

--> See the **erratum** for this article

LE SECRET PROFESSIONNEL EN DROIT QUÉBÉCOIS ET CANADIEN

Jean-Louis Baudouin

Volume 5, Number 1, 1974

URI: <https://id.erudit.org/iderudit/1059700ar>

DOI: <https://doi.org/10.7202/1059700ar>

[See table of contents](#)

Publisher(s)

Éditions de l'Université d'Ottawa

ISSN

0035-3086 (print)

2292-2512 (digital)

[Explore this journal](#)

Cite this article

Baudouin, J.-L. (1974). LE SECRET PROFESSIONNEL EN DROIT QUÉBÉCOIS ET CANADIEN. *Revue générale de droit*, 5(1), 7–23.
<https://doi.org/10.7202/1059700ar>

LE SECRET PROFESSIONNEL EN DROIT QUÉBÉCOIS ET CANADIEN

par Jean-Louis BAUDOUIN,
professeur à la Faculté de Droit de l'Université de Montréal.

Les sources du droit québécois et canadien en matière de secret professionnel sont très différentes de celles du droit français. Ce dernier traite, en effet, de la question, sur le plan législatif dans le cadre du droit criminel en sanctionnant pénalement la violation de l'obligation au respect du secret¹. C'est par contre dans le Code de procédure civile du Québec, d'une part², et dans la Common Law fédérale, d'autre part³, que l'on retrouve, en droit canadien, la source principale de la réglementation sur la question. Le secret professionnel est traité avant tout sur le plan législatif comme une dispense légale de rendre témoignage, ou de produire en preuve des documents à caractère confidentiel devant une cour de justice.

Le système constitutionnel canadien opère un partage des compétences législatives entre le pouvoir fédéral central, et celui des diverses provinces qui composent le pays. Ces dernières ont une juridiction exclusive en matière de droit civil et les dispositions contenues à l'article 308 du Code de procédure civile québécois s'appliquent donc aux contestations mues devant les tribunaux du Québec lorsque la question qui y est débattue est une question de droit provincial. De son côté, le gouvernement central a juridiction dans d'autres domaines spécifiés par la constitution, notamment en matière de droit pénal. Sans vouloir entrer ici dans toutes les subtilités du problème du partage des compétences⁴, notons que ce sont les solutions du droit fédéral sur le secret professionnel qui

¹ Art. 378 Code pénal français.

² Art. 308 Code de procédure civile du Québec.

«De même, ne peuvent être contraints de divulguer ce qui leur a été révélé confidentiellement en raison de leur état ou profession

1. Les prêtres et autres ministres du culte.
2. Les avocats, les notaires, les médecins et les dentistes; à moins dans tous ces cas, qu'ils n'y aient été autorisés expressément ou implicitement, par ceux qui leur ont fait ces confidences.
3. Les fonctionnaires de l'État, pourvu que le juge soit d'avis, pour les raisons exposées dans l'affidavit du ministre ou du sous-ministre de qui relève le témoin, que la divulgation serait contraire à l'ordre public.»

³ En common law canadienne, voir entre autres S. FREEDMAN, *Medical Privilege*, (1954) 32 C.B.R. 1; H. HAMMELMAN, *Professional Privilege: A Comparative Study*, (1950) 28 C.B.R. 751.

⁴ Voir *R. v. Sauvé*, (1965) C.S. 129, commentaires J.-L. BAUDOUIN, (1965) 25 R. du B. 562.

s'appliquent dans ce cas. Le Code criminel et la *Loi de la preuve*⁵ fédérale ne traitant pas toutefois nommément de la question, à la différence du Code de procédure civile québécois, c'est à la common law, autrement dit aux règles dégagées peu à peu par la tradition jurisprudentielle que le juriste doit se référer pour connaître l'état actuel du droit positif fédéral. L'étude détaillée des principaux jugements et arrêts revêt donc une importance critique, puisque sans elle, il est impossible de faire le point tant sur la nature que sur le contenu ou les limites du droit au secret.

En dehors de cet aspect particulier du droit au secret professionnel devant les tribunaux, on ne saurait passer sous silence, la dimension professionnelle du respect des confidences reçues. La majorité des textes législatifs québécois concernant l'organisation des professions, imposent aux membres de celles-ci une obligation au silence⁶. La violation du secret professionnel est ainsi considérée comme un acte dérogatoire à l'honneur et à la dignité de la profession médicale et juridique, par exemple⁷, et expose le médecin ou l'avocat défaillant à des sanctions disciplinaires.

Sur le plan du droit privé enfin, si cette même violation cause en plus un dommage au patient ou au client, les principes généraux de la responsabilité civile énoncés au Code civil permettent un recours en dommages-intérêts. Ces différents textes constituent donc, après ceux du droit de la preuve et de la procédure civile et pénale, la deuxième source importante de réglementation du secret professionnel.

Ces quelques observations préliminaires nous paraissent utiles afin d'éviter, dans la suite de ce rapport, les possibilités de confusion inhérentes à la dualité des régimes juridiques qui réglementent la question.

Il est difficile, dans un rapport de synthèse aussi bref, de donner une idée du droit national suffisamment précise pour servir de point de comparaison avec les autres systèmes juridiques, et pourtant assez large pour ne pas accabler le rapporteur général d'une foule de détails inutiles. En

⁵ *Loi de la preuve*, S.R.C. 1970, ch. E 10. Toutefois, en ce qui concerne le «privilège de la Couronne», c'est-à-dire en fait le secret de l'administration, voir *Loi de la Cour Fédérale*, S.R.C. 1970 (1^{er} supplément) ch. 10, art. 41.

⁶ Il règne actuellement en la matière une certaine confusion étant donné l'entrée en vigueur récente du nouveau Code des Professions (6 juillet 1973). Ce texte réforme en profondeur l'organisation des diverses professions et est accompagné d'une série de mesures législatives ou réglementaires dont certaines n'ont pas encore été sanctionnées au moment où ces lignes ont été écrites. Voir notes 7, 9.

⁷ *Pour l'avocat: Loi du Barreau*, L.Q. 1966-67, ch. 77, art. 1316, tel que modifiée par le projet de loi 251: «L'avocat doit conserver, le secret absolu des confidences qu'il reçoit en raison de sa profession. Cette obligation cède toutefois dans les cas où l'avocat en est relevé expressément ou implicitement par la personne qui lui a fait ces confidences.»

