



Rapport des conclusions : 23/24-AP-120
Réseau de santé Vitalité
Le 13 septembre 2024

Référence : Réseau de santé Vitalité (Re), 2024 NBOMBUD 7

Sommaire : L'auteur de la demande a présenté au Réseau de santé Vitalité une demande de communication afin d'obtenir des copies des contrats conclus avec des entreprises privées aux fins de la dotation en personnel infirmier et autres travailleurs de la santé itinérants depuis 2022. Vitalité a rejeté cette demande dans son intégralité, invoquant les sous-alinéas 22(1)c)(i) et (iii) (communication préjudiciable aux intérêts commerciaux ou financiers d'un tiers). L'auteur de la demande a déposé une plainte auprès du Bureau de l'ombud, affirmant que Vitalité s'est appuyé de façon indue sur les exceptions invoquées et qu'il serait dans l'intérêt public que ces contrats soient communiqués.

Bien que Vitalité ait communiqué certains renseignements à l'auteur de la demande pendant l'enquête formelle, il a continué de retenir dans leur intégralité les contrats conclus avec l'un des tiers ainsi que certains détails des contrats conclus avec les autres tiers pour les mêmes motifs.

L'ombud a conclu que Vitalité ne s'était pas acquitté du fardeau de la preuve qui lui revenait et a recommandé qu'il communique dans leur intégralité les contrats partiellement communiqués conclus avec trois des entreprises tierces, à l'exception des signatures individuelles qui peuvent être protégées contre la communication en vertu du paragraphe 21(1) (vie privée d'un tiers). L'ombud a refusé de formuler une recommandation concernant les contrats conclus avec le quatrième tiers, puisque l'auteur de la demande avait déjà obtenu des copies par d'autres moyens.

Loi examinée : [Loi sur le droit à l'information et la protection de la vie privée](#), LN-B 2009, ch. R-10.6, paragraphe 21(1), sous-alinéas 22(1)c)(i) et (iii), l'alinéa 22(3)b) et paragraphe 22(4).

Dossiers examinés : Bureau du vérificateur général du Nouveau-Brunswick, [Rapport du vérificateur général de 2024 – Volume 1 – Chapitre 2 : Contrats de soins infirmiers itinérants](#); [Carmont et autre c. PNB et autre](#), 2018 NBBR 53 (CanLII); [Medavie c. PNB \(ministère de la Santé\)](#), 2018 NBBR 121 (CanLII); [Ontario \(Sécurité communautaire et Services correctionnels\) c. Ontario \(Commissaire à l'information et à la protection de la](#)

[vie privée](#)), 2014 CSC 31; [Nouveau-Brunswick \(Justice et Sécurité publique\) \(Re\)](#), 2021 NBOMB 1 (CanLII); [Commission de Harbour Station \(Re\)](#), 2020 NBOMB 2 (CanLII); [Balmain c. Nouveau-Brunswick \(Tourisme, Patrimoine et Culture\)](#), 2018 NBBR 129; [Ville de Baie-des-Hérons \(Re\)](#), 2024 NBOMBUD 4 (CanLII); [William H. Teed c. Commission de services régionaux de Fundy Scotia Recycling Ltd.](#), 2017 NBBR 173 (CanLII).

INTRODUCTION

[1] L'auteur de la demande a présenté au Réseau de santé Vitalité (ci-après, Vitalité), en vertu de la *Loi sur le droit à l'information et la protection de la vie privée* (la *Loi*), une demande de communication afin d'obtenir des copies des contrats conclus avec des entreprises privées aux fins de la dotation en personnel infirmier et autres travailleurs de la santé itinérants depuis 2022, y compris leurs addendas et leurs renouvellements. En formulant cette demande, l'auteur de la demande a précisé certaines entreprises qui, à sa connaissance, avaient conclu des contrats avec Vitalité et a expressément demandé à obtenir ces contrats, ainsi que ceux conclus avec toute autre entreprise dont l'auteur de la demande n'était pas au courant.

[2] Au moment de traiter cette demande, Vitalité n'a pas informé les tiers de la situation et a décidé, de sa propre initiative, de refuser dans son intégralité la demande de communication des contrats demandés. Dans la réponse fournie à l'auteur de la demande, Vitalité a expliqué qu'il ne communiquerait pas les contrats demandés en vertu des sous-alinéas 22(1)c)(i) et (iii) de la *Loi* (communication préjudiciable aux intérêts commerciaux ou financiers d'un tiers).

[3] Insatisfait de la réponse de Vitalité, l'auteur de la demande a déposé une plainte auprès du Bureau de l'ombud du Nouveau-Brunswick (le Bureau).

[4] Les efforts visant à régler cette plainte de façon informelle n'ont pas abouti et j'ai décidé de mener une enquête officielle en vertu du paragraphe 68(3) de la *Loi*.

