

## Descarreaux v. Jacques: un commentaire

Il s'agit ici de l'appel d'un jugement de M. le juge W. Morin rendu dans la Cour supérieure du district de Québec, le 7 mars 1968.

Le jugement porte sur le sens à donner à l'article 308 C.P.C. en ce qui concerne le secret professionnel des médecins.

Rappelons brièvement les faits : le demandeur intente une action en dommages-intérêts contre le défendeur, médecin psychiatre, pour «mal practice» de sa part. Le demandeur allègue, entre autres choses, avoir été interné sans motif à un hôpital pour traitement de désordres mentaux. Le défendeur plaide justement que c'est à cause de ces désordres qu'il a recommandé son internement.

Au cours de l'interrogatoire pour le compte de la défense, le procureur appela comme témoin le docteur M. Caux qui avait soigné M. Jacques au préalable. C'est alors que le procureur du demandeur formula une objection en vertu de l'article 308 C.P.C. En effet celui-ci nia au défendeur le droit de faire entendre le docteur Caux ou d'autres médecins pour dévoiler le secret professionnel médical à *moins d'en avoir été relevé au préalable par le demandeur lui-même*.

Un élément de la preuve du défendeur est aussi à souligner avant d'aborder l'étude de la décision :

Les procureurs du défendeur, avec l'autorisation du tribunal produisent en liasse des lettres (signées par le demandeur) émanant de l'étude légale des procureurs du demandeur, lettres autorisant spécifiquement et nommément un psychiatre y nommé à prendre connaissance des dossiers médicaux du demandeur dans certains hôpitaux respectivement mentionnés dans les lettres et dans lesquels le demandeur aurait séjourné.<sup>1</sup>

Quelle était autrefois la loi en ce qui a trait au secret professionnel médical avant le nouveau Code de Procédure Civile. L'article 332 se lisait comme suit :

Il ne peut être contraint de déclarer ce qui lui a été révélé confidentiellement à raison de son caractère professionnel comme aviseur religieux ou légal, ou comme fonctionnaire de l'Etat lorsque l'ordre public y est concerné.<sup>2</sup>

Les médecins n'étaient donc pas mentionnés ici. Mais ils étaient tenus au secret professionnel par le lien corporatif. En effet l'article 60(2) de la *Loi Médicale* dit ceci :

Un médecin ne peut être contraint de déclarer ce qui lui a été révélé à raison de son caractère professionnel.<sup>3</sup>

---

<sup>1</sup> Jugement de la Cour supérieure, district de Québec, no 147-350, à la p. 4.

<sup>2</sup> L'article 332.

<sup>3</sup> 1964 S.R.Q. c. 249, article 60(2).

C'est sur ce seul texte que reposait le secret professionnel médical avant le nouveau Code de Procédure Civile. Autour de ce texte s'était développé toute une jurisprudence.

Il s'était développé en jurisprudence deux écoles de juristes à l'égard de l'interprétation des devoirs et des droits d'un médecin par rapport au secret professionnel.

Pour l'une de ces écoles le secret professionnel médical était d'ordre public, et, partant, ne pouvait être dévoilé pour aucune considération et cela même avec le consentement exprès du malade au dévoilement dudit secret professionnel médical.<sup>4</sup>

L'autre école admettait la validité du consentement du malade à délier son médecin du secret professionnel.

En Cour supérieure, les procureurs du défendeur firent grand état de la cause *Mutual Life Insurance Co. of New York v. Dame Jean-notte-Lamarche*<sup>5</sup> où l'on optait pour la seconde école.

Il importe d'analyser immédiatement ce jugement pour y déceler les modalités de la règle du secret médical avant le nouveau code.

Dans ce cas, la Mutual Insurance Co. of New York demandait l'annulation de la police d'assurance émise en faveur de l'assuré par suite de la fausseté des représentations et des réticences dudit assuré. Le médecin de l'assuré pouvait-il s'objecter à témoigner? Tel était le problème.