Pour le médecin: Loi médicale, L.Q. 1973, ch. 46, art. 40: «Un médecin ne peut être contraint de déclarer ce qui lui a été révélé à raison de son caractère professionnel.»

suivant de plus près possible le schéma proposé par ce dernier, nous avons cru bon de regrouper quelques observations autour de deux thèmes principaux. Qui, en premier lieu, est tenu au secret professionnel ? La réponse à cette question nous portera à examiner le domaine du secret professionnel. Comment, en second lieu, s'impose l'obligation au secret ? Est-elle absolue ou relative ? C'est le problème de l'étendue du secret professionnel que ce second ordre d'interrogation nous amènera à aborder.

I. — LE DOMAINE DU SECRET PROFESSIONNEL.

Le secret professionnel met en jeu une trilogie d'intérêts, parfois opposés ou même contradictoires : l'intérêt du client, du patient ou de celui qui a fait des révélations, l'intérêt du professionnel et à travers lui celui de la profession dont il est membre et enfin, celui de la justice⁸.

Celui qui se confie à un autre dans le but d'obtenir une aide physique, matérielle ou morale tout d'abord a un intérêt certain à ce que les renseignements ou informations qu'il accepte de dévoiler dans ce but ne sortent pas du cercle restreint de la confidentialité.

Le confident et la profession à laquelle il appartient ont eux aussi un intérêt à la préservation du secret professionnel. Dans bien des cas, en effet, une divulgation franche et entière par le client est indispensable à l'exercice même de la profession. Le professionnel, qu'il soit avocat, médecin ou autre, doit s'efforcer de maintenir un climat de confiance et l'organisme professionnel dont il dépend doit prendre les mesures nécessaires pour s'assurer de son existence et de sa sauvegarde.

Enfin, devant les tribunaux de l'ordre civil ou criminel, un principe fondamental exige la divulgation et la production de toute preuve pertinente au litige et susceptible d'aider à établir la vérité. Seules des circonstances exceptionnelles justifient la justice de faire exception à cette règle et de renoncer à la découverte pleine et entière de la vérité pour des raisons d'intérêt supérieur. Il en est ainsi en matière de secret professionnel, mais seulement pour un nombre limité de professions et dans une série d'hypothèses restreintes.

Les données du problème ne sont cependant pas identiques selon la sphère dans laquelle s'exerce le droit au secret professionnel. Sa reconnaissance et sa sanction dans le domaine des relations privées entre le confident et celui qui s'est confié, ou entre ceux-ci et le public en général, ne soulèvent pas les mêmes questions que lorsqu'il s'exerce dans le cadre des

⁸ J.-L. BAUDOUIN, *Secret professionnel et droit au secret dans le droit de la preuve*, Paris, Librairie générale de Droit et de Jurisprudence, 1965, p. 45 et s., n° 56 et s.

relations avec la justice. C'est à travers ces deux optiques que nous examinerons le domaine du droit au secret.

A. SECRET PROFESSIONNEL ET RELATIONS PROFESSIONNELLES.

La plupart, sinon la totalité des professions pour lesquelles le respect des confidences reçues est jugé essentiel au bon exercice de l'activité professionnelle, imposent à leurs membres une obligation au secret. C'est pourquoi la majorité des textes législatifs ou réglementaires d'organisation des professions contiennent des dispositions précises sur le sujet⁹. Ils font du respect du secret une question de morale ou de déontologie et sanctionnent la transgression de cette obligation par des mesures disciplinaires (amendes, suspension, privation du droit d'exercice, etc.). Il en est ainsi notamment de la profession médicale au sens strict du terme et de toutes les autres professions para-médicales ou auxiliaires: ce n'est pas seulement le médecin qui est tenu au secret mais aussi l'infirmière, le dentiste, le vétérinaire, le pharmacien¹⁰, etc. Les membres des professions juridiques, tels l'avocat et le notaire¹¹, suivent la même règle. Le critère de base de toutes ces réglementations demeure fondamentalement le même. La relation entre le client et le professionnel ne peut s'établir ou s'épanouir avec profit que dans la mesure où, assuré du silence, le premier peut apporter au second tous les éléments d'information lui permettant de fournir l'aide sollicitée.

Le contenu de l'obligation au secret n'est toutefois pas identique pour toutes les professions et varie en fonction des impératifs particuliers à l'exercice de celles-ci. Un exemple suffit à illustrer certaines de ces différences. L'avocat est tenu de garder confidentiels tous les faits divulgués par son client dans le cadre de la relation professionnelle établie entre eux. Le domaine du secret pour la profession juridique couvre l'ensemble des propos tenus ou des documents divulgués par le client dans

⁹ Outre l'avocat et le médecin (*supra*, note 7) tel est le cas des professionnels suivants: Le notaire (*Loi du Notariat*, S.Q. 1968, ch. 70, art. 15); le chirurgien dentiste (*Loi des dentistes*, L.Q. 1973, ch. 49, art. 37); le pharmacien (*Loi de la Pharmacie*, L.Q. 1973, ch. 51, art. 34); l'optométriste (*Loi sur l'optométrie*, L.Q. 1973, ch. 52, art. 32) maintenant l'ancien article 46 de la loi du ch. 257 des S.R.Q. 1964; le médecin vétérinaire (*Loi de la médecine vétérinaire*, L.Q. 1973, ch. 259, art. 48), par référence à l'article 48 de l'ancienne loi du ch. 259 des S.R.Q. 1964; le chiropraticien (*Loi sur la Chiropratique*, L.Q. 1973, ch. 56, art. 48); l'infirmier et l'infirmière (*Loi des infirmiers et infirmières*, L.Q. 1973, ch. 48), par maintien de l'ancien art. 50 du ch. 252 des S.R.Q. 1964; les détectives privés (*Lois des agences d'investigation ou de sécurité*, S.R.Q. 1964, ch. 42, art. 9). De plus, le Code des professions (*Projet de loi 250*) prévoit que le Bureau de chaque profession doit adopter un Code de déontologie qui doit contenir «... des dispositions visant à préserver le secret quant aux renseignements de nature confidentielle qui viennent à la connaissance des membres de la corporation dans l'exercice de leur profession» (art. 85 (3)).

¹⁰ *Supra*, notes 7 et 9.