CONTEXTE

[5] Dans la présente affaire, les documents en cause ont fait l'objet de nombreuses discussions publiques et d'un examen minutieux au cours de l'année écoulée. Il est maintenant de notoriété publique que Vitalité a conclu des contrats avec quatre organismes privés de dotation en personnel de l'extérieur de la province en 2022, afin de s'assurer d'avoir à sa disposition un personnel infirmier suffisant pour pouvoir fournir les services de soins de santé requis conformément à son mandat. Il est bien connu que le système de soins de santé du Nouveau-Brunswick, tout comme celui d'autres provinces et territoires du Canada, fait face à un certain nombre de défis liés à la prestation des services nécessaires au public – une situation qui a été exacerbée par la pandémie de COVID-19.

[6] Comme nous le savons maintenant, Vitalité n'est pas le seul organisme du secteur public à avoir récemment eu recours aux services de professionnels de la santé de l'extérieur de la province. Il convient toutefois de noter que Vitalité a été le plus

grand utilisateur d'ententes de soins infirmiers itinérants à ce jour, ses dépenses à cet effet se chiffrant à plus de 100 000 000 \$ depuis 2022.¹

[7] En mars 2024, le vérificateur général du Nouveau-Brunswick a annoncé un audit indépendant de la gestion par la province des contrats de soins infirmiers itinérants, ce qui comprenait un audit des réseaux de santé Vitalité et Horizon, ainsi que des ministères de la Santé et du Développement social.

[8] Dans le rapport qui en a découlé, publié au début juin 2024, le vérificateur général a donné un aperçu des contrats conclus avec les organismes privés, y compris certains détails d'ordre financier, et a formulé plusieurs recommandations relatives à la gestion des contrats à l'intention des entités auditées, dont Vitalité.

[9] Bon nombre de ces développements sont survenus pendant l'enquête du Bureau sur la présente plainte et ont informé nos discussions avec les dirigeants de Vitalité.

[10] Après le lancement de l'enquête formelle et avant la publication du présent rapport, Vitalité a accepté de revoir sa décision et de communiquer partiellement certains des renseignements demandés à l'auteur de la demande.

[11] Dans sa réponse révisée, Vitalité a partiellement communiqué à l'auteur de la demande les contrats conclus avec trois des quatre entreprises privées. Ce faisant, Vitalité a retenu les signatures figurant dans les contrats en vertu du paragraphe 21(1) (vie privée d'un tiers) et a continué de protéger les montants exacts, en dollars et en pourcentage, de divers détails d'ordre financier se trouvant dans les contrats, invoquant les sous-alinéas 22(1)c)(i) et (iii) de la *Loi*.

[12] En ce qui concerne la quatrième entreprise privée, Vitalité a maintenu sa décision initiale et a refusé de communiquer dans leur intégralité les contrats conclus, invoquant encore une fois les sous-alinéas 22(1)c)(i) et (iii) de la *Loi*.

OBSERVATIONS DE L'AUTEUR DE LA DEMANDE

[13] L'auteur de la demande a fait valoir que la décision de Vitalité de refuser la communication était incompatible avec les décisions antérieures rendues par le Bureau ainsi que les décisions des tribunaux des autres provinces et territoires du Canada selon lesquelles les contrats conclus avec des entreprises privées doivent généralement être publics, sauf dans des circonstances exceptionnelles.

[14] L'auteur de la demande a aussi fait valoir que la disposition de primauté de l'intérêt public dont il est question au paragraphe 22(4) l'emportait sur l'exception

¹ Bureau du vérificateur général du Nouveau-Brunswick, [Rapport du vérificateur général de 2024 – Volume 1 – Chapitre 2 : Contrats de soins infirmiers itinérants](#), p. 4.

relative aux intérêts financiers d'un tiers invoquée par Vitalité, notant qu'il y avait eu d'importants débats publics sur les coûts élevés engagés par le système de soins de santé du Nouveau-Brunswick en raison de l'embauche d'un personnel infirmier itinérant par l'entremise d'entreprises privées. Selon l'auteur de la demande, la communication en toute transparence de ces contrats est absolument nécessaire, compte tenu de l'incidence sur les finances publiques et de l'état du système public de soins de santé.

[15] En déposant cette plainte, l'auteur de la demande a aussi souligné qu'il avait reçu des copies partielles des contrats conclus avec un des tiers et un autre organisme public provincial, ainsi que des copies complètes de contrats semblables d'autres juridictions canadiennes.

OBSERVATIONS DE VITALITÉ

[16] Vitalité est d'avis que les renseignements retenus sont protégés contre la communication en vertu de l'exception relative aux intérêts commerciaux des tiers et que leur communication risquerait vraisemblablement de nuire à la compétitivité des tiers, en plus d'entraîner des pertes ou de procurer des profits financiers injustifiés pour les tiers.

