

Office of the Access
to Information and
Privacy Commissioner

New Brunswick



Commissariat à l'accès
à l'information et à la
protection de la vie privée

Nouveau-Brunswick

RAPPORT DES CONCLUSIONS DE L'ENQUÊTE DE LA COMMISSAIRE

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

Affaire : 2015-2858-AP-1546

Date : Le 25 mai 2016

*« Affaire portant sur l'accès au rapport d'inspection archéologique d'un
ministère du gouvernement »*

INTRODUCTION

1. Le présent rapport des conclusions de l'enquête de la commissaire est établi en vertu du paragraphe 73(1) de la *Loi sur le droit à l'information et la protection de la vie privée*, L.N.-B., ch. R-10.6 (la « *Loi* ») et fait suite à une plainte déposée le 27 novembre 2015 par l'auteur de la demande, après avoir reçu une réponse insatisfaisante à une demande d'accès à l'information présentée en août 2015 au ministère du Tourisme, du Patrimoine et de la Culture (« le Ministère »).
2. L'auteur de la demande voulait obtenir une copie d'un rapport d'inspection archéologique visant le secteur de la mine Sisson (« la demande »).
3. Le Ministère a répondu par un refus complet en se fondant sur les dispositions de l'alinéa 26(1)a), alléguant ainsi que le rapport contenait des avis et recommandations au ministre que le Ministère n'avait pas encore décidé d'accepter ou non.
4. Après avoir consulté les tiers concernés, le Ministère a refusé en invoquant aussi les intérêts commerciaux de tiers aux termes des sous-alinéas 22(1)c)(i) et 22(1)c)(iii), en expliquant que la communication du rapport pourrait nuire à leur compétitivité ou leur causer d'importantes pertes financières.
5. Exprimant son désaccord, l'auteur de la demande a fait valoir que le rapport contient une analyse archéologique réalisée avec des fonds publics pour le compte de la population du Nouveau-Brunswick.

CONTEXTE ET RÈGLEMENT INFORMEL DU PRÉSENT CAS

6. Le projet de la mine Sisson découle d'une proposition émanant du secteur privé (le Sisson Partnership) visant à exploiter une mine à ciel ouvert de tungstène et de molybdène et à créer une usine de traitement sur les terres de la Couronne au Nouveau-Brunswick (le « projet »).
7. En raison de l'étendue et de la nature du projet, d'importants travaux préliminaires étaient nécessaires, y compris des évaluations et approbations des autorités provinciales et fédérales ainsi que des études d'impact sur l'environnement.
8. Le projet comportait également d'importants travaux d'excavation et de perturbations du sol autour du site proposé et devait donc se conformer à la *Loi sur la conservation du*

patrimoine, qui régit la préservation et la conservation des objets archéologiques et paléontologiques et des lieux de sépulture. Le Ministère assure l'application de cette loi et dispose de pouvoirs de surveillance et d'exécution à cet effet.

9. Le Sisson Partnership a confié la réalisation des travaux archéologiques sur le site proposé à la firme Stantec Consulting Ltd. (le « consultant »), une société d'experts-conseils en archéologie. Le consultant a obtenu les permis nécessaires auprès du Ministère et il a entrepris les travaux archéologiques pour le compte du Sisson Partnership.
10. Au cours des travaux préparatoires sur le site du projet, les collectivités des Premières Nations de la région avoisinante étaient soucieuses des conséquences sur le patrimoine et sur les ressources archéologiques. Elles ont donc demandé au Ministère d'avoir un inspecteur à temps plein sur le site afin de veiller au respect des obligations prévues par la *Loi sur la conservation du patrimoine*.
11. Dans le cadre de ses pouvoirs d'exécution prévus par l'article 74 de cette loi, le Ministère est autorisé à mener des inspections. Pour réaliser une inspection en son nom, le Ministère a embauché un archéologue du secteur privé (J. Jeandron, « l'inspecteur ») en 2014.
12. L'inspecteur a par la suite présenté un rapport au Ministère (« Provincial Inspector's Report on Archaeological Activity at the Sisson Mine, 2014 »). En mars 2015, après avoir reçu la version définitive du rapport de l'inspecteur, le Ministère a dû prendre une décision sur la manière de procéder. C'est ce rapport qui est visé par la demande de l'auteur de la demande dans la présente affaire.
13. Lorsque le Ministère a reçu la demande de l'auteur, le 25 août 2015, il n'avait pas encore pris sa décision finale concernant le rapport et ses recommandations.
14. Par la suite, en décembre 2015, le gouvernement provincial a approuvé l'évaluation de l'impact sur l'environnement pour le projet, sous réserve de la mise au point par Sisson Partnership d'un protocole de protection des ressources patrimoniales, d'autres évaluations archéologiques et de mesures d'atténuation avant la poursuite du projet. En avril 2016, le gouvernement fédéral a approuvé l'évaluation de l'impact sur l'environnement, sous réserve de recommandations similaires à celles du gouvernement provincial en ce qui concerne les ressources patrimoniales.

