Le secret professionnel au Québec : une hydre à trente-neuf têtes rôde dans le droit de la preuve

Yves-Marie Morissette et Daniel W. Shuman

Volume 25, numéro 3, 1984

URI : <https://id.erudit.org/iderudit/042610ar>

DOI : <https://doi.org/10.7202/042610ar>

[Aller au sommaire du numéro](#)

Éditeur(s)

Faculté de droit de l'Université Laval

ISSN

0007-974X (imprimé)

1918-8218 (numérique)

[Découvrir la revue](#)

Citer cet article

Morissette, Y.-M. & Shuman, D. W. (1984). Le secret professionnel au Québec : une hydre à trente-neuf têtes rôde dans le droit de la preuve. *Les Cahiers de droit*, 25(3), 501–532. <https://doi.org/10.7202/042610ar>

Résumé de l'article

Under Quebec law, the members of thirty-nine regulated professions are bound by statute to professional secrecy. This obligation is reinforced by section 9 of the Quebec *Charter of Human Rights and Freedoms*. It protects patients and clients against the extrajudicial disclosure of confidential information but it also operates as an evidentiary privilege which the courts must enforce *ex officio* in all proceedings of a non-criminal nature. According to the authors, this statutory equation of professional confidentiality with privilege necessarily leads to the overgrowth of privilege or to the atrophy of confidentiality. The rule interferes excessively with the administration of civil justice and compels the courts to adopt result-oriented interpretations detrimental to the coherence of the law.

The article first describes the relationship between the applicable legislation and the several codes of professional ethics defining the scope of professional secret. A second part explores the possible justifications for legal duties of confidentiality and evidentiary privileges ; most of these rationales are compatibles with a distinction between in-court and out-of-court requirements of secrecy. The authors then review in a third part various cases in which Quebec courts have dealt with objections based on professional secret. Three conflicting interpretations were adopted in these cases. All three interpretations restrict the scope of professional privilege, sometimes at the expense of legitimate claims for out-of-court confidentiality. It therefore appears desirable to re-establish in the legislation a distinction between the judicial and extrajudicial aspects of professional secret. The conclusion contains suggestions for a reform of the law of professional secret in Quebec.

Le secret professionnel au Québec : une hydre à trente-neuf têtes rôde dans le droit de la preuve

Yves-Marie MORISSETTE *
et Daniel W. SHUMAN **

Under Quebec law, the members of thirty-nine regulated professions are bound by statute to professional secrecy. This obligation is reinforced by section 9 of the Quebec Charter of Human Rights and Freedoms. It protects patients and clients against the extrajudicial disclosure of confidential information but it also operates as an evidentiary privilege which the courts must enforce ex officio in all proceedings of a non-criminal nature. According to the authors, this statutory equation of professional confidentiality with privilege necessarily leads to the overgrowth of privilege or to the atrophy of confidentiality. The rule interferes excessively with the administration of civil justice and compels the courts to adopt result-oriented interpretations detrimental to the coherence of the law.

The article first describes the relationship between the applicable legislation and the several codes of professional ethics defining the scope of professional secret. A second part explores the possible justifications for legal duties of confidentiality and evidentiary privileges; most of these rationales are compatibles with a distinction between in-court and out-of-court requirements of secrecy. The authors then review in a third part various cases in which Quebec courts have dealt with objections based on professional secret. Three conflicting interpretations were adopted in these cases. All three interpretations restrict the scope of professional privilege, sometimes at the expense of legitimate claims for out-of-court confidentiality. It therefore appears desirable to re-establish in the legislation a distinction between the judicial and extrajudicial aspects of professional secret. The conclusion contains suggestions for a reform of the law of professional secret in Quebec.

* Professeur agrégé à l'Université McGill.

** Professor of Law, Southern Methodist University, Dallas, Texas et Visiting Scholar, Faculté de droit et Faculté de médecine, Université McGill, 1983-1984.

	<i>Pages</i>
Introduction	502
1. Les données structurelles du régime actuel	503
2. Les fondements théoriques du secret professionnel	509
3. Les tendances jurisprudentielles face au régime actuel	519
3.1. Interprétation réductionniste : les intérêts de la justice ont toujours préséance sur le secret professionnel	520
3.2. Interprétation misonéiste : maintien du principe formulé dans l'arrêt <i>Des-carreaux c. Jacques</i>	522
3.3. Interprétation littérale : le privilège ne protège que les « révélations » comprises dans un sens étroit	526
Conclusion	530

Introduction

Chassez le naturel, il revient au galop.

DESTOUCHES

Le secret professionnel ne cesse jamais de faire parler de lui parmi les juristes. Or, depuis quelques années, le Québec s'est doté à cet égard d'un régime unique en son genre, qui attirera certainement l'attention des juristes étrangers lorsqu'il sera mieux connu. Les effets de ce régime, qui fut peut-être partiellement inspiré par une certaine tradition civiliste, se feront vigoureusement sentir sur le plan de la preuve judiciaire. On peut déjà se demander s'il n'y a pas lieu de modifier le régime actuel, afin de mieux l'harmoniser avec un droit de la preuve hybride par ses origines, qui traite à la fois d'actes notariés et de oui-dire, et dans lequel l'irrecevabilité sert plus souvent à écarter ce qui pourrait induire en erreur qu'à cacher la vérité. Cette question sera étudiée dans les pages qui suivent où il sera question successivement de la structure du régime, de sa raison d'être et des réticences avec lesquelles la jurisprudence s'y adapte. Comme on le verra, les auteurs ont choisi de présenter une thèse favorable à la réforme. Il leur a semblé préférable de prendre position, en des termes parfois légèrement polémiques, car il y a place pour un débat de fond sur la question. À leurs yeux, il faut amorcer ce débat dès maintenant ; peu importe que le régime actuel en sorte intact et fortifié si l'on comprend mieux ce qu'en sont les enjeux.

1. Les données structurelles du régime actuel

La *Charte des droits et libertés de la personne*¹ en vigueur au Québec depuis 1975 contient une disposition qui traite du secret professionnel. Il s'agit, comme on le sait, de son article 9, qui énonce :

Chacun a droit au respect du secret professionnel.

Toute personne tenue par la loi au secret professionnel et tout prêtre ou autre ministre du culte ne peuvent, même en justice, divulguer les renseignements confidentiels qui leur ont été révélés en raison de leur état ou profession, à moins qu'ils n'y soient autorisés par celui qui leur a fait ces confidences ou par une disposition expresse de la loi.

Le tribunal doit, d'office, assurer le respect du secret professionnel.

Selon l'interprétation qu'on en donne, cette disposition peut de toute évidence être lourde de conséquences sur le plan de la preuve civile. Un auteur, le professeur Ducharme, avait pressenti le problème alors que le projet de loi original était encore à l'étude². Réduit à sa plus simple expression, ce problème consistait à déterminer quelles personnes sont tenues « par la loi » au secret professionnel. D'abord étudié en chambre et en commission parlementaire lors de la deuxième session de la trentième législature, le projet fut de nouveau déposé en première lecture à la session suivante³. Il avait subi entre-temps quelques modifications et contenait une disposition interprétative qu'on retrouve maintenant à l'article 56, paragraphe 3, de la *Charte*. Ce paragraphe précise que dans la *Charte* « le mot "loi" inclut un règlement, un décret, une ordonnance ou un arrêté en conseil adoptés sous l'autorité d'une loi ». L'article 9 n'attira guère l'attention au cours des débats législatifs⁴, comme d'ailleurs la disposition interprétative précitée qui passa même totalement inaperçue⁵. Peut-être le législateur

1. L.R.Q., c. C-12.

2. « Le secret professionnel et le projet de loi concernant les droits et libertés de la personne », (1975) 35 *R. du B.* 228.

3. (1975) 16 *Journal des débats* 1431.

4. Mentionné par allusion au cours de la présentation de mémoires à la commission permanente de la Justice (1975), 16 *Journal des débats* B-459, l'article 9 fit l'objet d'un bref commentaire lors de l'étude détaillée du projet par la même commission (1975) 16 *Journal des débats* B-5016. Aucun amendement ne fut apporté au projet de loi pendant les débats : voir (1975) 110 *Procès-verbaux de l'Assemblée Nationale du Québec* 643 et le rapport de la Commission permanente de la justice, *Document n° 172*, (1975). Il faut mentionner, cependant, que le prêtre et le ministre du culte firent leur apparition à l'article 9 lors de la réintroduction du projet de loi le 26 mars 1975 ; dans sa version originale déposée en première lecture le 29 octobre 1974, le projet ne visait à l'article 9 que les personnes tenues par la loi au secret professionnel et non les ecclésiastiques.

5. Le paragraphe 3 de l'article 56 a dans la plupart des cas un effet restrictif. À titre d'exemple, l'article 44 de la *Charte* prévoit que « [t]oute personne a droit à l'information, dans la mesure prévue par la loi ». Puisque la « loi » comprend un règlement adopté sous l'autorité

voulait-il transformer radicalement le régime du secret professionnel tel qu'on le connaissait antérieurement devant les tribunaux du Québec. Il s'est bien gardé d'annoncer ses intentions lors des débats.

Quoi qu'il en soit, les deux textes mis côte à côte laissent peu de place au doute. Si le secret professionnel dont il est question à l'article 9 s'entend non seulement de l'obligation au secret créée par un texte de loi⁶ mais aussi de celle qu'imposent les nombreux codes de déontologie adoptés sous l'empire du *Code des professions*⁷, les membres de trente-neuf professions sont assujettis au secret professionnel⁸ et les tribunaux doivent d'office sanctionner cette obligation. Quelque six mois après l'adoption de la *Charte*, M^c Louis Borgeat relevait la chose dans une chronique régulière de la *Revue du Barreau*⁹ et démontrait que cette conclusion serait à toutes fins pratiques inéluctable. Reprise par la doctrine¹⁰, la même conclusion semble maintenant

d'une loi, un règlement peut circonscrire le droit à l'information, comme d'ailleurs les droits consacrés par les articles 6, 24, 33, 37, 40, 41, 42, 45 et 46. Le droit consacré par l'article 9, par contre, se trouve prolongé dans sa portée par la disposition interprétative. Il en va de même de l'alinéa d) de l'article 67, récemment modifié par l'article 17 de la *Loi modifiant la Charte des droits et libertés de la personne*, L.Q. 1982, c. 61, qui stipule que la Commission des droits et libertés de la personne doit « procéder à l'analyse des lois du Québec qui pourraient être contraires à la Charte et faire au gouvernement les recommandations appropriées ». Dans son mémoire présenté devant la Commission permanente de la justice, le Barreau du Québec avait fait mention de la réglementation; voir (1975) 16 *Journal des débats* B-305. Il y a loin entre cette mention et le paragraphe 3 de l'article 56 dont il ne fut jamais question pendant l'étude du projet de loi. Sur le paradoxe de cette disposition, voir G. PÉPIN et Y. OUELLETTE, *Principes de contentieux administratif*, 2^e éd., Cowansville, Les Éditions Yvon Blais Inc., 1982, p. 135-136.

6. Voir, par exemple, l'article 131 de la *Loi sur le Barreau*, L.R.Q., c. B-1, qui dispose dans son premier paragraphe : « L'avocat doit conserver le secret absolu des confidences qu'il reçoit en raison de sa profession. » Une seule autre profession, le notariat, est assujettie de par sa loi fondamentale à une obligation semblable; voir la *Loi sur le notariat*, L.R.Q., c. N-2, art. 15. Comme le remarquait le professeur Ducharme dans l'article précité, *supra*, note 2, les membres de cinq autres professions bénéficient de par la loi d'une exemption au principe de la contraignabilité quant à ce qu'on leur a révélé en raison de leur profession. Ces exemptions existent toujours : *Loi sur la chiropratique*, L.R.Q., c. C-16, art. 11, *Loi sur les dentistes*, L.R.Q., c. D-3, art. 36, *Loi médicale*, L.R.Q., c. M-9, art. 42, *Loi sur les médecins vétérinaires*, L.R.Q., c. M-8, art. 31 et *Loi sur la podiatrie*, L.R.Q., c. P-12, art. 34. Elles ne constituent pas, cependant, une obligation au secret, de sorte que la personne exemptée peut à première vue témoigner quand bon lui semble.
7. L.R.Q., c. C-26.
8. Aux trente-huit corporations professionnelles énumérées dans l'annexe I du *Code des professions* s'ajoute maintenant celle des technologues des sciences appliquées.
9. « Le secret professionnel devant les tribunaux québécois », (1976) 36 *R. du B.*, 148. La question retient encore l'attention de la doctrine : voir A. CARDINAL, « Quelques aspects modernes du secret professionnel de l'avocat », (1984) 44 *R. du B.* 237, p. 248 à 250.
10. J.-L. BAUDOIN, « Le secret professionnel du conseiller juridique », dans *Le secret professionnel et le droit à la confidentialité*, Formation permanente du Barreau du Québec, cours n° 39, 1979, p. 9.

avoir été confirmée, du moins de façon implicite, par la Cour d'appel du Québec, dans l'arrêt *Trempe c. Dow Chemical of Canada Ltd.*¹¹ Il en résulte que tous les membres des corps professionnels jouissent devant les tribunaux québécois d'une dispense ou d'un « privilège », privilège qui existe au profit du client ou du patient et qui est d'ordre public. C'est là un fait peut-être unique dans les juridictions occidentales¹²; encore aujourd'hui, les juridictions canadiennes qui, comme le Québec, ont une procédure de type anglo-saxon fondée sur le principe du contradictoire, restreignent ce privilège aux avocats et en font une simple règle d'irrecevabilité qui n'est pas d'ordre public¹³.

