

RAPPORT DES CONCLUSIONS DE L'ENQUÊTE DU COMMISSAIRE À L'INTÉGRITÉ

Loi sur le droit à l'information et la protection de la vie privée

Affaire : 2017-4034-AP-2201

Date : Le 16 janvier 2018

INTRODUCTION et CONTEXTE

1. Le 25 mai 2017, le ministère du Tourisme, du Patrimoine et de la Culture (ci-après désigné simplement comme « le Ministère ») s'est vu demander l'information suivante, aux termes de l'art. 7 de la *Loi sur le droit à l'information et la protection de la vie privée*, L.N.-B., chap. R-10.6 (« la Loi ») :

le contrat entre la Province et Kingswood Golf pour l'exploitation/la gestion du parcours de golf Mactaquac. [traduction]

2. La présente affaire s'inscrit dans le contexte de l'exploitation et de la gestion du parcours de golf Mactaquac. Ce dernier, qui appartient à la Province, est situé dans le parc provincial Mactaquac, lui-même géré par le Ministère en vertu de la *Loi sur les parcs*. En février 2017, le Ministère a annoncé qu'un exploitant privé (Golf Co. Inc., aussi connu sous le nom de Kingswood Ventures Inc.) prendrait en charge le fonctionnement et la gestion du golf dans le cadre d'une entente de 10 ans avec la Province. L'exploitation et la gestion du parcours de golf, en déficit ces dernières années, relevaient jusque-là du Ministère.
3. Le 8 juin 2017, le Ministère a informé l'auteur de la demande qu'il solliciterait les observations d'un tiers, puisque le contrat demandé pourrait contenir des renseignements susceptibles d'influer sur les intérêts dudit tiers s'ils étaient communiqués. C'est ainsi que le tiers a été invité à faire connaître son opinion avant que le Ministère prenne une décision définitive relativement à la communication de l'entente; le Ministère a fait savoir à l'auteur de la demande qu'il lui répondrait au plus tard le 24 juillet 2017.
4. Le 7 juillet 2017, le Ministère a de nouveau adressé une lettre à l'auteur de la demande, l'informant qu'il n'avait pas reçu de réponse du tiers et qu'il accorderait l'accès à l'entente demandée dans les 21 jours, de façon à permettre au tiers d'exercer son droit de porter plainte auprès du Commissariat ou de déférer l'affaire aux tribunaux s'il souhaitait contester la communication de l'entente.
5. Le 31 juillet 2017, le Ministère a fourni à l'auteur de la demande une copie de l'entente demandée, l'informant également que des passages avaient été caviardés aux termes de l'alinéa 30(1)c) de la *Loi*, et expliquant que la communication « risquerait vraisemblablement de causer des pertes financières à un organisme public ou à la province, de nuire à sa compétitivité ou d'entraver des négociations qu'il mène en vue de conclure des contrats ou à d'autres fins ».

6. Insatisfait de la réponse du Ministère, l'auteur de la demande a porté plainte auprès du Commissariat le 25 août 2017, comme l'y autorisait l'art. 67 de la *Loi*. Dans sa plainte, il faisait valoir que certaines parties de l'entente semblaient vides et auraient été « volontairement supprimées », en plus des renseignements sur les droits de permis d'exploitation que le Ministère avait retenu aux termes de l'alinéa 30(1)c) de la *Loi*.

NOTRE ENQUÊTE

7. Comme il l'était prévu aux articles 67 et 68 de la *Loi*, la conseillère juridique et l'enquêtrice de notre bureau ont pris des mesures pour enquêter sur la plainte et tenter de la régler informellement. Dans le cadre du processus de règlement informel, les documents retenus ont été examinés par la conseillère juridique et des conclusions préliminaires ont été communiquées au Ministère, lui exposant pourquoi nous considérons qu'il avait eu tort de refuser l'accès à certains des renseignements retenus relativement aux permis, et la nécessité de fournir des explications supplémentaires pour aider l'auteur de la demande à mieux comprendre le contenu de l'entente.
8. Bien que le Ministère se soit montré disposé à fournir des explications supplémentaires à l'auteur de la demande par rapport aux parties de l'entente qui semblaient « vides » et auraient été « volontairement supprimées », plus précisément les clauses 8, 13 h) et 20 h) et l'annexe C, un état des revenus mensuels, il a maintenu sa décision de refuser l'accès aux renseignements sur les droits de permis.
9. Pour ce qui est des explications supplémentaires, les clauses 8, 13 h) et 20 h) de l'entente comportent des indications à l'effet desquelles ces dernières auraient fait l'objet d'une suppression volontaire. Le Ministère n'a ni caviardé ni retenu le contenu de ces clauses, et a expliqué que les parties avaient convenu, lors des négociations, de ne pas inclure le texte de ces clauses dans l'entente définitive. Plutôt que de retirer les numéros de clauses du texte de l'entente, il y a simplement été indiqué que les clauses en question avaient été « volontairement supprimées ». Quant à l'annexe C, un état des revenus mensuels, le Ministère a expliqué qu'il avait volontairement été laissé vierge dans l'entente lorsque cette dernière a été signée.
10. En ce qui concerne les renseignements sur les droits de permis, le Ministère maintient sa décision d'y refuser l'accès sous prétexte que les conditions y afférentes ont été négociées entre les deux parties et que de rendre publiques celles se rapportant aux droits de permis nuirait aux négociations futures – comme le stipule l'alinéa 30(1)c) de la