Le juge Rivard note d'abord que l'article 60(2) de la *Loi Médicale* est le seul que nous possédions pour résoudre ce problème. Il se demande tout d'abord à qui appartient le secret :

De qui est-il la propriété? *Il devrait appartenir au patient et celui-ci pourrait donc délier le médecin. Ce serait logique.* Cependant d'après notre texte, il semble que le médecin soit aussi maître de son secret. En effet il ne peut être contraint de parler, mais il est libre de parler s'il le veut. Et sauf s'il peut encore être relevé du secret, on arrive à cette étrange solution que le médecin peut se taire quand même son patient voudrait qu'il parle, et que d'autre part il peut parler quand même son patient voudrait qu'il se taise.<sup>6</sup>

Donc, le médecin est maître de son secret. En un seul cas pourra-t-il être obligé de témoigner : c'est lorsqu'il est relevé du secret professionnel par le patient : alors le patient, en déliant le médecin, fait sortir du domaine confidentiel le fait sur lequel le médecin

<sup>4</sup> Jugement de la Cour supérieure, p. 6.

<sup>5</sup> (1935), 59 B.R. 510.

<sup>6</sup> *Ibid.*, à la p. 522; Rivard, J., continue (à la p. 524) : « Si donc le médecin est relevé du secret par le patient, il n'y a plus rien de confidentiel et le médecin peut être contraint de parler... Dans notre espèce... le médecin avait été relevé de tout secret professionnel par l'assuré, son patient... Le docteur Collette ne pouvait donc pas invoquer le secret médical ».

refusait de témoigner. C'est seulement dans ce cas que le patient serait en quelque sorte «maître de son secret».

Or dans le cas de *Mutual Insurance*, le patient avait délié le médecin de l'assurance de son secret professionnel médical: dans ce cas la Cour pouvait obliger le médecin à témoigner car alors la raison même du secret professionnel, c'est-à-dire le caractère confidentiel, était disparue.<sup>7</sup>

Il nous apparaît nécessaire ici de soulever la conception que les juges se faisaient du secret professionnel avant le nouveau code.

Comme nous l'avons vu le *Code* ne mentionnait pas les médecins comme bénéficiant du secret médical et ce n'est que le lien corporatif qui garantissait une certaine prérogative au médecin. L'article 60(2) ne parlait aucunement du droit du patient au secret professionnel de celui à qui il s'était confié: cette mesure 60(2) ne visait qu'à protéger le médecin et indirectement le secret professionnel.

Il apparaît donc que juridiquement le caractère d'ordre social du secret professionnel était écarté.

Comme le souligne le juge Rivard, *logiquement le secret devrait appartenir au patient* et il pourrait délier le médecin.<sup>8</sup> Il y aurait une espèce de contrat entre le médecin et le patient; ainsi une des parties pourrait être déliée de son obligation par l'autre.<sup>9</sup>

De même le juge Saint-Germain entrevoit la relation client-médecin comme un certain contrat où l'un ne peut révéler sans le consentement de l'autre:

En réalité il y a deux parties en cause ayant également droit au silence du confident: la société et la personne qui a confié le secret et que le consentement de l'une d'elles seulement ne saurait délier d'une obligation qui existe vis-à-vis de toutes deux.<sup>10</sup>

Cette conception du secret professionnel comme un espèce de contrat, cette conception qui investit le patient de la propriété du secret conduit à reconnaître le patient comme maître du secret et non le médecin. Ce serait logique, mais malheureusement le *Code* à l'époque du jugement ne reconnaissait pas le caractère social de ce secret. Il ne fallait pas s'attendre à trouver dans la *Loi Médicale* une disposition reconnaissant le droit du patient mais bien plutôt, dans le cadre de cette loi, un droit reconnu au médecin, si bien que nulle part dans la loi le droit du patient au secret n'était reconnu.

---

<sup>7</sup> *Ibid.*, à la p. 524.

<sup>8</sup> *Ibid.*, à la p. 522.

<sup>9</sup> *Idem*, p. 524.

<sup>10</sup> *Ibid.*, à la p. 515.

Voyons donc maintenant comment le juge de première instance dans la cause *Descarreaux v. Jacques* a résolu ce problème en tenant compte du nouvel article 308 C.P.C. que nous reproduisons ici :

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

1 — ...