RÈGLEMENT INFORMEL DU PRÉSENT DOSSIER

15. Comme dans le cas de toute enquête relative à une plainte, le Bureau de la Commissaire tente d'abord d'en arriver à un règlement informel de la plainte d'une manière satisfaisante pour les deux parties et conformément aux droits et aux obligations prévus dans la *Loi*. En réalité, dans le cadre du processus de règlement informel comme dans celui de l'enquête formelle, le travail de la Commissaire reste le même : évaluer le bien-fondé de la plainte et en arriver à un règlement qui soit conforme à la *Loi*¹.
16. Nous avons tenté de régler la présente affaire en examinant d'abord la façon dont le Ministère a traité la demande et ensuite le rapport qui en fait l'objet. Finalement, le Ministère nous a expliqué ses réticences à autoriser l'accès à ces renseignements. Dans les conclusions préliminaires que nous avons présentées au Ministère, nous avons reconnu qu'au moment de la demande, il était justifié d'invoquer l'exception concernant l'avis, puisque la décision finale concernant le rapport n'avait pas encore été prise. Nous lui avons toutefois signalé que cette exception ne s'appliquait pas aux renseignements factuels et contextuels figurant dans le rapport, et nous avons conclu que le Ministère aurait dû accorder à l'auteur de la demande un accès partiel à ces renseignements.
17. À la lumière de ces considérations, nous avons donc demandé au Ministère de reconsidérer sa décision de refuser l'accès. Le Ministère était disposé à procéder de façon informelle et il a offert à l'auteur de la demande de venir examiner le rapport à ses bureaux. Insatisfait de ce résultat, l'auteur de la demande nous a demandé de poursuivre notre enquête et de présenter des conclusions formelles. Le processus de règlement informel a ainsi pris fin, et, aux termes de l'article 73 de la *Loi*, la plainte fait l'objet du présent rapport des conclusions.
18. Nous répétons qu'au cours de l'enquête de cette plainte, les responsables du Ministère nous ont informés que la décision finale sur le rapport avait été prise. Nous en dirons davantage à ce sujet à la fin du présent rapport.

¹Le pouvoir de la Commissaire en matière d'enquête et de règlement des plaintes est établi par l'article 68 de la *Loi*, et le paragraphe 68(2) énonce comme suit les paramètres du règlement informel d'une plainte « conformément à l'objet de la présente loi ». Ainsi, le règlement informel ne peut s'entendre d'un règlement obtenu par la médiation ou à la suite d'un compromis entre les parties. Pour favoriser le règlement informel d'une plainte relative à une demande d'accès, la Commissaire doit exercer ce pouvoir conformément à la *Loi*, en confirmant le droit d'accès de l'auteur de la demande et en permettant à l'organisme public de remplir ses obligations légales. Une description complète des étapes du processus de règlement informel de la Commissaire est accessible sur notre site Web au <http://info-priv-nb.ca>.

