

**DANS L’AFFAIRE D’UN RECOURS EN VERTU DE L’ALINÉA 7(1)b)
DE LA LOI SUR LE DROIT À L’INFORMATION, L.R.N.-B. 1973, ch. R-10.3**

Entre : **Shannon Hagerman,**
 requérante;

Et :

Bruce Fitch, ministre de l’Énergie
 ministre;

et

Corporation de portefeuille Énergie Nouveau-Brunswick
 (ci-après Énergie NB).

RECOMMANDATION

1. Le présent recours, daté du 23 mars 2006, découle d’une demande d’accès à l’information qu’a déposée la requérante le 7 novembre 2005. La requérante, Shannon Hagerman, est une journaliste auprès du *Telegraph-Journal*, mais en novembre 2005, elle était à l’emploi du quotidien de la région de la capitale provinciale, le *Daily Gleaner*. La demande du 7 novembre 2005 portait sur l’accès à l’information se rattachant à la remise à neuf du réacteur nucléaire et indique ce qui suit :

[TRADUCTION]

Je demande, en vertu de la *Loi sur le droit à l’information* du Nouveau-Brunswick, tous les documents détenus par Énergie NB et le ministère de l’Énergie qui se rattachent à la remise à neuf du réacteur nucléaire de

Point Lepreau. Veuillez exclure de la demande tous les rapports qui ont déjà été rendus publics.

Les documents demandés devraient inclure, entre autres, l'ensemble de la correspondance et des documents traitant du projet de remise à neuf, y compris une copie du contrat avec l'Énergie atomique du Canada limitée. Je m'intéresse particulièrement à tous les documents ayant trait aux garanties de rendement négociées, aux délais de construction et aux pénalités éventuelles si le projet n'est pas réalisé à temps.

2. La réponse du ministre, datée du 8 février 2006, prévoit à cet égard ce qui suit :

[TRADUCTION]

Le Groupe d'entreprises d'Énergie NB (« Énergie B ») a indiqué qu'il est incapable de divulguer toute information conformément à l'alinéa 6c) de la *Loi*, qui prévoit ce qui suit :

« ... sa communication pourrait occasionner des gains ou des pertes financières pour une personne ou un ministère, ou pourrait compromettre des négociations en vue d'aboutir à la conclusion d'un accord ou d'un contrat. »

Après avoir examiné la position d'Énergie NB dans cette affaire, je suis donc incapable d'acquiescer à votre demande. Vous trouverez ci-joint une lettre d'Énergie NB qui explique plus en détail sa décision de ne pas communiquer ces documents.

3. La réponse annexée d'Énergie NB prévoyait à cet égard ce qui suit :

[TRADUCTION]

Le conseiller juridique est d'avis que le contrat avec l'Énergie atomique du Canada limitée (EACL) ne peut être communiqué en vertu de l'alinéa 6c) de la *Loi*, car la communication de ces informations pourrait occasionner des pertes financières pour l'EACL, et compromettre des négociations en vertu d'aboutir à la conclusion de contrats ou d'accords. Il serait raisonnable de s'attendre à ce que la communication des documents en question et de leur contenu nuise aux négociations contractuelles ou autres de l'EACL, et à ses relations commerciales et contractuelles continues avec un grand nombre d'entités canadiennes et internationales.

De plus, la divulgation de ces informations pourrait occasionner des gains financiers pour l'un des compétiteurs ou clients de l'EACL. Il serait raisonnable de s'attendre à ce que la communication du document et de son contenu puisse porter préjudice à la position concurrentielle de l'EACL. L'EACL se livre à ses activités commerciales, comme la vente ou la remise à neuf de réacteurs nucléaires et de centrales CANDU, la vente d'eau lourde, et la fourniture de

services aux installations nucléaires dans un marché où la concurrence est intense. La divulgation de l'information dans le document en question pourrait mettre à la disposition des compétiteurs et des clients éventuels de l'EACL, de nombreux aspects confidentiels des activités de l'EACL (tant ses forces que ses faiblesses), des stratégies commerciales et des processus de planification. Cette information pourrait être utilisée par les compétiteurs de l'EACL pour contrer les stratégies commerciales et les efforts qu'elle déploie sur le marché, et par ses clients éventuels également pour exposer les aspects des stratégies d'entreprise de l'EACL qui pourraient être exploités durant les négociations commerciales.

4. Les 9 et 11 mai 2006, j'ai rencontré les représentants d'Énergie NB et j'ai examiné à huis clos, en vertu du paragraphe 7(4) de la *Loi*, les nombreux documents se rattachant à cette demande d'accès. Les fonctionnaires du ministre avaient indiqué auparavant que ce ministère n'avait aucun des documents pertinents en sa possession et que les représentants mêmes d'Énergie NB seraient les mieux en mesure de répondre à la requête en détail. Le directeur des communications d'Énergie NB a obligeamment compilé les nombreux documents pertinents dans divers cartables, groupés par ordre chronologique, en fonction des motifs d'exemption invoqués.
5. Après l'examen à huis clos, j'ai fait part de mon inquiétude au sujet du fait que certains des documents examinés semblaient avoir déjà été rendus publics. La demande initiale en vertu de la *Loi sur le droit à l'information* avait établi que de tels documents soient exclus. Cependant, je n'ai pu déterminer sur le champ si la requérante avait déjà ces documents en main. Les représentants d'Énergie NB se sont mis à examiner les documents que j'avais identifiés à cet égard et ont consenti à communiquer ceux qui avaient déjà été rendus publics. En même temps, ils ont donné plus de clarifications au sujet des motifs invoqués et du préjudice pour l'EACL qui pourrait découler de la divulgation des documents demandés.
6. Durant l'examen à huis clos, il est devenu apparent aussi que, même si la réponse officielle du ministre à la plainte se fondait uniquement sur l'alinéa 6c) de la *Loi* comme raison pour refuser la divulgation, en fait, Énergie NB estimait que d'autres motifs d'exemption s'appliquaient également. Donc, certains documents ont été désignés comme étant exclus en vertu des alinéas 6a), d) ou f). J'ai soulevé des questions auprès des représentants d'Énergie NB au sujet des motifs invoqués à l'égard de certains documents, et ils se sont mis à les examiner et à répondre en détail aux questions et ont entrepris d'inviter l'EACL à en faire de même, le cas échéant.
7. Je m'arrête ici pour rappeler au ministre et à la Corporation l'obligation que leur impose l'article 5 de la *Loi* qui exige de fournir par écrit les raisons du refus. Les tribunaux ont insisté sur la nécessité que les ministres donnent des réponses rapides et complètes afin de se conformer à l'article 5.¹ Les pratiques

¹ *Weir c. Nouveau-Brunswick (ministre de la Santé et des Services communautaires)* (1992), 130 N.B.R. (2d) 202 (C.B.R.), juge Russell.

laxistes dans ces affaires pourraient éventuellement avoir des répercussions sur la capacité d'un ministère donné de soulever d'autres motifs subsidiaires. Pour l'instant, c'est bon de se rappeler de la nécessité de se conformer pleinement aux exigences de l'article 5 dans chaque cas.