Dans l'état actuel des choses, trente-huit corporations professionnelles ont adopté un code de déontologie¹⁴ et une trente-neuvième a déposé un

11. [1980] C.A. 571; voir les motifs de M. le juge Bernier, p. 581, auxquels souscrit M. le juge Nolan, et ceux de M. le juge Fournier, p. 580. Voir aussi *Hôpital St-François d'Assise c. Roy-Goulet*, J.E. 82-715 (C.A.), (où Mm. les juges Paré et Montgomery concluent qu'un règlement adopté en vertu de la *Loi sur les services de santé et les services sociaux*, L.R.Q., c. S-5, est bien une « loi » au sens de l'article 9 de la *Charte*; M. le juge Owen ne partage pas cette conclusion); voir encore *A. c. B.*, [1981] R.P. 14 (T.J.).
12. Voir le rapport général de M^e Bahige Tabbarah et le rapport de synthèse du professeur Albert Chavanne, aux pages 3 et 805 respectivement, dans *Le secret et le droit, Travaux de l'Association Henri Capitant*, Paris, Dalloz, 1974, tome XV. Ces sources datent et le droit des juridictions civilistes a dû évoluer depuis mais il est douteux que des changements aussi fondamentaux que ceux observés au Québec se soient produits ailleurs. En ce qui concerne les juridictions de common law, voir *Halsbury's Laws of England*, 4^e édition mise à jour, Londres, Butterworths, vol. 17, p. 164, par. 235 et suivants, S. SCHIFF, *Evidence in the Litigation Process*, Toronto, Carswell, 1983, vol. 2, p. 1019 s. et *McCormick on Evidence*, 2^e éd. par W. CLEARY, St. Paul, West Publishing Co., 1972, chapitres 8 à 11.
13. Voir le Rapport du groupe de travail fédéral-provincial sur l'uniformisation des règles de preuve, *La preuve au Canada*, Cowansville, Éditions Yvon Blais Inc., 1983, p. 466.
14. Ce sont les administrateurs agréés, R.R.Q., 1981, c. C-26, r. 10, les agronomes, R.R.Q. 1981, c. A-12, r. 4, les architectes, R.R.Q. 1981, c. A-21, r. 3, les arpenteurs-géomètres, R.R.Q. 1981, c. A-23, r. 3, les audithérapeutes, R.R.Q. 1981, c. A-33, r. 2, les avocats, R.R.Q. 1981, c. B-1, r. 1, les chimistes professionnels, R.R.Q. 1981, c. C-15, r. 2, les chiropraticiens, R.R.Q. 1981, c. C-16, r. 2, les comptables agréés, R.R.Q. 1981, c. C-48, r. 2, les comptables en administration industrielle, R.R.Q. 1981, c. C-26, r. 21, les comptables généraux licenciés, R.R.Q. 1981, c. C-26, r. 30, les conseillers d'orientation, R.R.Q. 1981, c. C-26, r. 41, les conseillers en relations industrielles, R.R.Q. 1981, c. C-26, r. 52, les dentistes, R.R.Q. 1981, c. D-3, r. 4, les denturologistes, R.R.Q. 1981, c. D-4, r. 4, les diététistes, R.R.Q. 1981, c. C-26, r. 65, les ergothérapeutes, R.R.Q. 1981, c. C-26, r. 78, les évaluateurs agréés, R.R.Q. 1981, c. C-26, r. 91, les hygiénistes dentaires, R.R.Q. 1981, c. C-26, r. 100, les infirmiers et infirmières, R.R.Q. 1981, c. C-26, r. 111, les ingénieurs, R.R.Q. 1981, c. I-9, r. 3, les ingénieurs forestiers, R.R.Q. 1981, c. I-10, r. 2, les médecins, R.R.Q. 1981, c. M-9, r. 4, les médecins vétérinaires, R.R.Q. 1981, c. M-8, r. 4, les notaires, R.R.Q. 1981, c. N-2, r. 3, les opticiens d'ordonnance, R.R.Q. 1981, c. O-6, r. 3 (règlement ré-adopté avec sa version anglaise, (1983) 115 G.O.Q. II 2311), les optométristes, R.R.Q. 1981, c. O-7, les orthophonistes et audiologistes, R.R.Q. 1981, c. C-26, r. 123, les

projet de code¹⁵ qui devrait bientôt recevoir l'approbation du Cabinet. Dans tous les cas, ces textes réglementaires contiennent des dispositions relatives au secret professionnel. Certaines, mais c'est l'exception, sont beaucoup plus élaborées que d'autres¹⁶. En règle générale, cependant, le même « modèle » qui comprend six règles distinctes semble avoir prévalu auprès des corporations professionnelles¹⁷. Le texte formule une obligation de base (« le praticien doit respecter le secret de tout renseignement de nature confidentielle obtenu dans l'exercice de sa profession »), prévoit comment le client ou la loi peuvent relever le praticien de cette obligation, oblige le praticien à informer son client de l'usage qui sera fait des renseignements, interdit de révéler qu'une personne a eu recours aux services du praticien, interdit les conversations indiscrettes et interdit au praticien d'utiliser les renseignements au détriment du client ou en vue d'obtenir un avantage pour lui-même. La comparaison systématique des textes fait ressortir certaines différences spécifiques dans leur libellé. Presque toujours, par exemple, une disposition prévoit que le membre de la corporation « ne peut être relevé du secret professionnel qu'avec l'autorisation de son client ou lorsque la loi l'ordonne »¹⁸. Dans certains cas, pourtant, l'autorisation du client doit être écrite¹⁹. Par ailleurs, fait peut-être plus significatif, deux corporations permettent la divulgation lorsque la loi « l'autorise » et non seulement lorsqu'elle « l'ordonne »²⁰.

pharmaciens, R.R.Q. 1981, c. P-10, r. 5, les physiothérapeutes, R.R.Q. 1981, c. C-26, r. 136, les podiatres, R.R.Q. 1981, c. P-12, r. 3, les psychologues, (1983) 115 G.O.Q. II 2316, les techniciens dentaires, R.R.Q. 1981, c. C-26, r. 157, les techniciens en radiologie, R.R.Q. 1981, c. T-5, r. 4, les technologistes médicaux, R.R.Q. 1981, c. C-26, r. 169, les travailleurs sociaux, R.R.Q. 1981, c. C-26, r. 180 et les urbanistes, R.R.Q. 1981, c. C-26, r. 192.

15. Projet de *Code de déontologie des technologues des sciences appliquées*, (1984) 16 G.O.Q. II 1978.
16. Voir le *Code de déontologie des psychologues*, (1983) 115 G.O.Q. II 2316 et le *Code de déontologie des travailleurs sociaux*, R.R.Q. 1981, c. C-26, r. 179.
17. Le *Code de déontologie des administrateurs agréés*, R.R.Q. 1981, c. C-26, r. 10, est représentatif à cet égard ; il contient six articles (3.06.01 à 3.06.06) qui traitent du secret professionnel. Le *Code de déontologie des comptables agréés*, R.R.Q. 1981, c. C-48, r. 2, par contre, n'en contient que deux (3.02.25 et 3.02.26) et se range avec celui des avocats, R.R.Q., 1981, c. B-1, r. 1, parmi les plus succincts.
18. *Code de déontologie des administrateurs agréés*, *supra*, note 17, art. 3.06.02.
19. *Code de déontologie des arpenteurs-géomètres*, R.R.Q., c. A-23, r. 3, art. 3.06.02 ; *Code de déontologie des psychologues*, (1983) 115 G.O.Q. II 2316 ; *Code de déontologie des travailleurs sociaux*, R.R.Q. 1981, c. C-26, r. 180, art. 3.06.01.
20. *Code de déontologie des comptables agréés*, R.R.Q. 1981, c. C-48, r. 2, art. 3.02.25 (divulgation interdite au comptable agréé « à moins qu'il n'y soit autorisé [...] par une disposition expresse de la loi ») ; *Code de déontologie des médecins*, R.R.Q. 1981, c. M-9, r. 4, art. 3.04 (divulgation par le médecin permise « lorsque [...] la loi l'y autorise »).

Les multiples difficultés d'interprétation que ces textes recèlent à l'état latent et dont il sera question dans les pages qui suivent pourraient inciter les tribunaux à rétablir la distinction entre le secret professionnel et le privilège du membre d'une profession assigné comme témoin. En effet, s'il est assurément souhaitable que les membres de toutes les professions, comme ceux du reste de certains métiers, s'abstiennent de commettre des indiscretions, a-t-on raison de ranger globalement dans la même catégorie les indiscretions faites en présence de tiers et les témoignages en justice? Malheureusement, le texte de l'article 9 n'autorise pas de distinction entre ces deux formes différentes de divulgation; il place sur un même plan, et comme si de rien n'était, l'obligation de confidentialité et le privilège. Dès lors, il devient nécessaire de choisir entre l'atrophie de l'une ou l'hypertrophie de l'autre. On rencontre déjà dans la jurisprudence des observations qui laissent présager le parti qu'adopteront les tribunaux: une interprétation étroite de l'article 9, perçu non comme l'énoncé d'un droit fondamental mais comme une dérogation au régime de la contraignabilité des témoins²¹. En outre, on risque de voir surgir des conflits de normes entre l'article 9 de la *Charte*, l'article 87, paragraphe 3 du *Code des professions*²², les textes réglementaires et, le cas échéant, une disposition spécifique d'une loi particulière. Voici d'ailleurs ce que disait à ce sujet M. le juge Bernier, de la Cour d'appel, dans l'arrêt *Trempe c. Dow Chemical of Canada Ltd.* :

Il n'y a pas lieu de s'attarder sur les dispositions de l'article 85, paragraphe 3, du *Code des professions*, qui n'ajoutent rien à l'article 9 de la *Charte* quant à la nature du secret professionnel en l'espèce. Le législateur y a fait une obligation aux divers corps professionnels visés d'adopter un code de déontologie comportant, entre autres, « des dispositions visant à préserver le secret professionnel quant aux renseignements de nature confidentielle qui viennent à la connaissance des membres de la corporation dans l'exercice de leur profession ». Les dispositions réglementaires adoptées sous l'empire de ces dispositions ne peuvent ajouter à la loi; de fait, en l'espèce, elles ne font que répéter en des termes différents le contenu de l'article 9 de la *Charte*.²³

Ce passage laisse perplexé. On doit certainement convenir que le paragraphe 3 de l'article 87 n'ajoute rien à l'article 9 de la *Charte* « quant à la nature du secret professionnel ». Il ne pourrait en être autrement puisque les deux dispositions s'expriment sur ce point en des termes presque identiques,

21. Voir *Trempe c. Dow Chemical of Canada Ltd.*, *supra*, note 11. M. le juge Fournier écrit, à la page 578 : « Le droit fondamental et d'ordre public d'invoquer le secret professionnel, pour refuser légalement de répondre aux questions dans une affaire judiciaire, est un droit d'exception. » M. le juge Bernier observe quant à lui, à la page 581 : « Cette disposition [l'article 9 de la *Charte*] est une dérogation à la règle de la contraignabilité de tout témoin idoine, une disposition d'exception, qui doit donc recevoir une interprétation étroite. »

22. *Supra*, note 7.

23. *Supra*, note 11, p. 582. L'article 85 du Code devint l'art. 87 lors de la refonte.

qui d'ailleurs sont pratiquement dépourvus de contenu normatif : la première confie à des corps constitués la responsabilité d'élaborer une norme déontologique dont la seconde fait une condition préalable à son application.

