

Les Cahiers de droit



Le secret professionnel du fonctionnaire au Québec

Patrice Garant

Volume 9, Number 3, September 1968

URI: <https://id.erudit.org/iderudit/1004519ar>

DOI: <https://doi.org/10.7202/1004519ar>

[See table of contents](#)

Publisher(s)

Faculté de droit de l'Université Laval

ISSN

0007-974X (print)

1918-8218 (digital)

[Explore this journal](#)

Cite this article

Garant, P. (1968). Le secret professionnel du fonctionnaire au Québec. *Les Cahiers de droit*, 9(3), 777–792. <https://doi.org/10.7202/1004519ar>

Tous droits réservés © Université Laval, 1968

This document is protected by copyright law. Use of the services of Érudit (including reproduction) is subject to its terms and conditions, which can be viewed online.

<https://apropos.erudit.org/en/users/policy-on-use/>

érudit

This article is disseminated and preserved by Érudit.

Érudit is a non-profit inter-university consortium of the Université de Montréal, Université Laval, and the Université du Québec à Montréal. Its mission is to promote and disseminate research.

<https://www.erudit.org/en/>

Le secret professionnel du fonctionnaire au Québec

PATRICE GARANT,
L. ès Lettres, docteur en Droit,
professeur aux Faculté de Droit
et des Sciences de l'Éducation,
Université Laval.

Le secret professionnel du fonctionnaire au Québec.

Le problème du secret professionnel a fait l'objet depuis quelques années d'un certain nombre de publications d'une grande valeur¹. Sous l'effet des pressions jurisprudentielles et doctrinales, le Législateur a jugé opportun de modifier le Droit existant en 1966 et de clarifier certaines situations qui étaient devenues inacceptables dans un État moderne.

L'un des aspects de ce problème, soit le secret du fonctionnaire de l'État, mérite de retenir notre attention pour diverses raisons. Tout d'abord il s'agit d'une question qui à cause des carences de développement de notre Droit administratif, et sur le plan jurisprudentiel et sur le plan doctrinal, risque d'être faussée dans la conception que l'on se fait de l'État contemporain, de son rôle et de ses missions.

Dans un article paru récemment dans une revue², on retrouve cet énoncé de principe qui mérite d'être cité : « S'il existe une chose sacrée au monde, c'est bien ce qui compose le patrimoine du citoyen : l'ampleur plus ou moins ambitieuse de son activité, les réalisations qu'il en a tirées et le capital qu'elles lui ont permis d'amasser, ce qu'il investit, ce qu'il gagne, ce qu'il perd, ce qu'il épargne et sauve pour se prolonger dans ceux auxquels il a transmis l'existence et qu'il devrait avoir les facilités d'établir, assurent ainsi d'autant la richesse nationale et des contentements vraiment dignes d'être défendus, les armes à la main au besoin, contre un éventuel ennemi. Eh bien ! Loin de respecter un domaine si nettement digne de ménagements, l'État à tous

¹ Notamment celles de notre collègue, le professeur Jean-Louis BEAUDOIN, de la faculté de Droit de l'Université de Montréal: *Secret professionnel et droit au secret dans le droit de la preuve*. Paris, 1955, 250 pp; « Nouveaux aspects du secret professionnel » [1965] *R. de B.*, pp. 562 à 571; « Le secret professionnel du conseiller juridique » (1962-63) 65 *R. du N.*, pp. 483 à 511; « Le secret professionnel du médecin — son contenu — ses limites » (1963) 41 *R. du B. can.* pp. 491 à 518; « Le secret professionnel en droit québécois » (1967) *Travaux du 4e colloque international de Droit comparé*, pp. 7 à 17. Voir aussi: W. C. J. MEREDITH, « Medical Privilege: a good or bad law? » [1959] *R. du B.*, pp. 361 à 366; A. M. WATT, « Le secret professionnel » [1945] *R. du B.*, pp. 189 à 198.

² C. A. BERTRAND, « Secret professionnel et notions connexes » [1968] *R. du B.* pp. 70 à 98. Chose étonnante, cet auteur ne fait nullement allusion à l'excellente doctrine publiée déjà sur la question.

les paliers s'est muni d'une batterie de lois socialisantes, aux termes desquelles, pour dispenser des secours, de pensions, des allocations variées et pour assurer plus aisément la rentrée des impôts qu'il destine à ces fins, il s'ingénie à s'immiscer, sans vergogne, dans les affaires de tous, même les héritiers et légataires de parents défunts, pour supputer, vérifier, contrôler et compter tout ce qui est possédé ou transmis, et cela, à l'aide de déclarations sous serment qu'on exige sous la sanction de peines sévères. »

Il nous semble tout d'abord que ce besoin d'information qu'a l'État n'est pas lié nécessairement avec l'idée de socialisation ou du moins la socialisation bien comprise. Elle est aussi bien le fait du « negative State », de l'État qui exerce des contrôles de police, qui réglemente des activités, qui met sur pied des demi-mesures de sécurité sociale reposant sur une discrimination entre riche et pauvre etc... que le fait de l'État dynamique qui intervient positivement.

