



Rapport des conclusions : 22/23-AP-074
Ministère des Transports et de l'Infrastructure

Le 29 septembre 2023

Citation : Nouveau-Brunswick (Transports et de l'Infrastructure) (Re), 2023 NBOMBUD 6

Résumé : Le ministère des Transports et de l'Infrastructure s'est vu demander une copie d'un contrat de location conclu avec une société tierce en 2022, pour un emplacement temporaire qui accueillerait les Archives et la Bibliothèque de recherche du Musée du Nouveau-Brunswick. Le Ministère a rejeté cette demande dans son intégralité, invoquant l'alinéa 22(1)b) (communication préjudiciable aux intérêts commerciaux ou financiers d'un tiers). Lorsque l'affaire a été portée à l'enquête formelle, la seule question en suspens concernait le droit d'accès de l'auteur de la demande au nom du propriétaire, qui avait été protégé en vertu du paragraphe 21(1) (atteinte injustifiée à la vie privée d'un tiers) et le montant des frais de fonctionnement au pied carré, protégé en vertu de l'alinéa 22(1)b) (communication préjudiciable aux intérêts commerciaux ou financiers d'un tiers) de la *Loi sur le droit à l'information et la protection de la vie privée*.

L'ombud a conclu que le Ministère ne s'était pas acquitté du fardeau de la preuve qui lui revenait et a recommandé qu'il communique le nom du propriétaire, s'il ne l'avait pas déjà fait, ainsi que les frais de fonctionnement au pied carré.

Lois examinées : [Loi sur le droit à l'information et la protection de la vie privée](#), LN-B 2009, ch. R-10.6, paragraphe 21(1) et alinéa 22(1)b).

Jurisprudence examinée : [Commission de Harbour Station \(Re\)](#), 2020 NBOMB 2 (CanLII), *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 (NB BR), [Ordonnance F16-27, visant BC Pavilion Corporation](#), 2016 BCIPC 29 (CanLII), [Ordonnance MO-2852, visant Hamilton Entertainment and Convention Facilities Inc](#), 2013 CanLII 11999 (CIPP de l'Ontario).

INTRODUCTION

[1] Le ministère des Transports et de l'Infrastructure (ci-après désigné comme « le Ministère ») s'est vu demander, aux termes de la *Loi sur le droit à l'information et la protection de la vie privée* (ci-après, « la Loi »), une copie d'un contrat de location conclu avec une société tierce en 2022, pour un emplacement temporaire qui accueillerait les Archives et la Bibliothèque de recherche du Musée du Nouveau-Brunswick.

[2] Pendant le traitement de la demande, le Ministère a communiqué verbalement avec le tiers (« le propriétaire ») pour l'informer de la demande et lui demander son avis quant à la communication éventuelle du contrat de location (« l'offre de bail »). Le Ministère a déclaré que le propriétaire s'opposait à la communication de l'offre de bail au motif que son activité était concurrentielle et que la confidentialité était vitale, notant qu'il n'avait pas communiqué au gouvernement provincial les détails du bail du locataire précédent.

[3] Après avoir pris connaissance des observations du propriétaire, le Ministère a refusé l'accès au document dans son intégralité. Dans sa réponse à l'auteur de la demande, il a expliqué que la communication de l'offre de bail porterait atteinte aux intérêts commerciaux ou financiers d'un tiers et que l'accès au document lui était par conséquent refusé en vertu de l'alinéa 22(1)b) (communication préjudiciable aux intérêts commerciaux ou financiers d'un tiers).

[4] Insatisfait de la réponse du Ministère, l'auteur de la demande a déposé une plainte auprès du Bureau de l'ombud (le Bureau).

[5] Dans cette plainte, il soutenait que le contrat de location devait relever du domaine public, invoquant une décision antérieure du Bureau ([Commission de Harbour Station \(Re\)](#), 2020 NBOMB 2 (CanLII)) et une décision connexe de la Cour du Banc du Roi (*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 (NB BR)).