Faut-il convenir aussi que les dispositions réglementaires « ne peuvent ajouter à la loi » ? En un sens, toute disposition réglementaire ajoute forcément quelque chose à la loi, sinon on voit mal à quoi elle servirait. Mais il est vrai, et ce doit être le sens de ce passage, qu'en principe de telles dispositions ne peuvent déborder le cadre légal qui délimite leur portée. Compte tenu des termes de l'article 87, paragraphe 3, du *Code* (« renseignements de nature confidentielle ») et de l'article 9 de la *Charte* (« renseignements confidentiels »), ce serait le cas, par exemple, d'un texte qui prétendrait assujettir au secret professionnel des renseignements non confidentiels. Tout réside, donc, dans le sens du mot « confidentiel ». Qui détermine ce sens ? Les tribunaux, qui jouissent à cet égard d'une large marge de manœuvre car le terme n'a pas à proprement parler de sens inhérent²⁴. Ainsi érigé en norme de contrôle, le concept de confidentialité constitue la principale restriction²⁵ au pouvoir réglementaire que les corporations professionnelles exercent sur le secret professionnel. En conservant le pouvoir de décider privativement de ce qui est confidentiel et de ce qui ne l'est pas, les tribunaux se réservent le dernier mot. Ils donnent son sens, son seul sens juridique, à la règle déontologique, qu'ils pourraient à la rigueur déclarer *ultra vires*, et ils contrôlent de cette façon le principe d'irrecevabilité de l'article 9. En dernière analyse, ils peuvent ainsi exercer une fonction normative dont on aurait cru *a priori* qu'elle appartenait aux corporations professionnelles.

24. Le dictionnaire donne du mot confidentiel la définition suivante : « Qui se dit, se fait sous le sceau du secret. » Réduit à l'essentiel, le principe de l'article 9 signifie donc : « Toute personne tenue par la loi au secret professionnel ne peut, même en justice, divulguer les renseignements dits sous le sceau du secret qui lui ont été révélés en raison de son état. » En somme, on doit garder secret ce qui est secret. Mais qu'est-ce donc qui est secret ? Voilà toute la question.

25. La principale mais non la seule restriction. Les expressions « renseignements », « venir à la connaissance » et « dans l'exercice de leur profession » qu'on trouve dans l'article 85, paragraphe 3, se prêtent toutes au même raisonnement. On pourrait soutenir, par exemple, que l'identité d'un client n'est pas toujours un « renseignement » (voir *Constantine c. Commission des valeurs mobilières du Québec*, [1975] R.L. 396 (C.P., siégeant en appel), mais comparer avec les motifs de la Cour d'appel d'Angleterre dans *Bursill v. Tanner*, (1885), 16 Q.B.D.1), que certains renseignements, tel le montant des honoraires professionnels, ne « viennent » pas « à la connaissance » du praticien mais émanent de lui, que parfois l'obligation de confidentialité ne tient plus parce que le praticien n'a pas été consulté « dans l'exercice de sa profession » (voir l'arrêt *Trempe, supra*, note 11, où M. le juge Bernier écrit à la page 581 : « Tenant pour acquis, sans cependant en décider, que les expertises en question tombent dans le champ de la pratique de la profession d'ingénieur, (ce qui, à mon avis, est loin d'être évident) »).

Le constat est inquiétant. Appelés à se prononcer sur ce qui est « confidentiel » dans le contexte d'une instance, où le désir de confidentialité d'une partie se heurte aux impératifs particuliers de la justice civile, les tribunaux seront fortement enclins à donner du concept une interprétation restrictive. C'est à ce moment que la règle d'irrecevabilité ou le privilège de l'article 9 de la *Charte* prend le pas sur l'obligation déontologique. Techniquement, même, le règlement qui prétend assujettir au secret professionnel des renseignements qui ne sont pas « confidentiels » au sens de l'article 9 de la *Charte* est *ultra vires* puisqu'il déborde le cadre de l'article 87, paragraphe 3, du *Code*, en édictant autre chose qu'une règle visant à préserver le secret de « renseignements de nature confidentielle ». Comment conclure autrement, à moins de poser que « confidentiel » dans la *Charte* ne signifie pas la même chose que « confidentiel » dans le *Code*? C'est pourtant une telle distinction que le législateur aurait dû faire entre la règle déontologique et la règle de preuve. Peut-être les tribunaux devront-ils se résoudre à la pratiquer malgré les textes. L'orientation que semble vouloir prendre le droit québécois justifie qu'on marque un temps d'arrêt et qu'on s'interroge de nouveau sur les assises théoriques du secret professionnel.

2. Les fondements théoriques du secret professionnel

Bien qu'elles se recoupent et qu'on s'en serve parfois comme si elles étaient interchangeable, les expressions « confidentialité », « secret professionnel » et « privilège » ne signifient pas la même chose. Le terme générique, « confidentialité » n'a pas, en tant que tel, de connotation judiciaire ; il désigne la qualité de ce qui s'est fait ou s'est dit sous le sceau du secret. Cette explication comporte quelque chose de circulaire mais elle met tout de même le lecteur sur la piste du sens. La confidentialité, en effet, n'est jamais une caractéristique inhérente d'une information (comme c'est le cas de son caractère sonore ou visuel, lettré ou chiffré, de son intelligibilité, etc.). Elle le devient en raison des circonstances et notamment par la manière dont elle parvient à la connaissance de son détenteur.

L'expression « secret professionnel » s'entend d'une obligation imposée à une personne de taire diverses choses qu'elle a apprises dans l'exercice de sa profession. Cette obligation vise donc à protéger la confidentialité de certains renseignements qui doivent cette caractéristique à l'existence d'une relation spéciale entre deux personnes. La confidentialité précède-t-elle le secret professionnel ou fait-elle corps avec lui ? La question n'est pas dénuée de pertinence, surtout si le client a déclaré d'emblée et avant même de se confier qu'il tenait au secret. On peut d'ailleurs concevoir des cas où le client fait au praticien des révélations qui n'entrent pas dans le cadre de la

prestation professionnelle mais qui demeurent confidentielles sous un autre chef et dont la divulgation constituerait, par exemple, une atteinte à l'intimité. Mais le type de confidentialité dont il sera question ici se confond avec le secret professionnel. Quant au terme privilège, qui a les apparences d'un anglicisme sans en être un²⁶, il dénote dans ce contexte-ci une règle d'irrecevabilité qui empêche le tribunal de se saisir d'une preuve portant sur des renseignements confidentiels. Cette règle se traduit le plus souvent par une dispense faite à un témoin régulièrement assigné de répondre à certaines questions ou de produire certains documents parce que cela entraînerait la divulgation de renseignements confidentiels. Il s'agit donc ici encore de préserver un genre de confidentialité, mais dans un cadre restreint, celui d'une enquête judiciaire. Plusieurs privilèges n'ont rien à voir avec les professions. D'autres viennent renforcer le secret professionnel en le rendant opposable aux tribunaux.

La protection juridique de la confidentialité peut être assurée de multiples façons, parfois au moyen de sanctions pénales, comme en matière de secret d'État ou d'écoute téléphonique, parfois au moyen de redressements propres au droit privé, qu'ils soient préventifs ou curatifs, tels l'injonction, le congédiement ou les dommages et intérêts. Rien n'empêche de cumuler plusieurs mesures de protection lorsqu'une forme quelconque de confidentialité paraît primordiale. Dans certains cas, pourtant, cette protection demeure minimale : il en est ainsi de la confidentialité des communications entre conjoints, qui dépend de nos jours d'une dispense de témoigner sur certains faits, simple règle processuelle d'ailleurs stipulée en faveur du confident et non de l'époux dont émana la confiance. À moins d'accepter que le droit tolère l'irrationalité, il faut en déduire que d'un point de vue juridique toutes les formes de confidentialité ne sont pas également méritoires. Le régime du secret professionnel peut lui aussi être structuré de diverses façons, comporter des sanctions pénales, disciplinaires ou civiles et être assorti de règles appelées privilèges dont l'effet ne se fera sentir que sur le plan de la preuve judiciaire. Entre deux extrêmes, un principe de confidentialité unique et monolithique comme celui qui, en France, est décrété par un texte²⁷, ou quelques règles ponctuelles dont chacune de façon différente

26. Dans son acception ordinaire en langue française, le mot privilège signifie un avantage particulier accordé à un individu ou une catégorie quelconque. Il décrit donc correctement la situation d'un justiciable qui, par dérogation à une règle d'application générale, peut s'abstenir de déposer sur certaines choses qu'il sait (ce qui est le cas, en l'occurrence, du praticien) ou peut empêcher quelqu'un de témoigner sur quelque chose qui le concerne (ce qui est le cas, en l'occurrence, du client). Le mot s'emploie d'ailleurs couramment en droit fédéral : voir J. FORTIN, *Preuve pénale*, Montréal, Éditions Thémis, 1984.

27. L'article 378 du *Code pénal* énonce dans son premier paragraphe :

Les médecins, chirurgiens et autres officiers de santé, ainsi que les pharmaciens, sages-femmes et toutes autres personnes, dépositaires, par état ou profession ou par fonctions temporaires ou

traite d'un démembrement de l'obligation de confidentialité, il existe plusieurs solutions intermédiaires, mais il importe de se demander avant tout pourquoi la confidentialité mérite d'être préservée. La réponse à cette question devrait déterminer jusqu'où doit aller cette protection. Or, c'est justement cette question essentielle qui est le plus souvent négligée. Quels arguments fait-on valoir au soutien de cette forme de confidentialité, du secret professionnel et du privilège professionnel ?

On peut soutenir que, sous certaines formes, le secret professionnel se justifie pour des raisons strictement historiques, en tant qu'usage établi de très longue date. Ce serait le cas, par exemple, du serment d'Hippocrate, dont l'origine remonte à plusieurs siècles avant notre ère et dont l'ancienneté rendrait superflu l'examen des fondements. Mais cette explication ne vaut que pour quelques professions et, tout compte fait, elle ne résout rien. En effet, même une règle aussi bien ancrée que le serment d'Hippocrate doit avoir été motivée à l'origine par des considérations quelconques d'ordre éthique ou pragmatique.

L'éthique intervient très certainement dans le raisonnement qui soutient le secret professionnel, car l'indiscrétion et le manquement à la parole donnée comportent quelque chose de moralement répréhensible, au même titre, par exemple, que le mensonge. Difficilement réfutable *a priori*, cet argument ne saurait cependant faire obstacle dans tous les cas à la recherche légitime de la vérité, puisque la vérité se place elle-même très haut dans la hiérarchie des valeurs éthiques. Selon les circonstances, le devoir de discrétion pourra inciter au mensonge sans que cela ne fasse violence à l'éthique : quelqu'un peut par bienveillance mentir à ses proches sur son état de santé, sachant qu'il ne sera pas contredit par son médecin. Mais l'argument éthique devient par trop contradictoire lorsque la confidentialité des rapports entre client et praticien rend possible et encourage le parjure. Conçu comme un impératif catégorique, le secret professionnel entre tôt ou tard en conflit avec d'autres impératifs catégoriques.

Le secret professionnel, d'autre part, contribuerait à maintenir la dignité d'une profession. Cet argument coïncide avec le précédent et se heurte aux mêmes limites. S'il est souhaitable qu'une profession se plie collectivement à certaines règles de conduite inspirée par la discrétion et l'honnêteté, et que sa dignité s'en trouve accrue, tout porte à croire que cette dernière diminuera d'autant si l'on soupçonne que le secret sert de paravent

permanentes, des secrets qu'on leur confie, qui, hors le cas où la loi les oblige ou les autorise à se porter dénonciateurs, auront révélé ces secrets seront punis d'un emprisonnement d'un mois à six mois et d'une amende de 500 francs à 300 francs.

Les paragraphes deux et trois de ce même article créent certaines exceptions dont il sera question à la note 30, *infra*.

pour la malhonnêteté de certains clients. On mentionne aussi que seul le secret permet au praticien d'agir en toute loyauté envers son client. Cette loyauté serait mise à dure épreuve s'il devait choisir entre la sacrifier, se parjurer ou encourir les sanctions que la loi impose au témoin récalcitrant. Encore une fois, tout est question de degré. La situation du praticien qui dénonce spontanément un client à son entourage pour alimenter les ragots diffère considérablement de celle où le confident, sous la menace de la loi, répond aux questions qu'on lui pose. En outre, pourquoi le client serait-il en droit de s'attendre à une absolue loyauté du praticien alors que ses proches, ses parents et ses amis seront tenus de répondre s'ils sont assignés et feront face au même dilemme? Un autre argument, formaliste, fait du secret professionnel une obligation contractuelle implicite. Perçu de la sorte, le secret professionnel appartient au domaine du droit privé. Il est efficace dans la mesure où il n'entre pas en conflit avec une règle d'ordre public, telle celle qui contraint toute personne validement assignée à déposer sur ce qu'elle sait. Or, il ne s'agit pas ici de déterminer si une obligation contractuelle peut avoir préséance sur une obligation légale d'ordre public; la réponse à cette question va de soi. Il s'agit plutôt de décider si cette règle d'ordre public devrait comporter une exception en faveur du secret professionnel; dans ce débat, l'explication contractuelle du secret professionnel a moins de poids que d'autres car, en principe, un contrat ne peut jamais faire échec à l'ordre public. Il tombe sous le sens qu'un témoin ne saurait être exempté de répondre à certaines questions uniquement parce qu'un contrat de travail ou un mandat l'oblige envers l'une des parties au litige. Si le contrat professionnel échappe à cette évidence, c'est donc que l'élément professionnel, et non l'élément contractuel, est significatif dans ce débat.