8. Après la réunion du 11 mai, j'ai reçu confirmation, le 31 mai 2006, qu'Énergie NB ne s'opposait pas à la communication de divers documents qui avaient déjà été rendus publics à certains égards. Ces documents ont été identifiés ainsi :
 - 1) Un historique du projet de remise à neuf proposée de la centrale de Point Lepreau
 - 2) Le document intitulé « Lepreau Performance and Planning for the Future »
 - 3) La décision de la Commission des entreprises de service public (CESP)
 - 4) L'examen de la remise à neuf de Point Lepreau – Robin Jeffrey
 - 5) Le document intitulé « Project Risk Mitigation Strategy – Contracts Discussion » (communication des diapositives 3 à 15 extraites de la présentation devant la CESP de mai 2001)

9. Parmi les autres documents exclus et à l'égard desquels Énergie NB a maintenu sa position, mentionnons :
 - 1) Deux copies d'une présentation d'Énergie NB sur les accords de retubage et de remise à neuf;
 - 2) Une lettre datée du 9 septembre 2004 de Robert Van Adel adressée à David Hay au sujet du report de la remise à neuf et du retubage de Point Lepreau;
 - 3) L'accord modificateur de portée générale.

10. Ont été exclus de la communication de nombreux autres documents ainsi que des documents privilégiés en vertu de l'alinéa *f*) de la *Loi* qui exempte les consultations juridiques et le secret professionnel, qui existe entre l'avocat et son client. Ce motif a été invoqué avec les exemptions prévues aux alinéas *a*), *c*) et *d*) pour couvrir les communications entre les avocats d'Énergie NB et leur négociateur principal, ou le personnel de la corporation de la Couronne, de même que des échanges par correspondance et courrier électronique directement entre les avocats d'Énergie NB et ceux de l'EACL. Ces échanges comportent parfois des listes de conditions pour régir les négociations et les diverses versions des accords mêmes avant l'approbation et l'exécution du libellé final de l'accord de portée générale. Énergie NB juge que tous les documents sont soustraits aux obligations prévues à l'article 2 de la *Loi*.

11. En ce qui concerne la correspondance datée du 9 septembre 2004 qui a été échangée entre les PDG, Énergie NB affirme qu'elle est exclue en vertu des alinéas 6a) et c). Elle soutient ce qui suit :

[TRADUCTION]

...elle tombe sous le coup de l'exclusion prévue à l'alinéa 6a) – dont le caractère confidentiel est protégé par la loi, car M. Von Adel a précisé dans son dernier paragraphe que les renseignements communiqués étaient confidentiels. De plus, les renseignements contenus dans la lettre sont une propriété exclusive de l'EACL et elle est de nature technique. La communication de ces informations aux compétiteurs de l'EACL pourrait occasionner des pertes financières conformément à l'alinéa 6c) de la *Loi sur le droit à l'information*.

12. Finalement, Énergie NB soutient que le contrat qu'elle a conclu avec l'EACL, l'accord modificateur de portée générale, est soustrait à la divulgation pour le motif que sa communication :

- 1) pourrait entraîner la divulgation d'information dont le caractère confidentiel est garanti par la loi (6a de la *LDI*);
- 2) pourrait occasionner des gains ou des pertes financières pour une personne ou un ministère, ou pourrait compromettre des négociations en vue d'aboutir à la conclusion d'un accord (6c de la *LDI*).

13. Énergie NB est d'accord avec tous les arguments de l'EACL qui s'oppose à la communication du contrat et des autres documents précisés et soutient que le projet de remise à neuf pourrait être compromis si la communication du contrat a un effet préjudiciable sur l'entreprise de l'EACL.

14. L'EACL a été invitée à soumettre des arguments en réponse à la demande en vertu du droit à l'information et en réponse à la présente requête. Elle l'a fait par voie d'une lettre datée du 26 mai 2006 à laquelle elle a annexé les premiers arguments soumis le 6 janvier 2006. Les arguments de l'EACL depuis janvier dernier sont, à tous égards, essentiellement les mêmes que ceux qui ont été avancés par Énergie NB dans le paragraphe 3 ci-dessus. Dans sa lettre datée du 26 mai 2006, l'EACL fournit d'autres clarifications au sujet de l'effet préjudiciable que la communication du contrat ou d'autres documents pourrait avoir sur ses intérêts. Elle soutient ce qui suit :

- 1) L'EACL est le concepteur du réacteur nucléaire CANDU®, et l'un des objets de son entreprise est de lancer sur le marché des produits et des services se rattachant aux réacteurs CANDU® dans le monde entier.
- 2) L'EACL fonctionne à la façon d'une entreprise commerciale et génère des ventes par la conclusion de contrats avec des clients canadiens et internationaux.
- 3) La concurrence dans l'industrie des services nucléaires est très intense, et les clients sont très résolus en ce qui concerne le prix et les modalités et conditions commerciales qui s'appliquent à la fourniture des produits et

des services. Les engagements en matière de prix sont particulièrement délicats.

- 4) Dans le cadre de ses activités commerciales, l'EACL négocie avec nombre de services d'électricité, de gouvernements, et d'entreprises privées et publiques. La conclusion d'un accord sur les prix et les autres modalités et conditions d'un contrat découlent de négociations, qui comportent une diversité de compromis et de décisions se rattachant à l'allocation adéquate du risque dans le contexte de la transaction précise, et qui se reflètent dans les prix que paiera le client.
- 5) La communication des positions négociatrices et d'exemples de modalités contractuelles proposées pourrait se révéler fort désavantageuse pour l'EACL sur le plan financier et fort avantageuse pour ses clients ou ses compétiteurs éventuels. Mentionnons, entre autres, les sortes de préoccupations qui pourraient en découler :
 - A. Les clients éventuels pourraient traiter les modalités et conditions qui ont été discutées en bout de ligne avec Énergie NB dans ce cas comme le « point de départ » des négociations;
 - B. Ils pourraient adopter des positions rigides à l'égard de modalités révisées en fonction de l'information qui montre les modalités proposées qui ont été discutées avec Énergie NB, ce qui pourrait donner aux futurs clients un avantage injuste dans les négociations et occasionner des pertes financières pour l'EACL.

Les dispositions législatives

15. Les dispositions pertinentes de la *Loi* prévoient ce qui suit :

2 Sous réserve de la présente loi, toute personne a le droit de demander et de recevoir toute information concernant les affaires publiques de la province, y compris, sans restreindre la portée de ce qui précède, concernant toute activité ou fonction exécutée ou accomplie par tout ministère auquel la présente loi s'applique.

...