Deuxièmement, affirmer que « s'il existe une chose sacrée au monde, c'est bien le patrimoine des citoyens » c'est ravalier la notion de sacré à un niveau qui révolte ceux qui croient encore à certaines valeurs supérieures, ne fût-ce qu'à la primauté du bien commun sur le bien particulier.

Enfin, il nous semble que c'est amener dans le débat une notion de l'État tellement confuse et erronée qu'elle se retourne contre ceux mêmes qui l'invoquent. Cet État-tyran qui veut tout savoir n'est-il pas le même qui assure la plus grande sécurité aux possédants contre les perceurs de coffres-forts, les fraudeurs (faillites frauduleuses), qui protègent la liberté de commerce, qui garantit la stabilité monétaire, qui par l'impôt assure une redistribution plus équitable du revenu empêchant ainsi l'écart entre riche et pauvre de devenir trop explosif ! On voudrait que l'État fasse tout cela sans rien connaître !

L'État moderne pour mettre en œuvre les grandes politiques économiques et sociales voulues par la majorité des citoyens (c'est ça la démocratie) doit dans l'intérêt public être parfaitement informé. Mais cela ne l'autorise pas à divulguer tout renseignement ainsi obtenu. Tous ces renseignements « arrachés au for privé » ne sont pas « incorporés à des dossiers qui sont publics par destination »³. L'intérêt public exige même que ces dossiers ne soient pas publics, qu'ils ne fassent l'objet d'aucune publicité et qu'ils ne soient communiqués à personne hors l'Administration, sauf si un intérêt supérieur tel celui de l'Administration de la Justice l'exige, comme nous le verrons plus loin.

³ C. A. BERTRAND, *loc. cit. supra*, note 2.

En Droit québécois, le secret professionnel signifie d'une part le « devoir de conserver le secret absolu des confidences qu'un professionnel reçoit en raison de sa profession » ; ce devoir est établi par les lois des corporations professionnelles, notamment l'art. 131 de la loi actuelle du Barreau⁴. Un manquement à ce devoir rend passible, sur plainte du client, de sanctions disciplinaires de la part du Conseil de discipline de l'Ordre, et par ailleurs de poursuite civile s'il y a lieu de la part du client lésé. Le secret professionnel est d'autre part le « droit pour certaines personnes de ne pas être contraintes de divulguer devant les tribunaux ce qui leur a été révélé confidentiellement en raison de leur état ou de leur profession »⁵. Ce droit est créé par le Code de procédure civile et il existe aussi comme nous le verrons aussi au bénéfice du « fonctionnaire » de l'État.

Le problème de secret professionnel du fonctionnaire doit être situé dans le cadre du Droit administratif et celui de la Procédure civile (Droit judiciaire) en distinguant bien ces deux aspects. Le secret professionnel du fonctionnaire est, en un premier sens, un devoir, défini non pas par la loi d'une corporation professionnelle mais par la loi même de la Fonction publique; c'est l'obligation « de ne pas révéler ou faire connaître sans y être dûment autorisé quoi que ce soit dont il aura en connaissance dans l'exercice de son emploi ». Cette définition provient de la formule du serment que prêtent le greffier et les fonctionnaires du Conseil exécutif et tout autre sous-chef et fonctionnaire lorsqu'ils en sont requis par le lieutenant-gouverneur en conseil conformément à l'art. 47 de la Loi de la Fonction publique⁶. Cette obligation est édictée par un texte de Droit administratif et comporte comme sanctions celles qui sont prévues par le Statut de la Fonction publique. Dans certains cas ces sanctions du régime disciplinaire de la Fonction publique sont aggravées par des textes spéciaux propres à certaines catégories de fonctionnaires⁷. Si au Québec le texte actuel de la loi ne semble pas strictement obliger tous les fonctionnaires à prêter ce serment, au Fédéral la loi de l'emploi dans

⁴ S. Q., 1967, chap. 77, art. 131.

⁵ Code de procédure civile, art. 308.

⁶ S.Q., 1965, chap. 14.