[6] Avant la publication du présent rapport, le Ministère a accepté de communiquer une bonne partie de l'offre de bail à l'auteur de la demande. Il a cependant continué de protéger le nom du propriétaire en vertu du paragraphe 21(1) (atteinte injustifiée à la vie privée d'un tiers) et la partie des frais de fonctionnement du taux de location, invoquant l'alinéa 22(1)b). C'est ce qui m'a conduit à mener une enquête formelle en vertu du paragraphe 68(3) de la *Loi*.

QUESTIONS

[7] Comme le Ministère a par la suite convenu que le nom du propriétaire n'aurait pas dû être protégé en vertu du paragraphe 21(1), étant donné que sa communication dans ce contexte ne constituerait pas une atteinte injustifiée à la vie privée, je n'ai pas à pousser plus loin la réflexion à cet égard. Je recommanderai au Ministère de communiquer cette information à l'auteur de la demande, si ce n'est déjà fait.

[8] La seule question en suspens consiste à déterminer s'il y avait bien lieu, pour le Ministère, de refuser l'accès au montant exact des frais de fonctionnement au pied carré – un élément du tarif de location global –, en vertu de l'alinéa 22(1)b) de la *Loi*.

[9] Selon le paragraphe 84(1) de la *Loi*, c'est au Ministère qu'il incombe d'établir que l'auteur de la demande n'a aucun droit d'accès à l'information demandée.

OBSERVATIONS DU MINISTÈRE

[10] Le Ministère affirme que les frais de fonctionnement compris dans le tarif de location constituent de l'information commerciale ou financière, car il s'agit du « montant au prorata des coûts de fonctionnement totaux du tiers (y compris tous les coûts de fonctionnement et impôts fonciers, à l'exception du nettoyage et de la conciergerie de l'entrepôt) » (traduction).

[11] Le Ministère a fait valoir que le montant exact des frais de fonctionnement au pied carré devait être considéré comme une information confidentielle sur la base du libellé du bail, « ainsi que des déclarations faites par le tiers et acceptées par le gouvernement provincial lors de la conclusion du bail » (traduction).

[12] Il a déclaré que ce montant avait été fourni par le tiers au gouvernement et que, de l'avis de ce dernier, le tiers voulait qu'il demeure confidentiel et l'avait toujours traité comme tel.

[13] Notre bureau a donc communiqué avec le tiers pour solliciter ses observations avant de prendre une décision finale, mais n'en a reçu aucune dans le délai imparti.

OBSERVATIONS DE L'AUTEUR DE LA DEMANDE

[14] L'auteur de la demande est d'avis que la partie de l'offre de bail relative aux frais de fonctionnement ne devrait pas être protégée, que la décision du Ministère de refuser l'accès n'est pas étayée par la *Loi*, et qu'elle va à l'encontre des décisions antérieures du Bureau.

[15] A l'appui de sa plainte, il a présenté une décision antérieure du Bureau ([*Commission de Harbour Station \(Re\)*](#), 2020 NBOMB 2 (CanLII)) et la décision de la Cour du Banc du Roi (*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 (NB BR)).

[16] L'auteur de la demande a ensuite soumis une autre décision judiciaire ([Balmain c. Nouveau-Brunswick \(Tourisme, Patrimoine et Culture\)](#), 2018 NBBR 129 (CanLII)) pour étayer la position selon laquelle l'offre de bail devrait être communiquée.

ANALYSE ET DÉCISION

Article 22 : Communication préjudiciable aux intérêts commerciaux ou financiers d'un tiers

Dispositions législatives pertinentes

[17] L'alinéa 22(1)*b*) se lit comme suit :

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

[...]

b) des renseignements d'ordre commercial, financier, professionnel, scientifique ou technique, lesquels ont été fournis à l'organisme public par un tiers, explicitement ou implicitement, à titre confidentiel et sont traités à ce titre de façon constante par le tiers; [...]

[18] Il s'agit là d'une exception obligatoire à la communication, ce qui signifie qu'un organisme public n'est pas autorisé à communiquer de l'information qui entre dans son champ d'application, à moins que les conditions qui permettent ou rendent obligatoire la communication en vertu des paragraphes 22(3) à (5) soient satisfaites.