2 — les avocats, les notaires, les médecins et les dentistes; à moins dans tous les cas, qu'ils n'y aient été autorisés, expressément ou implicitement, par ceux qui leur ont fait ces confidences.

Premièrement, il se réfère aux commentaires des Commissaires au sujet de l'article 308 C.P.C. :

Cet article n'apporte aucune modification à la disposition de l'article 332 du Code en ce qui concerne les prêtres et autres ministres du culte, mais il déroge au droit existant pour les personnes qui y sont visées. On se rappelle les controverses soulevées par la question du secret médical: d'après les uns, le secret aurait sa source dans l'ordre public et serait en conséquence inviolable, sans égard à la volonté de celui qui l'a confié; d'après les autres, le secret appartiendrait au malade qui devrait toujours pouvoir en délier. C'est cette dernière opinion qui a prévalu en jurisprudence, et les Commissaires sont d'avis qu'elle doit être consacrée par un texte. On observera que la disposition suggérée vise également les avocats, les notaires, les médecins et les dentistes, qui bénéficient tous du même privilège en vertu de lois particulières.<sup>11</sup>

Selon les Commissaires donc l'article 308 déroge au droit existant en ce qui concerne les personnes mentionnées aux alinéas deux et trois de cet article. Les Commissaires ont considéré le débat qui avait précédé comme un débat impliquant directement la volonté du patient; dans un cas, malgré la volonté du patient, l'ordre public rendait le secret inviolable; dans l'autre le secret appartiendrait au malade qui devrait toujours pouvoir l'en délier. Les Commissaires ont décidé de respecter ce droit du patient: ils ont décidé de reconnaître au patient la propriété du secret.<sup>12</sup> Et c'est ce droit qu'ils ont voulu voir respecter en l'ajoutant à l'alinéa second, «à moins dans tous les cas qu'ils n'y aient été autorisés, expressément ou implicitement, par ceux qui leur ont fait ces confidences».

C'est aussi ce droit que le juge de première instance a voulu reconnaître :

Considérant que le principal intéressé dans cette discussion entre juristes étant somme toutes le client du médecin, le malade et le justiciable, les Commissaires se crurent justifiés de trancher la question définitivement par un texte dans le sens de l'article 308 du Code de Procédure Civile pour l'entière protection et du justiciable et du client du médecin et, aussi, du médecin lui-même.<sup>13</sup>

<sup>11</sup> Jugement, C.S., à la p. 5.

<sup>12</sup> Cf. à ce sujet les notes du juge Rivard reproduites plus haut.

<sup>13</sup> Jugement, C.S., à la p. 7.

Ainsi dans le cas qui nous préoccupe, le juge reconnaît les prétentions du défendeur au fait qu'une fois poursuivi en dommages pour «mal practice» le médecin est tacitement relevé par le demandeur du secret professionnel.<sup>14</sup> Mais il limite cette autorisation tacite au témoignage du seul médecin défendeur dans l'action. Pour les autres médecins, *le malade-client demeure, en vertu de l'article 308 C.P.C. le seul juge de la situation* lorsqu'il s'agit de les relever du secret professionnel médical.

Or les autres médecins, n'ayant pas été expressément ou tacitement relevés dudit secret professionnel par le demandeur,

ne sauraient divulguer, devant la Cour, même dans l'intérêt du médecin poursuivi et devant le texte de l'article 172 C.P.C., le secret professionnel médical et les confidences à eux faites par le poursuivant comme client et à cause de leur profession.<sup>15</sup>

Son interprétation logique correspond donc au texte de l'article, et à la portée que lui avait donné les Codificateurs. Il l'interprète même rigoureusement puisqu'il n'est pas prêt à accepter les lettres du demandeur autorisant un médecin à examiner son dossier d'hôpital comme équivalent à une «autorisation implicite de la par dudit demandeur à relever du secret professionnel médical les médecins l'ayant soigné et appelés à témoigner dans le présent procès».<sup>16</sup>

Le juge accueille donc l'objection. Le défendeur en a appelé de la décision et la Cour d'Appel a accueilli le premier moyen de l'appelant sans s'être cru dans l'obligation de s'arrêter aux autres moyens.