⁷ Voir par exemple : Fonctionnaires de la C.R.T., Code du travail, art. 127; Bureau de la statistique, S.R.Q. 1964, chap. 207, art. 14-15; Fonctionnaires du ministère du Revenu, S.R.Q. 1964, chap. 69, art. 152; chap. 71, art. 18 et 22; chap. 70, art. 57; chap. 72, art. 16 et 20. Ces textes prévoient tous des pénalités spéciales au cas de contravention. Au Fédéral, voir : Loi de l'impôt sur le revenu, S.R.C. 1952, chap. 148, art. 33; Loi sur la Gendarmerie Royale, S.R.C. 1952, chap. 41, art. 30 (K); Loi sur les secrets officiels, S.R.C. 1952, chap. 198. (applicable aux fonctionnaires fédéraux et provinciaux).

la Fonction publique les astreint tous, sans exception, à un serment identique⁸. Quoi qu'il en soit, il semble que la règle soit d'application générale si l'on se réfère à la pratique administrative et à la doctrine⁹.

Cette dimension nouvelle du secret professionnel, eu égard à son fondement légal et à ses sanctions d'ordre disciplinaire, apparaît nettement dans des déclarations parlementaires récentes au Québec. En mars et avril 1967, le Premier Ministre s'élevait avec véhémence à quatre reprises contre le fait pour des fonctionnaires de dévoiler prématurément au public ou à l'Opposition parlementaire l'énoncé de politiques ou décisions importantes. Il affirmait alors que si ces fonctionnaires « livrent des informations qui sont sujettes au secret professionnel, ils méritent de prendre la porte... » ; « ils ne méritent plus notre confiance »¹⁰.

En un second sens, le secret professionnel signifie ce droit créé par l'art. 308 du Code de procédure civile, en vertu duquel un fonctionnaire de l'Etat peut s'abstenir de faire devant les tribunaux des divulgations que son ministre ou son sous-ministre estime contraires à l'ordre public : le Code de procédure accorde cependant au juge le pouvoir d'apprécier le bien fondé des motifs allégués par le ministre ou le sous-ministre. Cette dernière disposition est une innovation du nouveau Code de 1966 et constitue un exemple remarquable de contrôle judiciaire de la légalité administrative par référence non pas à un texte de loi ou règlement mais à un principe général du Droit : la règle de l'ordre public.

La notion de secret professionnel diffère suivant qu'elle s'applique au professionnel ordinaire ou au fonctionnaire de l'État, et même dans ce dernier cas, suivant qu'elle vise à interdire des divulgations devant les tribunaux ou hors du forum judiciaire.

⁸ S.C. 1957, chap. 71, art. 23, (annexe C).

Je, A. B., jure (ou affirme) solennellement et sincèrement que je remplirai avec fidélité et honnêteté les fonctions qui m'incombent en raison de mon emploi dans la Fonction publique et que, sans y être dûment autorisé, je ne révélerai ou ne ferai connaître rien de ce qui viendra à ma connaissance par suite de cet emploi. (Dans le cas d'une prestation de serment, ajouter : « Ainsi Dieu me soit en aide »).

⁹ Cf. J. L. BEAUDOUIN, *op. cit. supra* note 1 : page 109, *sq.* « Le secret est en principe général, en ce sens qu'il s'applique à tous les échelons de l'administration, depuis le ministre jusqu'au simple employé » (p. 113).

¹⁰ *Débats de l'Assemblée législative*, (1967) 30 mars, 1865. Il importe ici de faire remarquer que les déclarations ministérielles ont quelques fois, en Droit administratif, une grande importance. Elles énoncent des principes et règles qui sont à l'origine de pratiques administratives et constituent l'une des sources du Droit administratif.

Le secret professionnel ordinaire vise la protection d'un intérêt privé, soit celui du client, même si l'on peut affirmer qu'il soit d'intérêt public qu'un tel intérêt privé soit sauvegardé ; c'est pourquoi seul le client est autorisé par les lois des corporations professionnelles¹¹ et par le Code de procédure civile¹² à relever le professionnel de ce secret. A l'inverse le secret du fonctionnaire concerne non seulement l'intérêt public mais divers aspects de cette dernière notion.

Dans ses rapports avec le public ou les administrés hors du forum judiciaire le fonctionnaire a le devoir de se taire parce que le bon fonctionnement et l'efficacité de l'administration publique l'exigent : tel est le premier aspect de l'intérêt public en jeu ici¹³. Cette obligation de discrétion créée par le Statut de la Fonction publique ou d'autres textes relatifs à des catégories particulières de fonctionnaires n'a cependant pas un caractère absolu parce qu'elle peut être levée sur autorisation expresse de l'autorité administrative supérieure. Il peut arriver par ailleurs qu'un administré ait intérêt à ce que le fonctionnaire soit lié par un tel secret et qu'une divulgation quelconque lui cause préjudice. Il s'agit là, croyons-nous, d'une incidence qui nous fait déboucher sur un autre problème, celui de la responsabilité civile du fonctionnaire ou de l'administration pour les dommages causés par ces divulgations. Que ces divulgations soient autorisées ou non, elles peuvent constituer un fait fautif susceptible d'engendrer l'obligation de réparer à moins qu'il soit prouvé que l'intérêt public même exigeât cette divulgation. La doctrine a tenté de distinguer ces deux hypothèses en qualifiant l'une de « secret privé » qui serait « celui auquel est tenu le fonctionnaire en raison de ses relations avec tel ou tel individu », et l'autre de « secret d'État » qui serait « celui auquel est tenu le fonctionnaire en dehors de toute question de relation personnelle, à raison

¹¹ *Loi du Barreau*, art. 131 (2) : « Cette obligation cède toutefois dans le cas où l'avocat en est relevé expressément ou implicitement par la personne qui a fait ces confidences ».