[19] Pour conclure que l'information entre dans le champ d'application de cette exception, l'organisme public doit démontrer que les trois critères suivants ont été respectés :

- les renseignements en question sont d'ordre commercial, financier, professionnel, scientifique ou technique;
- les renseignements ont été fournis à l'organisme public par un tiers;
- les renseignements fournis par le tiers l'ont été, explicitement ou implicitement, à titre confidentiel et ont été traités à ce titre de façon constante par le tiers.

[20] Si l'un ou l'autre de ces critères n'est pas respecté, l'exception ne s'applique pas.

Jurisprudence pertinente

[21] Dans l'affaire *Commission de Harbour Station (Re)*, mon prédécesseur a recommandé la communication complète des ententes de permis conclues entre la Commission de Harbour Station et le club de hockey junior majeur local. Dans cette affaire, l'organisme public refusait l'accès aux ententes en vertu des alinéas 22(1)b) et c). Mon prédécesseur a conclu que l'organisme public ne s'était pas acquitté du fardeau de la preuve qui lui revenait et a recommandé que la Commission communique les ententes dans leur intégralité. Cette affaire est directement liée au cas d'espèce et sera examinée plus en détail dans mon analyse, ci-après.

[22] Dans l'affaire que nous venons de mentionner, l'organisme public a accepté la recommandation de communication, par suite de quoi le tiers a cherché à contester la communication en demandant un renvoi à la cour en vertu de la *Loi*, et en introduisant une requête en révision à l'encontre de l'organisme public et de ce bureau. Le tribunal a estimé que le tiers n'avait pas qualité pour introduire un recours en vertu de la *Loi* et a donc rejeté les requêtes. Comme cette décision se fondait sur des questions de procédure plutôt que sur la question des droits d'accès, je ne m'y attarderai pas davantage.

[23] L'auteur de la demande a fait valoir l'applicabilité de la décision *Balmain c. Nouveau-Brunswick (Tourisme, Patrimoine et Culture)* à la présente affaire. Dans l'affaire *Balmain*, le tribunal a estimé que le Ministère ne pouvait refuser l'accès à l'entente d'exploitation conclue entre le gouvernement provincial et une société tierce pour la gestion du terrain de golf de Mactaquac. Dans cette affaire, le Ministère s'était appuyé sur l'alinéa 30(1)c) (intérêts économiques et autres d'organismes publics), avançant que la communication aurait un effet négatif sur la capacité de la Province à négocier de futurs accords de ce type pour le terrain de golf. Le tribunal a estimé que le Ministère ne s'était pas acquitté du fardeau de la preuve, et a ordonné la communication de l'accord dans son intégralité. Comme cette affaire repose sur une exception différente, je ne pense pas qu'elle soit pertinente pour le cas qui nous intéresse.

Les renseignements sont-ils d'ordre commercial, financier, professionnel, scientifique ou technique?

[24] Selon le Ministère, le montant des frais de fonctionnement au pied carré constituerait une information commerciale ou financière.

[25] Bien que la *Loi* ne définisse pas les termes « commercial » ou « financier », l'Office en a adopté les définitions suivantes :

Renseignements d'ordre commercial s'entend des renseignements qui ont uniquement trait à la vente, à l'achat ou à l'échange de marchandises ou de services.

Ce terme peut s'appliquer à la fois aux entreprises à but lucratif et aux organismes à but non lucratif, ainsi qu'aux grandes et petites entreprises. Le fait qu'un document puisse avoir une valeur monétaire réelle ou potentielle ne signifie pas nécessairement qu'il contient en soi des renseignements d'ordre commercial.

Renseignements d'ordre financier désigne ce qui se rapporte à l'argent, à son usage ou à sa distribution et doit contenir des données précises ou y faire référence. Ce type de renseignements comprend notamment les méthodes de détermination du coût de revient, les pratiques d'établissement des prix, les données sur les profits et pertes, les coûts indirects et les coûts de fonctionnement.¹

[26] Le montant exact des frais de fonctionnement au pied carré constitue un élément du tarif locatif global facturé par le propriétaire au gouvernement pour les locaux. Je suis donc d'avis que ce montant constitue un renseignement commercial, qui répond de ce fait au premier critère.

L'information a-t-elle été fournie à l'organisme public par un tiers?