Le premier moyen était le suivant : l'article 308 du C.P.C. n'empêchait d'aucune façon le Dr. Magella Caux de témoigner de son chef mais il ne pouvait y être contraint.<sup>17</sup>

L'appelant, après avoir noté que le secret professionnel du médecin ne figurait pas à l'article 332, le trouve cependant à l'article 60(2) de la *Loi Médicale* comme nous l'avons vu précédemment. Pour lui l'article 308 du nouveau C.P.C. est le résultat de l'incorporation «d'une disposition qui se trouvait et se trouve encore dans la *Loi Médicale*, tout en ajoutant le droit du patient de délier le médecin, le dentiste etc . . . , de son secret professionnel par autorisation expresse ou implicite».<sup>18</sup>

Il nous semble qu'une telle formulation a tendance à nous montrer une juxtaposition de deux droits bien distincts plutôt qu'un droit

---

<sup>14</sup> Jugement, C.S., à la p. 9.

<sup>15</sup> *Ibid.*, à la p. 10.

<sup>16</sup> *Ibid.*, à la p. 10.

<sup>17</sup> Factum de l'appelant, à la p. 5.

<sup>18</sup> *Ibid.*, à la p. 7.

subordonné à un autre. En effet d'une part on a «le principe de la *pleine et entière* discrétion du médecin de témoigner ou non suivant les dictées de sa conscience»,<sup>19</sup> donc ici la volonté du patient n'aurait aucun impact légal, aucune reconnaissance, et d'autre part le droit du patient de délier le médecin de son secret professionnel par autorisation expresse ou implicite.

Pour l'appelant l'article 308 ne modifie de fait en rien la prérogative du médecin. Il soumet que la cour devrait par conséquent résoudre le litige en s'inspirant de la cause *Mutual Insurance*. En effet pour lui *le témoin peut s'objecter à une question touchant le secret professionnel*.<sup>20</sup> S'il ne s'objecte pas, le patient ne pourrait pas lui s'objecter; mais si le médecin s'objectait, le patient pourrait alors le relever du secret professionnel, par ce fait le secret perdrait son caractère confidentiel et alors le médecin pourrait être contraint.

Le médecin-témoin ne s'étant pas objecté ici, la Cour aurait dû reconnaître son droit de témoigner. Nous reviendrons sur ce motif lorsque nous analyserons le jugement de la Cour d'appel.

### Jugement de la Cour d'appel

Le jugement a été rendu par M. le juge en chef Tremblay, jugement auquel MM. les juges Montgomery et Rivard ont souscrit.<sup>21</sup>

Après avoir cité l'article 308 et le paragraphe deux de l'article 60 de la *Loi Médicale*, le juge se pose la question suivante:

Ces dispositions ont-elles pour effet de rendre un médecin inhabile à témoigner sur ce qui fait l'objet du secret professionnel ou seulement de lui permettre de refuser de parler s'il estime juste de le faire.<sup>22</sup>

Il tente ensuite de répondre à cette question en analysant d'une façon détaillée les articles concernant l'audition du témoin. Selon le savant juge, l'article 295 pose le principe que toute personne est obligée de témoigner. A ce principe, le *Code* pose des exceptions; ainsi à l'article 295 même, ne peuvent témoigner les personnes qui «en raison de leur condition physique ou mentale ne sont pas en état de rapporter des faits dont elles ont eu connaissance».<sup>23</sup> Dans tous

<sup>19</sup> *Ibid.*, à la p. 9.

<sup>20</sup> A ce sujet il cite Beaudoin, J.L., *Secret professionnel et Droit ou Secret dans le Droit de la Preuve*, 1965, p. 42 où celui-ci dit: «Si le témoin ne s'oppose pas de lui-même, à une question touchant le secret professionnel, le tribunal doit le laisser répondre sans pouvoir l'en empêcher».

<sup>21</sup> [1969] B.R. 1109.

<sup>22</sup> *Ibid.*, à la p. 1110.

<sup>23</sup> De même les articles 297 et 299 sont des exceptions à la première partie du premier alinéa de l'article 295 C.P.C.

ces cas le législateur a manifesté clairement son intention de décréter l'inhabilité de ces personnes à témoigner.