[17] Pour appuyer sa décision, Vitalité a soutenu que les stratégies de prix et les structures tarifaires des tiers sont des secrets industriels essentiels et que la communication de ces détails, y compris les indemnités quotidiennes et le remboursement des frais de déplacement engagés, donnerait un avantage concurrentiel aux concurrents des tiers. Vitalité a fait valoir que, si un concurrent était au courant de ces détails, il pourrait s'en servir pour modifier sa propre structure tarifaire afin de proposer des taux légèrement inférieurs et ainsi nuire à la compétitivité des entreprises détenant actuellement ces contrats – une approche qui pourrait être systématiquement exploitée afin d'affaiblir la compétitivité de ces entreprises sur le marché.

[18] Vitalité a aussi expliqué que les contrats conclus avec ces entreprises pourraient être renouvelés au moins une autre fois, étant donné que Vitalité prévoit de continuer à avoir recours à ces types de services jusqu'en 2026. Pour cette raison, Vitalité a soumis qu'il est nécessaire d'assurer l'égalité des chances pour tous les tiers, sans divulguer leurs renseignements exclusifs sur les prix.

[19] Pour conclure, Vitalité a déclaré que l'inclusion de clauses de confidentialité et de non-divulcation dans les contrats renforce les attentes des parties en matière de confidentialité, que les tiers ont fourni ces détails à Vitalité sur la base d'une entente explicite quant à la nature confidentielle des détails d'ordre financier en question, et que

le non-respect de cette entente porterait gravement atteinte à la viabilité compétitive des tiers.

[20] Vitalité a aussi invoqué deux décisions rendues par la cour en 2018, lesquelles traitent de la question des droits d'accès aux contrats liés au secteur des soins de santé : [Carmont et autre c. PNB et autre](#) et [Medavie c. PNB \(ministère de la Santé\)](#).² Dans ces deux décisions, la cour a statué que certains types de renseignements figurant dans les contrats conclus entre la province et les entreprises tierces (Shannex RLC Limited et Services de santé Medavie Nouveau-Brunswick, respectivement), y compris les renseignements budgétaires, les détails sur la dotation, les coûts unitaires par heure et les formules pour les calculs budgétaires, étaient bel et bien visés par l'exception prévue à l'article 22.

[21] Vitalité a soulevé l'applicabilité potentielle de l'exception prévue au paragraphe 30(1) (intérêts économiques et autres d'organismes publics) dans les observations qu'il a adressées au Bureau. Cependant, il ne s'est pas appuyé sur cette exception dans sa réponse initiale concernant le refus de communiquer dans leur intégralité les renseignements demandés ni dans la décision révisée qu'il a ensuite fournie à l'auteur de la demande, autorisant ainsi une communication partielle. En conséquence, il n'est pas nécessaire que j'aborde l'applicabilité de cette disposition.

[22] Vitalité n'a fourni aucune observation quant à l'applicabilité potentielle de la dérogation à l'exception mentionnée au paragraphe 22(4).

OBSERVATIONS DES TIERS

[23] Dans le cadre de l'enquête formelle, le Bureau a communiqué avec les tiers pour solliciter leurs observations avant de prendre une décision définitive, mais n'a reçu aucune réponse de trois des quatre tiers, ce qui fait en sorte que je n'ai pas le bénéfice de leurs commentaires.

[24] Le seul tiers à avoir fourni une réponse a soulevé de vives inquiétudes concernant le fait que des renseignements sur ses prix soient mis à la disposition de ses concurrents. Il a aussi soulevé des préoccupations concernant la communication de tels renseignements de façon à fournir des détails d'une manière imprécise, ce qui pourrait faire place à de la désinformation.

² [Carmont et autre c. PNB et autre](#), 2018 NBBR 53 (CanLII); [Medavie c. PNB \(ministère de la Santé\)](#), 2018 NBBR 121 (CanLII).

QUESTIONS

[25] Les questions dont je suis saisie sont les suivantes :

- Est-ce que Vitalité s'est correctement appuyé sur les exceptions invoquées pour refuser de communiquer les autres renseignements retenus qui figurent dans les contrats demandés?
- Dans l'affirmative, la disposition de primauté de l'intérêt public dont il est question au paragraphe 22(4) s'applique-t-elle de façon à permettre, malgré tout, la communication des autres renseignements retenus?

[26] Conformément au paragraphe 84(1) de la *Loi*, il incombe à l'organisme public (dans le cas présent, à Vitalité) d'établir que l'auteur de la demande n'a aucun droit d'accès aux renseignements retenus.