¹² Art. 308.

¹³ J. L. BEAUDOUIN, *op. cit. supra* note 1 : p. 109 : « L'État, et surtout les divers services administratifs, ne peuvent fonctionner dans des conditions optima et avec un maximum d'efficacité, sans garder le secret sur un certain nombre de leurs activités. L'État doit en outre se protéger lui-même et éviter que des indiscrétions sur ses décisions et ses méthodes d'administration ne puissent nuire à sa propre sécurité. C'est pourquoi il impose aux personnes à son service de ne rien révéler, ni au public en général, ni à un public restreint, des choses vues et entendues dans l'exercice de leurs fonctions. Le fonctionnaire a donc l'obligation et même le devoir d'observer le silence pour éviter que son indiscrétion ne nuise à l'ordre public et au bon gouvernement de la société ». Cf. aussi p. 140 : « Pour le bon gouvernement, etc... ».

de la position qu'il occupe dans la société au service de l'État ¹⁴. Nous ne croyons pas que cette distinction soit tellement utile d'une part, et d'autre part l'expression « secret d'État » a ordinairement en Droit public un sens plus restreint et plus précis.

La situation se complique quelque peu dans le cas des fonctionnaires membres de corporations professionnelles, qui elles sont susceptibles alors d'exercer une répression disciplinaire corporative contre les manquements de ces professionnels qui ne peuvent se situer que dans les rapports de ce fonctionnaire professionnel avec le public ou les individus. Ils peuvent alors faire l'objet, outre les sanctions disciplinaires du Statut de la Fonction publique, de sanctions imposées par l'ordre professionnel responsable de la discipline dans la mesure où les fonctionnaires professionnels sont soumis à leur Ordre ¹⁵.

La finalité recherchée par le Statut de la Fonction publique dans l'édiction de cette obligation au secret pour le fonctionnaire a pour conséquence que le contenu de cette obligation est différent de celui qui est prévu par les lois des corporations professionnelles. Le fonctionnaire est tenu à la discrétion non pas exclusivement pour ce qu'on lui a communiqué par voie confidentielle, mais pour « quoi que ce soit dont il aura eu connaissance dans l'exercice de son emploi » ¹⁶.

Devant les tribunaux la situation du fonctionnaire nous semble tout autre. Deux autres aspects ou facettes de l'intérêt public sont en jeu suivant l'économie générale de notre Droit judiciaire inscrite au Code de procédure : l'intérêt supérieur de l'administration de la justice, et la notion d'ordre public. Il ne s'agira donc pas ici d'un conflit entre intérêt public et intérêt privé, mais d'une priorité à établir entre trois facettes de l'intérêt public, l'intérêt général du bon fonctionnement de l'administration publique, l'intérêt supérieur de l'administration de la justice et l'ordre public. Nous croyons que cette dernière notion est différente de celle d'intérêt public en ce sens qu'elle est beaucoup plus restrictive et nettement caractérisée. Nous croyons que la jurisprudence et la doctrine qui ont confondu ces notions ont erré ; c'est ce qui a amené le législateur à modifier notre Code de procédure civile à ce sujet. Cette confusion a pour cause, à notre avis, la traduction « d'ordre public » par « public policy » que l'on retrouve à

¹⁴ J. L. BEAUDOUIN, *op. cit. supra* note 1 : p. 112-113.

¹⁵ On peut songer par exemple aux divulgations que ferait un médecin-fonctionnaire, un avocat-fonctionnaire, etc. . . .

¹⁶ Formule du serment du fonctionnaire québécois. Au Fédéral on a l'expression : « Rien de ce qui viendra à ma connaissance par suite de cet emploi ».

l'art. 332 de l'Ancien Code. Dans le Code de 1966, l'on a traduit « ordre public » par « public order ».

Il nous faut aussi éviter de confondre l'ordre public invoqué comme fondement de la théorie du secret professionnel et la référence à l'ordre public comme critère d'application du secret au fonctionnaire. Dans le premier cas, l'on signifie que le secret est une obligation et un droit absolu et incontestable ; dans le second cas, l'on signifie que celui qui réclame le droit au silence doit prouver que telle divulgation est contraire à l'ordre public.