Puis le savant juge en vient spécifiquement au cas de l'article 308 :

Au contraire, à l'article 308 C.P., le législateur emploie les mots « ne peuvent être contraints ». L'une des significations du verbe « contraindre » données par le *Nouveau Larousse Universel* en deux volumes et qui est celle qui s'applique clairement dans le cas présent, c'est « obliger par voie de droit. » Je crois que le sens qu'il faut donner au paragraphe 2 de l'article 308 C.P. c'est que le médecin peut être obligé, forcé de témoigner sur les faits qui autrement feraient l'objet du secret professionnel si la personne qui lui a révélé ces faits y consent. Sinon, on ne pourra l'obliger à témoigner, mais il pourra le faire. Le législateur n'a pas décrété l'inhabilité. L'article 308 constitue une exception à la dernière partie du premier alinéa de l'article 295 C.P. qui édicte que « toute personne apte à déposer peut être contrainte de le faire ». <sup>24</sup>

L'interprétation adoptée par la cour est celle adoptée en 1935 dans *Mutual Insurance Co. of New York* que nous avons discuté plus haut. <sup>25</sup>

Le juge en chef remarque tout d'abord « dans cette cause c'est le médecin lui-même qui s'objectait ». <sup>26</sup> Il ne reconnaît aucun droit au patient de s'objecter. Ce n'est que si une objection au témoignage est faite par le témoin que le patient pourra avoir une certaine influence. Dans ce cas,

Il appartiendra au tribunal de décider si les faits sur lesquels on interroge le médecin font bien partie du domaine professionnel. Si la réponse est affirmative et si la personne qui a fait les révélations refusait d'autoriser le témoignage, le tribunal devra dispenser le médecin de témoigner. <sup>27</sup>

Puis le juge rejette l'interprétation donnée par Jacques d'un passage du rapport des Codificateurs soulignant que :

Même si Jacques avait raison, les explications des codificateurs peuvent aider à interpréter une disposition obscure du Code mais elles ne sauraient prévaloir à l'encontre d'un texte clair comme celui qui nous intéresse. <sup>28</sup>

Par conséquent la Cour d'appel accueille l'appel, casse le jugement de la Cour supérieure et rejette l'objection générale du demandeur formulée à l'audience par l'un de ses avocats contre le témoignage du docteur Caux.

Nous soumettons que cette interprétation ne rend pas justice au texte même de l'article 308 et qu'elle ne répond pas aux objectifs pour lesquels les codificateurs ont modifié l'article 308.

<sup>24</sup> *Supra*, n. 21, à la p. 1111.

<sup>25</sup> *Supra*, à la p. 400.

<sup>26</sup> *Supra*, n. 21, à la p. 1111.

<sup>27</sup> *Ibid.*, à la p. 1112.

<sup>28</sup> *Ibid.*, à la p. 1112.

Premièrement il importe d'analyser les modifications apportées à la loi par le nouvel article 308. Sous l'article 332 trois groupes jouissaient du secret professionnel: l'aviseur religieux, l'aviseur public et le fonctionnaire de l'Etat.

Les Codificateurs, sauf dans un cas (prêtres ou autres ministres du culte), créait du droit nouveau pour les autres personnes qui y étaient visées: *par conséquent on établit trois régimes différents pour les trois catégories établies au même article.*

On reprend sensiblement les mêmes mots<sup>29</sup> que l'article 332 pour le début de l'article 308 et ce d'autant plus aisément que l'article ne modifie pas la situation de la première catégorie de personnes, c'est-à-dire, prêtres ou autres ministres du culte. Puis on soumet, au troisième alinéa, la nouvelle règle qui gouvernera les avocats, médecins... c'est-à-dire la catégorie qui nous préoccupe ici.

