaient être protégés ou communiqués à l'auteur de la demande. Voici les facteurs en question : l'Université a tenu compte des objets de la *Loi*, y compris le droit de l'auteur de la demande d'accéder aux renseignements personnels le concernant, raison pour laquelle l'Université a communiqué une partie de l'EMI à l'auteur de la demande; l'objet de l'EMI, soit obtenir le point de vue d'un professionnel de la santé sur les besoins médicaux ou l'état de santé d'une personne physique dans une situation où des avantages, une rémunération, des questions liées à l'incapacité ou un autre traitement est envisagé par l'employeur; l'EMI a été réalisé à la demande de l'Université pour l'aider à s'informer sur la situation d'emploi de l'auteur de la demande et pour prendre une décision éclairée sur le congé de l'auteur de la demande; et l'Université craint de ne pas pouvoir avoir des communications franches et honnêtes si ces renseignements sont communiqués à la personne qui fera l'objet de la décision.
54. Après examen de ces facteurs, j'estime qu'ils sont pertinents, valables et établis de bonne foi. Toutefois, je suis d'avis qu'il existe d'autres facteurs pertinents en faveur de la communication des renseignements que l'Université n'a peut-être pas pris en compte dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire. J'ai fait part de ces facteurs à l'Université pendant l'enquête formelle, et l'Université a répondu comme suit.
55. Les renseignements en question sont les renseignements personnels de l'auteur de la demande : l'Université est d'avis que les questions ne sont pas des renseignements personnels de l'auteur de la demande. Ainsi, elles pourraient techniquement être caviardées parce qu'elles n'entrent pas dans la portée de la demande, l'auteur de la demande ayant demandé d'obtenir l'ensemble des renseignements le concernant. Les réponses du médecin sont les opinions et avis du médecin et peuvent donc être protégées en vertu de l'alinéa 26(1)a).
56. Une décision finale a été prise et mise en œuvre quant au congé de l'auteur de la demande qui fait l'objet de l'EMI : Selon l'Université, l'affaire n'est pas terminée parce qu'il y a une instance judiciaire en cours en lien avec la situation d'emploi de l'auteur de la demande. Par conséquent, la divulgation des questions ou des réponses de l'EMI à l'auteur de la demande compromettrait l'issue de cette

instance, et l'Université ne devrait pas être désavantagée parce qu'elle a révélé les facteurs pris en compte lorsqu'elle a établi sa stratégie judiciaire.

57. Le médecin n'avait pas de préoccupations de santé et sécurité en lien avec la communication des renseignements à l'auteur de la demande : L'Université a reconnu ce fait, mais elle soutient que l'ordre du médecin a par la suite indiqué au médecin que l'EMI contenait des renseignements confidentiels et ne devait pas être communiqué à l'auteur de la demande.
58. La communication de ces renseignements aiderait l'auteur de la demande à comprendre que la décision de l'Université quant à sa situation d'emploi est fondée sur les avis et les opinions formulés par le médecin dans l'EMI : L'Université a indiqué qu'il s'agissait d'une supposition dans le meilleur des cas. Elle affirme qu'elle a de multiples reprises expliqué la décision touchant sa situation d'emploi à l'auteur de la demande de même qu'à son représentant négociateur accrédité. Le fait que l'auteur de la demande n'ait pas encore accepté la décision de l'Université la porte à croire qu'il ne sera pas satisfait.
59. Les répercussions potentielles de la non-communication sur la relation employé-employeur : À ce sujet, l'Université soutient que la relation employé-employeur n'est pas pertinente lorsqu'il est question de prendre une décision au sujet de la communication de renseignements, et qu'elle ne devrait pas avoir d'influence sur pareille décision. Seule la *Loi* doit orienter ses décisions liées à la communication. Le fait est que les alinéas 26(1)a), 26(1)c) et 29(1)o) de la *Loi* prévoient des motifs de protection des questions et des réponses. De plus, la relation employé-employeur demeure tendue compte tenu des autres plaintes toujours en cours.
60. Les autres renseignements semblent inoffensifs et déjà connus de l'auteur de la demande : L'Université explique que c'est inexact étant donné que les questions et les autres parties des réponses du médecin ne sont pas connues de l'auteur de la demande. Si ces éléments avaient été connus de l'auteur de la demande, l'Université affirme qu'elle lui aurait communiqué les renseignements. Les questions ont été élaborées par l'Université spécifiquement pour cet EMI dans le but d'obtenir les renseignements (opinion, avis, etc.) requis pour élaborer un projet relatif à la gestion de son employé (l'auteur de la demande). Les réponses à ces questions, comme je l'aurais conclu selon elle, sont des avis et des opinions du médecin, et les parties inconnues de l'auteur de la demande sont protégées aux termes de l'alinéa 26(1)a) de la *Loi*. Communiquer les questions ou l'intégralité des réponses désavantagerait l'Université, puisque cela révélerait des facteurs qui pourraient être utilisés dans sa stratégie judiciaire.
61. Après avoir examiné les éléments susmentionnés, je ne suis pas convaincu que tous les commentaires de l'Université soient justes ou exacts. Par exemple, l'Université soutient que les questions fournies au médecin pendant l'EMI ne sont pas des renseignements personnels de l'auteur de la demande.