Si l'on analyse bien le nouvel article 308 du Code, l'on se rend compte que l'ordre public ne sert de fondement qu'au secret des prêtres et ministres du culte. Le secret médical et légal est certes une obligation légale mais reposant sur une relation contractuelle d'intérêt privé. Quant au secret du fonctionnaire, il a pour fondement l'intérêt public, mais il ne peut être invoqué que lorsqu'il est prouvé par l'autorité administrative supérieure à la satisfaction du juge que telle ou telle divulgation serait contraire à l'ordre public. Ce critère est d'une grande relativité puisque la même divulgation autorisée par le client privé dans le second cas, peut être considérée dans le troisième cas comme contraire à l'ordre public.

Il importe de souligner que devant les tribunaux, le législateur ne permet pas d'invoquer l'intérêt public au sens d'intérêt de l'administration publique pour prétendre avoir droit au silence. Une divulgation qui ne serait pas contraire à l'ordre public tel qu'apprécié par le juge pourrait ne pas favoriser l'efficacité administrative sans pour autant porter atteinte à l'intérêt public, puisqu'elle favorise l'intérêt supérieur de la justice. Ce que le législateur a voulu c'est que lorsqu'il y a conflit entre l'intérêt de l'administration publique et l'intérêt de l'administration de la justice, ce dernier l'emporte sauf si l'ordre public est en jeu. Voilà pourquoi, nous semble-t-il, il confie au tribunal la tâche d'arbitrer en dernier ressort ce conflit en lui accordant le pouvoir de vérifier si vraiment l'intérêt supérieur de la justice doit s'incliner devant la nécessité de sauvegarder l'ordre public.

La question que nous pourrions nous poser ici est la suivante : Est-il normal que ce soit le juge qui censure la décision de l'autorité administrative supérieure affirmant que telle divulgation est contraire à l'ordre public ? Cela ne nous semble pas faire de difficulté pour deux raisons. D'une part, le juge exerce alors un rôle d'arbitre en deux ordres d'intérêt public, celui de l'administration de la justice et celui de l'administration publique, rôle qui se situe dans la logique de la mission de nos tribunaux, conformément à notre tradition démocratique occi-

dentale qui considère la justice, pierre d'angle de tout l'édifice social, comme une valeur qui s'impose à tous, même à l'administration publique.

Certes, au-dessus du tribunal il y a le législateur qui formule la volonté souveraine du peuple; mais ce même législateur confie constitutionnellement aux tribunaux la tâche d'interpréter la loi ou la règle de droit, qui est quelques fois volontairement imprécise pour permettre une adaptation constante au réel en constante évolution, (la règle de l'ordre public est une de ces règles imprécises). La seconde raison serait le fait que notre tradition constitutionnelle et notre Droit confèrent aux tribunaux le pouvoir de contrôler la légalité des actes administratifs, c'est-à-dire de vérifier leur conformité à la loi ou à la règle de droit, et que ce contrôle de l'*ultra vires* s'est élargi au point de confier au juge la mission de lutter contre l'arbitraire administratif sous quelque forme qu'il se présente ¹⁷.

Une autre question ne peut manquer de surgir en second lieu, celle de la définition de cette notion que nous avons qualifiée de volontairement imprécise. L'ordre public est une conception faite d'éléments divers que l'on retrouve ici et là dans le Droit positif et dont la synthèse exprime les exigences minimales de la vie en société. Le juge à qui le législateur confie la mission de faire cette synthèse ne crée pas à proprement parler du droit en ce sens qu'il « ferait quelque chose de rien », mais il parfait le droit, il l'accomplit. En définissant le contenu de notre notion le juge est censé faire preuve de la même objectivité qu'on attend de lui dans toute affaire litigieuse. Son rôle consiste, croyons-nous, à faire la synthèse des interdits en vigueur dans une société à un moment donné de son évolution, des normes en dessous desquelles toute vie sociale est considérée comme impossible. Ces interdits, se situant soit sur un plan matériel soit sur un plan moral; dans le premier cas l'ordre public signifie l'ordre dans la rue, la sauvegarde de la sécurité de l'État, des personnes et des biens; dans le second il signifie un certain ordre moral fait de valeurs morales positives protégées par notre tradition constitutionnelle, nos lois, notre tradition judiciaire ¹⁸.

La critique soulevée contre le nouvel article 308 du Code à l'effet que « it is not the function of a judge to determine what the

¹⁷ Voir dans le même sens J. L. BEAUDOUIN, *op. cit. supra*, note 1 : p. 118-119 et 141.