Analysons donc de plus près ce troisième alinéa. Comme les Codificateurs le soumettent dans leur rapport en ajoutant «à moins, dans tous les cas, qu'ils n'y aient été autorisés, expressément ou implicitement, par ceux qui leur ont fait ces confidences», on visait à «donner» le secret au malade qui devrait *toujours* pouvoir en «déliver». Ainsi on aurait égard «à la volonté de celui qui l'a confié».<sup>30</sup>

Il est bon ici de se rappeler la conception du secret professionnel des juges dans la cause de *Mutual Insurance Co.* qui le considérait comme une espèce de contrat entre deux parties et que le consentement de l'un était nécessaire pour libérer l'autre de l'obligation; devons-nous rappeler aussi que, dans le cas où le médecin s'objecte, si le patient le relève de son obligation, *le caractère confidentiel* disparaît et le témoin-médecin doit et peut être contraint de témoigner car le secret professionnel n'existe plus entre les deux: le patient a relevé le médecin de son obligation sous le «contrat».

Tout ceci vise clairement à établir ici que le principal intéressé dans la révélation du secret professionnel est le *patient* et non le médecin comme d'ailleurs l'affirme le juge de première instance<sup>31</sup> et que c'est au patient que les Codificateurs ont confié le secret; il est maître du secret.

Le sens apparent de l'article est pour l'alinéa troisième: les médecins ne peuvent être contraints de divulguer ce qui leur a été révélé confidentiellement... à moins, dans tous les cas, qu'ils n'y aient été autorisés... par ceux qui leur ont fait ces confidences.

---

<sup>29</sup> De même, ne peuvent être contraints de divulguer...

<sup>30</sup> Jugement, C.S., à la p. 5.

<sup>31</sup> Jugement, C.S., à la p. 7.



Non seulement ce sens est-il apparent mais, nous le soumettons, c'est le seul sens qui rende justice au texte et objectif de l'article car si ce texte visait à protéger le patient, le principal intéressé, alors il devait le protéger dans tous les cas, spécialement les cas où il risque de voir le caractère confidentiel de ses révélations menacé.

En effet on peut envisager quatre situations :

- a) le médecin s'objecte à témoigner ;
  - 1) le patient s'objecte au témoignage
  - 2) le patient veut qu'il témoigne
- b) le médecin veut témoigner ;
  - 3) le patient s'objecte au témoignage
  - 4) le patient veut qu'il témoigne

Deux situations sont très claires et ne posent aucun problème puisque les volontés du patient et du médecin sont concordantes, les situations (1) et (4). Mais qu'arrive-t-il en (2) et (3) où les volontés s'affrontent.

Selon le juge en chef, en (2) le médecin peut être forcé de témoigner si le patient y consent.<sup>32</sup> Mais en (3) le médecin pourrait témoigner malgré l'opposition du patient.

Considérons ce résultat en gardant à l'esprit que ce que l'on vise à protéger ici c'est le secret professionnel, les confidences faites dans le cadre d'un « contrat » médecin-patient. Pourquoi un médecin refuserait-il de témoigner si son client veut qu'il témoigne ? Clairement si le principal intéressé refuse le privilège qui visait *uniquement* à le protéger, on ne voit pas de raison pourquoi les faits ne seraient pas divulgués.

Mais d'autre part pourquoi un patient refuserait-il de voir divulguer certaines confidences faites par lui à son médecin ? Ici l'intérêt est manifeste alors que dans le cas (2) aucun intérêt semble exister.<sup>33</sup>

Les dispositions du *Code* devant être interprétées de façon à ce qu'elles aient un sens, l'article 308 ne peut être interprété que dans le sens où il vise à couvrir la situation (3) : un médecin est prêt à témoigner mais le patient, principal intéressé, refuse de l'autoriser à témoigner.

Ainsi on comprendrait que les médecins peuvent divulguer les confidences faites par leurs patients s'ils y ont été autorisés par

<sup>32</sup> Nous reviendrons plus loin sur la logique interne de cette dernière phrase.

<sup>33</sup> En effet quel serait ce droit de l'article 308 qui consisterait pour le patient de pouvoir obliger un médecin qui ne voudrait pas témoigner, alors que la seule raison pour le médecin de ne pas témoigner est la volonté de ne pas divulguer un secret professionnel, que le principal intéressé a consenti à livrer ?

ces mêmes patients. Faire reposer le pouvoir de décider du témoignage chez le médecin seul, c'est-à-dire nier au patient le droit de s'objecter, c'est vider l'article 308 de son contenu et ne lui reconnaître aucun effet.