ANALYSE ET CONCLUSIONS

Article 21 : Vie privée d'un tiers

[27] Vitalité s'est appuyé sur cette disposition pour refuser de communiquer les signatures des personnes qui ont signé les contrats en question. Bien que Vitalité n'ait formulé aucune observation officielle à l'appui de sa position à cet égard, je comprends les préoccupations concernant la communication des signatures, le but étant de réduire les risques de vol d'identité et de fraude. Comme Vitalité a caviardé les signatures d'une façon qui permet au lecteur de bien voir qui a signé les contrats, j'accepte la non-communication des signatures individuelles dans ce contexte.

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

Dispositions législatives pertinentes

[28] Les exceptions à la communication invoquées se lisent comme suit :

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

[...]

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

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

[...]

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

[29] Il s'agit là d'une exception obligatoire à la communication, ce qui signifie qu'un organisme public n'est pas autorisé à communiquer des renseignements qui entrent dans son champ d'application, sauf si les conditions qui permettent ou rendent obligatoire la communication en vertu des paragraphes 22(3) à (5) sont satisfaites.

[30] Pour conclure que les renseignements entrent dans le champ d'application de cette exception, l'organisme public doit démontrer que les deux critères suivants ont été respectés :

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

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

[32] Le fardeau de la preuve largement reconnu pour les critères de préjudice liés aux renseignements de tiers a été établie par la Cour suprême du Canada dans la décision [Merck Frosst](#), qui traite de l'interprétation d'une disposition similaire de la [Loi sur l'accès à l'information](#) du gouvernement du Canada. Dans une décision rendue en 2014, la Cour a confirmé la norme qui s'applique pour les critères de préjudice. Voici ce qu'elle a statué :

[54] Dans l'arrêt *Merck Frosst*, la Cour a adopté le critère du « risque vraisemblable de préjudice probable », et c'est celui que l'on devrait utiliser chaque fois que le législateur emploie la formule « risquerait vraisemblablement de » dans une loi sur l'accès à l'information. Ainsi que la Cour l'a souligné dans *Merck Frosst*, la loi vise à trouver un juste milieu entre ce qui est probable et ce qui est simplement possible. Une institution doit démontrer qu'il existe « davantage » ou « beaucoup plus » qu'une simple possibilité de préjudice pour atteindre ce juste milieu (par. 197 et 199). Cette analyse est évidemment contextuelle et la quantité et la qualité des éléments de preuve à produire pour satisfaire à cette norme dépendent en dernier ressort de la nature de la question en cause, ainsi que de la « probabilité ou de

l'improbabilité intrinsèque des faits allégués [et] de la gravité des allégations ou de leurs conséquences ». ³

[33] Dans les observations fournies à l'appui de l'argument selon lequel la communication entraîne un risque vraisemblable de préjudice probable, les objections à la communication devraient présenter une preuve détaillée et convaincante pour démontrer en quoi la communication des renseignements en question risquerait vraisemblablement de causer l'un des types de préjudices prétendus. De vagues affirmations selon lesquelles la connaissance de certains détails pourrait porter préjudice aux intérêts d'un tiers ne suffiront pas; il faut fournir des détails précis quant à la nature et au contexte du risque. En outre, de simples affirmations selon lesquelles il pourrait y avoir d'éventuelles répercussions négatives dans le futur ou sur la réputation ne suffiront pas pour satisfaire au fardeau de la preuve. ⁴

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

[34] Vitalité a soutenu que, à l'exception des signatures, les renseignements retenus étaient d'ordre commercial et/ou financier.

[35] Bien que la *Loi* ne définisse pas les termes « commercial » ou « financier », le Bureau 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. Le terme « renseignements d'ordre commercial » peut s'appliquer tant aux organismes à but lucratif qu'aux organismes sans but lucratif et vise tant les grandes entreprises que les petites entreprises. 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. ⁵

³ [Ontario \(Sécurité communautaire et Services correctionnels\) c. Ontario \(Commissaire à l'information et à la protection de la vie privée\)](#), 2014 CSC 31, citant l'arrêt [Merck Frosst Canada Ltée c. Canada \(Santé\)](#), 2012 CSC 3, au paragraphe 94.

⁴ [Nouveau-Brunswick \(Justice et Sécurité publique\) \(Re\)](#), 2021 NBOMB 1 (CanLII), au paragraphe 27.

⁵ [Commission de Harbour Station \(Re\)](#), 2020 NBOMB 2 (CanLII), au paragraphe 28.