¹¹ *Supra*, notes 7 et 9.

le but de s'assurer d'un conseil¹². Par opposition, la situation des membres de la profession médicale est différente. La notion de confiance médicale est plus complexe parce que formée de deux éléments distincts qui étendent considérablement le champ du secret professionnel. D'une part, les révélations du patient au médecin par acte volontaire; d'autre part, les constatations pratiquées par le médecin lui-même sans l'intervention active de son patient¹³. Le premier élément regroupe donc l'ensemble des faits librement divulgués par le patient à son médecin dans le cadre de la consultation médicale. Ces éléments d'informations, aussi triviaux puissent-ils paraître à première vue, sont protégés par le secret professionnel lorsque leur divulgation a été effectuée dans l'exercice de la relation médicale. La contravention à cette obligation emporte des sanctions d'ordre disciplinaire et également d'ordre civil (action en dommages-intérêts) dans la mesure où un préjudice est causé au patient.

Le second élément porte lui sur les faits que l'homme de science a pu constater en raison de l'examen médical auquel il a procédé pour établir un diagnostic ou prescrire un traitement. Grâce à ses connaissances et à son expertise, le médecin, sans l'intervention active du sujet, peut constater certains faits qui, eux aussi, doivent rester confidentiels même si le patient lui-même n'est pas conscient de leur existence. Ainsi, à notre avis, un médecin chargé d'évaluer le degré d'incapacité de la victime d'un accident violerait son obligation au secret s'il révélait les constatations qu'il a pu faire et qui sont sans rapport avec les fins de son examen. Pour le secret médical, donc, faits révélés et faits constatés doivent en principe, demeurer confidentiels. Sur les premiers le patient peut, dans l'optique d'un droit au secret relatif, avoir un contrôle et exercer son droit de dispenser le médecin de l'observation rigoureuse du secret. Sur les seconds, ce contrôle n'existant pas, le secret doit, en principe, être absolu.

Le rapporteur général, dans le schéma de discussion qu'il propose, insiste avec raison sur le problème soulevé par les auxiliaires des professionnels. Le collaborateur d'un professionnel est-il lui aussi tenu au secret? Par exemple, la secrétaire d'un notaire, d'un avocat ou d'un médecin est-elle tenue au respect des confidences reçues par son patron et dont, par ses fonctions, elle a pu avoir connaissance? Le problème n'a jamais été abordé, à notre connaissance, par la jurisprudence québécoise d'une manière précise¹⁴. Dans le cadre des relations avec le public, il apparaît toutefois légitime de penser qu'une telle divulgation qui porterait

¹² *Belley v. Cité de Québec*, (1926) 64 C.S. 346, (1927) 42 B.R. 263; *Magnan v. Hamel*, (1944) B.R. 514; *Barwick v. Farmers Merchant Trust*, (1968) R.P. 59.

¹³ J.-L. BAUDOUIN, *op. cit.*, note 8, n° 130 et s., p. 89 et s.

¹⁴ J.-L. BAUDOUIN, *op. cit.*, n° 188 et s., p. 127 et s.

préjudice au client entraînerait une responsabilité civile de l'auxiliaire ou de la collaboratrice, même en l'absence d'un texte lui imposant une obligation au silence. La théorie générale de la faute civile paraît suffisamment large pour sanctionner un tel comportement même en l'absence d'une obligation légale d'ordre corporatif ou autre¹⁵. La secrétaire qui partage de par sa profession la connaissance d'une partie des confidences reçues par son patron ou employeur commet une faute en divulguant celles-ci au public. De plus, par le biais de la responsabilité des maîtres et commettants pour l'acte de leurs employés dans l'exécution de leur fonction¹⁶, la responsabilité du professionnel qui les emploie pourrait dans certains cas être également engagée.

Les personnes morales peuvent, elles aussi, dans certains cas être civilement tenues au respect du secret professionnel. Les hôpitaux, par exemple, ne doivent pas librement divulguer au public les dossiers médicaux de leurs patients, lors même que les renseignements qui y sont contenus ne sont pas déjà protégés de divulgation parce qu'ayant été recueillis par des médecins, infirmiers ou autres professionnels de la santé eux-mêmes tenus au secret¹⁷. Certains justifient cette obligation par la nature contractuelle du lien existant entre l'hôpital et le patient¹⁸. L'un des éléments du contrat d'hospitalisation serait l'obligation pour l'administration hospitalière de garder confidentiel le dossier du patient. D'autres poussent l'argument jusqu'à soutenir que le dossier est la propriété du patient et que l'hôpital ne saurait donc sans son autorisation expresse se départir de celui-ci¹⁹ ou révéler publiquement les faits qui y sont contenus. Il en est également ainsi des organes gouvernementaux gestionnaires de la sécurité sociale. La Régie de l'Assurance-maladie du Québec est tenue de respecter le secret professionnel à l'égard du public relativement aux dossiers médicaux qu'elle reçoit²⁰. La loi impose cette règle générale et ne permet que dans certains cas restreints la communication de renseignements apparaissant au dossier du patient, en général, à d'autres professionnels de la santé à l'égard desquels un partage de la confidentialité est donc admis.

¹⁵ A ce sujet cependant, l'article 145 du Code des professions impose le silence à toute personne, quelle qu'elle soit, qui assiste, sous huis clos, à la séance d'un conseil ou comité de discipline professionnel. Voir aussi *Loi des ingénieurs*, Projet de loi 260, art. 23 (5).

¹⁶ Art. 1054 C.C.

¹⁷ A cet égard voir l'article 336 des Règlements promulgués en vertu de l'ancienne *Loi des hôpitaux* S.R.Q., 1964, ch. 164. Ce texte prévoit que le contenu du dossier est confidentiel et ne peut être divulgué sans ordonnance d'une cour de justice. Voir *Loi des services de santé et des services sociaux*, L.Q. 1971, ch. 48, art. 7, au même effet.

¹⁸ P.-A. CRÉPEAU, *Relations entre l'hôpital, le médecin et la presse*, 1956, p. 2 et 4.

¹⁹ A. CORNEAU, *Secret professionnel et propriété du dossier médical hospitalier: un nouveau débat*, (1969) 29 R. du B. 589, p. 600.

²⁰ *Loi de l'assurance maladie*, S.Q. 1970, ch. 37, art. 50 à 55, tels que modifiés.