6 Le droit à l'information conféré par la présente loi est suspendu lorsque la communication d'informations

a) pourrait entraîner la divulgation d'information dont le caractère confidentiel est garanti par la loi;

...

c) pourrait occasionner des gains ou des pertes financières pour une personne ou un ministère, ou pourrait compromettre des négociations en vue d'aboutir à la conclusion d'un accord ou d'un contrat;

...

d) pourrait porter atteinte au caractère confidentiel d'une information reçue d'un autre gouvernement;

...

f) pourrait entraîner la divulgation de consultations juridiques données à une personne ou à un ministère par un légiste de la Couronne, ou violer le secret professionnel, qui existe entre l'avocat et son client, à propos d'une affaire d'ordre ministériel;

16. Je propose tout d'abord de faire des observations sur l'exemption prévue à l'alinéa f) qui s'applique aux consultations juridiques et au secret professionnel, qui existe entre l'avocat et son client, puis de traiter de façon succincte des exemptions prévues aux alinéas a) et d). Je m'attarderai ensuite en profondeur sur l'exemption prévue à l'alinéa c) et sur son application au contrat et aux autres documents.
17. Aucune opposition n'a été soulevée relativement à l'application de l'article 2. Énergie NB est une corporation de la Couronne au sens de la définition de « ministère » en vertu de la *Loi sur le droit à l'information* et l'application de la *Loi* à celle-ci est bien établie dans la jurisprudence. Je note que l'EACL est également une société d'État qui a été établie par une loi fédérale. Cependant, la *Loi sur l'accès à l'information* du Canada ne s'applique pas à l'EACL. La portée limitée de la loi fédérale ne confère pas à l'EACL d'immunité ni de privilège distinct. Dans cette application, et pour les raisons énoncées ci-dessous, ses intérêts et sa position sont semblables à ceux de toute autre société privée qui fait affaire avec une corporation de la Couronne provinciale.

Les consultations juridiques et le privilège des communications avocat-client

18. Il y a relativement peu de causes au Nouveau-Brunswick qui traitent de l'interprétation de l'alinéa 6f), l'exemption invoquée relativement aux consultations juridiques et au privilège des communications avocat-client (secret professionnel de l'avocat). Dans l'arrêt *Mackin c. Nouveau-Brunswick (Procureur général)* [1996] N.B.J. n° 557, la juge Larlee a confirmé l'exemption que le procureur général avait invoquée relativement à une consultation juridique indépendante. Une plainte d'outrage au tribunal avait été déposée contre le procureur général. Donc pour éviter de consulter des avocats relevant du procureur général, le procureur général adjoint de l'Alberta a été consulté. Selon la consultation ainsi reçue, les faits de la cause ne pourraient pas appuyer une poursuite pour outrage. Le juge Mackin, qui avait déposé la plainte, a été informé du résultat de la consultation et a reçu une partie du texte de la consultation dans une lettre provenant du procureur général adjoint du Nouveau-Brunswick. Il a tenté d'obtenir une copie du texte complet de la consultation. Le tribunal a soutenu que l'exemption s'appliquait, nonobstant le fait qu'il s'agissait d'une consultation indépendante, et que la divulgation du résultat de la consultation n'équivalait pas à renoncer au

privilège applicable à l'ensemble du document.

19. Je juge qu'il est utile d'examiner la jurisprudence concernant l'interprétation de dispositions semblables en vertu de la loi de l'Ontario. Bien qu'il soit légèrement différent, le libellé de la loi de l'Ontario est semblable, car il contient deux composantes, l'une étant une exemption législative en faveur des avocats-conseils de la Couronne et la deuxième, le privilège de common law se rattachant aux communications avocat-client.
20. Dans l'ordonnance PO-1937, l'arbitre Donald Hale, dans une décision datée du 9 août 2001, a décrit l'application de l'exemption en vertu de la loi ontarienne dans les propos suivants :

[TRADUCTION]

Comme il est noté ci-dessus, le ministère a revendiqué que tous les documents qui demeurent en litige sont soustraits à la divulgation en vertu de l'exemption discrétionnaire prévue à l'article 19, qui est rédigé ainsi :

La personne responsable peut refuser de divulguer un document protégé par le secret professionnel de l'avocat. Il en est de même d'un document élaboré par l'avocat-conseil de la Couronne, ou pour son compte, qui l'utilise soit dans la communication de conseils juridiques, soit à l'occasion ou en prévision d'une instance.

L'article 19 englobe deux composantes du privilège, dérivées de la common law : i) le privilège des communications entre avocat et client; et ii) le privilège des communications liées à une instance. Afin que l'article 19 s'applique, l'institution doit établir que l'une ou l'autre de ces composantes du privilège, ou les deux, s'appliquent aux documents en litige.

...

En common law, le privilège des communications avocat-client protège les communications directes de nature confidentielle entre un avocat et son client, ou leurs mandataires ou employés, qui sont faites dans le but d'obtenir des consultations juridiques professionnelles. La raison d'être de ce privilège est de s'assurer qu'un client peut se confier à son avocat au sujet d'une affaire juridique sans réserve (Ordonnance P-1551).

La Cour suprême a décrit ce privilège ainsi :

... Tous les renseignements que doit fournir une personne en vue d'obtenir un avis juridique et qui sont donnés en confiance à cette fin jouissent du privilège de confidentialité. Ce privilège s'attache à toutes les communications faites dans le cadre de la relation avocat-client non seulement à l'avocat mais à ses employés ...

(*Descôteaux c. Mierzwinski*, précité, par. 618, cité dans l'ordonnance P-1409)

Le privilège a été jugé s'appliquer à un « continuum de communications » entre un avocat et un client :

... [TRADUCTION] le critère est la question de savoir si la communication ou le document a été donné en confiance afin d'obtenir une consultation juridique. Il faut donner une interprétation large à ces fins. Le privilège s'attache évidemment à un document qui communique une consultation juridique d'un avocat à un client et à une demande précise de consultation du genre de la part du client. Cependant, il ne s'ensuit pas que toutes les autres communications entre eux seront privilégiées. Dans la plupart des relations avocat-client, surtout lorsqu'une transaction comporte des relations proactives, des consultations pourraient être nécessaires ou indiquées en ce qui concerne des questions importantes ou secondaires à divers stades. Il y aura un continuum de communications et de rencontres entre l'avocat et le client ... Lorsque l'information est transmise par l'avocat ou le client à l'autre dans le cadre du continuum qui vise à tenir les deux parties informées afin qu'une consultation puisse être demandée et donnée au besoin, elle sera assujettie au privilège. Une lettre du client qui contient de l'information pourrait se terminer par des mots comme « veuillez me conseiller sur ce que je devrais faire ». Cependant, même en l'absence de ces mots, il sera habituellement sous-entendu dans la relation qu'on s'attend en général à ce que l'avocat, à chaque stade, sur demande explicite ou non, offre des consultations appropriées. En outre, les consultations juridiques ne se limitent pas à dire au client en quoi consiste la loi; elles doivent comprendre des avis au sujet des mesures qui devraient être prises de façon prudente et judicieuse dans le contexte juridique pertinent.

(*Balabel c. Air India*, [1988] 2 W.L.R. 1036, p. 1046 (C.A. brit.), cité dans l'ordonnance P1409)

Il a été déterminé que le privilège des communications avocat-client s'applique aux documents de travail du conseiller juridique qui se rattachent directement à la demande, à la formulation ou à la communication d'une consultation juridique (*Susan Hosiery Ltd. c. Minister of National Revenue*, [1969] 2 R.C. de l'É. 27, cité dans l'ordonnance M-729).