Selon une part importante de la doctrine contemporaine, le principal fondement du secret professionnel résiderait en ceci qu'il assure la plus complète confiance entre le praticien et son client. Sa suppression engendrerait la méfiance du client qui dès lors dissimulerait une partie plus ou moins grande de la vérité quand il consulte. Cela rendrait difficile, voire impossible, la prestation par les membres d'une profession de services que la société juge pourtant nécessaires au bien collectif. La société, en dernière analyse, serait perdante sur tous les plans, puisque les échanges d'information attribuables au secret professionnel cesseraient du tout au tout. Non seulement priverait-on le praticien de renseignements utiles mais on éliminerait du même coup l'avantage qu'il peut y avoir à lever le secret professionnel. Pourquoi dans ce cas ne pas maintenir le secret, afin faute de mieux de préserver pour le praticien la possibilité de tout apprendre de son client? Cet argument utilitariste, sur lequel nous reviendrons, suppose l'existence d'un étroit rapport de cause à effet entre la confiance du client et le mutisme du praticien. On peut s'interroger sur la justesse de cette

supposition et se demander s'il n'y a pas lieu de la nuancer. Est-il nécessaire qu'un privilège prolonge dans tous les cas le secret professionnel pour que se réalisent les conditions propices à la pratique d'une profession ?

Dans une autre optique, on peut prétendre que la confidentialité des rapports entre clients et membres d'une profession tire sa raison d'être d'un droit fondamental, le droit au respect de la vie privée, dont elle ne serait qu'une manifestation parmi d'autres. La reconnaissance de ce droit est un phénomène contemporain, en réaction contre les atteintes à l'intimité de plus en plus fréquentes et faciles avec les moyens techniques d'une société moderne. Le secret professionnel servirait donc à sauvegarder un aspect de l'intimité ; il irait de pair avec diverses autres normes qui régissent l'écoute électronique, les perquisitions, l'appropriation d'une identité, l'accès aux renseignements nominatifs et leur divulgation. Bien qu'on le perçoive désormais comme un droit fondamental, le droit au respect de la vie privée demeure forcément relatif. Lorsqu'il entre en conflit avec d'autres droits fondamentaux, comme celui qu'ont tous les justiciables de saisir un tribunal d'un litige réel, son intensité s'atténue. Son exercice peut même être qualifié d'abusif lorsque, par exemple, quelqu'un l'invoque pour faire obstacle à l'instruction d'un procès qu'il a lui-même provoqué. D'ailleurs, dans la protection qu'ils lui accordent, souvent au moyen de principes constitutionnels, les grands systèmes de droit occidentaux refusent généralement de sanctionner le droit au respect de la vie privée par une règle d'irrecevabilité universelle et inflexible²⁸. Certaines des raisons pour lesquelles cette solution

28. La doctrine d'irrecevabilité connue aux États-Unis sous le nom d'*Exclusionary Rule* et qui sert avant tout à sanctionner le 4^e Amendement de la Constitution américaine est, à proprement parler, unique en son genre. L'Angleterre, le Canada et les autres juridictions du Commonwealth ont longtemps hésité avant d'accepter qu'un élément de preuve puisse être rejeté en raison de la façon dont il a été obtenu. Le nouvel article 24(2) de la *Charte canadienne des droits et libertés*, qui permet l'exclusion d'un élément de preuve obtenu en violation d'un droit fondamental, ne peut certainement pas être qualifié de règle d'irrecevabilité universelle et inflexible. Dans l'exercice du pouvoir que confère cet article, le tribunal doit, au contraire, tenir compte des conséquences néfastes qui peuvent résulter de la suppression d'une preuve probante. Des régimes comparables sur ce point existent dans plusieurs pays, dont notamment la République fédérale d'Allemagne : voir C.M. BRADLEY, « The Exclusionary Rule in Germany », (1983) 96 *Harv. L. Rev.* 1032. L'idée qu'on sanctionne par l'irrecevabilité une règle étrangère au droit de la preuve a progressé même en droit privé québécois, comme le démontre l'article 5 du Livre Sixième du *Projet de Code civil* (OFFICE DE RÉVISION DU CODE CIVIL, *Rapport sur le Code civil du Québec*, vol. I, Éditeur officiel du Québec, 1978, p. 543). Cependant, cette idée se traduit le plus souvent par un principe d'irrecevabilité discrétionnaire, laissé à l'appréciation des tribunaux, et non par une règle péremptoire d'irrecevabilité. Par ailleurs, dans l'état actuel du droit privé québécois, il ne semble pas que le droit au respect de la vie privée puisse justifier l'exclusion d'un élément de preuve pertinent : voir *Erez Sewing Machine Co. Ltd. c. Vêtement Super Vogue Inc.*, [1980] C.P. 157 et H.P. GLENN, « Le droit au respect de la vie privée empêche-t-il la preuve en matière civile par enregistrement clandestin ? », (1980) 40 *R. du B.* 827.

est écartée (assurer que le procès fasse la lumière sur ce qui l'a provoqué, éviter que l'instruction sinon l'issue d'un litige entre A et B sur une question X ne dépende de la réponse à une question Y que soulève un autre lien de droit entre A et C) sont tout aussi pertinentes lorsqu'on étudie la portée du secret professionnel. Elles indiquent que le respect de la vie privée ne permet pas à lui seul de fonder une équation rigide entre secret professionnel et privilège.

Un dernier argument, qu'on pourrait appeler systémique, intervient dans la discussion et vise spécifiquement l'avocat. Le système processuel mis en place par le droit judiciaire fait des membres de cette profession les auxiliaires de la justice. On les consulte la plupart du temps en vue d'un procès, soit pour le déclencher, s'y défendre, y intervenir ou faire le nécessaire afin de l'éviter à court ou à long terme. Exiger de l'avocat qu'il dépose sur ce que lui a déclaré son client risquerait de faire de lui un témoin idéal mais débordé, assigné plus souvent que toute autre catégorie professionnelle, l'instrument par excellence de contre-interrogatoires par personne interposée. Il est préférable de ne pas assujettir l'avocat à cette obligation qui nuirait au bon fonctionnement du système processuel. On peut y suppléer en prescrivant des normes déontologiques tout à fait strictes qui interdisent à l'avocat de tirer parti d'un parjure pour les besoins de sa cause ou qui dans certains cas l'obligent à cesser d'occuper. Sauf en droit pénal, où l'incontraingnabilité a valeur de principe fondamental, le client doit lui-même déposer s'il est appelé et l'information demeure théoriquement accessible.

D'autres considérations, sans doute moins légitimes, influencent le jugement que l'on porte sur le bien-fondé du secret professionnel. Un facteur sociologique, l'élitisme de la fonction, peut avoir du poids auprès de certains groupes : être tenu au secret professionnel et habilité à l'invoquer constitue un attribut important d'un statut enviable, celui d'une profession « noble ». Diverses préoccupations corporatistes, ou même tout simplement intéressées, inciteront certains groupes ou individus à faire grand état de l'inviolabilité du secret professionnel²⁹. Peut-être plus significatifs qu'on ne le croit, ces facteurs relèvent cependant de la sociologie du droit ou de l'inspection professionnelle et il n'y a pas lieu de s'y attarder ici.

Le nombre et la diversité des arguments qu'on fait valoir au soutien du secret professionnel témoignent d'une chose : à défaut de dégager une raison d'être unique et irréfutable, la doctrine s'est attachée à justifier le secret

29. Ces facteurs, on s'en doute, sont difficiles à documenter. Sur l'incidence de préoccupations corporatistes, voir l'exemple donné par Ralph Nader dans son introduction à l'ouvrage de M.J. GREEN, *The Other Government*, New York, W.W. Norton & Co., 1978, p. ix s. Sur le détournement du secret professionnel, voir par exemple *Sous-ministre du Revenu du Québec c. Steinman*, [1979] C.S. 593, appel rejeté C.A.M., n° 09-000842-799, 8 février 1983.

professionnel de plusieurs façons à la fois avec une belle application. C'est donc, semble-t-il, que l'importance de l'institution ne fait pas de doute et que son abolition pure et simple serait impensable. Cela dit, il ressort aussi de ce qui précède que les raisons en faveur de son maintien faiblissent sensiblement lorsqu'on les invoque pour le rendre opposable aux tribunaux. On aurait intérêt à rétablir dans la terminologie du droit positif la distinction entre secret professionnel et privilège, selon le contexte dans lequel on prétend préserver la confidentialité, contexte extrajudiciaire pour le premier et judiciaire pour le second. Il s'agit bien, en effet, de règles différentes, l'une qui restreint la liberté d'expression du praticien, l'autre qui restreint les pouvoirs d'enquête du tribunal. Les enjeux ne sont pas les mêmes, ni d'ailleurs les formes de mise en application, celle-ci étant généralement confiée au jugement du praticien dans un cas et contrôlée par le tribunal dans l'autre cas. Le droit français, qui ne s'inquiète pas autant que le droit anglo-américain des questions de recevabilité et qui favorise plus que ce dernier un régime de liberté des preuves, a d'abord réglementé le secret professionnel sans s'intéresser de très près à ses effets sur le plan de la preuve³⁰. La doctrine française a cependant dû faire place au problème. Elle en est venue à parler de secret professionnel absolu ou relatif, selon qu'en l'espèce il soit ou non opposable aux tribunaux³¹. La distinction est nécessaire et c'en est une de genre plutôt que de degré, de sorte qu'il apparaît préférable de désigner ces deux règles sous des appellations différentes. L'emploi d'une appellation unique (malheureusement difficile à éviter au Québec, en raison du libellé de la loi) ne peut que semer la confusion.

Lorsque le secret professionnel porte sur des renseignements dont la révélation favoriserait la solution juste et complète d'un litige instruit devant un tribunal, le droit fait face à un conflit de finalités : faut-il opter pour le maintien inflexible de la confidentialité au moyen d'un privilège ou pour la divulgation à tout prix de la vérité ? Ce conflit peut être résolu de diverses

30. L'article 378 du *Code pénal* français, déjà cité en partie, *supra*, note 27, permet sans toutefois l'obliger le témoignage en justice dans une affaire d'avortement ou de sévices sur la personne d'un mineur. Il existe bien d'autres cas où des raisons sérieuses justifieraient que la loi lève le secret, mais où la loi demeure muette, tant en ce qui concerne les dénonciations que les témoignages en justice : voir R. FLORIOT et R. COMBALDIEU, *Le secret professionnel*, Paris, Flammarion, 1973, p. 139 à 151, qui critiquent vivement certaines lacunes de la législation. La conception inflexible du secret qui prévaut en France engendre une jurisprudence parfois incohérente, comme le déplore P. DECHEIX, « Un droit de l'homme mis à mal : le secret professionnel », *D.* 1983, ch. 133.

31. Voir FLORIOT et COMBALDIEU, *supra*, note 30, p. 21-22. On parle aussi de secret professionnel absolu ou relatif selon que le droit du praticien de se taire ne tolère aucune exception ou, au contraire, dépend de la volonté du client qui peut renoncer au secret : voir J.-L. BAUDOIN, *Secret professionnel et droit au secret dans le droit de la preuve*, Paris, L.G.D.J., 1965, par. 22 à 25.

façons, notamment dans un mode volontariste: on peut décréter, par exemple, que la confidentialité ne se dilue en aucun cas et qu'il faut la préserver pour la même raison qu'il faut faire le bien³². Les arguments qui font appel à l'éthique, à la dignité ou la loyauté des professions et au respect de l'intimité sont tous volontaristes à des degrés divers. Ils préconisent, en somme, la défense de certaines valeurs irréductibles pour l'avancement desquelles on doit sacrifier d'autres valeurs secondaires. Ces arguments intéressent moins le juriste que le moraliste et le législateur, définisseurs par leurs fonctions du bien et du mal. L'article 9 de la *Charte des droits et libertés de la personne* résulte peut-être de la prééminence d'un argument volontariste qui aurait fait l'objet au sein de la législature d'un accord de vues aussi total que discret. Si c'est le cas, le fondement de ce régime demeure lui-même un secret bien gardé.