[36] Les autres renseignements en cause comprennent la version intégrale des contrats conclus avec l'une des quatre entreprises tierces, ainsi que les détails ci-dessous qui figurent dans les contrats partiellement communiqués conclus avec les trois autres tiers :

- les taux horaires par poste, ainsi que les taux horaires de formation;
- le remboursement des frais de déplacement engagés (indemnité de kilométrage et indemnité de repas quotidienne);
- les frais de retard de paiement (montant en pourcentage);
- les frais d'assurance et d'indemnisation, ainsi que le régime à responsabilité limitée (montants en dollars);
- les formules de conversion pour l'embauche des employés assignés par l'entreprise et les frais associés au non-respect de la période de non-embauche (montant en pourcentage);
- le versement de primes dans certaines circonstances (montant en pourcentage);
- le montant des indemnités de vacances (montant en en pourcentage).

[37] Je note que Vitalité a caviardé les contrats partiellement communiqués d'une façon qui permet au lecteur de comprendre les divers termes utilisés dans les contrats et que seuls les montants en dollars et en pourcentage, ainsi que les formules de conversion dans un contrat, ont été retenus.

[38] Je suis d'avis que les contrats et les détails précis énumérés ci-dessous sont des renseignements d'ordre commercial et financier, car ils contiennent des dispositions définissant les termes des contrats conclus avec les tiers pour la dotation en professionnels de la santé. En conséquence, cela satisfait au premier des deux critères.

La communication des renseignements caviardés serait-elle préjudiciable aux intérêts commerciaux ou financiers des tiers?

[39] Après avoir examiné les renseignements retenus, les observations faites dans le cadre de la présente enquête ainsi que les autres développements, y compris le fait que certains des renseignements en question ont été mis à la disposition du public, j'estime que Vitalité n'a pas présenté une preuve suffisante à l'appui de son refus de communiquer les autres renseignements retenus.

[40] En ce qui concerne les contrats conclus avec l'un des tiers qui avaient été retenus dans leur intégralité, l'auteur de la demande en a obtenu des copies par

d'autres moyens. Il n'est donc pas nécessaire que je me penche sur la question des droits d'accès de l'auteur de la demande à ces documents.

[41] Par conséquent, mon analyse ne doit porter que sur les éléments retenus des contrats conclus avec trois des tiers, lesquels sont énumérés ci-dessus, au paragraphe 36.

[42] Je constate que certains des détails de ces contrats que Vitalité a continué de retenir ont été mis à la disposition du public en juin 2024, dans le rapport du vérificateur général sur son audit du recours à des contrats de soins infirmiers itinérants dans la province.

[43] Le rapport du vérificateur général fait état de quelques détails concernant les taux horaires des entreprises tierces pour certains postes. Plus précisément, les taux horaires offerts par les entreprises tierces à Vitalité pour les infirmières immatriculées (II), les infirmières auxiliaires autorisées (IAA) et les préposés aux services de soutien à la personne (PSSP) sont définis aux pages 42 à 44 du rapport du vérificateur général.

[44] Même si j'en arrivais à la conclusion que je dispose d'une preuve suffisante pour soutenir une conclusion selon laquelle ces taux horaires sont protégés en vertu de l'alinéa 22(1)c), il est stipulé à l'alinéa 22(3)b) que l'exception à la communication ne s'applique pas si « les renseignements sont mis à la disposition du public ». Comme ces détails ont été mis à la disposition du public en juin 2024 dans un rapport publié par un autre bureau législatif, j'estime qu'ils ne peuvent plus être protégés contre la communication en vertu de la *Loi*. Par conséquent, ils auraient dû être communiqués à l'auteur de la demande dans la réponse révisée de Vitalité.

[45] Étant donné que les autres renseignements retenus, y compris les taux horaires pour d'autres postes, n'ont pas été communiqués dans le rapport du vérificateur général, ils doivent être traités séparément.

[46] En étudiant les types de renseignements que Vitalité a continué de retenir, j'ai examiné attentivement les deux décisions judiciaires invoquées par Vitalité (c.-à-d., les décisions [Carmont](#) et [Medavie](#)), lesquelles abordent toutes deux la question des droits d'accès à certains détails d'ordre commercial ou financier des ententes concernant la prestation de services de soins de santé. La décision *Carmont* traite d'un contrat pour l'exploitation de foyers de soins, tandis que la décision *Medavie* traite d'une entente pour la prestation de services d'ambulance. Dans une affaire comme dans l'autre, il est question d'entreprises privées.

[47] Dans l'affaire concernant les foyers de soins, les renseignements en cause comprenaient les tarifs journaliers, ainsi que le nombre total de jours-lits annuels et le nombre de postes de type « équivalent temps plein » (ETP), et ce, pour chacun des foyers exploités par l'entreprise privée. Dans l'affaire *Medavie*, les détails en cause

comprenaient les unités-heures, le coût par unité-heure, le coût par heure avec personnel, le volume d'appels par région, les formules et les charges budgétaires.