Toutefois, après avoir lu les renseignements en question, il s'agit de toute évidence de renseignements personnels et de renseignements personnels sur la santé le concernant, puisque l'ensemble de l'EMI porte sur l'auteur de la demande. De plus, à mon avis, l'ensemble de l'EMI vise à obtenir l'avis et les recommandations du médecin à savoir si l'auteur de la demande peut retourner au travail et à quel moment. Par conséquent, étant donné que l'auteur de la demande était retourné au travail lorsqu'il a déposé sa demande de communication, j'estime que la décision au sujet du retour au travail de l'auteur de la demande était définitive.

62. Néanmoins, comme indiqué précédemment, puisque l'alinéa 26(1)a) est une exception facultative à la communication, je ne peux pas remplacer ma propre décision et recommander la communication lorsque je conclus que les renseignements relèvent d'une exception facultative. Mes pouvoirs dans le cadre d'une enquête se limitent à veiller à ce que l'organisme public a fait bon usage de son pouvoir discrétionnaire pour en arriver à la décision de refuser l'accès. Bien que je ne sois pas d'accord avec tous les commentaires de l'Université par rapport aux autres facteurs qui lui ont été présentés en lien avec la présente affaire, j'estime néanmoins que l'Université s'est fondée sur des facteurs pertinents, comme mentionné au par. 54 ci-dessus.
63. Ainsi, je suis convaincu que les autres renseignements liés aux réponses du médecin dans l'EMI ont été protégés à juste titre aux termes de l'alinéa 26(1)a) de la *Loi* et que l'Université a exercé son pouvoir discrétionnaire en bonne et due forme lorsqu'elle a décidé de refuser l'accès aux renseignements.

26(1)c) – Projets relatifs à la gestion du personnel

64. En réponse à ma lettre d'avis d'enquête formelle, l'Université a aussi soutenu que la communication des questions fournies au médecin pendant l'EMI pouvait être refusée aux termes de cette disposition, même si elle ne l'a pas invoquée dans sa réponse à la demande de l'auteur de la demande. L'Université indique que les questions et les réponses de l'EMI sont des renseignements formulés en lien avec au moins un éventuel projet relatif à la gestion de l'employé en question, et qu'il s'agit de considérations qui nécessitent une réponse pour s'assurer de mettre en place un plan de retour au travail convenable pour l'employé.
65. Selon l'Université, ces renseignements seraient aussi protégés en vertu de l'alinéa 26(1)c) de la *Loi* :
- 26(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 révéler :
- [...]

c) des projets relatifs à la gestion du personnel ou à l'administration de l'organisme public et qui n'ont pas encore été mis en œuvre;