Loi.

11. Puisque nous n'étions pas parvenus à résoudre la totalité de la plainte pendant le processus de règlement informel, elle m'a été transmise aux fins d'examen de la position du Ministère et de préparation d'un rapport aux termes de l'art. 73 de la *Loi*.
12. Le présent rapport ne traite donc que de la seule question non résolue, à savoir si le Ministère avait droit de refuser l'accès aux conditions de permis figurant à la clause 12 de l'entente. Bien entendu, mon examen et mes recommandations n'ont pas nécessairement à être les mêmes que les conclusions préliminaires de la conseillère juridique de notre bureau qui a le pouvoir délégué pour enquêter et tenter de résoudre les questions au moyen du processus de règlement informel. Lorsqu'il devient évident que les questions ne peuvent être résolues intégralement, celles n'ayant pas été résolues me sont transférées pour que je puisse formuler mes conclusions et recommandations comme le prévoit le paragr. 68(3) de la *Loi*.

Position du Ministère à l'égard des deux catégories de photographies

13. Le Ministère s'est fondé sur l'alinéa 30(1)c) de la *Loi*, libellé comme suit :

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

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

14. Cette exception a pour but de permettre aux organismes publics de communiquer ou, au contraire, de retenir des renseignements lorsque leur communication risque vraisemblablement de lui être préjudiciable de l'une des façons suivantes :
 - a) pertes financières pour un organisme public ou la Province;
 - b) nuisance à la compétitivité d'un organisme public ou de la Province;
 - c) entrave aux négociations menées par un organisme public ou par la Province en vue de conclure des contrats ou à d'autres fins.

15. Pour pouvoir invoquer cette exception, un organisme public doit d'abord démontrer comment la communication de l'information en question risque vraisemblablement d'entraîner l'un des types de préjudices énumérés et, une fois qu'il s'est exécuté, démontrer comment il a exercé son pouvoir discrétionnaire pour décider de refuser l'accès, se fondant sur les facteurs pertinents en jeu au moment de la demande d'accès.
16. Il convient de souligner ici qu'aux termes du paragr. 84(1) de la *Loi*, c'est au Ministère qu'il revient d'établir que l'auteur de la demande n'a pas droit d'accès aux renseignements retenus relativement aux permis.
17. À ce stade, il s'avérerait utile de résumer les principes applicables concernant la norme de preuve imposée au Ministère dans les cas où les exceptions reposent sur le risque vraisemblable d'un type de préjudice quelconque. Comme l'a souligné la Cour suprême dans l'affaire *Ontario (ministère de la Sécurité communautaire et des Services correctionnels) c. Ontario (Commissaire à l'information et à la protection de la vie privée)*¹ au paragr. 52 :

« Le critère du “risque vraisemblable de préjudice probable” ne fait qu'exprimer la nécessité d'établir que la divulgation occasionnera un risque de préjudice selon une norme qui est beaucoup plus exigeante que la simple possibilité ou conjecture, mais qui n'atteint cependant pas celle d'établir, selon la prépondérance des probabilités, que la divulgation occasionnera effectivement un tel préjudice. (soulignement ajouté)
18. La Cour a par ailleurs déclaré que c'est ce critère qui devrait être utilisé lorsque la formule « risquerait vraisemblablement de » est employée dans une loi sur l'accès à l'information (paragr. 54).
19. Dans le cas présent, les mots utilisés dans l'article pertinent de la *Loi* sur lequel s'appuie le Ministère portent sur un « risque vraisemblable » de préjudice. Le Ministère craint plus exactement que la communication des renseignements relatifs aux droits de permis ait des répercussions sur ses négociations contractuelles futures de même nature. Le fardeau de la preuve dont il doit s'acquitter dans la présente affaire est fondé sur la formule exprimée par la Cour suprême du Canada, soit : *est-ce que la communication des droits de permis entraverait ses négociations futures ou occasionnerait, dans le cadre de celles-ci, un préjudice selon une norme beaucoup plus exigeante que la simple possibilité ou conjecture?*

La position du Ministère à l'égard de la communication des renseignements sur les droits de permis

20. Dans le cas présent, le Ministère allègue que la communication des renseignements sur les droits de permis risque vraisemblablement d'entraver ses négociations contractuelles futures pour l'exploitation et la gestion du parcours de golf, ou d'y porter préjudice. Il souligne que c'est là la première fois qu'il se tourne vers le secteur privé pour exploiter un parcours de golf sur les terres d'un parc provincial et estime que la communication des renseignements sur les droits de permis qui figurent dans le contrat compromettrait ses négociations futures, négociations à prévoir puisque l'entente actuelle est pour une période fixe (10 ans).