21. La présente cause et les autres distinguent le privilège des communications avocat-client du privilège des communications liées à une instance qui vise non pas à protéger une relation, mais cherche plutôt à protéger le processus accusatoire. Dans l'arrêt *Attorney General of Ontario c. Big Canoe, agent d'enquête* 62 O.R. (3d) 167 (demande de pourvoi à la C.S.C. refusée, dossier 29572 de la C.S.C.), la Cour d'appel de l'Ontario a cité à l'appui l'analyse suivante qui distingue les deux composantes du privilège :

[10] [TRADUCTION] Les distinctions entre les deux composantes du privilège ont été examinées en profondeur dans l'arrêt *General Accident Assurance Co. c. Chrusz* (1999), 45 O.R. (3d) 321, 180 D.L.R. (4th) 241 (C.A.). Aux p. 330 et 331 O.R., le sommaire suivant apparaît :

R.J. Sharpe, avant sa nomination à la magistrature, a publié une conférence bien réfléchie sur le sujet, intitulée « Claiming Privilege in the Discovery Process » dans *Law in Transition: Evidence, L.S.U.C. Special Lectures* (Toronto: De Boo, 1984) à la p. 163. Il a déclaré aux p. 164 et 165 ce qui suit :

[TRADUCTION] Il est essentiel de distinguer le privilège des communications liées à une instance du privilège des communications avocat-client. Il existe, à mon avis, trois différences importantes entre les deux. Premièrement, le privilège des communications avocat-client s'applique seulement aux communications confidentielles entre le client et son avocat. Par contre, le privilège des communications liées à une instance, s'applique aux communications de nature non confidentielle entre l'avocat et des tiers et englobe même de l'information non lié aux communications. Deuxièmement, le privilège des communications avocat-client entre en jeu chaque fois qu'un client veut obtenir une consultation juridique de son avocat, qu'une instance soit en cause ou non. Par contre, le privilège des communications liées à une instance, s'applique au contexte de l'instance même. Troisièmement, et avant tout, la raison d'être du privilège des communications avocat-client est très différente de celle qui sous-tend le privilège des communications liées à une instance. Cette différence mérite un examen attentif. L'intérêt sous-jacent à la protection accordée aux communications entre un client et un avocat de la communication est bien dans l'intérêt de tous les citoyens qui ont un accès total et rapide à une consultation juridique. Si une personne ne peut se confier à un avocat en sachant que ce qui est dit ne sera pas révélé, il sera difficile, voire impossible, pour cette personne d'obtenir une consultation juridique approprié en toute franchise.

Le privilège des communications liées à une instance, par contre, s'applique directement au processus de litige. Sa raison d'être n'est pas expliquée de façon adéquate par la protection offerte aux communications avocat-client qui est jugée nécessaire pour permettre aux clients d'obtenir une consultation juridique, l'intérêt protégé par le privilège des communications avocat-client. Sa raison d'être s'applique de façon plus précise aux besoins du processus de procès accusatoire. Le privilège des communications liées à une instance est fondé sur la nécessité d'avoir une certaine protection pour faciliter l'enquête et la préparation d'une cause en vue d'un procès par le défenseur misant sur l'affrontement. En d'autres termes, ce privilège vise à faciliter un processus (notamment, le processus litigieux), tandis que le privilège des communications avocat-client cherche à protéger une relation (notamment, la relation confidentielle entre un avocat et un client).

...

[11] Ce qui est clair, mais peut-être ce qui ne l'était pas autant en 1987, c'est que les deux privilèges sont distincts et ont une raison d'être, une fonction et une durée différentes. Le privilège des communications avocat-client protège les affaires confidentielles entre un client et un avocat pour toujours. Quant à lui, le privilège des communications liées à une instance protège les préparatifs de l'avocat jusqu'à la fin de l'instance.

22. J'adopte l'analyse ci-dessus de la Cour d'appel de l'Ontario et celle de l'agent d'enquête Hale qui permettent d'éclairer aux fins de la présente requête. L'exemption prévue à l'alinéa 6f) de la *Loi sur le droit à l'information* semble traiter seulement du privilège avocat-client et non du privilège des communications liées à une instance. Cependant, je suis convaincu que, en vertu de la loi du Nouveau-Brunswick, l'expression « le secret professionnel, qui existe entre l'avocat et son client » englobe les deux volets du privilège. En common law, le privilège des communications liées à une instance a traditionnellement été considéré comme étant un sous-ensemble du secret professionnel de l'avocat, et son interprétation concorde avec l'approche adoptée par rapport à la loi fédérale, qui ne mentionne rien expressément au sujet du privilège des communications liées à une instance². Quoiqu'il en soit, l'exemption invoquée relativement aux documents demandés en l'espèce ne comporte aucune affirmation de privilège des communications liées à une instance. Elle soulève plutôt des questions liées au secret professionnel. La distinction et la jurisprudence, cependant, aident à définir davantage la portée du secret professionnel.
23. L'exemption prévue à l'alinéa 6f) a été invoquée en l'espèce comme le principal motif afin de soustraire à la divulgation la plupart des documents qu'Énergie NB a identifiés en réponse à la demande. Le contrat final en soi n'est pas considéré comme faisant partie des préparatifs de l'avocat dans le contexte du secret professionnel, et son contenu est prétendument soustrait à la communication en vertu de l'alinéa 6c). Cependant, l'ensemble des diverses versions du contrat final et les échanges entre les avocats et le personnel d'Énergie NB ont été exclus pour ce motif. Sont compris la correspondance échangée entre le conseiller interne d'Énergie NB, les avocats retenus du cabinet de Toronto, Tory, Tory, pour ces négociations contractuelles, le négociateur principal, Calin Rovinescu, embauché par Énergie NB pour ce contrat, les hauts dirigeants d'Énergie NB qui ont demandé des conseils et qui ont donné des instructions concernant le processus de négociation et les échanges entre les avocats et les dirigeants de l'EACL.
24. La requête soulève donc plusieurs questions importantes et nouvelles concernant l'application de la *Loi sur le droit à l'information* du

² *Blank c. Canada (Ministre de la Justice)*, 2004 C.A.F. 287

Nouveau-Brunswick. Le serment professionnel peut-il s'attacher à une liste de conditions concernant la stratégie de négociation d'un ministère dans des négociations contractuelles du genre, si en fait les négociations étaient menées entièrement par les avocats embauchés par la Couronne à cette fin? Le serment professionnel s'attache-t-il à la correspondance ou aux consultations données par M. Rovinescu, négociateur en chef d'Énergie NB, un chef d'entreprise émérite au Canada qui est réputé pour ses compétences en conclusion de marchés, mais qui est également un avocat de par sa formation et son expérience? S'attache-t-il aux notes de synthèse qui ont été préparées par les dirigeants d'Énergie NB qui se sont assis à la table de négociation, et qui ont été résumées pour la gestion et les négociateurs, les préparatifs et les progrès des avocats dans la salle?