B. SECRET PROFESSIONNEL ET RELATIONS AVEC LA JUSTICE.

Le second domaine du secret professionnel est celui des relations avec l'administration de la justice. L'ensemble des règles de procédure et de preuve est orienté vers la libre découverte de la vérité et des faits à partir desquels le tribunal doit prendre une décision. C'est donc avec réticence que le législateur limite cette libre découverte et admet qu'un élément de preuve pertinent au litige ne soit pas reçu devant les tribunaux. La dispense dont jouissent les membres de certaines professions de rendre témoignage ou de produire en preuve certains documents lorsqu'un tel acte violerait le secret professionnel en est un exemple.

À cet égard, une nette séparation existe entre le droit fédéral canadien et le droit provincial québécois. En droit fédéral canadien, seul le secret professionnel de l'avocat est reconnu et admis devant les cours de justice, la common law canadienne suivant à cet égard la ligne tracée par le droit britannique traditionnel²¹. Ce dernier, pour des raisons principalement historiques, a écarté tour à tour le secret religieux et le secret médical pour ne retenir en fin de compte que le secret du «sollicitor»²². Le droit canadien, malgré un certain nombre de critiques et en dépit de certaines tentatives jurisprudentielles pour étendre le domaine du secret²³, n'a pas jugé opportun jusqu'ici de changer d'attitude à cet égard. Dans une instance en matière fédérale donc, seul l'avocat peut invoquer le secret professionnel devant la justice pour éviter de répondre aux questions qui lui seraient posées à propos de la relation confidentielle existant entre son client et lui-même. Les tribunaux canadiens se montrent toutefois extrêmement réticents à forcer certains professionnels à rendre témoignage surtout lorsque celui qui a fait la confidence n'accepte pas volontairement de délier le confident de l'obligation civile qu'il a à son égard.

La situation est, par contre, bien différente en droit québécois. Sans aller jusqu'à une reconnaissance complète devant les tribunaux des obligations civiles ou déontologiques au secret professionnel, le Code de procédure civile québécois fait une assez large place à la protection judiciaire du secret. L'article 308 C.P.C. énonce, en effet, que les prêtres et autres ministres du culte, les avocats, notaires, médecins, dentistes et fonctionnaires de l'État ne peuvent être contraints de divulguer ce qui leur a été révélé confidentiellement en raison de leur état ou profession. Comme on peut le constater, la liste établie par le législateur est loin de

²¹ *Supra*, note 3. Voir pour une discussion générale du problème WIGMORE, *Evidence*, 1961, vol. 8. n° 2290 et s., p. 541 et s.

²² WIGMORE, *op. cit.*, n° 2286 et s., p. 528 et s.

²³ *Dembie v. Dembie*, non rapportée (avril 1963); voir aussi: *G. v. G.*, (1964) 1 Q.R. 361.

reproduire celle qui pourrait être dressée en tenant compte de l'ensemble des lois ou des règlements à caractère déontologique. Nulle mention n'est faite par exemple, de l'infirmière, du psychologue, du chiropraticien, etc. La sélectivité de l'article 308 du Code de procédure civile laisse supposer l'existence d'une ligne directrice ou du moins d'un critère de discrimination. Un examen plus attentif révèle au contraire que, sauf à un niveau très général, il est illusoire de prétendre identifier un critère d'ensemble. Le seul lien commun qui transparaît clairement est celui qui relie la profession légale et la profession médicale. Dans ces deux cas, en effet, le secret professionnel apparaît absolument nécessaire aux fins d'assurer le bon exercice de la profession elle-même. Pour l'avocat, on se rend facilement compte de ce qu'aurait d'illusoire la défense des intérêts de son client s'il pouvait, au cours du procès, être assigné comme témoin et contraint de divulguer ce que son client lui a confié. De même, soumettre le médecin à l'obligation générale de rendre témoignage serait compromettre sérieusement la qualité même de la relation médicale.

Le droit au secret du ministre du culte par contre repose à notre avis sur un fondement différent²⁴. Certes le non-respect de la confiance constituerait un frein sérieux à l'exercice de la « profession », mais le principe de la liberté religieuse entre également en ligne de compte surtout lorsqu'on a égard à la religion catholique, et au caractère absolu du secret de la confession²⁵. C'est également sur une toute autre base que s'apprécie le droit au secret professionnel du fonctionnaire: il s'agit en l'espèce d'éviter que la divulgation d'un secret d'État ne puisse avoir des conséquences fâcheuses ou dangereuses sur le plan de l'ordre public en général²⁶.

La protection du secret professionnel devant la justice soulève, à l'heure actuelle, deux problèmes dont il nous paraît important de donner ici au moins un aperçu sommaire.

Le principe directeur du droit au secret professionnel, du moins quant à la profession juridique et médicale, repose, comme nous l'avons mentionné, sur l'idée que le respect de la confiance est indispensable à l'exercice même de la profession. Or, depuis quelques années, certaines autres professions ont soit fait leur apparition, soit pris, dans la société québécoise et canadienne, une importance qu'elles n'avaient pas auparavant. Tels sont, entre autres, les cas du conseiller matrimonial, du travailleur social, du psychologue, du psychanaliste. Aucun des membres de ces professions n'est mentionné dans la liste contenue au Code de

²⁴ J.-L. BAUDOUIN, *Nouveaux aspects du secret professionnel*, (1965) 25 *R. du B.*, p. 567; *Massé v. Robillard*, (1880) 10 R.L. 527 *Gill v. Bouchard*, (1896) 562 B.R. 138.

²⁵ Voir *infra*.

²⁶ Voir *infra*.

procédure civile. Si les lois d'organisation professionnelle qui les régissent leur imposent l'obligation au secret, celle-ci cède pourtant devant l'obligation de rendre témoignage au cours d'une instance judiciaire. Il y a là une certaine incongruité. Le psychologue qui n'est pas médecin, exerce lorsqu'il suit un client en psychothérapie, la même fonction, le même acte qu'un psychiatre qui, parce que membre du corps médical, bénéficie lui du droit au secret devant le tribunal civil. La motivation pour l'octroi du droit au secret est identique dans les deux cas, mais le secret professionnel devant les tribunaux n'est protégé que dans le second.