Discussion et constatations

66. Interprétée littéralement, cette exception exigerait que l'Université démontre que :
- le document contient un ou des projets; et
 - le ou les projets sont liés à :
 - la gestion du personnel, ou
 - l'administration d'une institution;
 - le ou les projets n'ont pas encore été mis en œuvre ou rendus publics.
67. Les questions fournies au médecin par l'Université ne répondent pas à la définition de projet comme le prévoit l'alinéa 26(1)c) de la *Loi*. Il s'agit plutôt de questions fournies pour obtenir des réponses de la part du médecin afin d'aider l'Université à formuler un projet en lien avec la gestion de l'emploi de l'auteur de la demande. C'est ce qu'a précisé l'Université dans sa lettre de réponse à mon avis d'enquête formelle, comme indiqué au par. 61.
68. De plus, même si j'avais conclu que les renseignements pouvaient être qualifiés de projet, cette exception est temporaire. Une fois qu'un projet relatif à la gestion du personnel ou à l'administration d'un organisme public a été mis en œuvre, l'accès aux renseignements ne peut plus être refusé aux termes de cette exception. Dans la présente affaire, le congé de maladie de l'auteur de la demande était terminé et il était retourné au travail plusieurs mois avant de présenter la demande de communication et, bien qu'il puisse demeurer certains enjeux quant aux mesures d'adaptation offertes, les projets relatifs à la gestion du personnel, c'est-à-dire le plan de retour au travail de l'auteur de la demande, avaient été mis en œuvre et ne pouvaient donc plus être qualifiés de projets.
69. Les questions posées ne sont rien de plus que des questions fournies au médecin afin qu'il y réponde dans le cadre de l'EMI. Elles ne révèlent pas de projets. Il s'agit plutôt de questions auxquelles il fallait répondre et qui, une fois les réponses fournies, pourraient permettre à l'Université d'établir des projets relatifs à l'emploi de l'auteur de la demande.
70. Par conséquent, je conclus que l'Université n'était pas en droit d'invoquer l'alinéa 26(1)c) de la *Loi* pour refuser l'accès à ces renseignements.

29(1)o) – Communication susceptible de nuire à la conduite d’instances judiciaires

71. Cette exception n’a pas non plus été invoquée par l’Université dans sa réponse initiale à la demande de l’auteur de la demande. Elle en a toutefois fait mention dans sa réponse à mon avis d’enquête formelle.
72. L’Université soutient qu’elle peut refuser la communication des questions et réponses figurant aux quatre dernières pages de l’EMI en se fondant sur l’alinéa 29(1)o) de la *Loi*, puisqu’il y avait des instances judiciaires en cours entre l’auteur de la demande et l’Université au moment de la demande.
73. La disposition se lit comme suit :
- 29(1) Le responsable d’un organisme public peut refuser de communiquer à l’auteur de la demande des renseignements dont la communication pourrait vraisemblablement :
- [...]
- o) nuire à la conduite d’instances judiciaires en cours auxquelles est partie la province ou l’organisme public ou de celles prévues auxquelles pourrait être partie la province ou l’organisme public.
74. L’alinéa 29(1)o) est une exception facultative à la communication, ce qui signifie qu’un organisme public a le choix d’autoriser ou de refuser l’accès à l’information en cause. 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 :
- qu’il y a des instances judiciaires en cours ou que l’organisme public croit raisonnablement que des instances judiciaires sont imminentes, dans lesquelles est ou pourrait être partie l’organisme public ou la province;
 - ce en quoi la communication des renseignements en question pourrait vraisemblablement nuire à la conduite de telles instances judiciaires.
75. Comme l’exception de l’alinéa 29(1)o) repose sur des critères de préjudice, les objections à la communication soulevées par l’organisme public devraient présenter une preuve détaillée et convaincante pour démontrer en quoi la communication des renseignements en cause pourrait vraisemblablement nuire à la conduite d’instances judiciaires prévues ou en cours. 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 la conduite des instances judiciaires ne suffiront pas pour satisfaire au fardeau de la preuve de l’organisme public.