[27] Pour que le deuxième critère du test puisse s'appliquer, il faut que les renseignements en question aient été fournis au Ministère par un tiers. Les renseignements peuvent être considérés comme « fournis » s'ils ont été fournis directement à l'organisme public par un tiers, ou si leur communication révélait des renseignements fournis par un tiers ou permettait des inférences justes sur ces derniers.²

[28] Le contenu d'un contrat conclu entre un organisme public et un tiers ne peut généralement pas être considéré comme constitué de renseignements ayant été fournis par un tiers. Les modalités des ententes contractuelles seront plutôt considérées comme ayant été générées de façon mutuelle par les parties.

[29] Cette approche est conforme à celle adoptée par d'autres organismes de surveillance de l'accès canadiens relativement à l'interprétation de leurs exceptions respectives semblables à la communication de renseignements d'ordre commercial d'un tiers.³ D'autres administrations, y compris la Colombie-Britannique et la Saskatchewan, ont cerné deux exceptions au principe selon lequel les renseignements figurant dans un contrat sont générés de façon mutuelle, plutôt que fournis. Si l'une ou l'autre des deux situations suivantes s'applique, les renseignements en question pourraient être considérés comme ayant été fournis par le tiers :

¹[Commission de Harbour Station \(Re\)](#), 2020 NBOMB 2 (CanLII) au paragr. 28.

² *Ibid.*, au paragr. 32.

³ Voir, par exemple : [Ordonnance F16-27 visant BC Pavilion Corporation](#), 2016 BCIPC 29 (CanLII), au paragr. 33 et *ibid.*, au paragr. 38.

Communication présumée – lorsque la communication des renseignements contenus dans un contrat permettrait de faire des déductions exactes sur des renseignements confidentiels sous-jacents non négociés fournis à l'organisme public par le tiers.

Immutabilité – lorsque des renseignements qui sont immutables, qui ne peuvent pas être modifiés ou qui ne sont pas susceptibles d'être modifiés sont fournis par le tiers et sont intégrés au contrat sans modification, par exemple la philosophie d'exploitation d'une entreprise ou un échantillon de ses produits.⁴

[30] Dans la présente affaire, l'offre de bail fixe les conditions entre les parties pour la location des locaux appartenant au propriétaire; toutefois, le Ministère a fait valoir que le montant exact des frais de fonctionnement (pris en compte dans le tarif de location) représente les coûts assumés par le propriétaire pour les éléments énumérés, et que ce montant a été fourni par le propriétaire lui-même. Le Ministère a déclaré que le montant n'avait pas été négocié et qu'il le considérait donc comme ayant été fourni par le tiers.

[31] Bien que le Ministère ait accepté sans négociation les frais de fonctionnement tel qu'ils avaient été présentés par le propriétaire, j'estime qu'il n'y a rien d'inhérent à ce montant qui ne le rende pas susceptible d'être négocié; si le Ministère avait estimé que l'offre du propriétaire concernant les frais de fonctionnement des locaux était déraisonnable ou supérieure à ce qu'il était prêt à payer, je ne vois pas ce qui aurait empêché les parties d'avoir des discussions pour en arriver à un montant mutuellement acceptable.

[32] Bien que le propriétaire ait fourni un montant proposé pour la partie du tarif de location global correspondant aux frais de fonctionnement, le fait que le Ministère n'ait pas négocié le montant dans ce cas n'est pas suffisant pour conclure qu'il a été fourni par le tiers aux fins de l'alinéa 22(1)b). Si le Ministère avait plutôt négocié avec le propriétaire pour parvenir à un montant différent, le montant ne serait pas considéré comme ayant été fourni par le propriétaire et ne pourrait donc être protégé par cette exception. Le fait que le Ministère ait jugé acceptable l'offre du propriétaire quant à ce montant ne devrait pas entraîner un résultat différent en termes de droits d'accès.

[33] J'estime que si le propriétaire a bien fourni le montant des frais de fonctionnement au Ministère, le fait que ce montant ait par la suite été accepté et intégré sans négociation à l'offre de bail signifie qu'il a été généré mutuellement par les parties.