De même, le conseiller matrimonial joue un rôle de confident très important et qui s'apparente tantôt à celui de l'avocat (lorsqu'il essaye de réconcilier les époux et d'éviter la rupture du lien matrimonial par divorce), tantôt à celui du psychiatre ou du travailleur social (lorsque par ses conseils il tente de prévenir ou de régler les conflits matrimoniaux). Les révélations qu'il reçoit dans l'exercice de sa profession ont un caractère intime et confidentiel. Pourtant, cité comme témoin, par exemple dans une instance en divorce, son droit d'invoquer le secret professionnel n'est aucunement reconnu.

Certains groupes de travailleurs sociaux enfin se trouvent placés dans la même situation. L'officier de probation, dans la philosophie de l'application des peines, doit permettre au délinquant remis en liberté surveillée de se réinsérer plus facilement dans le groupe social. On se rend compte du conflit d'intérêt dans lequel ce travailleur social peut être entraîné. D'une part, on exige de lui qu'il fournisse une aide au délinquant en créant un climat de confiance et pourtant, en ne lui accordant pas la protection du secret professionnel, le législateur peut le transformer devant une cour de justice en véritable délateur. C'est remettre directement en cause l'exercice même de sa profession²⁷.

L'énumération du Code de procédure civile est donc quelque peu artificielle dans le contexte moderne, et on peut sérieusement se poser la question de savoir si le législateur québécois ne devrait pas, lorsque la trame véritable de la reconnaissance du secret professionnel est la même pour les anciennes et les nouvelles professions, prévoir un texte plus général sanctionnant ce droit dès lors que l'exercice fructueux de la profession peut être mis en péril par le risque d'une divulgation forcée.

Un second problème est posé en la matière par les auxiliaires et collaborateurs des membres des professions pour lesquelles le secret professionnel est reconnu. L'infirmière qui assiste à l'entretien entre le

²⁷ Voir M. KIRKPATRICK, *Privileged Communications in the Correction Services*, (1964) 7 *Crim. Law Quart.* 305; P. LEBLANC, *Privileged Communications and the Counsellor*, (1972) 7 *McGill J. of Education* 11.

patient et son médecin peut-elle être contrainte à témoigner en justice et à révéler le contenu de cet échange, alors que la divulgation par le médecin lui-même est protégée par le secret professionnel ? La même difficulté peut être soulevée par la présence du personnel de secrétariat ou des collaborateurs dans une étude d'avocat ou de notaire. Jusqu'ici, aucune réponse satisfaisante n'a été fournie par la jurisprudence à cette question. Certes les tribunaux reconnaissent le partage du secret professionnel et admettent donc qu'entre deux professionnels tenus au secret, il puisse y avoir partage légitime de l'obligation. Il en est ainsi lorsque deux médecins se consultent ou que deux avocats discutent entre eux d'une affaire. Le principe du partage du secret ne nous semble pas cependant suffisant pour pouvoir justifier, dans l'état actuel du droit, la protection judiciaire pour les personnes autres que celles spécifiquement énumérées par la loi.

En résumé, sur ce premier aspect de la question, l'obligation au secret professionnel dans les relations avec le public s'applique à la presque totalité des professions pour l'exercice desquelles le respect du principe de la confidentialité des communications est jugé indispensable ou utile. Elle est assortie de sanctions disciplinaires et civiles. Un fait à cet égard est particulièrement significatif. Dans le Code des Professions, le législateur québécois a prévu la possibilité pour l'Office des professions du Québec de reconnaître de nouvelles professions et de les constituer en corporation. L'un des critères dont il doit tenir compte à cet égard est, aux termes mêmes de la loi, «... le caractère confidentiel des renseignements que ces personnes sont appelées à connaître dans l'exercice de leur profession²⁸».

Par contre, dans les relations avec la justice, c'est-à-dire dans les hypothèses où le professionnel est appelé à témoigner devant les tribunaux, seul un certain nombre d'entre eux se voient reconnaître ce droit. De plus, on doit alors distinguer les instances tombant sous la juridiction du Code de Procédure civile, où médecin, notaire, avocat, dentiste, conseiller religieux et fonctionnaire jouissent de cette protection, de celles qui relèvent de la juridiction fédérale et où seuls l'avocat et le fonctionnaire bénéficient du droit au secret.

II. — L'ÉTENDUE DU SECRET PROFESSIONNEL.

L'étendue du secret professionnel dans certains droits, comme le droit français, a fait l'objet de vives controverses. Le caractère absolutiste de l'obligation au silence imposée par les dispositions du Code pénal avait conduit certains auteurs anciens à conclure que la maxime « Silence toujours et quand même » était représentative de la réalité juridique²⁹.

²⁸ Code des Professions, art. 25 (5).

²⁹ Voir, à cet égard, C. MUTEAU, *Du secret professionnel*, Paris, Maresq, 1870; P. BROUARDEL, *Le secret médical*, Paris, Baillière, 1887.

Plus récemment, on a cependant noté avec beaucoup de justesse, combien, du moins pour certaines professions comme la profession médicale, l'absolutisme du secret professionnel était battu en brèche par l'intervention de plus en plus fréquente de l'administration et du législateur et combien il s'opérait peu à peu une certaine relativisation de l'obligation³⁰.

La tradition et le cheminement du droit québécois et du droit fédéral canadien sont très différents. À travers leur histoire, ces deux systèmes ont, en effet, toujours maintenu le principe que le fondement de l'obligation au secret n'était pas une règle d'ordre public absolue³¹, mais simplement relative et que le secret n'existait qu'en fonction de la protection des intérêts de celui qui s'est confié. Même si, à travers lui, certaines professions dans leur ensemble et par ricochet la société toute entière trouvent leur intérêt dans la préservation de la règle, il reste subordonné à l'intérêt privé du créancier de l'obligation.

C'est donc en partant du principe qu'en droit québécois, comme en droit canadien, le secret professionnel reste *relatif*, qu'il convient d'examiner son étendue. Cet examen peut être mené dans une double perspective, soit d'une part en fonction du créancier de l'obligation au silence, c'est-à-dire des intérêts privés de celui qui s'est confié et, d'autre part, en fonction des impératifs d'intérêts qui obligent parfois le débiteur de cette même obligation, c'est-à-dire le professionnel, à révéler ce qu'il sait sans permettre au propriétaire ou au dépositaire du secret de s'y opposer.

A. ÉTENDUE DU SECRET PROFESSIONNEL ET INTÉRÊT PRIVÉ :

LA DIVULGATION VOLONTAIRE.