Le problème se prête aussi à une analyse utilitariste. Wigmore, qui préférerait cette dernière solution, avait énuméré quatre conditions pour que le droit consacre dans un cas quelconque un privilège frappant d'irrecevabilité certains éléments de preuve :

- (1) Les communications doivent avoir été transmises *confidentiellement* avec l'assurance qu'elles ne seraient pas divulguées.
- (2) Le caractère confidentiel doit être un élément *essentiel* au maintien complet et satisfaisant des relations entre les parties.
- (3) Les *relations* doivent être de la nature de celles qui, selon l'opinion de la collectivité, doivent être *entretenu*es assidûment.
- (4) Le *préjudice* permanent que subirait les relations par la divulgation des communications doit être *plus considérable que l'avantage* à retirer d'une juste décision.³³

32. Même Bentham, qui fit œuvre de pionnier dans la critique systématique du droit de la preuve et qui reste encore aujourd'hui le principal contempteur du *legal professional privilege*, reconnaissait dans certains cas le bien-fondé d'un argument volontariste. Il croyait par exemple qu'une loi qui contraindrait un prêtre catholique à révéler le contenu des confessions serait « en contradiction avec la loi de l'état, qui autorise l'exercice de la religion catholique. Ce serait un acte de tyrannie contre les consciences ». Voir l'admirable traduction des manuscrits de Bentham par E. DUMONT, *Traité des preuves judiciaires*, Paris, Bossange Frères, 1823, t. 1, p. 119-120.

33. 8 *Wigmore on Evidence*, 3^e éd. (McNaughton Revision) § 2285, dans la traduction de la Cour suprême du Canada qui s'inspira de ces critères dans l'arrêt *Slavutych c. Baker*, [1976] 1 R.C.S. 255, p. 260. L'appelant, professeur d'université, avait rempli un formulaire d'évaluation au sujet d'un collègue qui demandait sa permanence. Il s'y était exprimé ouvertement et en termes corrosifs parce qu'on lui avait affirmé que le formulaire demeurerait strictement confidentiel. L'université décida par la suite de le licencier en raison des accusations qu'il avait portées dans ce document. En Cour suprême, le pourvoi soulevait, entre autres, une question de recevabilité: si le formulaire était confidentiel, le conseil d'arbitrage qui avait maintenu le licenciement avait-il eu raison d'en accepter la preuve? La cour jugea que non après avoir considéré un par un les critères avancés par Wigmore.

La conception utilitariste du privilège n'est pas sans attrait pour le juriste positiviste, car elle l'incite surtout à s'interroger sur la cohérence d'un système en fonction de ce qu'on lui a donné mission d'accomplir, tout en reléguant au second plan le véritable jugement de valeur, celui qui aura déterminé ce qui vaut d'être accompli. Sans doute postule-t-elle que la confiance entre client et praticien est une valeur primordiale, mais on peut l'attaquer sous un autre angle. En effet, elle suppose qu'avant de se confier au praticien, l'individu moyen prend en considération les modalités du secret professionnel et de son prolongement judiciaire, l'éventualité d'un litige et le risque que soient divulguées dans un procès les révélations faites en cours de consultation. Ce raisonnement ne tient pas, à moins que le public ne soit beaucoup plus renseigné qu'on ne l'aurait cru sur l'état du droit positif, ou qu'il n'ait coutume de consulter un avocat avant de se livrer à quelqu'un sous le sceau du secret professionnel. À supposer même qu'il se vérifie parfois dans la réalité, le raisonnement n'est véritablement plausible que lorsque le confident est un avocat, un médecin ou un ecclésiastique, situations où la fréquence relative de révélations qu'on sait dommageables et l'importance sociale du service dispensé par la profession peuvent à la rigueur justifier une règle d'exception. Mais on peut continuer à douter de l'explication dans le cas du médecin ou du ministre du culte. La plupart du temps, ce n'est que lorsqu'il consulte un avocat que le justiciable a conscience de la proximité d'un procès. En outre, une observation plus terre-à-terre s'impose : plusieurs juridictions de common law, dont certaines sont voisines du Québec, refusent de sanctionner dans le prétoire et par un privilège le secret des confidences reçues par un médecin ou un ministre du culte. Or, personne n'a encore démontré empiriquement que cette absence de protection nuit d'une quelconque façon à la pratique de la médecine ou à l'exercice d'un ministère. Dans ces conditions, il apparaît difficile d'asseoir sur un principe utilitariste un privilège établi en faveur de celui qui a consulté un médecin ou un ministre du culte, sans parler du client d'un arpenteur-géomètre, d'un agronome ou d'un diététiste. Pendant de nombreuses années, les clients de ces dernières professions, comme ceux de plusieurs autres, n'ont pu se prévaloir d'un privilège semblable à celui créé par la *Charte*. Rien n'indique que ces professions aient ressenti la chose comme une lacune, ni que leur pratique en ait souffert. On veut bien accepter que l'auteur des révélations tiendra à ce qu'elles ne soient pas divulguées gratuitement à des tiers, et qu'en ce sens il se préoccupera du secret professionnel. Cependant, l'argument utilitariste ne convainc pas lorsqu'il est invoqué pour prolonger dans tous les cas l'obligation au secret professionnel par un privilège.

On peut certes convenir qu'il est souhaitable d'inclure dans les règles déontologiques de toutes les professions une obligation au secret professionnel. Cela conduit à se demander, comme on vient de le faire, si la

confidentialité que sanctionne le secret professionnel devait également faire l'objet d'un privilège. Cette question n'appelle pas nécessairement une réponse catégorique par oui ou par non. Un privilège peut en effet revêtir plusieurs formes. Si, par exemple, il a pour seul objet de protéger l'intimité, rien n'empêche d'en faire une simple règle processuelle en vertu de laquelle le tribunal devra siéger à huis clos chaque fois qu'il entend le témoignage d'une personne tenue au secret professionnel. On peut aussi l'assujettir à un régime inspiré de celui qui protège le secret d'État dans un grand nombre de juridictions occidentales. Sauf dans certains cas bien identifiés, il appartiendra au juge de décider, après avoir pris connaissance des révélations reçues par le praticien, si l'objection fondée sur le secret professionnel doit être maintenue ; cela l'amènera notamment à évaluer l'impact que la divulgation à l'audience ou dans un jugement pourrait avoir sur la confiance du public envers une certaine profession. Si l'on fait confiance à la magistrature pour jauger de cette façon l'intérêt public que protège le secret d'État, pourquoi ne pas procéder ainsi lorsqu'il s'agit de trancher entre le besoin privé de confidentialité et les impératifs de la justice civile ? D'autre part, de même qu'il est possible de faire certaines distinctions entre les professions, on peut aussi doter une profession d'un privilège tout en prévoyant qu'il ne pourra pas être invoqué dans certains cas d'exception. Plusieurs juridictions américaines ont choisi cette façon de procéder³⁴, ce qui a mené dans certains cas à l'adoption de véritables codes de la confidentialité destinés à prévenir tout exercice abusif du droit au secret. En Californie, par exemple, le secret professionnel du médecin s'accompagne d'un privilège, stipulé en faveur du patient ou de ses ayants droit, mais inapplicable dans plusieurs types de situation : lorsque les services du médecin ont été sollicités en vue de commettre une infraction ou un délit, lorsque le tribunal instruit une plainte pénale contre le patient, lorsque le patient fait face à une poursuite civile qui met en cause son état de santé, lorsque le litige oppose des héritiers ou légataires du patient, lorsque le procès porte sur la responsabilité l'un envers l'autre du patient ou du médecin, qu'il concerne les dernières volontés du patient ou la validité d'un testament, lorsqu'il s'agit d'une demande d'interdiction ou d'internement, et ainsi de suite³⁵. De toute évidence, dans un régime de ce genre, un témoin pourra rarement invoquer le privilège pour être dispensé de répondre à une question qui est par ailleurs pertinente au litige. Le régime comporte cependant un avantage de taille : il élimine pratiquement la possibilité que quelqu'un se prévale du privilège afin, non pas de protéger son intimité, mais de gagner déloyalement sa cause. Il repose sur un compromis délicat entre le

34. Voir sur ce point D.W. SHUMAN et M.S. WEINER, « *The Privilege Study: An Empirical Examination of the Psychotherapist-Patient Privilege* », (1982), 60 *N.C. L. Rev.* 893.

35. *California Evidence Code*, §990-1007.

secret et la recherche de la vérité, qui ne pèche ni par humanitarisme ni par inhumanité.

Que conclure de ces quelques observations sur les fondements théoriques de la confidentialité entre client et praticien ? Aucun des arguments que nous venons d'examiner ne justifie dans toute sa plénitude la protection que le droit québécois lui accorde désormais. Selon toute probabilité, des raisons humanitaires ont inspiré le législateur qui a fait de la confidentialité entre client et praticien, considérée en tant que telle et sans arrière-pensée, une fin en soi. Il a privilégié, au sens premier du terme, cette forme de confidentialité plutôt qu'une autre ; il aurait pu s'inspirer de raisons analogues pour privilégier, par exemple, la confidentialité qui existe naturellement et nécessairement entre parents et enfants, mais il s'est arrêté aux professions. Ce choix, qui est aussi un changement radical, relève incontestablement de lui. Cependant, comme il faut savoir à quoi sert une règle pour bien l'appliquer, le législateur n'a pas facilité la tâche des tribunaux en s'exprimant de façon aussi lapidaire. Il ne faut sans doute pas s'étonner que la jurisprudence, comme on le verra maintenant, manifeste moins d'enthousiasme dans la défense de ce nouveau droit fondamental.

3. Les tendances jurisprudentielles face au régime actuel

Plusieurs décisions des tribunaux québécois postérieures à la *Charte des droits et libertés de la personne* traitent du secret professionnel et de son prolongement judiciaire, le privilège. Certaines réitèrent par des applications ponctuelles des principes dont on connaissait déjà l'existence avant l'adoption de la *Charte* et que la législation et réglementation nouvelles ont laissés intacts³⁶. D'autres ont une portée plus générale parce qu'elles examinent la question dans ses fondements et tentent de fixer les principaux paramètres du nouveau régime. On peut en dégager certaines idées maîtresses, pas toujours compatibles les unes avec les autres, mais dont chacune est susceptible de contenir et parfois neutraliser l'effet apparent de l'article 9 de la *Charte*. Il n'est pas sans intérêt de noter que toutes ces décisions rejettent l'argument selon lequel l'article 9 rendait irrecevable le témoignage du praticien.

36. Voir, entre autres, *Sous-ministre du Revenu du Québec c. Steinman*, [1979] C.S. 593, appel rejeté C.A.M., n° 09-000842-799, 8 février 1983, *Protection de la jeunesse — 113*, [1983] T.J. 2091, *Protection de la jeunesse — 115*, J.E. 83-1170 (T.J.) et *Chevrier c. Guimond*, J.E. 84-188 (C.A.). Voir aussi *Léonard c. Sous-ministre du Revenu du Québec*, [1981] C.S. 153 et *Scarlat c. Deschamps*, [1981] C.A. 371. Il n'est pas sûr que l'interprétation développée dans l'affaire *Léonard* soit en tout point compatible avec celle retenue dans l'affaire *Trempe*, [1980] C.A. 571, dont il est question ci-dessous.

3.1. Interprétation réductionniste : les intérêts de la justice ont toujours préséance sur le secret professionnel

Une première interprétation, qu'on pourrait qualifier de réductionniste, veut que le secret professionnel cède devant les intérêts de la justice chaque fois qu'on prétend l'invoquer pour dissimuler au tribunal des faits pertinents au litige. Ainsi conçu, le secret professionnel est par définition relatif : il ne peut être en soi porteur d'un privilège. Une affaire postérieure à l'adoption de la *Charte* situe cette interprétation dans le contexte d'une demande reconventionnelle en annulation de polices d'assurances. Dans *Robitaille c. Cie d'assurance C.N.A.*³⁷, en effet, un assureur cherchait à obtenir le dossier médical complet d'un individu en alléguant qu'il avait fait de fausses représentations sur son état de santé au moment de souscrire une assurance-invalidité. La requête de l'assureur soulevait avant tout un problème de procédure civile qui fut résolu en sa faveur au moyen de l'article 402 C.p.c. Néanmoins, la cour elle-même élargit le débat en se demandant si le secret professionnel faisait obstacle à la procédure de divulgation forcée. M. le juge Fortin relève tout d'abord la prétention de l'assureur selon laquelle « [...] il serait souverainement injuste que le demandeur, retranché derrière le secret professionnel, ne puisse être placé en contradiction avec des déclarations ou des actes qu'il a posés. »³⁸ Il fait ensuite état de deux restrictions au secret professionnel.

La première de ces restrictions concerne « la perpétration d'un acte illégal ou frauduleux ». Cette formule, accompagnée d'une citation, est empruntée au professeur Jean-Louis Baudouin³⁹. Elle s'inspire d'une décision britannique fréquemment citée, *R. v. Cox and Railton*⁴⁰, qui portait sur la confidentialité des communications entre un avocat et son client. La Cour suprême du Canada a récemment reformulé cette restriction en soulignant que les communications de cette nature cessent d'être confidentielles « si et dans la mesure où elles ont été faites dans le but d'obtenir des avis juridiques pour faciliter la perpétration d'un crime »⁴¹. Malgré le silence de l'article 9 de la *Charte* sur ce point, on peut accepter sans difficulté que la restriction s'applique en droit provincial et que, sauf erreur, elle affecte le secret professionnel de toutes les professions. Cela ne signifie pas pour autant qu'elle était déterminante en l'espèce, car rien au dossier n'indiquait que le patient avait une quelconque intention frauduleuse au moment du traitement

37. J.E. 79-565 (C.S.). Les notes qui suivent renvoient au texte intégral du jugement.

38. *Id.*, p. 6.