LOI ET ANALYSE

Invocation par le Ministère de l'alinéa 22(1)c) – renseignements commerciaux d'un tiers, pour refuser l'accès au rapport de l'inspecteur

19. L'alinéa 22(1)c) vise à protéger certains types de renseignements qui pourraient vraisemblablement porter préjudice aux intérêts commerciaux d'un tiers. Si les renseignements répondent aux deux critères de cette exception, un organisme public doit refuser l'accès². L'organisme public doit présenter des preuves détaillées et convaincantes que la communication pourrait causer un préjudice, plutôt que de se fonder sur la spéculation ou la conviction qu'un préjudice pourrait survenir.

Des renseignements d'ordre scientifique ou technique

20. Le rapport a été rédigé par un archéologue professionnel, dont les services ont été retenus par le gouvernement à titre d'inspecteur pour vérifier le degré de conformité du consultant avec la *Loi sur la conservation du patrimoine*. L'inspecteur a effectué les tâches suivantes :

- vérifier les travaux déjà exécutés par le consultant;
- vérifier les rapports du consultant;
- procéder à des inspections sur le site.

21. L'inspecteur a formulé ses observations et conclusions sur les travaux archéologiques menés par le consultant sur le site du projet proposé. Vu le contenu du rapport, nous estimons qu'il s'agit de renseignements d'ordre scientifique ou technique et, par conséquent, qu'ils répondent au premier volet du critère.

Préjudice aux intérêts commerciaux de tiers

22. Le Ministère a demandé au consultant et à Sisson Partnership de fournir leurs observations sur l'éventuelle communication du rapport de l'inspecteur. Le Ministère avait raison de ne pas considérer l'inspecteur comme un tiers, puisqu'il agissait au nom

² Il s'agit d'un critère à deux volets : a) que les renseignements soient effectivement de nature commerciale, financière, scientifique ou technique, ou qu'ils soient associés aux relations de travail; b) que la communication des renseignements risquerait vraisemblablement de causer l'un des préjudices prévus aux sous-alinéas 22(1)c)(i) à 22(1)c)(v), soit nuire à la compétitivité, entraver des négociations contractuelles, entraîner des pertes ou procurer des profits pour un tiers, interrompre la communication de renseignements semblables au gouvernement ou révéler des renseignements fournis pour régler un conflit de travail.

- du Ministère dans cette affaire (habituellement, les inspections sont confiées au personnel du Ministère).
23. Les deux tiers (le consultant et Sisson Partnership) se sont opposés à la communication en invoquant l'alinéa 22(1)c).
24. Dans ses observations écrites, le consultant se disait préoccupé par les aspects suivants :
- a) le rapport contenait ses propres renseignements d'ordre scientifique et technique (description et analyse de ses méthodes sur le terrain, rapports, cartes, registres, processus d'excavation);
 - b) le rapport contenait, selon lui, des opinions sans fondement et des inexactitudes sur ses services et sur le rendement de ses professionnels, de sorte que sa communication pourrait entraîner des pertes de contrats et des atteintes à sa réputation à titre de fournisseur de services professionnels de consultation archéologique;
 - c) l'inspecteur est un archéologue professionnel, concurrent direct du consultant;
 - d) il ne s'agissait que d'une version préliminaire du rapport;
 - e) le Ministère tiendrait compte des commentaires du consultant avant de prendre une décision au sujet du rapport;
 - f) si le ministère devait communiquer le rapport, il faudrait également communiquer les commentaires du consultant pour prévenir toute atteinte à sa réputation professionnelle.
25. Sisson Partnership a également fourni ses observations par écrit et a affirmé que le rapport contenait des opinions d'ordre scientifique et technique émanant de l'inspecteur et que leur communication nuirait à la compétitivité et aux affaires du consultant. Sisson Partnership a ajouté que, dans l'éventualité où le Ministère déciderait de communiquer le rapport, il devrait également communiquer les commentaires du consultant en lien avec le rapport.
26. Le Ministère a étudié ces observations et il a décidé de refuser l'accès au rapport, en reconnaissant la possibilité d'une atteinte aux intérêts commerciaux du consultant ou à sa réputation professionnelle (le rapport porte ombrage au consultant de façon injuste).
27. Nous avons examiné les observations des tiers et les motifs du Ministère de refuser la communication en se fondant sur celles-ci.