[48] Dans les deux décisions, la cour a statué que les renseignements en cause étaient protégés contre la communication par l'exception prévue à l'article 22, sur la base d'une évaluation des observations et des éléments de preuve dont disposait la cour.

[49] Après avoir examiné attentivement les deux décisions judiciaires, bien que je sois disposée à accepter que les renseignements en cause dans la présente affaire sont semblables aux renseignements en cause dans les décisions *Carmont* et *Medavie*, je tiens à souligner que, dans ces deux affaires, les entreprises ont fourni, dans la preuve par affidavit, des détails à la cour pour expliquer leurs préoccupations concernant les types de renseignements en cause et les raisons pour lesquelles elles estimaient que la communication de ces types de renseignements risquerait vraisemblablement de porter préjudice à leurs intérêts commerciaux et financiers respectifs.

[50] Dans les deux affaires, la décision de la cour a été fondée sur la nature détaillée et la solidité de la preuve et des arguments présentés, ce que la cour a jugé suffisant pour établir un lien de causalité entre la communication de ces détails et les préjudices prétendus aux intérêts respectifs des entreprises.

[51] Pour en revenir à la présente affaire, Vitalité et le tiers qui a répondu à la demande du Bureau visant à obtenir des observations ont tous deux affirmé que les détails se trouvant dans les contrats sont considérés comme confidentiels, exprimant des préoccupations selon lesquelles la communication permettrait aux concurrents d'utiliser ces détails à leur avantage afin de présenter des soumissions plus concurrentielles à l'avenir et ainsi nuire à la compétitivité de l'entreprise.

[52] Je note que les observations présentées au Bureau n'ont pas traité des divers types de renseignements contenus dans les contrats ni de la façon selon laquelle la communication de ces détails précis risquerait vraisemblablement de porter préjudice aux intérêts des tiers.

[53] Si je devais en arriver à la conclusion que des objections aussi générales sont suffisantes pour satisfaire au fardeau de la preuve dans la présente affaire, j'estime que cela ouvrirait la voie à la non-communication de tout contrat conclu avec un organisme public pour les mêmes motifs, ce qui ne concorde pas avec le degré de transparence prévu dans la loi.

[54] En parvenant à cette conclusion, je note que la cour dans l'affaire *Medavie* a souligné le fait que cette décision n'établissait pas nécessairement que les

renseignements semblables se trouvant dans les contrats conclus entre des tiers et des organismes publics seraient toujours protégés contre la communication :

[40] J'estime que la version caviardée communiquée de l'entente de 2017 est conforme à la lettre et à l'esprit de la *Loi sur le droit à l'information et la protection de la vie privée*. En conséquence, les éléments caviardés de l'entente ne doivent pas être communiqués. **En rendant cette décision, je tiens compte du paragraphe 4 de l'affaire *Merck* et du fait que chaque affaire doit être tranchée à la lumière de la situation en cause.**

[Traduction; caractères gras ajoutés]

[55] Bien que je reconnaisse que les renseignements en cause sont semblables à l'entente dont il est question dans la décision *Medavie*, j'estime que ni Vitalité ni les tiers n'ont présenté une preuve à la fois convaincante et suffisante pour me permettre de prendre la même décision. Comme il a été précisé dans la décision mentionnée ci-dessus, chaque affaire doit être tranchée au cas par cas et, s'il n'y a pas assez d'éléments de preuve pour soutenir une conclusion selon laquelle les critères relatifs à l'exception ont été satisfaits, une recommandation en faveur de la communication peut très bien être formulée.

Non-pertinence du renouvellement possible des contrats

[56] Quant aux observations de Vitalité selon lesquelles les contrats conclus avec les tiers pourraient devoir être renouvelés au moins une autre fois, et aussi selon lesquelles l'égalité des chances devrait être préservée afin de maintenir la compétitivité respective des tiers, j'estime que la décision [Balmain c Nouveau-Brunswick \(Tourisme, Patrimoine et Culture\)](#) est instructive.⁶

[57] Bien que cette affaire traite de l'invocation par la province de l'exception prévue à l'alinéa 30(1)c), une exception facultative à la communication qui peut être invoquée pour protéger les intérêts économiques et autres d'organismes publics ou de la province, il s'agit aussi d'un critère de préjudice associé au même fardeau de la preuve que l'exception prévue à l'article 22.⁷

[58] Lorsqu'il a rejeté la position de la province, qui considérait que la communication des droits de permis figurant au contrat pourrait nuire à d'éventuelles négociations pour l'exploitation et l'entretien d'un terrain de golf, ce qui constituait selon elle un motif suffisant pour refuser la communication, le juge Stephenson a constaté ce qui suit :

[14] [...] La Province [...] n'a fourni aucune autre preuve établissant pourquoi ou en quoi il y aurait atteinte à sa compétitivité ou entrave aux négociations futures qu'elle mènerait en vue de conclure un contrat relatif à l'exploitation du terrain de

⁶ [Balmain c Nouveau-Brunswick \(Tourisme, Patrimoine et Culture\)](#), 2018 NBBR 129.