76. Puisqu'il s'agit d'une exception facultative à la communication, l'organisme public doit aussi montrer qu'il a exercé son pouvoir discrétionnaire pour en arriver à la décision de refuser l'accès, en fonction des facteurs pertinents qui entraînent en jeu au moment de la demande.
77. Dans la présente affaire, il ne suffit pas que l'Université soutienne que les renseignements demandés sont liés à l'une ou l'autre des parties à l'instance judiciaire en cours ou imminente ou à l'objet du litige; l'Université doit montrer ou expliquer en quoi la communication de chaque élément d'information pertinent nuirait à la conduite de l'instance judiciaire.
78. Aux fins de cette disposition, « nuisible » signifie que la communication porterait atteinte ou préjudice à la conduite des instances judiciaires²¹. La « conduite » des instances judiciaires désigne la gestion, la direction et la poursuite des instances judiciaires²².

Discussion et constatations

79. Pour le premier critère, je conclus que l'Université a présenté au Bureau une preuve suffisante pour étayer qu'il y avait des instances judiciaires en cours entre l'auteur de la demande et l'Université au moment où l'auteur de la demande a présenté sa demande de communication. Ainsi, je conclus que le premier critère énoncé à l'alinéa 29(1)o) a été respecté.
80. Quant au deuxième critère, l'Université doit démontrer, par des preuves détaillées et convaincantes, en quoi la communication de l'information en cause aurait pu vraisemblablement nuire à la conduite des instances judiciaires en cours à ce moment-là. L'élément clé ici est que la communication doit porter préjudice ou atteinte à la conduite de l'instance judiciaire, et non à la position juridique de l'organisme public pendant la conduite de l'instance judiciaire.
81. Dans ses observations à notre Bureau, l'Université soutient que la communication des questions et des réponses de l'EMI compromettrait l'issue des instances judiciaires en cours et, l'auteur de la demande pouvant présenter un grief ou tenter une autre procédure, l'Université ne devrait pas être désavantagée en ayant à révéler les facteurs pris en compte au moment d'établir sa stratégie judiciaire. En fait, l'Université soutient que l'alinéa 29(1)o) devrait légitimement être considéré comme un motif de refuser la communication des questions et des autres réponses afin de protéger sa position juridique et ses éventuelles stratégies judiciaires.

²¹ The Concise Oxford Dictionary, 9^e édition.

²² Black's Law Dictionary, 6^e édition.

82. Avec tout le respect que je dois à l'Université, le fait qu'il y avait des instances judiciaires en cours au moment où la demande de communication a été déposée ne suffit pas pour déterminer que l'information est protégée en vertu de l'alinéa 29(1)o de la *Loi*. L'organisme public doit également montrer en quoi la communication pourrait vraisemblablement nuire à la conduite des instances en cause. S'il n'est pas en mesure de le faire, il sera impossible pour le Bureau de conclure que le recours de l'organisme public à cette exception était de mise.
83. Je conclus que l'Université n'a pas satisfait au deuxième critère puisqu'elle n'a fourni aucune preuve précise indiquant en quoi la communication de l'information en cause aurait pu vraisemblablement nuire à la conduite des instances judiciaires en cours à ce moment-là entre l'auteur de la demande et l'Université. À mon avis, l'Université n'a pas expliqué le lien direct entre la communication et l'atteinte non précisée à la conduite des instances.
84. En raison du manque de preuves fournies par l'Université pour justifier son recours à l'alinéa 29(1)o dans la situation en cause, je conclus que l'Université ne s'est pas acquittée du fardeau de la preuve qui lui revenait en vertu du paragraphe 84(1), selon lequel elle devrait établir que l'auteur de la demande n'avait aucun droit d'accès à l'information retenue aux termes de l'exception.

V RECOMMANDATION

85. 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 les questions fournies au médecin par l'Université dans le cadre de l'EMI sont protégées de la communication en vertu des alinéas 26(1)a), 26(1)c) et 29(1)o) de la *Loi*, et je recommande donc, aux termes de la division 73(1)a)(i)(A) de la *Loi*, que l'Université communique à l'auteur de la demande l'intégralité des questions figurant aux pages 8 à 11.
86. 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 de sa décision en ce qui concerne ces recommandations, et envoyer une copie de sa décision au Bureau.

Le présent rapport a été fait à Fredericton (Nouveau-Brunswick) ce 13^{ème} jour d'août 2021.

Original signé par

Charles Murray

Ombud par intérim de la province du Nouveau-Brunswick