39. *Supra*, note 10, p. 32.

40. (1884), 14 Q.B.D. 153.

41. *Descôteau et autre c. Mierzwinski*, [1982] 1 R.C.S. 860, p. 881.

et encore moins qu'il avait consulté dans le but d'obtenir l'opinion d'un praticien « pour faciliter la perpétration d'un crime »⁴².

Le jugement va cependant plus loin et s'appuie sur un texte de M^e Adrian Popovici⁴³ pour conclure que « les intérêts de la justice, savoir que la vérité soit présentée au juge, posent une seconde atténuation à l'obligation au secret professionnel »⁴⁴. L'affirmation pouvait avoir une raison d'être avant l'adoption de la *Charte*, mais il est difficile de la justifier aujourd'hui. Si l'on accepte l'existence de cette atténuation, la seule fonction de l'article 9 consiste à empêcher la divulgation en justice de renseignements sans intérêt pour la justice. Comme ces renseignements sont dénués de pertinence au litige, la preuve en est de toute façon irrecevable et la règle que l'article 9 élève à la dignité de droit fondamental ne sert à rien. Pour que la disposition ait un sens, il faut reconnaître au contraire qu'elle sert à consacrer dans tous les cas la préséance du droit à la confidentialité sur les « intérêts de la justice ». Cela peut sembler radical mais le texte s'exprime sans ambiguïté.

42. L'exception que crée l'arrêt *Cox and Railton*, *supra*, note 40, est en réalité fort étroite. Le juge Stephen y écrivait, à la page 168 : « the client must either conspire with his solicitor or deceive him. If his criminal object is avowed, the client does not consult his adviser professionally, because it cannot be the solicitor's business to further any criminal object. If the client does not avow his object he reposes no confidence, for the state of facts, which is the foundation of the supposed confidence, does not exist. » Replacée dans le cadre des rapports entre un médecin et son patient, l'exception s'appliquerait lorsque, par exemple, une personne consulte pour se renseigner sur les effets nocifs d'une substance qu'elle veut administrer à quelqu'un, ou lorsqu'elle prétend de façon mensongère éprouver certains symptômes qui lui permettraient d'obtenir frauduleusement un avantage quelconque. Dans l'affaire *Robitaille*, *supra*, note 37, les consultations et le traitement avaient eu lieu longtemps avant que le demandeur n'obtienne une assurance-invalidité.

43. « Le secret médical et le secret du fonctionnaire », dans *Le secret professionnel et le droit à la confidentialité*, Formation permanente du Barreau du Québec, cours n° 39, 1979, p. 43.

44. *Supra*, note 37, p. 7. Dans ses motifs dans l'arrêt *Cordeau c. Cordeau*, *infra*, note 55, M. le juge Turgeon écrivait dans ce sens, à la page 4 : « L'intérêt de la justice exige la découverte de la vérité. Ici, il est question de l'obligation au silence du médecin devant les tribunaux judiciaires et non pas de son obligation au secret vis-à-vis le public en général. Il faut éviter au médecin de devenir un auxiliaire involontaire de la fraude commise par une partie, par exemple lorsque celle-ci a fait de fausses déclarations en matière d'assurance. » L'argument fondé sur les « intérêts de la justice », argument de principe susceptible d'être invoqué chaque fois qu'une partie se prévaut du privilège, est disproportionné par rapport à la difficulté qu'on cherche à résoudre, sans compter qu'il réduit à néant le privilège. L'argument fondé sur la doctrine de l'arrêt *Cox and Railton*, *supra*, note 40, est inapplicable, à moins de prouver que la consultation servait les fins d'une intention frauduleuse pré-existante. Il serait plus simple de statuer que lorsque le patient fait lui-même de son état de santé et de la connaissance qu'il en avait la principale question du litige auquel il est partie, il renonce au secret professionnel et au privilège qui en découle.

3.2. Interprétation misonéiste : maintien du principe formulé dans l'arrêt *Descarreux c. Jacques*

Selon une autre interprétation, déjà envisagée par le professeur Ducharme⁴⁵, l'article 9 de la *Charte* n'aurait l'effet recherché que dans la mesure où une disposition explicite de la loi impose au praticien l'obligation de garder le secret. Dans cette perspective, qui est au fond celle de l'arrêt *Descarreux c. Jacques*⁴⁶, une règle d'incontraignabilité stipulée par la loi en faveur du praticien ne suffirait pas à préserver dans tous les cas la confidentialité des renseignements divulgués par le patient ou le client. Si, selon cette interprétation, le praticien décide de témoigner, rien ne peut l'en empêcher.

L'affaire *Godbout c. Lehouillier*⁴⁷, elle aussi postérieure à la *Charte*, repose sur cette interprétation. Lors de l'audition d'une requête pour faire interner un alcoolique déjà interdit, la curatrice requérante voulut faire témoigner un psychiatre qui avait traité l'intimé quelque temps auparavant. L'avocat de l'intimé invoqua le secret professionnel mais la cour rejeta son objection. Citant d'abord l'article 9 de la *Charte* et l'article 42 de la *Loi médicale*⁴⁸, M. le juge Rioux s'appuie ensuite sur l'arrêt *Descarreux* pour conclure :

[...] le médecin n'est pas, par la loi, inhabile à témoigner, mais [...] il ne peut être contraint de déclarer ce qui lui a été révélé en raison de son caractère professionnel, ce qui implique qu'il peut témoigner s'il le désire. La *Charte* n'a donc rien changé aux anciennes dispositions de l'article 308 [C.P.C.] relatives au secret professionnel du médecin et la décision précitée de *Descarreux c. Jacques* reste applicable, notwithstanding le remplacement de l'article 308 du Code de procédure civile.⁴⁹

Le jugement ne mentionne pas le *Code de déontologie des médecins*⁵⁰, bien que celui-ci ait été en vigueur à l'époque de l'affaire⁵¹. Cette omission est peut-être à elle seule significative. En effet, puisque la *Charte* déclare dans son article 9 que « [l]e tribunal doit, d'office, assurer le respect du secret professionnel », comment expliquer le silence du jugement à cet égard, sinon parce que le *Code*, selon la cour, n'était d'aucune utilité dans la solution du

45. *Supra*, note 2. Rappelons cependant que ce commentaire portait sur le projet de loi original, avant qu'il ne soit amendé par l'adjonction de l'article 56, paragraphe 3.

46. [1969] B.R. 1109.

47. J.E. 82-605 (C.S.).

48. L.R.Q., c. M-9. L'article en question énonce : « Un médecin ne peut être contraint de déclarer ce qui lui a été révélé en raison de son caractère professionnel. »

49. *Supra*, note 47, texte intégral du jugement, p. 6.

50. R.R.Q., c. M-9, r. 4.

51. Le Code entra en vigueur le 18 septembre 1981, (1981) 113 G.O.Q. II, 5469. Le jugement dans l'affaire *Godbout* fut versé au dossier le 7 mai 1982.

problème ? On peut remarquer, pourtant, que le résultat eut probablement été le même si l'on avait tenu compte des dispositions réglementaires relatives au secret professionnel. Il y avait même deux façons d'y parvenir. Le *Code* comporte, certes, une règle impérative de confidentialité⁵² nettement plus explicite que celle de la *Loi médicale*. Mais il apporte à cette règle un tempérament important qui se lit comme suit :

- 3.04. Le médecin peut cependant divulguer les faits dont il a eu personnellement connaissance, lorsque le patient ou la loi l'y autorise, lorsqu'il y a une raison impérative et juste ayant trait à la santé du patient ou de son entourage.⁵³

En l'espèce, l'état de l'intimé était tel qu'on pouvait craindre pour sa vie. Cela justifiait assurément que, comme le prévoit l'exception, on fasse entorse à la règle du secret. On aurait pu soutenir, également, que la périphrase « lorsque [...] la loi l'y oblige » renvoie à l'article 42 de la *Loi médicale*, disposition permissive qui laisse au médecin le choix de déposer quand bon lui semble. La première solution paraît beaucoup plus harmonieuse que la seconde, laquelle pose de sérieux problèmes d'interprétation et provoque un conflit de normes⁵⁴.

52. L'article 3.01, dans ce qu'il a de pertinent, énonce : « Le médecin doit garder le secret de ce qui est venu à sa connaissance dans l'exercice de sa profession [...] ».

53. R.R.Q. 1981, c. M-9, n. 4. Il faut lire cet article en y ajoutant le mot « ou » avant « lorsqu'il », comme en témoigne la version anglaise du texte.

54. On pourrait tenir l'article 42 de la *Loi médicale* pour la pierre angulaire du régime du secret médical, mais cela dénature le sens de la disposition : après tout, en tant que telle, elle n'oblige pas le médecin à garder le secret et elle ne l'autorise pas non plus à divulguer quoi que ce soit, elle le met simplement à l'abri du régime général de contraignabilité des témoins. En outre, que resterait-il des garanties de confidentialité énumérées au *Code de déontologie* si l'article 42 constituait la disposition fondamentale du régime de confidentialité, celle par laquelle le médecin est « tenu [...] au secret professionnel » selon les termes mêmes de l'article 9 de la *Charte* ? L'article 42, donc, n'est au mieux qu'une exception spécifique, qui intervient lorsque le médecin est assigné comme témoin et qui lui permet de décider sans se préoccuper des désirs de son patient si oui ou non il déposera. Mais si l'article 42 peut être perçu ainsi, c'est-à-dire comme une exception, peut-on véritablement le qualifier de « disposition expresse de la loi » comme le voudrait l'article 9 de la *Charte* ? Certainement pas. Il s'agit d'une disposition expresse, oui, mais elle exprime autre chose qu'une exception au régime de confidentialité. Cette interprétation n'est donc guère convaincante. On pourrait toutefois aborder le problème sous un autre angle. Le médecin, en vertu de l'article 3.01 du *Code de déontologie*, « [...] doit garder le secret de ce qui est venu à sa connaissance dans l'exercice de sa profession [...] » Le *Code* circonscrit cette obligation par son article 3.04, selon lequel « [l]e médecin peut cependant divulguer les faits dont il a eu personnellement connaissance, lorsque [...] la loi l'y autorise [...] » Ce serait le cas de l'article 42 de la *Loi médicale*. Dès lors, chaque fois que le médecin est assigné comme témoin, il n'est plus une « personne tenue par la loi au secret professionnel » au sens de l'article 9 de la *Charte*, lequel cesse par le fait même d'être applicable. Cette dernière interprétation, passablement alambiquée, paraît conforme à la lettre des textes. On peut se

Le raisonnement développé dans l'affaire *Godbout* se retrouve à quelques nuances près dans un arrêt de la Cour d'appel, *Cordeau c. Cordeau*⁵⁵. Les demandeurs cherchaient à faire annuler un testament et avaient assigné le médecin du *de cuius* pour qu'il témoigne sur la cécité et la surdité de ce dernier. Le juge de première instance mit fin d'office à ce témoignage qui selon lui contrevenait à l'article 9 de la *Charte*. Par un arrêt qui comporte une forte dissidence de M. le juge Nolan, la Cour d'appel cassa ce jugement. Les motifs majoritaires des juges Paré et Turgeon insistent surtout sur le sens de l'article 42 de la *Loi médicale* au sujet duquel M. le juge Paré écrit :

[...] s'il se trouve une disposition de la loi qui impose au médecin le silence devant une cour de justice, ce n'est certes pas l'article 42 de la *Loi médicale* [...] qui a seulement pour effet d'éviter de faire du médecin un témoin contraignable.

Au surplus, en édictant l'article 9 de la charte, le législateur n'a pas cru à propos de modifier à l'article 42 de la *Loi médicale* le principe que consacraient antérieurement l'article 308 C.p. et l'article 60(2) de l'ancienne loi médicale. Ceci démontrerait l'intention du Législateur de conserver intact ce principe en lui conservant les mêmes normes d'application selon l'interprétation constante que lui avait reconnue jusque-là la jurisprudence.⁵⁶

M. le juge Turgeon partage cet avis. Une brève allusion au *Code de déontologie des médecins* dans les motifs du juge Paré⁵⁷ confirme qu'à ses yeux ce texte réglementaire n'empêchait pas le médecin de témoigner en l'occurrence. Pour M. le juge Nolan, par contre, l'effet convergent des articles 9 et 56 de la *Charte* d'une part, et des articles 3.01 à 3.05 du *Code de déontologie des médecins* d'autre part, interdisait au témoin de déposer sur l'état physique de son patient.

demander, malgré tout, si la périphrase « lorsque la loi l'y autorise » dans l'article 3.04 du *Code* était destinée à inspirer ce raisonnement peu simple. Pourquoi tant de circonlocutions ? Comment expliquer, d'autre part, le sens de l'article 3.06.02 du *Code de déontologie des infirmières et infirmiers*, R.R.Q. 1981, c. I-8, r. 4, qui prévoit entre autres choses : « Le professionnel en soins infirmiers ne peut être relevé du secret professionnel qu[e] [...] lorsque la loi l'ordonne. » ? Est-ce à dire que la confidentialité des rapports patient-médecin ne mérite pas la même protection que celle des rapports patient-infirmière ?