⁷ *Supra*, note n° 3.

golf – elle se contente d’inviter la Cour à en arriver à la conclusion que cette issue irait de soi pour le cas où elle se verrait contrainte de divulguer les aspects financiers de l’arrangement actuellement en vigueur. **Si on le mène jusqu’à sa conclusion logique, cet argument pourrait être invoqué pour éviter de communiquer pratiquement n’importe quel contrat public.**

[Caractères gras ajoutés]

[59] Le juge Stephenson a aussi évalué les répercussions potentielles de la communication du barème des droits de permis en place sur d’éventuelles négociations avec un exploitant différent, et en est venu à la conclusion que les objections du Ministère à cet égard n’étaient pas convaincantes :

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

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

[Caractères gras ajoutés]

[60] J’estime que la substance et le poids des arguments contre la communication qui me sont présentés sont semblables à ceux des arguments que la province a présentés dans l’affaire *Balmain*. À mon avis, l’affirmation selon laquelle la communication de la

structure tarifaire actuelle et des détails connexes pourrait être utilisée contre les tiers qui ont conclu ces contrats dans le cadre des futurs processus d'approvisionnement et de négociations contractuelles ne suffit pas à démontrer que la communication risquerait vraisemblablement de nuire à la compétitivité des tiers ou d'entraîner des pertes ou de procurer des profits financiers injustifiés pour un tiers au sens des alinéas 22(1)c)(i) et (iii) de la *Loi*.

Clauses de confidentialité

[61] En ce qui concerne les clauses de confidentialité pouvant être approuvées par les parties à un contrat, elles ne permettent pas nécessairement de déterminer les droits d'accès en vertu de la *Loi*. Si les modalités d'un contrat sont contraires aux exigences de la *Loi* ou sont incompatibles avec celles-ci, ce sont les exigences de communication prévues par la *Loi* qui l'emportent.

[62] Les organismes publics ne peuvent pas se soustraire à l'obligation légale de faire preuve d'ouverture et de transparence dans le cadre de leurs relations d'affaires simplement en intégrant des clauses de confidentialité dans leurs ententes contractuelles. Bien que les clauses de confidentialité puissent refléter l'intention des parties d'assurer la confidentialité de certains détails, les organismes publics ne peuvent pas se servir de modalités contractuelles pour se soustraire aux obligations de transparence et de responsabilité prévues par la *Loi*.⁸

[63] Ce principe général a été reconnu et accepté par les tribunaux du Nouveau-Brunswick :

[13] De même, lorsqu'une entité publique fait affaire avec un partenaire ou un fournisseur de l'extérieur, les parties à la convention doivent savoir parfaitement qu'une convention écrite est susceptible d'une communication qui satisfera et se conformera à l'objet de la *Loi*.

[14] Il est déclaré entre autres, dans la preuve par affidavit de Fundy, que les parties considéraient le contenu de leur convention comme confidentiel. Qu'elles aient pu considérer ce contenu comme confidentiel ne signifie pas qu'il doive être protégé. Qu'une partie à une convention considère des renseignements comme confidentiels n'est pas un fait pertinent, puisque, s'il suffisait qu'elle l'affirme pour justifier d'empêcher l'accès du public à la convention, l'objet de la *Loi* serait totalement compromis.⁹

[64] Dans la présente affaire, les contrats conclus avec trois des quatre entreprises tierces comprenaient des clauses de confidentialité. L'un des contrats était une offre de

⁸ *Ville de Baie-des-Hérons, (Re)*, 2024 NBOMBUD 4 (CanLII), aux paragraphes 19-20; voir aussi *Commission de Harbour Station (Re)*, 2020 NBOMB 2 (CanLII), aux paragraphes 17-20.

⁹ *William H. Teed c Commission de services régionaux de Fundy Scotia Recycling Ltd.*, 2017 NBBR 173 (CanLII), aux paragraphes 13-14.

service acceptée présentée par Vitalité à l'entreprise tierce et ne comprend aucune référence à la confidentialité, tandis que les contrats conclus avec les deux autres entreprises tierces semblent être un formulaire normalisé élaboré par les entreprises elles-mêmes.

[65] Après avoir examiné les clauses de confidentialité incluses dans ces contrats (c.-à-d., la clause n° 8 dans l'un des contrats, qui porte sur la confidentialité et la *Loi sur la protection des renseignements personnels et les documents électroniques*, et la clause n° 12 dans l'autre contrat, qui porte sur les renseignements confidentiels), j'estime qu'elles ne contiennent aucun libellé explicite ou précis qui stipule que les ententes financières entre les parties ou le contrat en soi sont confidentiels ou devraient l'être. Ceci étant dit, même si tel était le cas, cela ne déterminerait pas, en soi, les droits d'accès pour les raisons expliquées ci-dessus.