Nos conclusions en ce qui concerne les renseignements sur les droits de permis

21. Ayant examiné le contrat dans son intégralité, nous notons que la clause 12 établit la structure des droits de permis et la façon dont sont régis les paiements par l'exploitant. La seule partie de cette clause que le Ministère ait protégée était les droits de permis payables par l'exploitant à la Province, qui figurent à la clause 12 a). La clause 12 b), communiquée à l'auteur de la demande, indique que les « droits prescrits doivent être révisés la cinquième année de l'entente » [traduction]. Ils seront ainsi examinés et pourraient être renégociés en milieu d'entente pour les cinq dernières années du contrat, n'étant donc pas nécessairement définitifs.
22. Dans l'optique de ce qui précède, nous comprenons les préoccupations exprimées par le Ministère relativement à ce point et convenons que les répercussions d'une communication des conditions de permis, assujetties à examen et renégociation après cinq ans, peuvent constituer un argument valable. Nous acceptons la position du Ministère, en vertu de laquelle la communication actuelle de ces renseignements risque vraisemblablement d'influer négativement sur les négociations futures de cette nature, particulièrement si l'entente devait être résiliée prématurément et qu'il souhaitait entrer en négociations avec un autre tiers pour l'exploitation et la gestion du parcours de golf. Pour ces raisons, nous estimons que le Ministère était justifié de se fonder sur l'exception à la communication de l'alinéa 30(1)c), et qu'il a tenu compte des facteurs pertinents pour en arriver à sa décision de refuser l'accès à ces renseignements.
23. Cela dit, les mêmes arguments et principes ne peuvent être considérés comme applicables à l'actuelle structure de droits de permis entre l'exploitant et le Ministère. Bien que nous comprenions les préoccupations soulevées par le Ministère dans la

communication de la structure des droits de permis future, assujettie à examen et à d'éventuelles renégociations avant son entrée en vigueur, nous ne sommes pas convaincus que la communication de renseignements sur les droits de permis actuels risque vraisemblablement d'entraîner le type de préjudice envisagé par la loi, soit d'entraver des négociations futures relativement à l'exploitation et à la gestion du parcours de golf ou d'y nuire. La connaissance de l'actuelle structure de droits de permis ne révélera que les dispositions actuellement en vigueur, et le Ministère n'a présenté aucun argument convaincant quant à la façon dont cette information risque vraisemblablement d'entraver de futures négociations en la matière.

24. Le public est également en droit de connaître les dispositions actuelles relativement aux droits de permis, puisqu'il est question de l'exploitation et de la gestion d'une installation appartenant au gouvernement dans un parc provincial. Bien que le Ministère se soit montré transparent et ait communiqué toutes les autres conditions de l'entente, y compris les responsabilités, les obligations et les rôles respectifs de la Province et de l'exploitant, il doit aussi se montrer transparent et responsable envers le public par rapport aux droits de permis actuellement en place dans le cadre de cette entente.
25. Pour toutes ces raisons, nous ne croyons pas que les renseignements se rapportant aux droits de permis actuels relèvent de l'exception prévue à l'alinéa 30(1)c).
26. L'exception ne s'appliquant pas, selon nous, à l'arrangement actuel relativement aux droits de permis, il n'y avait pas lieu pour le Ministère d'exercer son pouvoir discrétionnaire afin de refuser l'accès auxdits renseignements pour les raisons susmentionnées.
27. Nous affirmons respectueusement que les renseignements sur les droits de permis actuels devraient être communiqués.

RECOMMANDATIONS

28. À la lumière des constatations susmentionnées et conformément au sous-alinéa 73(1)a)(i) de la *Loi*, je recommande que le ministère du Tourisme, du Patrimoine et de la Culture communique à l'auteur de la demande les renseignements relatifs aux droits de permis qui figurent à la clause 12 a)(l) de l'entente.

Publié à Fredericton (Nouveau-Brunswick), ce ____ jour de janvier 2018.



L'honorable Alexandre Deschênes, c.r.
Commissaire à l'intégrité