¹⁸ Il faudrait peut-être relire le célèbre *dictum* du juge MONDELET dans l'affaire *Gugy v. McGuire* (1863) 13 L.C.R., 33 (B.R.), en tenant compte tout de même du décalage. (cité in J. L. BEAUDOUIN, *op. cit. supra* note 1 : p. 117).

public interest requires »¹⁹ nous paraît manquer la cible. Peu nous importe l'attitude adoptée par les tribunaux en Angleterre²⁰ ou ailleurs dans le Commonwealth : peu nous importe l'origine lointaine de cette institution qu'est le secret du fonctionnaire. Ici au Québec, le législateur s'est exprimé sans équivoque à la suite de la recommandation non moins claire des commissaires-codificateurs de 1966²¹.

Nous pourrions en troisième lieu nous demander quels sont les « fonctionnaires de l'État » auxquels s'applique l'art. 308.

Tout d'abord de quel État s'agit-il ? L'Exécutif fédéral et ses fonctionnaires sont-ils régis par le Droit provincial lorsqu'ils agissent devant les tribunaux provinciaux ? Pour y répondre il faut nous demander qui du législateur fédéral ou provincial est compétent pour légiférer sur la procédure devant les tribunaux provinciaux. L'art. 92 par. 14 de la Constitution attribue au provincial la compétence sur « la procédure en matière civile » et l'art. 91 par. 27 attribue au fédéral la tâche de légiférer sur « la procédure en matière criminelle ». En matière civile notre Code de procédure s'applique donc aux fonctionnaires fédéraux alors qu'en matière criminelle c'est la loi de la preuve du Canada qui s'applique²² ; or comme l'art. 36 de cette dernière loi renvoie expressément aux dispositions des lois provinciales sur la procédure, on peut affirmer que l'art. 308 de notre Code s'applique aux fonctionnaires fédéraux tout comme aux provinciaux et que les ministres fédéraux sont sujets à la censure des juges des tribunaux supérieurs comme de celles des juges provinciaux. Cette interprétation qui nous semble la plus logique ne présentait guère de difficulté sous l'art. 332 du Code d'avant 1966 car alors le ministre avait le dernier mot sur le juge d'une part et d'autre part la traduction du terme « ordre public » par « public policy » élargissait considérablement le champ du secret²³.

¹⁹ A. M. WATTS : « Articles 274 à 331 » in *Conférence sur le Code de procédure civile*, Barreau de Québec, 1966, page 36.

²⁰ En vertu de la jurisprudence de la *House of Lords* dans l'affaire *Duncan v. Cammel Laird*, [1942], A.C. 624, le bien fondé de la décision administrative ne peut être scruté par le juge.

²¹ « Rapport des commissaires » re : *Bill 20*, première lecture, Québec, 1964, Imprimeur de la Reine, p. 63a.

²² S.R.C., 1952, chap. 307.

²³ J. L. BEAUDOUIN affirmait avec justesse : « C'est plus un ordre politique qu'un ordre public; c'est un ordre de politique gouvernementale. En bref, c'est une sorte de 'public policy at large' dans laquelle le ministre responsable peut faire rentrer à peu près tout ce qu'il désire sans craindre d'être tenu dans des limites strictes. Nous pensons que l'on peut même aller jusqu'à dire que, selon la conception de l'art. 332 C.P. (ancien) l'ordre public n'est rien d'autre que l'exercice du pouvoir discrétionnaire de l'administration », *op. cit. supra*, note 1 : p. 115.

En second lieu qu'est-ce qu'un fonctionnaire de l'État ? Si invraisemblable que cela puisse paraître il y a chez nous plusieurs définitions de ce terme suivant que l'on a à appliquer le Code criminel, la loi de la Fonction publique ou la loi du régime de retraite des fonctionnaires²⁴. Le manque de systématisation de notre Droit administratif fait que chaque fois que l'on rencontre ce terme dans d'autres textes on n'a plus de point de repère pour en fixer le sens. C'est ainsi que le terme « fonctionnaire de l'État » de l'art. 332 de l'Ancien Code fut considéré par la jurisprudence comme ne s'appliquant pas aux fonctionnaires et aux membres de la Commission des relations ouvrières parce que cet organisme n'était pas « an agency of the Crown »²⁵. Or comme il est difficile de savoir quelles sont celles parmi les régies, commissions, offices ou entreprises publiques qui sont ou ne sont pas des « agent of the Crown », le législateur en 1956, outré de cette jurisprudence, édicta le 2^e paragraphe de l'ancien article 332, qui a toutefois été omis dans l'actuel article 308²⁶.

Cette omission est quelque peu troublante à cause de l'état de l'ancienne jurisprudence. Les commissaires-codificateurs sont par ailleurs muets sur la question, quoique l'utilisation par eux de l'expression « secret des fonctionnaires publics » laisse présumer qu'ils n'ont pas voulu restreindre la portée du texte actuel par rapport à celui de l'art. 332 dans sa formulation dernière.