⁴ [Ordonnance MO-2852, visant Hamilton Entertainment and Convention Facilities Inc.](#), 2013 CanLII 11999 (CIPP de l'Ontario), au paragr. 31.

[34] Étant donné que le deuxième critère du test n'a pas été rempli, j'estime que le montant des frais de fonctionnement ne saurait être protégé en vertu de l'alinéa 22(1)b).

Les renseignements ont-ils été fournis à titre confidentiel et traités à ce titre de façon constante par le tiers?

[35] Le Ministère a justifié sa position à cet égard en faisant valoir que le libellé du bail et les déclarations du propriétaire au moment de la conclusion de l'offre de bail permettaient de conclure que les renseignements avaient été fournis par le propriétaire sur la base d'un accord de confidentialité.

[36] Si rien n'exclut qu'il y ait eu une discussion verbale entre les parties lors de la négociation de l'offre de bail, le Ministère n'a pas présenté de preuves à l'appui des attentes en matière de confidentialité. Il n'est pas non plus question, dans la description faite par le Ministère de l'appel téléphonique avec le propriétaire au cours du traitement initial de la demande, d'un accord préalable ou d'attentes de confidentialité précédemment exprimées; au contraire, l'information fournie par le Ministère indique que le propriétaire s'est opposé à la communication de l'offre de bail au motif que ses relations d'affaires étaient – par principe – confidentielles.

[37] En outre, bien que le Ministère ait fait valoir que le libellé de l'offre de bail justifiait sa position selon laquelle le montant des frais de fonctionnement devait être considéré comme confidentiel, il n'a pas cité à cet effet de dispositions précises de l'offre. Après avoir examiné l'offre de bail, je constate qu'elle ne contient pas de clause de confidentialité, ni même de référence à la confidentialité. Je note également que même si elle contenait une telle formulation, cela ne serait pas nécessairement une indication des droits d'accès, car les organismes publics ne peuvent pas se soustraire à leurs obligations de transparence en vertu de la *Loi*.

[38] Même si j'avais constaté que les frais de fonctionnement avaient bien été fournis par le propriétaire, satisfaisait de ce fait à la deuxième partie du test, je conclurais donc que le Ministère n'a pas présenté de preuves suffisantes pour démontrer que le tiers l'a fait sur la base d'un accord de confidentialité.

[39] Pour ces raisons, j'estime que le troisième élément du critère n'est pas non plus satisfait.

[40] Ce cas illustre les défis actuels en matière de transparence dans les contrats du secteur public. Au fil des ans, notre bureau a enquêté sur plusieurs plaintes concernant des organismes publics qui refusaient l'accès à des contrats conclus avec des tiers. Dans bien des cas, la décision de l'organisme public était largement fondée sur les objections des tiers à la communication, ce qui n'est pas nécessairement suffisant pour satisfaire aux exigences de l'exception prévue à l'article 22.

[41] Il peut être tentant, pour les entreprises du secteur privé, de passer des contrats avec le secteur public, du fait de la source de revenus stable que représentent ces contrats. Or, ces entreprises sont souvent habituées à un certain degré d'autonomie dans leur fonctionnement, pour ce qui est, par exemple, de décider des renseignements qu'elles diffusent dans le domaine public. Dans le secteur public, en revanche, la transparence et la communication publique sont d'usage, à moins qu'il n'y ait une raison légale de protéger l'information.

RECOMMANDATION

[42] Sur la base des conclusions ci-dessus, je recommande, en vertu de la division 73(1)a)(i)(A) de la *Loi*, que le Ministère communique à l'auteur de la demande l'offre de bail dans son intégralité, y compris le nom du propriétaire, s'il ne l'a pas déjà fait, et le montant exact des frais de fonctionnement au pied carré.

[43] Comme le prescrit l'article 74 de la *Loi*, le Ministère doit, dans les 20 jours ouvrables suivant la réception du présent rapport des conclusions, aviser par écrit l'auteur de la demande et le Bureau de sa décision en ce qui concerne ces recommandations.

Le présent rapport a été fait à Fredericton (Nouveau-Brunswick), ce 29^e jour de septembre 2023.

Marie-France Pelletier
Ombud du Nouveau-Brunswick