[66] Qui plus est, ni Vitalité ni les entreprises tierces n'ont présenté d'observations ou d'éléments de preuve pour démontrer que les préoccupations concernant la confidentialité faisaient partie des négociations contractuelles, comme c'était le cas dans la décision *Medavie*.

[67] Pour ces raisons, j'estime non fondées les observations de Vitalité selon lesquelles l'inclusion de dispositions relatives à la confidentialité et à la non-communication dans les contrats permet de conclure que la communication risquerait vraisemblablement de porter préjudice aux intérêts commerciaux ou financiers des tiers.

[68] Compte tenu du fait que l'auteur de la demande a déjà obtenu des copies des contrats conclus avec le quatrième tiers, il n'est pas nécessaire que j'examine de façon plus approfondie la question des clauses de confidentialité en ce qui a trait à ces documents. Je tiens toutefois à souligner que ces contrats étaient les seuls dans lesquels il était expressément mentionné que certains renseignements pourraient devoir être communiqués en vertu de la *Loi*.

Paragraphe 22(4) : Dérogation limitée en faveur de l'intérêt public

[69] En formulant cette plainte, l'auteur de la demande a soutenu que Vitalité aurait quand même dû communiquer les contrats demandés en raison de la disposition concernant la dérogation en faveur de l'intérêt public prévue par le paragraphe 22(4) de la *Loi* :

22(4) Sous réserve de l'article 34 et des autres exceptions prévues par la présente loi, le responsable d'un organisme public peut communiquer un document contenant les renseignements que vise le paragraphe (1) ou (2), si, à son avis, des raisons d'intérêt public justifient nettement les conséquences éventuelles de la communication pour le tiers, ces raisons concernant :

(a) l'accroissement de la concurrence;

- (b) la réglementation du gouvernement relative aux pratiques commerciales non souhaitables.

[70] Au cours de l'enquête formelle, Vitalité a été invité à fournir des observations sur l'applicabilité potentielle de cette disposition dans la présente affaire, mais a choisi de ne pas le faire.

[71] Puisque j'ai établi que Vitalité n'avait pas satisfait au fardeau de la preuve pour démontrer que les autres détails retenus qui figuraient dans les contrats partiellement communiqués devaient être protégés contre la communication en vertu du sous-alinéa 22(1)c)(i) ou du sous-alinéa 22(1)c)(iii), il n'est pas nécessaire que j'examine l'applicabilité de la dérogation en faveur de l'intérêt public dans la présente affaire.

[72] Je tiens toutefois à saisir cette occasion pour rappeler aux organismes publics l'existence de cette disposition, car elle témoigne de l'intention manifeste des législateurs de limiter la portée de l'exception à la communication prévue à l'article 22.

CONCLUSION

[73] La présente affaire illustre les difficultés actuelles au chapitre de la transparence dans les contrats du secteur public. Au fil des ans, le 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 de refuser l'accès était largement fondée sur les objections des tiers à la communication, ce qui, comme expliqué ci-dessus, peut ne pas être suffisant pour satisfaire aux exigences de l'exception prévue à l'article 22.

[74] Il peut être tentant, pour les entreprises du secteur privé, de passer des contrats avec le secteur public, en raison 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 mettent à la disposition du public. Dans le secteur public, en revanche, la transparence et la communication publique sont d'usage, à moins qu'il y ait une raison légale de protéger les renseignements.

RECOMMANDATION

[75] Compte tenu des conclusions ci-dessus, je recommande, en vertu de la division 73(1)a)(i)(A) de la *Loi*, que Vitalité communique à l'auteur de la demande les documents suivants, à l'exception des signatures individuelles qui peuvent être protégées en vertu du paragraphe 21(1) :

- l'offre de service avec le tiers A (six pages);
- l'entente de dotation générale avec le tiers B (sept pages);
- la modification et la prorogation de l'entente de service avec le tiers B (deux pages);
- l'entente-cadre de dotation avec le tiers C (huit pages);
- l'addenda à l'entente-cadre de dotation avec le tiers C (deux pages).

[76] Comme l'auteur de la demande a obtenu des copies des contrats conclus avec le quatrième tiers par d'autres moyens, il n'est pas nécessaire que je formule une conclusion ou une recommandation en lien avec la communication dans les circonstances.

[77] Comme le prescrit l'article 74 de la *Loi*, Vitalité 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 est publié à Fredericton (Nouveau-Brunswick), ce 13^e jour de septembre 2024.

Marie-France Pelletier
Ombud du Nouveau-Brunswick