Antérieurement à l'entrée en vigueur du nouveau Code de procédure civile québécois, la jurisprudence majoritaire avait, dans son ensemble, interprété les textes comme ne créant qu'un secret professionnel à caractère purement relatif³². Les professionnels qui y étaient tenus, étaient donc à l'abri de toute poursuite disciplinaire ou de toute sanction civile dès lors qu'ils avaient obtenu l'autorisation expresse ou implicite d'effectuer la divulgation de la part de celui qui s'était confié à eux, à condition de rester dans les limites de cette autorisation. La rationalisation juridique de cette règle était que le secret n'existe en fait et en droit que pour la protection des intérêts du client ou du patient et donc que l'intérêt du professionnel

³⁰ Voir entre autres : A. PERRAUD-CHARMANTIER, *Le secret professionnel, ses limites, ses abus*, Paris, Librairie générale, 1926; *De l'évolution du secret professionnel*, *Gaz. Pal.* 1943 2 Doct. 38; A. M. LARGUIER, *Certificats et secret professionnel*, Paris, Dalloz, 1963.

³¹ J. L. BAUDOUIN, *op. cit.*, n^o 17 et s., p. 17 et s.; n^o 182 et s., p. 123 et s.

³² *Belley v. Cité de Québec*, (1926) 64 C.S. 346; (1927) 42 B.R. 263; *Cyr v. North American Life Insurance Co.*, (1936) 60 B.R. 193, p. 217; *Magnan v. Hamel*, (1944) B.R. 514, p. 516.

ou de la profession elle-même doit y être subordonné. Les diverses règles de déontologie contenues dans les lois et règlements actuels des organisations professionnelles ne font que reconnaître ce fait³³. Il en est de même dans le domaine de l'administration de la justice. Le médecin, l'avocat, le notaire, le dentiste ne peuvent dévoiler le secret en justice sans avoir obtenu auparavant l'assentiment de leur client ou de leur patient à leur témoignage ou à la production en preuve des documents confidentiels. Le texte actuel du Code de procédure civile a sanctionné cette règle, du moins pour les professions médicales et juridiques, en énonçant qu'ils ne peuvent être tenus de témoigner « ... à moins, dans tous les cas, qu'ils n'y aient été autorisés expressément ou implicitement par ceux qui leur ont fait ces confidences... ».

La situation du prêtre ou du conseiller religieux, dans ses relations avec la justice, apparaît toutefois différente. La terminologie utilisée par le législateur semble, en effet, indiquer au contraire qu'il a, dans ce cas particulier, entendu faire exception à la règle générale et imposer une obligation absolue au silence et viser principalement la protection du secret de la confession dans la religion catholique. Le prêtre catholique, en effet, ne peut être tenu de rompre le secret du confessionnal sous peine de graves sanctions canoniques alors même que le pénitent y consentirait. Du moins en était-il ainsi dans la tradition du droit canon classique. La relativisation du secret dans ce cas pourrait être, au sens large du terme, contraire à la liberté religieuse en ce qu'elle mettrait le prêtre catholique devant le dilemme d'avoir à violer les règles de son sacerdoce ou de se laisser condamner par le tribunal pour refus de témoignage. C'est dans cette mesure que l'on peut soutenir que le secret professionnel du conseiller religieux appartient autant à ce dernier qu'au pénitent.

D'autre part, le secret du fonctionnaire auquel se réfère le dernier paragraphe de l'article 308 C.P.C., a lui aussi un caractère exceptionnel. Le secret protégé par ce texte est celui de l'administration et est basé sur la protection de l'ordre public. Ce n'est donc pas à celui qui a révélé le fait à l'administration qu'appartient en dernier ressort le droit de libérer celle-ci de l'observation, mais bien au haut fonctionnaire responsable (ministre ou sous-ministre), lequel doit juger de l'opportunité de la divulgation en fonction d'impératifs sociaux, politiques ou administratifs d'ordre supérieur. Pour n'en prendre qu'un exemple, puisé d'ailleurs dans le droit anglais analogue sur ce point au droit fédéral canadien³⁴ et au droit québécois (du moins dans son ensemble), il n'est évidemment pas dans l'intérêt public

³³ *Supra*, notes 7, 9. Pour la jurisprudence récente sur la question de la relativité du secret, voir *Genest v. Thibault*, (1967) C.S. 232; *Barwick v. Farmers Merchant Trust*, (1968) R.P. 59; *Descarreaux v. Jacques*, (1969) B.R. 1109; *Morrow v. Royal Victoria Hospital*, (1972) C.S. 549; *Eastern Auto Parts v. Procureur Général du Québec*, (1972) R.P. 97.

³⁴ Voir le récent article de S. BUSHNELL, *Crown Privilege*, (1973) 51 C.B.R. 551.

qu'en temps de guerre, au cours d'un procès en responsabilité civile, l'État soit **obligé**, pour permettre au demandeur d'établir une faute civile, de produire devant une cour de justice les plans d'un nouveau sous-marin porteur d'armements secrets³⁵. Ce type de secret d'État fera d'ailleurs sans doute l'objet d'un examen dans un autre rapport, car le secret « administratif » ne peut pas véritablement être considéré comme un secret « professionnel » au sens strict du terme.

La renonciation au secret peut être expresse ou tacite. Une forme de renonciation expresse rencontrée fréquemment dans la pratique est celle consentie par le patient dans les formules d'assurance-vie ou d'assurance-santé, par lesquelles il autorise l'assureur pour vérifier le bien fondé de la réclamation à consulter son dossier médical. Le médecin traitant est alors tenu de répondre aux questions pertinentes posées à cet égard. La jurisprudence québécoise a de plus eu l'occasion d'illustrer l'application du principe de la renonciation tacite. Elle a, en effet, vu une volonté tacite de renoncer au droit au secret dans le fait par le détenteur du droit d'appeler lui-même le confident à témoigner³⁶, dans celui de ne pas s'opposer aux questions posées sur les confidences reçues³⁷. De même, les tribunaux estiment en règle générale qu'il y a renonciation au secret lorsque le patient introduit en preuve au soutien d'une demande en justice les documents confidentiels faisant partie de son dossier médical³⁸.

La nécessité dans tous les cas d'un consentement clairement exprimé pour permettre la renonciation au droit au secret pose, entre autres, deux problèmes, l'un propre au secret médical, l'autre de portée générale.