25. En règle générale, le serment professionnel de l'avocat est un principe important dans une société démocratique qui respecte la primauté du droit. Les tribunaux canadiens ont donné une interprétation large au privilège et ont préféré n'admettre aucune atteinte à ce principe³, particulièrement à l'égard des mémoires de la Couronne préparés dans le cadre d'une obligation de la poursuite ou du droit criminel⁴.
26. Cependant, les tribunaux ont soutenu également qu'il faut donner une interprétation téléologique à la *Loi sur le droit à l'information* étant donné qu'elle codifie le droit d'accéder à l'information et non le droit du

³ Voir l'arrêt *Pritchard c. Ontario*, 2004 C.S.C. 31 où la Cour suprême du Canada a soutenu ce qui suit :

Dans *Lavallee, Rackel & Heintz c. Canada (Procureur général)*, [2002] 3 R.C.S. 209, 2002 CSC 61, notre Cour a confirmé que le privilège avocat-client doit être quasi absolu et ne doit souffrir que de rares exceptions. S'exprimant au nom de notre Cour à ce sujet, la juge Arbour a rappelé les principes énoncés dans *McClure* :

... le secret professionnel de l'avocat [le privilège avocat-client] doit être aussi absolu que possible pour assurer la confiance du public et demeurer pertinent. Par conséquent, il ne cède le pas que dans certaines circonstances bien définies et ne nécessite pas une évaluation des intérêts dans chaque cas.

...

Un texte législatif visant à limiter ou à écarter l'application du privilège avocat-client sera interprété restrictivement : voir *Lavallee*, précité, par. 18. Le privilège avocat-client ne peut être supprimé par inférence. Si, en vertu des pouvoirs qui lui sont conférés, un organisme administratif est maître de sa procédure, il reste que ces pouvoirs doivent être exercés conformément aux règles de justice naturelle et à la common law.

Voir également la très récente décision de la Cour suprême *Goodis c. Ontario (Ministry of Correctional Services)*, 2006 CSC 31, où la Cour confirme que le secret professionnel de l'avocat ne peut céder le pas que dans des cas de nécessité absolue et définit le sens de ce critère aux par. 20 et 21.

⁴ Voir *Big Canoe*, précité et *Blank c. Canada (Ministre de la Justice)*, 2004 C.A.F. 287, particulièrement les par. 45 à 58.

gouvernement de refuser l'accès.⁵ En règle générale, les tribunaux au Nouveau-Brunswick ont soutenu que les personnes qui font affaire avec le gouvernement devraient être disposées à ce que leurs transactions commerciales soient rendues publiques⁶. Il ne fait aucun doute qu'une interprétation trop robuste du privilège des communications avocat-client puisse dans certains cas mener à un abus où de grands secteurs d'activité publique pourraient être protégés de l'examen du public, en remettant le travail aux avocats et en excluant tous les préparatifs sous le voile du privilège des communications avocat-client. La loi protège contre de tels abus en définissant étroitement ce qui constitue une relation avocat-client. La récente jurisprudence de la Cour suprême a établi clairement que, s'il existe une relation avocat-client, alors le privilège ne peut céder le pas que dans des cas de nécessité absolue. S'il est démontré que la relation est le fondement même sur lequel les consultations juridiques sont demandées et fournies, alors le manteau de la protection sera entièrement déployé. Cependant, ce n'est pas chaque opération ou transaction commerciale mettant en cause un avocat qui bénéficiera de la protection de ce privilège.

27. Plusieurs causes énoncent les nombreux rôles que peuvent jouer les avocats, notamment l'avocat interne, d'où ne découlent pas des relations avocat-client et pour lesquels le privilège ne peut être invoqué. Elles ont permis de façon utile de réduire l'application du privilège à un critère en quatre volets, à savoir :

Afin d'être assujetti au secret professionnel de l'avocat en common law, il faut établir qu'il existe :

1. [TRADUCTION] une communication écrite ou orale; **et**
2. la communication doit être de nature confidentielle; **et**
3. la communication doit se faire entre un client (et son mandataire) et un conseiller juridique; **et**
4. la communication doit se rapporter directement à la demande, à la formulation ou à la fourniture d'une consultation juridique⁷.

28. Après avoir examiné la jurisprudence et les nombreux documents exclus, je détermine que la Corporation a invoqué valablement l'exemption prévue à l'alinéa 6f) relativement à presque tous les documents pour laquelle elle est

⁵ *Weir*, précité.

⁶ *Gillis c. Chairman of the New Brunswick Electric Power Commission* 37 N.B.R. (2d) 66 (N.B.Q.B.) Le juge Barry, au par. 12 : [TRADUCTION] « Si vous ne voulez pas que vos affaires soient divulguées, ne faites pas affaire avec le gouvernement provincial. Les affaires d'un gouvernement sont publiques, car c'est l'argent des contribuables qui est dépensé. »

⁷ *Ministry of Health Case*, ordonnance P-1137, le 29 février 1996, Anita Fineberg, agente d'enquête, (CIPV).

invoquée. Je détermine, cependant, qu'elle ne s'applique pas aux notes de synthèse que Rod Eagles a préparées durant les mois de négociation en ce qui concerne le déroulement des négociations mêmes. M. Eagles est un dirigeant à Énergie NB. Il semble, d'après les notes mêmes, que celles-ci aient été préparées comme mise à jour à l'intention de M. Eagles et de l'équipe de négociation même, et probablement comme mécanisme d'établissement de rapports à la gestion concernant le déroulement des négociations. Il ne fait aucun doute qu'elles aient servi à des fins multiples. Il est difficile dans ces questions de faire la part des choses entre ce qui constitue une communication avocat-client et ce qui a trait à la gestion du service d'électricité. Cependant, en toute justice, je n'ai aucune preuve péremptoire devant moi concernant la nature confidentielle de ces documents, autre que le contexte des négociations très délicates, ni aucune preuve convaincante établissant que les troisième et quatrième volets du critère devraient s'appliquer ici de toute façon. Les documents ne semblent pas s'adresser à l'avocat ni n'avoir découlé d'une relation avocat-client dans le but de demander des consultations juridiques. Je recommanderais donc que cette série de notes de synthèse soit communiquée à la requérante.

29. Il en est de même du document de la stratégie de négociation et des documents intitulés « Retubing and Refurbishment Agreements Presentation », deux versions d'une présentation en PowerPoint qui résument les objectifs des négociations, dont l'une comprend la liste des conditions qui régit les négociations. Il ne s'agit pas de documents de communication en soi, car ils ne s'adressent à personne. Ces documents constituent clairement une orientation consensuelle qu'a donnée la gestion à l'équipe de négociation dans le but de décrocher le contrat le plus avantageux possible. Au départ, les documents des présentations en PowerPoint avaient été désignés comme étant exclus sur le fondement de l'alinéa 6c). Plus tard, Énergie NB a invoqué l'alinéa 6f) également, en soulignant que les documents avaient été préparés par son conseiller juridique externe « comme outil afin de cadrer les négociations portant sur le contrat de remise à neuf entre l'EACL et Énergie NB ». Il n'y a rien dans les documents mêmes, cependant, ou dans le document de la stratégie de négociation qui fait ressortir la nécessité ou le désir d'obtenir des consultations juridiques, ni de donner des consultations juridiques, ni d'« [...] avis au sujet des mesures qui devraient être prises de façon prudente et judicieuse dans le contexte juridique pertinent »⁸, pour citer la Cour d'appel britannique. Il s'agit de documents de stratégie commerciale et d'entreprise de par leur nature, qui ont été rédigés en vue des négociations avec l'EACL. À mon avis, Énergie NB et le ministre n'ont pas réussi à s'acquitter du fardeau de prouver que l'exemption prévue à l'alinéa 6f) devrait s'attacher à ces documents.