D'ailleurs l'étude grammaticale de l'article et des mots employés nous pousse à conclure dans le même sens. A la suite du savant juge de la Cour d'appel nous référons au dictionnaire: la signification donnée au mot «autoriser» est «accorder la permission, donner le droit» et au mot «consentir» employé par le juge en chef «ne pas mettre d'obstacle, vouloir bien; droit; autoriser».

Or l'article 308 dit que les médecins «ne peuvent être contraints de divulguer... à moins qu'ils n'y aient été autorisés...»: l'emploi du mot «autorisés» réfère logiquement beaucoup plus à la situation (3) où le médecin veut témoigner, n'y voit pas d'obstacles personnels; dans une telle situation le médecin ne pourrait témoigner à moins de l'autorisation du patient. Ici l'emploi de ce mot à un sens alors que dans la situation (2) on a de la difficulté à concevoir que le fait pour le patient d'accorder au médecin la *permission* de parler entraînerait pour le médecin l'*obligation* de parler. Il nous semble que si le législateur avait voulu limiter la portée de l'article à l'interprétation donnée à cet article par le juge en chef on aurait employé un autre mot qu'autorisé pour déclencher la contrainte.<sup>34</sup>

Enfin comme nous l'avons vu, l'appelant citait M. Jean-Louis Beaudoin pour affirmer que seul le médecin pouvait s'objecter.<sup>35</sup> Or ce même auteur commente le texte projeté de l'article 308 dans un commentaire d'arrêt paru dans la Revue du Barreau et s'exprime en ces termes:

Désormais le patient ou le client peut lever le secret et permettre au professionnel de témoigner. Cette relativité du secret professionnel n'est cependant pas totale et, dans trois cas précis le secret demeurera absolu.<sup>36</sup>

Le premier cas est prévu par le paragraphe premier du texte même... Le second cas, nous semble-t-il, est celui où un client ou un patient meurt avant d'avoir expressément ou implicitement relevé

<sup>34</sup> Par exemple: «le médecin ne peut être contraint de divulguer... à moins que le patient ne lui ordonne de témoigner.» En fait pour la situation des avocats, médecins, etc., il aurait été souhaitable pour rendre le texte non-équivoque que les Codificateurs écrivent: «De même, ne peuvent divulguer ou être contraints de divulguer ce qui leur a été révélé confidentiellement en raison de leur état ou profession...».

<sup>35</sup> *Op. cit.*, n. 20.

<sup>36</sup> (1965), 25 R. du B. 562 à la p. 567, commentaire de l'arrêt *Sauvé v. La Reine*, [1965] C.S., 129, *Nouveaux aspects du secret professionnel*.

le professionnel de son obligation de se taire. (Puis donnant un exemple de cette situation) :

Le médecin de famille *ne peut, sans dispense du patient*, venir révéler ces faits dans un procès opposant la compagnie d'assurance et les héritiers du défunt. Cependant, en pratique, la question se trouvera résolu, plus souvent, par les clauses même de la police.<sup>36a</sup>

Selon cet auteur, cité par l'appelant lui-même, même si le médecin ne s'objectait pas, il ne pourrait pas témoigner dans ce cas où le patient n'a pas relevé le professionnel de son secret. Cet auteur reconnaît donc que l'article 308 rend vraiment le patient maître du secret.

De même cet auteur en soulignant le cas du procès opposant une compagnie d'assurance à un patient, fixe la portée de l'arrêt *Mutual Insurance Co. of New York v. Dame Jeannotte-Lamarche* : le jugement ne décide que pour le cas où *le médecin a déjà été relevé du secret professionnel par l'assuré*, ce qui n'est pas le cas dans la présente instance.

D'autre part nous soumettons que le résultat du jugement de la Cour d'appel est juste : *dans ce cas précis*, il semble que maintenir l'objection générale du demandeur contre le témoignage du docteur Caux serait inéquitable puisque ce serait priver «un médecin poursuivi en justice des moyens de justifier sa conduite».<sup>37</sup>

Pourrions-nous arriver à une solution équitable sans se baser pour ce faire sur une construction pénible<sup>38</sup> de l'article 308 ? Nous soumettons que les trois autres motifs présentés par l'appelant fournissent aisément les éléments de cette solution. Malheureusement la Cour n'a pas cru bon de se prononcer sur ces motifs additionnels.