28. Le rapport ne contient pas de renseignements commerciaux confidentiels du consultant ni de Sisson Partnership. Il contient plutôt une évaluation du niveau de conformité du consultant aux obligations que lui impose la *Loi sur la conservation du patrimoine* pour encadrer ses travaux archéologiques sur le site du projet.
29. Même si le rapport de l'inspecteur contient effectivement certains renseignements commerciaux appartenant à un tiers (l'emplacement des projets de forage et les trous d'exploitation), rien ne laisse supposer que la communication de ces renseignements précis causerait un préjudice aux intérêts commerciaux du consultant ou de Sisson Partnership ou au projet lui-même. Ce critère n'est pas rempli dans la présente affaire.
30. Nous soulignons aussi que, si une entreprise privée n'est pas en accord avec le contenu ou les résultats d'une telle inspection ou s'y oppose et se soucie des effets de conclusions négatives sur ses intérêts commerciaux, cela ne suffit pas pour satisfaire aux critères de l'exception à la communication prévue à l'alinéa 22(1)c).
31. En fait, adopter cette approche aurait pour effet de donner accès à tout rapport d'inspection concluant à la conformité complète, alors que ceux qui soulèvent des problèmes de conformité seraient protégés contre la communication. Une telle approche est incompatible avec les devoirs de surveillance du Ministère en vue d'assurer la conformité avec la *Loi sur la conservation du patrimoine*.
32. Qui plus est, nous avons aussi examiné les motifs pour lesquels le Ministère a embauché l'inspecteur au départ et qui ont abouti à la rédaction du rapport : inspecter le degré de conformité du consultant avec les exigences de la *Loi sur la conservation du patrimoine* et produire un rapport à ce sujet.
33. Par conséquent, nous estimons que, dans la présente affaire, le rapport n'est pas protégé en vertu de l'alinéa 22(1)c) et que le Ministère n'était pas autorisé à invoquer cette exception pour refuser l'accès à l'auteur de la demande.

Invocation par le Ministère de l'alinéa 26(1)a) – avis et opinions, pour refuser l'accès au rapport de l'inspecteur

34. L'article 26 s'agit d'une exception facultative à la communication, ce qui signifie que l'organisme public doit d'abord déterminer si les renseignements constituent ou révèlent des « *des avis, des opinions, des propositions, des recommandations élaborés par ou pour l'organisme public ou un ministre* » et, ensuite, il doit examiner les facteurs

- pertinents en jeu au moment où la demande a été déposée pour, dans un premier temps, envisager la communication (exercice approprié du pouvoir discrétionnaire) et ne la refuser que si les facteurs pertinents le justifient.
35. Les renseignements contenus dans le rapport concernent notamment le mandat de l'inspecteur, la description des travaux, des données historiques, la liste des ouvrages de référence cités et des chiffres (à la fin du rapport). Ce type de renseignements ne constitue pas un avis, une opinion, une proposition ou recommandation et ne révélerait pas non plus les opinions et recommandations de l'inspecteur. Nous estimons que ces renseignements n'entrent pas dans le champ d'application de cette exception et, donc, qu'on ne peut l'invoquer pour refuser l'accès à ces renseignements précis.
36. Quant aux autres parties du rapport qui contiennent les opinions de l'inspecteur (observations et conclusions sur les travaux du consultant) et ses recommandations (huit recommandations dans la conclusion), nous estimons que ces renseignements précis sont visés par cette exception. À ce titre, lorsqu'il a reçu la demande de l'auteur, le Ministère devait donc exercer son pouvoir discrétionnaire lorsqu'il devait déterminer si ces éléments du rapport devaient être communiqués. Nous savons que telle a été la conduite du Ministère dans la présente affaire.
37. En exerçant son pouvoir discrétionnaire au moment où la demande a été reçue, le Ministère a tenu compte du fait qu'il n'avait pas encore pris sa décision quant au rapport et aux recommandations de l'inspecteur ainsi qu'aux préoccupations des tiers sur les éventuelles répercussions de la communication du rapport sur leurs activités commerciales.
38. Nous estimons qu'une décision en suspens sur la façon de réagir au rapport constituait un facteur pertinent que le Ministère devait considérer au moment où il a reçu la demande. Nous ne croyons cependant pas que les préoccupations du Ministère à l'égard du contenu du rapport puissent constituer un facteur pertinent pour déterminer le droit d'accès prévu par la *Loi*. Les préoccupations concernant le contenu d'un rapport préparé par ou pour le Ministère ne sont pas visées par l'exception prévue à l'article 26 pour refuser l'accès.
39. Le public devrait avoir accès au rapport du Ministère (même si un inspecteur externe l'a réalisé à sa place) produit dans le cadre de sa surveillance de la conformité des travaux du consultant à la *Loi sur la conservation du patrimoine*. Dans son rôle réglementaire, le