⁸ *Balabel c. Air India*, précité.

Confidentialité de l'information obtenue d'un autre gouvernement

30. À ma connaissance, l'exemption prévue à l'alinéa 6d) n'a pas encore été considérée dans une cause au Nouveau-Brunswick. Une exemption semblable a été confirmée, cependant, dans une cause concernant Ontario Hydro et l'EACL.
31. Le 24 juillet 2001, Tom Mitchinson, commissaire adjoint à l'information et à la protection de la vie privée de l'Ontario, a pu invoquer une exemption semblable en vertu de la *Loi sur l'accès à l'information et à la protection de la vie privée* relativement aux échanges avec l'EACL⁹. Dans cette affaire, le gouvernement américain avait retenu les services de l'EACL afin de mener une étude de faisabilité au sujet de l'emploi du combustible MOX contenant du plutonium pouvant être utilisé à des fins militaires dans les réacteurs CANDU. L'EACL a constitué des groupes d'étude pour examiner et étudier les divers aspects de cette option, qui se sont réunis de 1995 à 1998. Ontario Hydro ainsi que des fonctionnaires fédéraux et étrangers et d'autres organismes publics et privés de l'industrie nucléaire étaient représentés à ces groupes d'étude.
32. Dans sa décision, le commissaire Mitchinson examine obligamment la jurisprudence ayant trait à cette exemption. Il a adopté le passage suivant tiré d'une décision du commissaire Tom Wright :

[TRADUCTION] Bien que ni l'institution [Ontario Hydro] ni l'EACL ne soient des « gouvernements » à titre de mandataires des gouvernements provincial et fédéral, ils sont capables de poursuivre la conduite de « rapports intergouvernementaux » au nom de leurs gouvernements respectifs. Les rapports intergouvernementaux désignent des discussions et des échanges d'information officiels et officieux à la suite de projets conjoints, d'activités de planification et de négociations entre divers ordres de gouvernement.

Le [Senior Ontario Hydro/AECL Technical Information Committee (SOATIC)] est un comité conjoint de représentants de l'institution et de l'EACL. Dans des représentations, l'EACL déclare que le SOATIC a été formé dans l'intention d'établir un comité technique conjoint au niveau de la haute direction de l'EACL et de l'institution, afin de mener un examen descendant des aspects techniques de la recherche et du développement, du génie et de la conception et des opérations des deux entités.

Compte tenu de ce qui précède, j'admets que les rapports entre l'institution et l'EACL, lorsque les deux organismes mènent des affaires par l'entremise du SOATIC, sont de nature intergouvernementale aux fins de l'alinéa 15a) de la *Loi*, et qu'on puisse dire que l'information que l'institution a reçue de l'EACL est de

⁹ *Ontario Hydro Case PO-1927-I*, le 24 juillet 2001, Tom Mitchinson, commissaire adjoint (CIPV).

l'information qui a été confiée par un autre gouvernement ou l'un de ses organismes, aux fins de l'alinéa 15b).¹⁰

33. La *Loi sur le droit à l'information* exclue l'information dont la communication « d) pourrait porter atteinte au caractère de l'information reçue d'un autre gouvernement ». Le libellé de la loi de l'Ontario est légèrement différent dans ce cas également :

15. La personne responsable peut refuser de divulguer un document s'il est raisonnable de s'attendre à ce que la divulgation ait pour effet, selon le cas :

a) de nuire à la poursuite des rapports intergouvernementaux entretenus par le gouvernement de l'Ontario ou par une institution;

b) de révéler des renseignements confidentiels confiés à une institution par un autre gouvernement ou par l'un de ses organismes;

La personne responsable ne doit pas divulguer ce document sans l'autorisation préalable du Conseil exécutif.

34. La jurisprudence de l'Ontario a établi des critères pour l'applicabilité des alinéas a) et b) de l'exemption comme suit. Pour invoquer une exemption en vertu de l'alinéa 15a), une institution doit démontrer :

1. que les documents ont trait aux rapports intergouvernementaux, c'est-à-dire aux rapports entre une institution et un autre gouvernement ou l'un de ses organismes; et
2. qu'il est raisonnable de s'attendre à ce que la divulgation des documents ait pour effet de nuire à la poursuite de rapports intergouvernementaux.

35. En vertu de l'alinéa 15b), les preuves suivantes seraient exigées :

1. les documents révèlent l'information reçue par un autre gouvernement ou l'un de ses organismes; **et**
2. l'information a été reçue par une institution du gouvernement; **et**
3. les renseignements reçus étaient confidentiels.

36. À mon avis, il serait indiqué d'interpréter l'exemption prévue à l'alinéa 6d) à partir d'une combinaison des critères applicables en vertu de la loi de l'Ontario. L'exemption vise à protéger la relation de confiance qui est nécessaire dans les rapports entre des gouvernements souverains. Pour invoquer l'exemption, un ministère doit donc établir :

¹⁰ *Ontario Hydro Case P-270*, le 11 février 1992, Tom Wright, commissaire (CIPV).

1. que les documents révèlent des renseignements confidentiels que le ministère a reçus d'un autre gouvernement ou de l'un de ses organismes; **et**
 2. qu'il est raisonnable de s'attendre à ce que la divulgation des documents ait pour effet de nuire à la poursuite de rapports intergouvernementaux.
37. Je reconnais qu'il pourrait y avoir des cas où l'EACL puisse entretenir des rapports avec Énergie NB à ce niveau. Cependant, je ne crois pas que les faits du cas devant moi sont analogues à ceux qui étaient devant le commissaire Wright ou le commissaire adjoint Mitchinson. Il est clair d'après les documents mêmes et, en fait, d'après les propres arguments que l'EACL a soumis que ses intérêts, comme ceux d'Énergie NB dans cette affaire, sont de nature commerciale.
38. J'hésite à trancher en fonction des faits de ce cas que l'EACL est un mandataire d'un autre gouvernement aux fins de cette exemption. Je suis convaincu, de toute façon, qu'il n'est pas raisonnable de s'attendre à ce que la divulgation de l'information demandée dans cette affaire ait pour effet de nuire aux rapports entre la province et le gouvernement du Canada.
39. Après avoir examiné les documents identifiés par Énergie NB en réponse à la demande, je détermine que l'exemption prévue à l'alinéa *d*) ne s'applique pas et n'est pas un motif d'exemption valide dans ce cas.