Le consentement du patient ou client devant être libre et éclairé, une difficulté peut survenir lorsque le client n'est pas totalement conscient du domaine recouvert par l'obligation au secret. Le professionnel, outre le devoir d'informer son client des conséquences que peut avoir la divulgation, doit dans certains cas aller plus loin. Ainsi en est-il quant à la renonciation au secret médical. Comme nous l'avons déjà noté, le médecin prend connaissance de faits confidentiels à la fois par les révélations que lui fait son patient et par les constatations qu'il observe de lui-même au cours des examens médicaux. La pratique médicale, dans certains cas, est de taire, même au patient le résultat de ces observations. Nombre de médecins, par exemple, hésitent ou refusent même de révéler à leur patient la nature exacte du mal dont il est atteint s'ils craignent que cette

³⁵ *Duncan v. Cammel, Laird and Co.*, (1942) A.C. 624 (décision de la Chambre des Lords).

³⁶ *Descarreaux v. Jacques*, (1969) B.R. 1109; *Procureur Général du Québec v. Turner*, (1970) C.A. 127.

³⁷ Voir *Eastern Auto Parts Ltd. v. Procureur Général du Québec*, (1972) R.P. 97.

³⁸ *Morrow v. Royal Victoria Hospital*, (1972) C.S. 549.

révélation puisse avoir un effet néfaste sur la santé ou le bien-être psychologique ou physique de celui-ci. Malgré donc la dispense du patient, il nous apparaît que celle-ci peut ne pas couvrir les faits constatés par le médecin lui-même et dont celui-ci reste maître. On voit bien ce que pourrait avoir de tragique la révélation par le médecin, que son patient a délié de l'observation du silence, de la nature mortelle de la maladie dont ce dernier est atteint et dont il n'était pas au courant. L'intérêt du patient tel qu'apprécié par le médecin eu égard aux circonstances doit être seul guide dans ce cas. Un argument de texte renforce d'ailleurs cette opinion. L'article 308 du Code de procédure civile utilise, en effet, les termes suivants : «...ce qui... a été *révélé* confidentiellement». Qu'arrive-t-il, en second lieu, du droit à la renonciation lorsque le client ou le patient meurt sans avoir expressément ou implicitement libéré le professionnel de l'obligation au silence? Ses héritiers peuvent-ils le faire à sa place? Le droit au secret tombe-t-il dans le patrimoine du défunt, est-il transmissible? Reste-t-il au contraire un droit à caractère strictement personnel emportant donc, dès l'instant du décès, soit une obligation absolue au silence, soit au contraire une extinction complète de l'obligation? Le problème n'a jamais, à vrai dire, fait l'objet d'une étude approfondie en jurisprudence ou en doctrine. On retrouve cependant, à travers certaines décisions³⁹, des lignes directrices permettant de percevoir la solution vers laquelle le droit positif s'orienterait. Il faut tout d'abord prendre garde, comme l'a souligné si justement un auteur français⁴⁰, de tomber ici dans une « *mystique* » du secret professionnel. Le secret est en effet, avant tout, fonction des intérêts du client et c'est à la lumière de ce principe fondamental que la question doit être envisagée. La common law résout le problème en permettant la renonciation par celui qui continue la personnalité juridique du défunt. L'argument qui est invoqué à l'appui de cette solution est que d'autoriser le légataire à ce faire ne porte pas plus atteinte au fondement même du droit que de donner le même droit au patient lui-même. On ne retrouve malheureusement aucune tentative de discussion d'ordre théorique sur la nature du droit⁴¹.

Pour sa part, dans une espèce isolée, le droit québécois a déjà admis que la renonciation d'un héritier à l'observation du secret dans une formule de réclamation contre l'assurance était valable⁴². Plus récemment, dans deux instances portant sur l'application de l'article 400 du Code de

³⁹ Voir *Gagné v. Alliance Nationale*, (1946) 13 I.L.R. 13; plus récemment, *Genest v. Thibault*, (1967) C.S. 232, à propos de la communication du dossier hospitalier d'une personne décédée.

⁴⁰ R. SAVATIER, *Le secret médical* dans 1^{er} Congrès International de morale médicale, 1955, tome 2, p. 148.

⁴¹ Voir WIGMORE, *op. cit.*, n° 2329, p. 639 et s.

⁴² *Gagné v. Alliance Nationale*, (1946) 13 I.L.R. 13.

procédure civile, la Cour Supérieure a refusé indirectement d'admettre que le décès du patient rendait absolue l'obligation d'un hôpital de garder secret le dossier hospitalier⁴³.

Dans les relations avec le public en général, la divulgation du secret après le décès pourrait causer un préjudice à la mémoire du défunt, en révélant, par exemple, la nature de la maladie dont il était atteint⁴⁴. Le professionnel commettrait donc un acte dérogatoire à l'éthique et en même temps une faute civile en se comportant comme si le décès de son client avait pour effet de le libérer totalement de son obligation au silence. Dès lors, au contraire, où il obtient l'autorisation de ceux qui continuent la personnalité juridique de l'auteur des confidences, rien ne semble plus s'opposer à la levée de son obligation, sous réserve des observations déjà faites à propos du secret médical, et du fait que les héritiers et légataires doivent avoir été au préalable pleinement informés du contenu du secret avant de pouvoir consentir en connaissance de cause à sa levée. Dans les relations avec la justice, la solution devrait être la même. La règle qui nous paraît la plus appropriée, en l'absence d'un guide législatif précis, est la suivante : le décès du patient ne met pas nécessairement fin à l'obligation au silence dont le professionnel est débiteur. La mort n'a cependant pas non plus pour effet de rendre absolue une obligation qui, du vivant de son créancier, n'était que relative.

B. ÉTENDUE DU SECRET PROFESSIONNEL ET INTÉRÊT PUBLIC : LA DIVULGATION FORCÉE.

Il existe un certain nombre de cas où, en dépit du désir du créancier de l'obligation au secret d'exercer son droit et de maintenir la confiance, le législateur passe outre et force le confident à dévoiler ce qui normalement aurait dû rester confidentiel. Ces exceptions restent rares et ne naissent qu'à propos de circonstances hautement exceptionnelles où la transgression de la règle du silence est motivée par des raisons évidentes d'intérêt ou d'ordre public.

Le premier exemple que l'on puisse en donner est celui où, en droit médical, la nature de la maladie du client est telle qu'elle représente un sérieux danger pour la communauté ou risque d'avoir des conséquences néfastes sur la santé du public en général.