Ministère a dépensé des fonds publics, et sa façon de vérifier la conformité à une loi publique doit être transparente.

40. La seule réserve est que le rapport ne constituait pas une *vérification finale* de la conformité des travaux du consultant à la *Loi sur la conservation du patrimoine*, puisqu'au moment où la demande a été déposée, la décision n'avait pas encore été prise en ce qui concerne les recommandations contenues dans le rapport.
41. Cette situation donne donc lieu à l'application de l'alinéa 26(1)a) qui permet au Ministère de refuser l'accès à l'avis et aux recommandations de l'inspecteur, étant donné que la décision finale n'avait pas encore été prise en novembre 2015, au moment où l'auteur a présenté sa demande.

CONCLUSIONS ET RECOMMANDATIONS

42. Par conséquent, nous sommes d'avis que, dans la présente affaire, le Ministère :
- n'était pas autorisé à invoquer l'alinéa 22(1)c) pour refuser l'accès au rapport de l'inspecteur;
 - était autorisé à invoquer l'alinéa 26(1)a) pour refuser l'accès aux opinions et recommandations figurant dans le rapport de l'inspecteur au moment où la demande a été présentée; mais
 - n'était pas autorisé à invoquer l'alinéa 26(1)a) pour refuser l'accès au reste du contenu du rapport de l'inspecteur précédemment décrit.
43. À la lumière de tout ce qui précède, nous recommandons, en vertu du sous-alinéa 73(1)a)(i) de la *Loi*, que le Ministère remette à l'auteur de la demande une copie du rapport de l'inspecteur où seront prélevés uniquement ses opinions et recommandations.

COMMENTAIRES FINAUX DE LA COMMISSAIRE

44. Nous formulons des commentaires supplémentaires sur les droits d'accès décrits ci-dessus, en fonction de la date du présent rapport des conclusions et du fait que le Ministère a décidé de ne prendre aucune autre mesure en lien avec les recommandations de l'inspecteur. À notre avis, il s'agit de la décision finale du Ministère sur ce rapport.

45. Par conséquent, si le Ministère devait recevoir une demande d'accès à l'information aujourd'hui, l'alinéa 26(1)*a*) ne s'appliquerait plus à aucun élément du rapport, et celui-ci devrait être communiqué dans son intégralité. Le Ministère a fait preuve de bon jugement en voulant régler cette plainte lors de notre processus de règlement informel en se montrant disposé à laisser l'auteur de la demande examiner le rapport et poser des questions à ses représentants.
46. C'est pourquoi, malgré notre recommandation ci-dessus, nous encourageons le Ministère à envisager d'accorder à l'auteur de la demande l'accès à l'intégralité du rapport en vertu de ses droits d'accès existants aujourd'hui, c'est-à-dire en exerçant encore une fois un bon jugement de fournir à l'auteur de la demande une copie non prélevée du rapport.

Fait à Fredericton (Nouveau-Brunswick), ce 25 mai 2016.

Anne E. Bertrand, c.r.
Commissaire à l'accès à l'information et à la
protection de la vie privée