Le caractère confidentiel garanti par la loi

40. Énergie NB a invoqué l'exception prévu à l'alinéa *a*) dans ses arguments du 31 mai relativement à une lettre datée du 9 septembre 2004 que M. Von Adel de l'EACL a adressée à M. David Hay, PDG d'Énergie NB, au sujet du report de la remise à neuf ou du retubage de la centrale de Lepreau. Elle a soutenu également que le contrat même, l'accord de portée générale, est soustrait à la divulgation en vertu de l'alinéa *a*). L'exemption est également revendiquée pour les deux documents en vertu de l'alinéa *c*) de la *Loi*.
41. L'avocat d'Énergie NB souligne que M. Von Adel dans son dernier paragraphe a précisé que les renseignements communiqués étaient confidentiels. Quant au contrat, il parle de lui-même, et toutes ses clauses lient les parties.
42. À mon avis, ni l'une ou l'autre circonstance n'offrent des fondements appropriés pour invoquer l'exemption prévue à l'alinéa *6a*). Dans l'arrêt *Maritime Highway Corporation c. Nouveau-Brunswick (ministre des Transports)* [1998] N.B.J. No. 299, (C.B.R.N.-B.), le juge Turnbull a rejeté une allégation du ministre établissant que les conditions contractuelles puissent servir de fondement à une exemption en vertu de l'alinéa *6a*). La décision cite à cet égard ce qui suit :

L'avocat du ministre m'a cité un précédent selon lequel l'information qui est protégée dans un contrat constitue de l'information dont le caractère confidentiel est garanti par la loi. Je ne suis pas du même avis. Un contrat n'est pas une loi. Selon moi, l'alinéa 6a) vise la législation ou la common law. Je ne connais aucune loi qui ferait obstacle à la demande d'information au sujet de ce que la compagnie A s'est engagée par contrat à fournir. Le critère de common law à utiliser est celui qui a été établi par la Cour suprême du Canada dans *Slavutych* (précité). Quatre critères doivent être remplis pour conclure au caractère confidentiel :

- (1) Les communications doivent avoir été transmises confidentiellement avec l'assurance qu'elles ne seraient pas divulguées.
- (2) Le caractère confidentiel doit être un élément essentiel au maintien complet et satisfaisant des rapports entre les parties.
- (3) Les rapports doivent être de la nature de ceux qui, selon l'opinion de la collectivité, doivent être entretenus assidûment.
- (4) Le préjudice permanent que subiraient les rapports à la suite de la divulgation des communications doit être plus considérable que l'avantage à retirer d'une juste décision.

43. Le troisième critère fait référence aux relations de fiduciaire, aux relations avocat-client, aux relations médecin-patient et aux autres relations du genre qui « selon l'opinion de la collectivité, doivent être entretenues assidûment ». Je ne trouve rien qui justifierait d'invoquer une exigence de la common law relativement au caractère confidentiel en ce qui a trait à n'importe lequel des documents examinés, et en l'absence de toute exigence législative à cet égard, le fondement de cette exemption doit être rejeté.

Occasionner des gains ou des pertes financières, ou compromettre des négociations

44. L'élément essentiel de la présente requête s'attarde à la revendication par la Corporation de l'exemption prévue à l'alinéa 6c), en particulier en ce qui concerne le contrat même. La requérante a demandé tous les documents traitant du projet de remise à neuf, mais elle a demandé précisément une copie du contrat et des documents qui expliquent en détail les garanties de rendement. Il est fortement dans l'intérêt du public de confirmer qu'une entreprise de services publics a obtenu des garanties adéquates concernant un projet de cette nature et de ce coût. En même temps, la Corporation est tenue de protéger l'information dont la divulgation pourrait occasionner des gains ou des pertes financières à l'EACL, à ses clients ou concurrents, ou qui pourrait compromettre des négociations en vue d'aboutir à la conclusion d'un accord ou d'un contrat.
45. L'arrêt-clé au Nouveau-Brunswick sur l'interprétation de l'alinéa 6c) est l'une des premières causes à avoir été entendue à cet égard dans la cour du juge Stevenson. La plainte avait été déposée par M. Joseph Daigle, alors chef de l'opposition, qui est devenu plus tard juge en chef de la province. Il avait porté cette affaire contre Énergie NB, qui était alors représentée par

M. Paul Creaghan, qui a ensuite mené une importante carrière à la magistrature. M. Daigle a comparu en son nom. La cause se rattachait à une demande en vue d'obtenir une « étude d'échantillonnage du travail » pour la période du printemps 1977 à la centrale nucléaire de Point Lepreau qu'avait menée Emerson Consultants inc., de New York. 11.¹¹

46. Le ministre avait refusé de divulguer le document demandé en invoquant que sa communication « aurait pour effet de compromettre la réputation publique de certains entrepreneurs ». En rejetant cet argument et en ordonnant au ministre de divulguer le rapport, le juge Stevenson a soutenu ce qui suit :

[TRADUCTION] À mon avis, l'application de l'alinéa 6c) de la *Loi* – en ce qui concerne la question de gains ou de pertes financières – doit être déterminée en fonction d'un fondement plus restreint. À mon avis, pour invoquer avec succès cette exclusion, il faut établir que les gains ou les pertes découleraient directement de la divulgation de l'information. Ici le ministre s'appuie sur ce qu'on peut seulement qualifier de gains ou de pertes hypothétiques à l'avenir pour les entrepreneurs.

18 Quant à l'allégation que la divulgation aurait pour effet d'occasionner des pertes financières pour la Commission d'énergie en affaiblissant sa position pour ce qui est de tenter d'améliorer le rendement d'un entrepreneur précis ou de négocier le règlement de réclamations contractuelles ou d'éventuelles poursuites liées aux réclamations contractuelles, je serai bref : Je ne peux pas accepter qu'un entrepreneur responsable soit moins susceptible de désirer améliorer son rendement lorsque son rendement passé a été soumis publiquement à des critiques constructives - la logique dicte que le contraire serait vrai. La mention générale dans l'affidavit de M. Ganong au sujet du « règlement des revendications contractuelles ou d'éventuelles poursuites liées aux réclamations contractuelles » a peu de valeur probante. Il n'existe aucun élément de preuve clair démontrant en effet que des réclamations en suspens seraient touchées. Des éléments de preuve plus précis sont nécessaires pour justifier l'exclusion de la divulgation sur ce fondement.

19 On s'oppose à l'argument voulant que la divulgation de l'information puisse occasionner des pertes financières pour The Emerson Consultants Inc. à l'avenir. L'information dans l'étude est présentée de façon claire, franche et objective. On ne s'attendrait à rien de moins de la part d'un cabinet d'experts-conseils en gestion. Une telle présentation a pour effet d'améliorer la capacité ou la réputation de l'expert-conseil plutôt que de leur nuire. Si l'expert-conseil devait volontairement divulguer le contenu d'un rapport confidentiel, les clients éventuels auraient raison de s'inquiéter. Cependant les tiers ne peuvent pas reprocher à l'expert-conseil une divulgation qu'il n'a pas faite mais qui a été plutôt contrainte par la loi. En outre, les pertes possibles à l'avenir auxquelles on fait allusion sont tout à fait hypothétiques et ne seraient pas directement attribuables à la divulgation.