55. Jugement inédit du 15 mars 1984, C.A.Q., n° 200-09-000443-819. Voir aussi *Protection de la jeunesse* — 19, [1983] C.S. 1072, p. 1077.

56. *Ibid.*, p. 2.

57. *Ibid.*, p. 3. L'article 3.01 de ce code, R.R.Q. 1981, c. M-9, r. 4, énonce que le médecin « [...] doit notamment s'abstenir de tenir des conversations indiscrettes au sujet de ses patients ou des services qui leur sont rendus ou de révéler qu'une personne a fait appel à ses services, à moins que la nature du cas ne l'exige. » Le juge Paré remarque après avoir cité cet article : « [...] s'il est un cas de nature à exiger le témoignage du médecin, c'est bien celui où l'on cherche en justice à connaître la véritable intention d'un testateur dans la disposition testamentaire de ses biens. » Bien qu'il y ait là matière à interprétation, on pourrait croire que le mot « cas » doit s'entendre dans un sens médical et non pas comme un anglicisme synonyme de *case*.

Dans les nombreuses juridictions où le privilège n'est accordé que parcimonieusement et dans le cadre de quelques professions seulement, le client de l'avocat est habituellement le premier servi, suivi parfois du patient traité par un médecin. La personne qui a consulté un agronome, un comptable, un ingénieur ou un membre d'une autre profession libérale ne peut empêcher celui ou celle qu'elle a consulté de témoigner en justice. Au Québec, paradoxalement, la jurisprudence fait des médecins et de quatre autres corps professionnels connexes des catégories d'exception⁵⁸ : les lois applicables dans leur cas contiennent une règle d'incontraignabilité qui, interprétée à la lumière de l'arrêt *Descarreaux c. Jacques*⁵⁹, prive le patient du pouvoir de décider si le praticien pourra témoigner. Mais comme les lois qui régissent les autres professions ne recèlent pas de disposition semblable, elles ne peuvent se prêter à cette interprétation. La seule norme applicable se trouve donc dans le code de déontologie pertinent, lequel comme tous les autres crée une obligation générale au secret professionnel. Il en résulte que le client d'une chimiste, d'un diététiste, d'une technologue des sciences appliquées ou d'une urbaniste a plus de droits sur ce plan que le malade traité par un médecin. À moins qu'il n'ait voulu à tout prix créer un régime dont le principal mérite serait sa singularité, il est absolument invraisemblable que le législateur ait souhaité ce résultat. Cela dit, les textes par lesquels il s'est exprimé peuvent conduire à cette situation et contraindront les tribunaux à pratiquer des distinctions sémantiques sans doute opportunes mais imprévisibles et peu convaincantes.

Il est difficile, en regard des textes, d'apporter une solution satisfaisante à un problème comme celui soulevé par l'affaire *Cordeau c. Cordeau*. L'interprétation retenue par M. le juge Nolan paraît plus conforme à la lettre et à l'esprit de la loi que celle des juges majoritaires. Si toutefois il fallait absolument combler une lacune des textes et conclure à la recevabilité du témoignage, il eut mieux valu le faire sans attaquer le privilège dans son fondement, en particularisant le motif de recevabilité. Dans une situation de ce genre, les tribunaux américains présument que le testateur aurait renoncé au privilège : « the assumption should prevail » écrit McCormick « that the deceased would desire that the validity of his will should be determined in the fullest light of the facts »⁶⁰. Ce raisonnement s'harmonise aussi bien avec les termes de l'article 9 que celui des juges majoritaires ; il a en outre l'avantage de résoudre un cas d'espèce de façon ponctuelle.

58. Ce sont les chiropraticiens, les dentistes, les médecins vétérinaires et les podiatres ; voir *supra*, note 6.

59. *Supra*, note 46.

60. MCCORMICK, *supra*, note 12, p. 219.

61. [1980] C.A. 571.

3.3. Interprétation littérale : le privilège ne protège que les « révélations » comprises dans un sens étroit

En exerçant un contrôle rigoureux sur le concept de confidentialité, les tribunaux peuvent restreindre considérablement la portée apparente de l'article 9 de la *Charte* sans pour autant réduire à néant la règle d'irrecevabilité qu'il contient. L'arrêt de principe sur ce point, *Trempe c. Dow Chemical of Canada Ltd.*⁶¹, a déjà été mentionné plus haut, mais il y a lieu d'en étudier ici les motifs relatifs aux limites de la confidentialité devant les tribunaux.

L'affaire impliquait un ingénieur qui comparaisait en qualité d'expert de la demanderesse dans un procès pour malfaçon. Cet ingénieur avait préparé un rapport, que la demanderesse versa au dossier, sur les propriétés d'un matériau isolant fabriqué par l'un des appelés en garantie. Contre-interrogé sur ce rapport, l'ingénieur invoqua le secret professionnel et refusa de répondre à trois questions ou séries de questions : l'une sur l'identification d'un édifice examiné parmi une quarantaine d'autres lors de ses recherches, une seconde sur les caractéristiques des édifices ainsi examinés et une troisième sur l'opinion qu'il s'était faite à partir des constatations effectuées pendant son travail. Ce refus lui valut trois condamnations à l'amende pour outrage au tribunal et il porta les jugements en appel, soutenant comme en première instance qu'il était lié par le secret professionnel. Un facteur aurait pu compliquer singulièrement le problème. Les expertises avaient été effectuées à la demande de tiers dont presque tous avaient consulté un avocat et envisageaient d'intenter une poursuite pour malfaçon. Le secret professionnel des avocats consultés en vue d'éventuels litiges aurait donc pu influencer sur la décision. La Cour d'appel ne s'arrête pas sur cet aspect du problème et se prononce seulement sur le secret professionnel de l'ingénieur.

Le *Code de déontologie des ingénieurs*⁶², rappelons-le, énonce à l'article 3.06.01 que l'ingénieur « doit respecter le secret de tout renseignement de nature confidentielle obtenu dans l'exercice de sa profession ». Bien que cette disposition ait été en vigueur à l'époque pertinente, la Cour s'en tient aux termes de l'article 9 de la *Charte* suivant lesquels le praticien ne peut divulguer les renseignements confidentiels qui lui ont été « révélés » en raison de sa profession. S'il y a une nuance à faire entre les renseignements « obtenus » et les renseignements « révélés », il est logique que le second qualificatif conditionne l'application du privilège, puisque c'est l'article 9 de la *Charte* et non le *Code de déontologie* qui en traite spécifiquement. Les motifs de M. le juge Bernier expliquent ce qu'il faut entendre par ces termes :

Les faits physiques qu'un enquêteur (qu'il s'agisse ou non d'un professionnel) constate au cours de l'examen qu'il fait d'un objet, de lieux, au cours de visites,

62. R.R.Q., I-9, r. 3.

d'expériences, de tests, n'entrent pas dans le concept de « renseignements confidentiels qui (lui) sont révélés ». Ce n'est pas par confiance ni même par d'autres qu'il les a connus ; il les a lui-même découverts, par son propre fait. Par rapport à ces faits, il est le témoin propre : son témoignage en constitue une preuve directe, contrairement aux renseignements qu'on a pu lui révéler sur lesquels son témoignage n'aurait aucune valeur probante, ne constituerait que du oui-dire (et qui ne pourraient être retenus comme données valables pour fonder son expertise que si preuve en est régulièrement faite). Par rapport à ces faits, il est un simple témoin.⁶³

Ce passage, qui contient les principaux éléments du raisonnement de la cour, appelle deux séries de remarques : la première sur la distinction entre faits révélés et faits constatés et la seconde sur la relation entre le oui-dire et le privilège.

Théoriquement, on le sait, il n'est pas nécessaire que l'assiette du secret professionnel soit exactement la même que celle du privilège qui s'y attache. L'obligation de discrétion en présence de tiers devrait viser aussi bien les faits révélés au praticien lors d'un entretien privé avec son client que ceux observés par lui en pratiquant sa profession. C'est son appartenance à un corps professionnel qui lui donne accès à certains renseignements et il n'y a aucune raison pour que des tiers profitent par intérêt ou simple curiosité de cette source d'information fortuite quant à eux. Dans une instance contestée, par contre, la discrétion professionnelle ne revêt plus qu'une importance relative : la solution d'un conflit de droit n'a pas de commune mesure avec la satisfaction d'une curiosité plus ou moins gratuite et le secret ne mérite d'être maintenu que lorsque la divulgation emporterait des conséquences plus néfastes que son contraire. La distinction entre faits révélés et faits constatés restreint l'assiette du privilège sans nécessairement modifier celle du secret professionnel ; en l'occurrence, par exemple, l'obligation déontologique au secret portait sur les renseignements « obtenus » dans l'exercice de la profession. Cette distinction confine le privilège à ce qui fait l'essentiel de la relation entre le praticien et son client. Elle paraît rationnelle car on risque plus de porter atteinte à la confiance réciproque en divulguant le contenu de la consultation qu'en permettant un témoignage sur un état de fait durable, qui ne pouvait de toute façon être dissimulé et dont toute personne désireuse de se renseigner pouvait faire le constat empiriquement.

Mais si la distinction se justifie assez bien dans le cadre de certains rapport professionnels⁶⁴ (ceux qui impliquent, notamment, les avocats,

63. [1980] C.A., p. 581.

64. Le professeur Baudouin écrivait cependant à ce sujet : « On peut argumenter qu'un fait pour être révélé, ne l'est pas nécessairement par une conversation et donc que, du moment où le client voit le professionnel, il accepte aussi de révéler certaines choses [par] le biais de la simple constatation visuelle. Il n'y a malheureusement aucune décision claire sur la question quant à l'avocat. » *Supra*, note 46, p. 23.

notaires et comptables), elle se justifie moins bien dans le cadre de plusieurs autres professions dont les membres font un travail scientifique ou technique. C'est tout spécialement le cas des professions médicales et paramédicales, où les membres sont fréquemment appelés à constater des faits dont le patient peut ignorer jusqu'à l'existence mais que, une fois renseigné, il voudra absolument garder confidentiels. Or ces professions sont parmi les premières qu'il semble opportun de munir d'un privilège. Dans certaines juridictions américaines où les relations patient-médecin font l'objet d'un privilège, celui-ci comme il se doit couvre non seulement les révélations mais aussi les faits que le praticien n'a pu éviter d'observer en traitant son patient⁶⁵. Selon les circonstances, on pourra être tenté de conclure que la distinction formulée par l'arrêt *Trempe* n'est pas d'application universelle ; sinon, pourquoi avoir créé un privilège qui prétend viser entre autres une trentaine de professions scientifiques et techniques dont la principale et parfois la seule activité consiste à observer et analyser des faits plutôt qu'à recueillir des révélations ?⁶⁶ Il est tout à fait compréhensible que la Cour d'appel ait voulu atténuer l'effet de l'article 9 de la *Charte* mais elle use pour ce faire d'une distinction dangereuse qui trahit peut-être l'intention législative. Si le législateur avait examiné le problème dans toutes ses facettes avant d'intervenir à l'emporte-pièce, il aurait épargné aux tribunaux la tâche ingrate de repenser au hasard des litiges une réforme aussi hâtive qu'incomplète.