Ainsi, la *Loi de l'hygiène publique*⁴⁵ dans son article 70 oblige le médecin, qui constate ou a des raisons de croire qu'une personne est

⁴³ *Genest v. Thibault*, (1967) C.S. 232; *Paquette v. Martino*, (1970) C.S. 253.

⁴⁴ Pour un exemple de ce genre de situation en droit français, voir l'affaire *Watelet*: Cass. Ch. Crim., 19 déc. 1885, D-86-1-347; Cass. Req., 9 avril 1895, S-96-1-81, note A. LE POITTEVIN.

⁴⁵ *Loi de l'hygiène publique*, S.R.Q. 1964, ch. 161, art. 70.

atteinte d'une des maladies contagieuses énumérées par la loi, à avertir l'autorité sanitaire municipale dans un délai de 24 heures. Cette disposition est prise pour couper court à tout risque d'épidémie ou de propagation du mal dont la personne est atteinte. L'ordre public au sens large du terme, prend le pas ici sur l'ordre privé, et l'intérêt du patient passe au second plan. L'autorité sanitaire est cependant elle aussi tenue à un certain secret dans le sens qu'une divulgation intempestive et hors des cadres prévus par la loi, l'exposerait sans doute à une poursuite civile en dommages-intérêts. Il en est de même en ce qui concerne la *Loi des maladies vénériennes*⁴⁶. Le médecin qui, dans un hôpital ou une institution sanitaire, constate l'existence d'un cas de maladie vénérienne, est obligé d'en faire rapport au directeur médical du ministère de la Santé dans les 48 heures. Le nom du malade est cependant tenu secret puisqu'il n'est désigné que par le numéro de son dossier. Toutefois, l'article 4 de la même loi va plus loin. Il enjoint, en effet, au médecin dont le patient refuse ou néglige de se laisser traiter de transmettre aux autorités dans les 20 jours le nom et l'adresse de celui-ci. L'article 12 vient préciser que le fonctionnaire chargé d'appliquer la loi est impérativement tenu d'observer le secret des renseignements ainsi obtenus sauf si l'accomplissement de ses devoirs l'oblige à la révélation. Dans ces deux hypothèses, prises à titre illustratif, on peut presque parler d'un partage du secret professionnel.

Un second exemple est fourni par la *Loi de l'assurance-maladie*⁴⁷ qui assure aux Québécois un système universel et presque complet de gratuité des soins médicaux. Le médecin est payé directement par l'organisme de sécurité sociale pour les soins dont son patient a bénéficié. La vérification qui s'impose de toute évidence dans les systèmes de sécurité sociale quant aux soins rendus, aux traitements prescrits, etc., ne peut qu'engendrer une relativisation du droit au secret du patient. Non seulement, par le biais des formules administratives de transmission, les fonctionnaires de la Régie sont-ils au courant de l'histoire du patient, mais encore peuvent-ils, sous certaines restrictions, obliger les médecins à leur fournir des renseignements complémentaires pour permettre de dresser des statistiques, de détecter des actes médicaux contraires à l'éthique, ou d'apprécier simplement les honoraires qui doivent être versés pour les services assurés⁴⁸. Toutefois, là encore, obligation stricte est faite aux fonctionnaires de garder le silence sur ces révélations⁴⁹.

Un troisième exemple de révélation forcée relève du domaine de l'expertise. L'article 399 du Code de procédure civile du Québec prévoit,

⁴⁶ *Loi des maladies vénériennes*, S.R.Q. 1964, ch. 168, art. 3, 4, 12.

⁴⁷ *Loi de l'assurance maladie*, L. Q. 1970, ch. 37.

⁴⁸ *Loi de l'assurance maladie*, L.Q. 1970, ch. 37, art. 50 à 55.

⁴⁹ *Loi de l'assurance maladie*, L.Q. 1970, ch 37, art. 50.

lorsque l'état physique ou mental d'une personne partie à un litige est mis en question, que le juge peut lui ordonner de se soumettre à un examen médical. Dans ce cas, évidemment, le patient ne peut invoquer le secret professionnel quant aux faits constatés par l'expert, ni même quant aux faits révélés. L'intérêt de la justice prime l'intérêt individuel. L'article 400 vient compléter cette disposition en énonçant que le tribunal peut ordonner à une institution hospitalière la communication du dossier médical. Restent secrets cependant, à notre avis, les faits constatés par le médecin expert et qui n'ont aucun rapport avec le but du témoignage d'expertise⁵⁰.

C'est donc, dans tous ces cas, beaucoup plus par l'application indirecte de la théorie du partage du secret professionnel que l'on peut justifier l'ordre de passer outre au contrôle qu'exerce normalement celui qui s'est confié sur la révélation. Dans toutes ces espèces, en effet, le champ de la divulgation reste limité. Certains s'inquiètent, à juste titre d'ailleurs, de ce que la multiplication des mesures de sécurité sociale et de l'ingérence de l'État, aboutit à une restriction du droit à l'intimité de chaque individu dont le secret professionnel n'est d'ailleurs qu'un aspect particulier. Cette inquiétude est peut être moins vivement ressentie au Québec et au Canada qu'elle ne l'est dans les pays où, par tradition, le secret professionnel traduit une règle d'ordre public et où la société a été habituée à considérer celui-ci comme une obligation absolue au silence.

Le rapporteur général, dans les indications précieuses qu'il donne pour l'établissement du rapport national, demande, dans sa dernière question, quelles semblent être les lignes directrices de l'évolution du droit positif national. En droit québécois le récent train de mesures législatives en matière de droit de la santé, la promulgation du Code des professions et des textes législatifs consécutifs à celui-ci, donnent lieu de croire qu'en matière de secret médical, on assistera dans les années qui viennent à une remise en question de certains principes et probablement à une relativisation encore plus poussée du droit au secret.

En droit fédéral, la Commission fédérale de réforme du droit travaille, à l'heure actuelle, sur la question. S'il est encore trop tôt pour savoir avec précision l'orientation de ses recommandations, il n'est pas exclu que le droit fédéral de la preuve mette fin à la tradition du common law britannique et étende le domaine de la reconnaissance du secret professionnel en matière pénale à d'autres personnes que l'avocat.

⁵⁰ Voir aussi *Loi des accidents du travail*, S.R.Q. 1964, ch. 159, telle qu'amendée, art. 22, 23.