¹¹ *Re Daigle (1980) 30 N.B.R. (2d) 209, Stevenson, J.*

47. Dans la même veine, le juge Turnbull dans son jugement oral dans *Maritime Highway Corp.* a rejeté l'exemption prévue à l'alinéa 6c) pour la même raison. Il s'agissait d'une cause où un soumissionnaire non choisi pour la construction de la nouvelle route à quatre voies entre Fredericton et Moncton avait demandé d'accéder à l'information concernant la proposition choisie relativement à un contrat de 584 millions de dollars. Cinq boîtes d'information avaient été divulguées à la requérante. En ordonnant la divulgation des neuf autres boîtes d'information identifiées et en rejetant l'exemption prévue à l'alinéa 6c), la Cour a soutenu : « que cet alinéa doit se rapporter à une perte ou à un gain immédiats et être relié au projet et il n'assure pas une protection contre la possibilité de pertes futures ».
48. Les décisions des tribunaux canadiens et des commissaires à l'information et à la vie privée ailleurs interprètent des dispositions comparables de la même manière. Par exemple, une récente décision de l'agent de révision de la Nouvelle-Écosse traitait des exemptions fondées sur le sous-alinéa 481(1)c)(i) de la *Municipal Government Act* qui contient des exemptions semblables à l'obligation de divulguer des documents publics dans le secteur municipal¹². La cause comportait une demande d'accès à un contrat avec une entreprise privée dont on avait retenu les services pour construire et exploiter un nouveau site d'enfouissement dans la province. En rejetant la demande d'exemption et en recommandant la divulgation du contrat au complet, l'agent de révision a résumé la loi au Canada ainsi :

[TRADUCTION] Selon le sous-alinéa 481(1)c)(i), le tiers doit démontrer que la divulgation du contrat aurait « pour effet de porter un préjudice considérable » à sa position négociatrice ou de « lui porter atteinte considérablement ». Ce préjudice doit être prouvé, et il faut satisfaire à un critère comme il est démontré dans plusieurs causes judiciaires :

[TRADUCTION] « ... les législateurs, en exigeant une 'attente raisonnable de préjudice', doivent avoir voulu dire qu'il devait exister plus qu'une possibilité de préjudice pour justifier le refus de divulguer un document. » [*Chesal c. Attorney General of Nova Scotia* (2003) NSCA 124, par. 38]

Il faut « qu'il y ait un lien clair et direct entre la divulgation d'une information donnée et le préjudice allégué ». [*Lavigne c. Canada (Commissariat aux langues officielles)* (2002) C.S.C. 53, par. 58]

La Cour fédérale croit que la preuve de préjudice

« doit démontrer une probabilité de préjudice résultant de la divulgation et non pas une approche bien intentionnée mais indûment précautionneuse qui consiste à éviter tout risque. » [*Canada*

¹² *Municipality of the District of West Hants Case*, rapport FI-06-13(M), le 20 juin 2006, Dwight Bishop, agent de révision de la Nouvelle-Écosse.

(Commissaire à l'information) c. Canada (Premier ministre)
(1^{re} instance), [1993] 1 C.F. 427, 1992 IIJCan 2414(C.F.)]

49. Je suis également guidé dans cette affaire par la récente décision que le juge Edmond Blanchard de la Cour fédérale du Canada a rendue dans la cause *C.I.B.C. c. Canada (Canadian Human Rights Commission)* 2006 FC 443, le 24 avril 2006. Dans cette cause, la Commission a réalisé un rapport de vérification de la conformité à l'équité en matière d'emploi sur la Banque Canadienne Impériale de Commerce. Une demande d'accès à l'information a été déposée en vue d'obtenir la divulgation du rapport. La banque s'est opposée à la divulgation pour plusieurs raisons, dont l'exemption prévue à l'alinéa 20(1)c) de la Loi fédérale sur l'accès à l'information qui est virtuellement la même qu'à l'alinéa 6c) de la Loi du Nouveau-Brunswick. En rejetant la demande d'exemption sur ce fondement, le juge Blanchard a affirmé ce qui suit :

[TRADUCTION] La jurisprudence établit qu'une partie qui invoque l'alinéa 20(1)c) pour s'opposer à la divulgation d'information doit présenter des preuves du préjudice dont il serait raisonnable de s'attendre de la divulgation. La Cour fédérale d'appel dans *Saint John Shipbuilding Ltd. c. Canada (Ministre des Approvisionnements et Services)*, (1990), 67 D.L.R. (4th) 315, a fixé le seuil à un « préjudice probable » et a soutenu également que le fardeau de la preuve, suivant la prépondérance des probabilités, revient au requérant. Autrement dit, le requérant ne peut pas s'acquitter de son fardeau de la preuve en affirmant simplement par affidavit que la divulgation pourrait occasionner le préjudice nécessaire aux fins de l'exemption prévue à l'alinéa 20(1)c). Il faut présenter d'autres preuves pour établir le préjudice probable : voir *SNC-Lavalin Inc. c. Canada (Ministre des Travaux publics)* (1994), 79 F.T.R. 113 (1^{re} instance); et *Société Radio-Canada c. Commission de la capitale nationale*, [1998] F.C.J. No. 676 (QL) (1^{re} instance).¹³

50. En ce qui a trait aux arguments présentés par Énergie NB et aux autres arguments obtenus de l'EACL elle-même, et aux documents à l'égard desquels l'exemption est revendiquée, je détermine que rien ne distingue cette affaire des nombreuses autres où les demandes d'exemption ont été rejetées, lesquelles se fondaient sur des pertes hypothétiques possibles par les entreprises qui font affaire avec le gouvernement. Donc, je suis respectueusement d'avis que la demande d'exemption fondée sur l'alinéa 6c) n'est pas fondée.

Recommandation

¹³ *CIBC c. Canada*, précité, par. 110. Voir également *Janssen-Ortho Inc. c. Canada (Ministre de la Santé)* [2005] CF 1633 suivant *Air Atonabee c. Ministre des Transports* (1989) 27 C.P.R. (3d) 180 (CF, 1^{re} instance), juge Mackay; voir également *Ontario First Nations Limited Partnership c. Information and Privacy Commissioner*, dossier 571/04, le 16 février 2006, Cour supérieure de l'Ont., Cour divisionnaire, juge Swinton, et la décision du Bureau du Commissaire à l'information et à la protection de la vie privée exigeant la divulgation des contrats dans le projet de construction du Sky-Dome : *Stadium Corporation of Ontario Limited Case* ordonnance P-263, le 24 janvier 1992, Tom Wright, commissaire (CIPV).

51. **En conclusion, je recommande que les exemptions invoquées relativement à l'alinéa 6f) soient confirmées. Feront, cependant exception : i) les notes de synthèse de diverses dates préparées par Rod Eagles concernant les négociations contractuelles, ii) le document de la stratégie de négociation même et iii) les deux versions de la présentation en Powerpoint intitulée « Retubing and Refurbishing Agreements Presentation », y compris la liste des conditions, qui seront divulgués à la requérante. Je recommande également que l'exemption fondée sur les alinéas 6a), c) et d) de la *Loi* soit rejetée et que la correspondance datée du 9 septembre 2004 de Robert Van Adel, et la copie finale de l'accord de portée générale même soient donc divulgués à la requérante.**

Fait à Fredericton (Nouveau-Brunswick), le 12 juillet 2006.

Bernard Richard, ombudsman