Voici le premier de ces motifs :

L'action intenté au Dr. Descarreaux par Jacques constitue une autorisation implicite au médecin qui l'avait soigné de témoigner sur la nature des soins prodigués à Jacques.<sup>39</sup>

Le demandeur en effet «devait s'attendre à ce que le médecin soulève tous les moyens de droit ou de fait s'opposant au maintien de l'action de son patient».<sup>40</sup>

<sup>36a</sup> *Ibid.*

<sup>37</sup> [1969] B.R., 1109, à la p. 1112.

<sup>38</sup> Ce caractère pénible nous est suggéré à la fin du jugement de la Cour d'Appel, p. 1112: «*C'est avec soulagement que j'en viens à cette conclusion. J'aurais éprouvé une répugnance profonde à interpréter, une disposition destinée à préserver le secret professionnel de façon à priver un médecin poursuivi en justice des moyens de justifier sa conduite*».

<sup>39</sup> Factum, à la p. 16.

<sup>40</sup> *Ibid.*, à la p. 18.

Ainsi, si le Dr. Descarreaux, comme c'est la coutume chez les médecins, avait consulté les dossiers antérieurs de Jacques aux hôpitaux où ce dernier avait été admis et s'en était inspiré pour venir à la conclusion à laquelle il est venu, soit de recommander l'admission de son patient à l'Hôpital Saint-Michel Archange, il s'ensuit que Jacques devait par le fait même de son action s'attendre à ce que ces «moyens de fait» soient portés à la connaissance du tribunal. En intentant action contre le Dr. Descarreaux, Jacques autorisait non seulement le défendeur mais tous les médecins auxquels le Dr. Descarreaux s'était référé à venir en Cour pour faire part au tribunal de leurs constatations.<sup>41</sup>

Ce sont les moyens de fait de défense du Dr. Descarreaux qui lui sont garantis par l'article 172 du Code de Procédure Civile.<sup>42</sup>

La cour aurait pu baser son jugement sur le troisième motif qui se lit comme suit :

Les autorisations données à l'expert du Dr. Descarreaux, à la suite de la motion pour examen de consulter les dossiers des différents hôpitaux équivalaient à une autorisation implicite de la part de Jacques à ce que leur contenu soit mis à la disposition de la Cour et expliqué à celle-ci par les médecins mêmes qui en étaient les auteurs.<sup>43</sup>

En effet :

Comment, après avoir pris connaissance des dossiers en question, le Dr. Normand Plante pourrait-il faire état de ses observations analyses et consultations sans que le procureur de Jacques ne s'objecte au motif que le témoignage équivaut à du simple ouïe-dire?

Si la Cour a droit à la meilleure preuve, ce qui ne fait aucun doute, seuls les auteurs de ces dossiers sont habiles à témoigner.<sup>44</sup>

Enfin, le quatrième motif est basé sur l'article 172 C.P.C. Le Dr. Descarreaux a droit à une pleine et entière défense. Ainsi :

Puisque les constatations des médecins figurant dans les dossiers médicaux consultés par le Dr. Descarreaux constituent les moyens de défense de celui-ci, nous soumettons respectueusement qu'aucune objection ne peut être accueillie pour les tenir à l'écart du tribunal. Comment le tribunal pourrait-il venir à la conclusion que le Dr. Descarreaux avait raison de recommander l'admission de Jacques à l'hôpital Saint-Michel Archange si le tribunal se voit inhabile à entendre les témoignages de ceux sur lesquels le Dr. Descarreaux s'est fondé pour arriver à sa recommandation. On priverait ainsi le tribunal des renseignements mêmes sur lesquels le Dr. Descarreaux s'est appuyé.<sup>45</sup>

Pierre LAMARCHE \*

<sup>41</sup> *Ibid.*

<sup>42</sup> *Ibid.*, à la p. 20.

<sup>43</sup> *Ibid.*

<sup>44</sup> *Ibid.*, à la p. 21.

<sup>45</sup> *Ibid.*, aux pp. 26-27.

\* Membre du Comité de rédaction.