L'expression « fonctionnaire de l'État » n'est guère précise en elle-même car comme telle, elle peut s'appliquer à tout le personnel de l'État, depuis le lieutenant-gouverneur jusqu'à l'ouvrier d'une entreprise publique à caractère industriel, en passant par les juges, les ministres et les sténos-dactylos des ministères. Cependant l'effort récent de systématisation et d'élaboration d'un véritable statut de la Fonction publique au Québec tout comme au fédéral d'ailleurs nous porte à croire qu'il faille donner un sens plus précis à l'expression. Il faudrait exclure d'une part les agents de l'État qui ne relèvent pas de l'exécutif ou qui constituent l'exécutif : ce serait le cas des juges et des ministres ; et d'autre part il faudrait exclure, croyons-nous, ceux

²⁴ Nous aborderons cette question dans un ouvrage à paraître sur le Statut de la Fonction publique au Québec.

²⁵ *Comm. Rel. Ouvrières v. Can. Ingersoll - Rand Co.* [1957] B.R. 673.

²⁶ « Il en est de même à l'égard d'un membre, officier ou employé d'une commission, d'un office ou d'un autre organisme dont les membres sont nommés par le lieutenant-gouverneur en conseil, lorsque le procureur général ou le solliciteur général de la province atteste, par un écrit en la possession du témoin, qui doit le produire, que l'ordre public est concerné dans les faits sur lesquels on désire l'interroger ».

qui ne participent pas à l'administration, tels les ouvriers dont les fonctions sont d'ordre strictement matériel, de même que le personnel des entreprises publiques à caractère industriel et commercial à qui la loi dénie la qualité de fonctionnaire : il y a à cet égard certains cas-frontières qui seront difficiles à classer tel celui de Radio-Canada par exemple.

La formulation actuelle de l'art. 308 par. 3 soulève une autre difficulté à savoir l'expression « du ministre ou du sous-ministre de qui, relève le témoin ». Or, au sein de nombreux organismes du gouvernement les fonctionnaires ne relèvent pas directement d'un ministre ou d'un sous-ministre mais d'un sous-chef qui est en l'occurrence le président de l'organisme (régie, commission, office). Dans le texte de l'art. 332 tel qu'amendé en 1956 c'était le procureur général qui avait le pouvoir d'invoquer en faveur des fonctionnaires de ces organismes le droit au secret, alors que les fonctionnaires des ministères invoquaient eux-mêmes devant le tribunal ce droit.

Si l'on tient compte rigoureusement du fait que le secret professionnel du fonctionnaire n'existe que lorsque l'ordre public est en jeu et non pour favoriser l'efficacité administrative d'un ministère ou d'un organisme para-ministériel au détriment de l'administration de la justice, la solution adoptée par le législateur en 1956 nous paraît logique et devrait même être étendue aux fonctionnaires de tous les ministères. Qui est plus apte que le procureur général ou ministre de la Justice, investi de la double mission de la préservation de l'ordre public et de la bonne administration de la justice, à convaincre le tribunal que telle divulgation porterait atteinte à l'ordre public.

Laisser aux ministres et aux sous-ministres le soin d'invoquer le secret du fonctionnaire c'est d'une part risquer de voir la notion d'ordre public ramenée à celle de « public policy » ou d'efficacité administrative. C'est d'autre part obliger les ministres et les sous-ministres à s'immiscer dans les affaires des régies, commissions et offices, ce qui est radicalement contraire à l'idée d'autonomie sous-jacente au système même des régies et organismes para-gouvernementaux. Le procureur général agirait alors non plus tellement comme autorité administrative ordinaire mais comme autorité chargée du maintien de l'ordre public dans l'État, objectif précisément poursuivi par l'art. 308 de notre Code.

Afin d'éviter tout conflit d'interprétation nous suggérerions une nouvelle formulation qui serait la suivante :

— « les fonctionnaires du gouvernement et des organismes dont les membres sont nommés par le lieutenant-gouverneur en conseil, lorsque le Procureur Général atteste par affidavit sous le contrôle du juge que la divulgation serait contraire à l'ordre public ».

La notion de secret professionnel du fonctionnaire est une notion complexe et fort différente de la notion commune de secret professionnel. Monsieur Jean-Louis Beaudoin a raison d'affirmer « qu'il n'existe pas à proprement parler « un » mais des secrets professionnels »²⁷. Si l'on considère le secret du fonctionnaire en lui-même il nous faut constater qu'il se situe en dehors de toute conjoncture contractuelle. L'obligation pour le fonctionnaire de se taire est une obligation légale qui découle du statut de la Fonction publique, et qui vise avant tout à favoriser l'efficacité de l'administration publique²⁸. Voilà pourquoi l'autorité administrative supérieure peut lever cette obligation : et voilà pourquoi l'administré lésé par des divulgations même autorisées n'a contre l'administration ou ce fonctionnaire que des recours de droit commun en responsabilité civile pour diffamation ou autre cause.