La relation dont la cour souligne l'existence entre la règle du oui-dire et l'objet du témoignage à l'encontre duquel on invoque le privilège est à elle seule significative : elle ajoute une variable au problème pourtant déjà pourvu en complications de toutes sortes. La cour note que les faits *constatés* par le praticien sortent du champ d'application de l'article 9 parce qu'ils ne lui ont pas été révélés par son client. En revanche, les faits *révélés* au praticien tomberaient sous le coup de l'article 9 s'il était appelé à témoigner, mais son témoignage sur ces révélations serait de toute façon irrecevable car il constituerait du oui-dire. On sait que le témoignage de l'expert doit lui aussi se conformer à la règle du oui-dire. C'est en la lui appliquant que les tribunaux ont le plus couramment recours à la distinction entre faits révélés

65. McCORMICK, *supra*, note 12, p. 215.

66. C'est ce que fit le juge de première instance dans l'affaire *Cordeau*, *supra*, note 55. M. le juge Nolan cite le passage suivant à la page 6 : « [...] dans le cas de *Trempe*, il s'agissait d'une expertise sur un immeuble qui était déjà là au su et vu de tout le monde et qui aurait pu être expertisé par l'une ou l'autre des parties en vertu du droit civil. Et par ailleurs, dans le cas qui nous occupe, il s'agit d'une personne physique et la personne physique jouit de certains droits dont les immeubles ne jouissent pas et ces droits sont rapportés à la charte des droits de la personne [...] ».

et faits constatés⁶⁷. Il arrivera, comme dans l'affaire *Trempe*, que le praticien visé par l'article 9 témoigne en qualité d'expert, mais qu'en sera-t-il s'il dépose à titre de simple témoin? Outre l'interdiction qui lui est alors faite, comme à tout autre témoin, d'émettre une opinion, il ne peut non plus faire état de faits qu'on lui a relatés sans qu'il les ait lui-même constatés; s'il tente de témoigner ainsi, on peut s'y opposer en soulevant la règle du oui-dire. Dans cette optique, le rôle actif du privilège devient extrêmement confiné. Il conserve malgré tout son utilité à certaines fins précises.

Notons tout d'abord qu'il se distingue de la règle du oui-dire parce qu'il est d'ordre public. Il a donc de ce seul fait une certaine valeur supplétive, car le tribunal devra venir à la rescousse d'une partie qui n'aurait soulevé ni l'objection du oui-dire, ni celle du secret professionnel. Ce sera le cas même si le client du praticien, n'étant pas partie au litige, est dans l'impossibilité juridique ou matérielle de soulever une objection. Mais ces hypothèses ne sont guère plausibles. Le privilège, d'autre part, conservera toute son utilité si les révélations faites au praticien sont recevables en dépit de la règle du oui-dire, soit parce qu'elles tombent sous l'une de ses exceptions, soit parce que l'espèce constitue ce qu'il est convenu d'appeler un cas de « non-application » de la règle⁶⁸. L'aveu extrajudiciaire en fournit un bon exemple⁶⁹, d'autant plus pertinent que le client qui s'est livré au praticien sera le plus souvent une partie au litige et donc une personne dont peut émaner un aveu. Pour illustrer les difficultés qui résultent de l'interdépendance entre le privilège et la règle du oui-dire, on peut choisir comme exemple les faits de l'affaire *Godbout c. Lehouillier*⁷⁰, mentionnée plus haut.

67. Voir notamment *R. c. Abbey*, (1982) 138 D.L.R. (3d) 202, p. 215 s. (C.S.C.), et le Rapport du groupe de travail fédéral-provincial sur l'uniformisation des règles de preuve, *supra*, note 13, p. 163. Il faut, bien sûr, tenir compte de l'apport des règles de common law en matière de oui-dire : *Royal Victoria Hospital et al. c. Morrow*, [1974] R.C.S. 501.

68. Voir sur cette distinction. A. NADEAU et L. DUCHARME, *Traité de droit civil du Québec*, tome IX, Montréal, Wilson et Lafleur, 1965, n° 184 et suivants, et L. DUCHARME, *Précis de la preuve*, 2^e éd., Ottawa, Éditions de l'Université d'Ottawa, 1982, par. 469 et suivants.

69. Il se trouve justement qu'il y a controverse sur la nature de l'aveu extrajudiciaire : s'agit-il d'une exception à la règle (*Royal Victoria Hospital, supra*, note 67, p. 510) ou d'un cas de non-application de la règle (L. DUCHARME, *supra*, note 68, par. 485)? S'il s'agit d'une exception, il devrait logiquement faire preuve de son contenu, car, comme la plupart des autres types de déclarations qui font exception à la règle, il offre de meilleures garanties de véracité que du oui-dire pur et simple. L'aveu est en substance une déclaration compromettante et il est indéniable qu'on ment rarement pour se faire du tort. En outre, l'auteur, partie en litige, est généralement en mesure de témoigner en personne s'il veut s'expliquer sur le sens de ses paroles. S'il s'agit d'un cas de non-application de la règle, l'aveu ne devrait pas faire preuve de son contenu mais seulement démontrer l'existence d'une contradiction entre ce que son auteur disait hors du prétoire et ce qu'il allègue par les actes de sa procédure écrite. Les deux interprétations sont compatibles avec les dispositions du *Code civil du Bas-Canada* puisqu'elles ne traitent pas de la force probante de l'aveu extrajudiciaire.

70. *Supra*, note 47.

Supposons que l'intimé ait admis devant son médecin, après son interdiction, qu'il continuait de faire une consommation abusive d'alcool. Ce fait, pertinent dans l'instance où sa curatrice cherche à faire interner le déclarant, peut être relaté par le médecin. La déclaration constitue à première vue du oui-dire et elle est irrecevable. Elle peut cependant être qualifiée d'aveu extrajudiciaire de l'intimé, à condition qu'on résolve le problème que pose la capacité du déclarant⁷¹ : elle devient donc recevable malgré la règle du oui-dire. Mais comme il s'agit d'une révélation faite au praticien en raison de sa profession, il est lié par le secret professionnel, à moins qu'on accepte l'interprétation fondée sur l'article 42 de la *Loi médicale*⁷² ou sur l'article 3.04 du *Code de déontologie des médecins*⁷³. Le va-et-vient entre la recevabilité et l'irrecevabilité donne au raisonnement les apparences d'une intrigue à tiroirs. Si le privilège n'a qu'une utilité résiduaire limitée aux cas qui font exception à la règle du oui-dire, le régime du oui-dire avec toute sa splendeur ornementale et sa complexité propre devient en quelque sorte l'antichambre du privilège professionnel. Ce résultat est surprenant.

Conclusion

Lorsqu'il traite du secret professionnel sous son aspect déontologique, le droit positif québécois peut être cité en exemple pour sa cohérence. D'ailleurs, avec son régime novateur, à la fois intégré et décentralisé, la juridiction se situe à l'avant-garde en matière de droit professionnel.

Il en va différemment du secret professionnel sous son aspect judiciaire. À cet égard, l'état actuel du droit positif québécois laisse beaucoup à désirer : d'un côté, un texte de loi et une réglementation sans nuance qui, interprétés libéralement, contraindraient les tribunaux à faire fréquemment acte de démission ; de l'autre, une jurisprudence empreinte de méfiance, qui tente d'éviter les obstacles dans la recherche des faits, mais qui risque de s'enliser dans sa casuistique. Il faut repenser le secret professionnel en accordant la même importance à son aspect judiciaire qu'à son aspect déontologique, et

71. En droit civil, la capacité de disposer de ses biens est une condition d'existence, et donc de recevabilité, de l'aveu moyen de preuve (voir NADEAU et DUCHARME, n° 605, DUCHARME, par. 235, *supra*, note 68 et *Boileau c. Lacroix*, [1983] C.S. 1200, p. 1202-3.). En common law, cette condition ne s'applique pas à l'aveu, déclaration recevable en dépit de la règle du oui-dire ; l'aveu n'a qu'une portée testimoniale et la capacité de discernement du déclarant n'est qu'un facteur d'appréciation de sa force probante (voir MCCORMICK, *supra*, note 12, p. 631, et *Alderman c. Alderman*, [1958] 1 All E.R. 391.). Dans l'exemple inspiré de l'affaire *Godbout*, le droit mis en cause est de nature extra-patrimoniaire, de sorte que l'argument fondé sur la capacité de disposer est peu convaincant.

72. *Supra*, texte d'appel de la note 49.

73. *Supra*, texte d'appel de la note 53.

se demander dans le cas de chaque profession si les raisons qui militent en faveur de la confidentialité justifient une équation universelle entre secret professionnel et privilège. On a tenté de démontrer dans les pages qui précèdent que la réponse à cette question doit être négative. L'équation se justifie à des degrés variables, d'une profession à l'autre, ou même d'une espèce à l'autre, mais la symétrie absolue entre les deux notions entraîne, comme on l'a déjà dit, l'atrophie de l'une ou l'hypertrophie de l'autre.

Une modification de fond à l'article 9 de la *Charte des droits et libertés de la personne* n'est peut-être ni nécessaire ni désirable. Supprimer le privilège professionnel ou le remplacer par une norme de confidentialité laissée à l'appréciation discrétionnaire du juge équivaldrait à sauter d'un extrême à l'autre. Pour être véritablement efficace, le nouvel article 9 devrait tenir compte de nombreux facteurs de différenciation, ce qui alourdirait une disposition d'un texte par ailleurs dépouillé puisqu'il traite de principes sans élaborer sur leurs multiples applications. En redonnant au mot «loi», employé dans l'article 9, son sens restreint (ce qui pourrait être fait en excluant l'article 9 du champ d'application de l'article 56, paragraphe 3), on rétablirait à peu de choses près le régime antérieur à la *Charte*. Cette modification ne serait, bien entendu, qu'un point de départ. L'obligation déontologique céderait le pas devant l'obligation de témoigner, à moins qu'une autre disposition formelle d'une loi ne vienne prolonger le secret professionnel par un privilège. Dans cette hypothèse, le législateur pourrait envisager le privilège professionnel dans le cadre de la loi constitutive de chaque corporation professionnelle et, à titre d'exemple, pourrait réaménager les dispositions de la *Loi médicale* de manière à écarter le principe posé par l'arrêt *Descarreaux c. Jacques*. La solution comporte cependant des désavantages. Elle nécessiterait plusieurs interventions législatives pour résoudre un problème qui, disons-le, est tout de même moins pressant que d'autres. Elle provoquerait l'éparpillement des normes de confidentialité alors qu'il est préférable de les réunir dans un même texte ou, du moins, dans une réglementation relevant d'une même loi et tendant vers l'uniformité. Enfin, l'obligation déontologique au secret professionnel, lorsqu'elle émane d'un règlement, cesserait d'être le pendant d'un droit fondamental puisque l'article 9 de la *Charte* ne viserait plus que l'obligation *légale* au secret professionnel.

Une autre solution consisterait à codifier le régime du privilège professionnel soit par un texte réglementaire unique, soit par des modifications aux codes de déontologie, en procédant dans les deux cas sous l'empire du *Code des professions* et des lois professionnelles. Cette façon d'aborder le problème permettrait la mise en place, comme ce fut le cas pour le secret professionnel sous son aspect déontologique, d'un régime uniforme dans ses principes mais

particularisés dans ses applications. L'obligation au secret pourrait ainsi être levée dans certains types de litiges, ou pour certaines fins précises. Le résultat serait probablement le meilleur qu'on puisse espérer au plan de la rationalité des normes et de la clarté des textes, ce qui faciliterait la tâche et des tribunaux et des professions. Aborder le problème de la sorte soulève cependant quelques difficultés. Il faudrait abroger les dispositions de certaines lois particulières qui traitent du secret professionnel et qui ont survécu après l'avènement de la *Charte* ; sinon, l'interprétation retenue dans l'arrêt *Cordeau c. Cordeau* risquerait de se perpétuer. Sans doute faudrait-il aussi reformuler l'article 9 de la *Charte* car dans son libellé actuel il s'accommode mal avec la distinction entre les aspects déontologique et judiciaire du secret professionnel. C'est presque par parenthèse, avec les mots « même en justice », qu'il fait allusion au privilège ; un règlement qui pour certains types de situations créerait une obligation au secret applicable « sauf en justice » serait probablement nul parce que contraire à la *Charte*. Enfin, autre inconvénient de cette solution, une réforme axée sur la réglementation relèverait surtout des corporations professionnelles et de l'Office des professions. Or, il n'entre pas nécessairement dans la vocation de ces organismes d'apprécier à leur juste valeur les arguments favorables au resserrement du privilège professionnel.

La réforme dont il est question ici ne peut, faut-il le préciser, être accomplie par les tribunaux. La jurisprudence a, tour à tour, interprété de façon étroite la notion de révélation, tablé sur les vestiges de l'arrêt *Descarreaux c. Jacques* et invoqué l'intérêt supérieur de la justice. Ces solutions sont toutes également téléologiques et aucune n'est viable à long terme. Elles produisent le résultat recherché, lequel est généralement souhaitable dans l'espèce, mais transplantées ailleurs elles pourraient avoir des conséquences aussi fâcheuses qu'inattendues. On n'y échapperait qu'au prix de nouvelles distinctions, imprévisibles pour le praticien qui, malgré sa bonne foi, s'expose à une condamnation pour outrage au tribunal.

Règle déontologique et règle de preuve, l'article 9 de la *Charte des droits et libertés de la personne* n'a pas jusqu'ici provoqué beaucoup de litiges. Les difficultés qu'il engendre ne sont donc pas, statistiquement parlant, un problème brûlant. Il serait toutefois regrettable que ce problème passe inaperçu et que le régime tel qu'il existe demeure inchangé.