Quant à la protection judiciaire de ce secret du fonctionnaire de l'État, elle doit être située dans une optique fort différente car contrairement aux autres professionnels mentionnés à l'art. 308 du Code de procédure civile, le fonctionnaire peut être contraint de révéler tout ce qu'il connaît sauf si son supérieur hiérarchique (ministre ou sous-ministre) estime que l'ordre public est en jeu et si le juge est du même avis. Le législateur dans sa sagesse a voulu que lorsqu'un choix doit être fait entre l'intérêt supérieur de la justice et la préservation de l'ordre public ce soit le juge et non le ministre qui ait le dernier mot, faisant par là reposer sur les épaules de la magistrature une très lourde responsabilité.

Une dernière question, et non des moindres, qui se soulève à propos du secret du fonctionnaire est celle de savoir si ce droit au silence existe aussi devant les commissions d'enquêtes créées en vertu de la loi des commissions d'enquêtes et devant le protecteur du citoyen ou ombudsman.

Il est incontestable que le Code de procédure civile ne s'applique pas aux commissions d'enquêtes et au protecteur du citoyen que si la loi le dit expressément. Aussi à défaut de stipulation expresse l'art. 308 ne confère aucun droit aux témoins comparaisant devant telles commissions ou devant le protecteur. Cependant, l'art. 11 de la loi des commissions d'enquêtes stipule que « quiconque refuse de prêter serment . . . , refuse ou omet, sans raison valable de répondre à toutes les questions qui peuvent légalement lui être posées, ou de témoi-

²⁷ *Op. cit. supra* note 1 : p. 121.

²⁸ *Op. cit. supra* note 1 : p. 140.

gner en vertu de la présente loi est censé commettre un mépris de cour et puni en conséquence »²⁹. Il faut conclure qu'avec une raison valable un fonctionnaire pourrait invoquer le droit au silence, et la sauvegarde de l'ordre public en est une. Le secret professionnel du fonctionnaire existerait donc devant les commissions d'enquêtes et toutes les personnes qui exercent les pouvoirs conférés par la loi des commissions d'enquêtes. Nous préférierions cependant que la situation soit mieux précisée, et que l'on fasse expressément référence à l'art. 308 du Code de procédure comme on vient de le faire dans le bill créant le protecteur du citoyen³⁰. Quant à ce dernier et à tous les fonctionnaires qui relèvent de lui, l'art. 33 du même bill leur accorde un droit absolu au secret³¹.

Cette dernière disposition revêt d'autant plus d'importance que le protecteur et ses employés ont accès à tous les dossiers de l'administration et sont susceptibles de faire enquête sur tous les travers et les déficiences de celle-ci.

Conclusion

Le secret professionnel du fonctionnaire nous paraît donc être une institution ou une technique qui relève et du Droit administratif et du Droit judiciaire privé. Au sein de la famille des « secrets professionnels » il occupe une place particulière. Il s'agit d'une part d'une obligation légale qui a comme fondement l'intérêt de l'administration publique en général ou tel aspect plus caractérisé de celle-ci (administration fiscale, défense nationale . . .) ; il s'agit d'autre part d'un droit au silence devant les tribunaux, droit que peuvent invoquer les ministres ou les sous-ministres lorsque l'ordre public est en jeu lorsque le juge est également d'avis que l'intérêt supérieur de l'administration de la justice doit céder le pas devant les impératifs du maintien de l'ordre public. Ici entrent en lice trois aspects de l'intérêt public dont la distinction est capitale pour comprendre le système qué-

²⁹ S.R.Q., 1964, chap. 11, art. 11.

³⁰ Bill 13, 3^e Session, 28^e Législature (1^{re} lect.), art. 23 : « Les dispositions des articles 307, 308 et 309 du Code de procédure civile s'appliquent mutatis mutandis aux témoins entendus par le Protecteur du citoyen ».

³¹ « Nonobstant toute autre loi générale ou spéciale, ni le Protecteur du citoyen ni son adjoint non plus que ses fonctionnaires et employés ne peuvent être contraints de faire une déposition ayant trait à un renseignement obtenu dans l'exercice de leurs fonctions ni de produire un document contenant un tel renseignement ».

bécois : l'intérêt de l'administration publique ou ce que nous appelons de l'efficacité administrative qui doit baisser pavillon devant l'intérêt supérieur de l'administration de la justice qui doit à son tour céder le pas devant les impératifs de l'ordre public.

Le Droit québécois nous paraît à cet égard original et très intéressant à étudier et sur le plan de la technique juridique et sur le plan de la théorie générale du Droit. Dans ce dernier cas surtout, il nous invite à bien définir des notions qui deviennent trop souvent la source de confusion et de frustration.