

COUR D'APPEL

CANADA
PROVINCE DE QUÉBEC
GREFFE DE MONTRÉAL

N° : 500-10-006966-194
(500-36-008800-180, 500-26-105196-186)

DATE : 8 juillet 2020

**FORMATION : LES HONORABLES ALLAN R. HILTON, J.C.A.
STEPHEN W. HAMILTON, J.C.A.
STÉPHANE SANSEFAÇON, J.C.A.**

YANICK BOISVERT, en sa qualité de détective au Service de police de la Ville de Montréal

APPELANT- intimé

c.

MYRIAM BRISSON, en sa qualité de Syndique adjointe de l'Ordre des infirmières et infirmiers du Québec

INTIMÉE – requérante

et

SECRÉTAIRE DU CONSEIL DE DISCIPLINE DE L'ORDRE DES INFIRMIÈRES ET INFIRMIERS DU QUÉBEC

MIS EN CAUSE- mis en cause

BARREAU DU QUÉBEC
INTERVENANT

ARRÊT

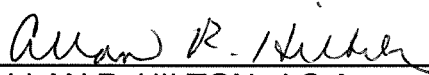
[1] L'appelant se pourvoit contre un jugement rendu le 11 décembre 2018 par l'honorable Robert Mongeon de la Cour supérieure, district de Montréal, lequel accueille

une requête en *certiorari* et annule le mandat de perquisition délivré par le juge de paix magistrat Pierre Fortin le 24 janvier 2018 en application de l'article 487 *C.cr.*


[2] Le dossier soulève un conflit entre deux objectifs qui visent la protection du public : d'une part, la conduite d'une enquête criminelle en matière de crimes sexuels et, d'autre part, le droit à la vie privée des personnes formulant une dénonciation auprès du syndic d'un ordre professionnel et l'intégrité du processus disciplinaire de l'ordre.

[3] Pour les motifs du juge Hamilton auxquels souscrivent les juges Hilton et Sansfaçon, **LA COUR** :

[4] **REJETTE** l'appel, sans frais vu les circonstances de l'espèce.



ALLAN R. HILTON, J.C.A.



STEPHEN W. HAMILTON, J.C.A.



STÉPHANE SANSFAÇON, J.C.A.

Me Maxime Fournier
Me Catherine Dumais
DIRECTRICE DES POURSUITES CRIMINELLES ET PÉNALES
Pour l'appelant

Me Alain Galarneau
POULIOT, CARON, RPÉVOST, BÉLISLE, GALARNEAU
Pour l'intimée

Me Sylvie Champagne
Me André-Philippe Mallette
BARREAU DU QUÉBEC

Date d'audience : 21 janvier 2020

MOTIFS DU JUGE HAMILTON

[5] L'appelant se pourvoit contre un jugement¹ rendu le 11 décembre 2018 par l'honorable Robert Mongeon de la Cour supérieure, district de Montréal, lequel accueille une requête en *certiorari* et annule le mandat de perquisition délivré par le juge de paix magistrat Pierre Fortin le 24 janvier 2018 en application de l'article 487 *C.cr.*

[6] Le dossier soulève un conflit entre deux objectifs qui visent la protection du public : d'une part, la conduite d'une enquête criminelle en matière de crimes sexuels et, d'autre part, le droit à la vie privée des personnes formulant une dénonciation auprès du syndic d'un ordre professionnel et l'intégrité du processus disciplinaire de l'ordre.

CONTEXTE

[7] Le 10 juin 2016, un préposé aux bénéficiaires surprend l'infirmier Marouane Jerraf en train d'avoir des relations sexuelles avec une patiente hospitalisée sous ses soins en milieu psychiatrique dans un établissement montréalais.

[8] La syndique adjointe de l'Ordre des infirmières et infirmiers du Québec (l'intimée) et l'enquêteur du Service de police de la Ville de Montréal (l'appelant) lancent des enquêtes.

[9] Au cours de son enquête, l'intimée recueille de la preuve quant à six patientes hospitalisées en milieu psychiatrique (les « patientes »), avec qui Jerraf aurait eu des relations sexuelles alors qu'il était infirmier. Le 3 novembre 2016, elle dépose une plainte disciplinaire contre Jerraf alléguant cinq contraventions à l'article 59.1 du *Code des professions*², et une contravention à l'article 3 du *Code de déontologie des infirmières et infirmiers*³.

¹ *Brisson c. Boisvert*, 2018 QCCS 6005 [jugement entrepris].

² RLRQ, c. C-26, art. 59.1 :

Constitue un acte dérogatoire à la dignité de sa profession le fait pour un professionnel, pendant la durée de la relation professionnelle qui s'établit avec la personne à qui il fournit des services, d'abuser de cette relation pour avoir avec elle des relations sexuelles, de poser des gestes abusifs à caractère sexuel ou de tenir des propos abusifs à caractère sexuel.

The fact of a professional taking advantage of his professional relationship with a person to whom he is providing services, during that relationship, to have sexual relations with that person or to make improper gestures or remarks of a sexual nature, constitutes an act derogatory to the dignity of his profession.

³ RLRQ, c. I-8, r. 9, art. 3 :

[10] Le 30 octobre 2017, le Conseil de discipline de l'Ordre déclare Jerraf coupable des six accusations⁴. Il impose la révocation de son permis ainsi que le paiement d'amendes totalisant 12 500 \$⁵. Dans le cadre de ces décisions, le Conseil de discipline prononce les ordonnances suivantes :

Conformément à l'article 142 du *Code des professions*, le Conseil a prononcé une ordonnance de non-divulgence, de non-publication et de non-diffusion des noms des clientes mentionnées dans la plainte et de tout renseignement permettant de les identifier, afin d'assurer le respect de leur vie privée.

Le Conseil prononce une ordonnance de non-divulgence, de non-publication et de non-diffusion des pièces P-20 à P-25.⁶

[11] Parallèlement aux procédures disciplinaires, la police enquête sur deux dossiers d'agressions sexuelles commises sur deux patientes en psychiatrie de l'Hôpital Notre-Dame et dont le suspect serait Jerraf. À partir de reportages médiatiques sur les plaintes disciplinaires, l'appelant apprend l'existence des dossiers disciplinaires et souhaite y avoir accès, notamment pour obtenir les noms des autres patientes.

[12] L'appelant s'adresse tout d'abord à l'Ordre, mais on lui répond d'obtenir une autorisation judiciaire.

[13] Le 15 janvier 2018, l'appelant présente une dénonciation au juge de paix magistrat. La même journée, ce dernier délivre un premier mandat de perquisition qui vise l'Ordre généralement et le dossier d'inconduites sexuelles du Conseil de discipline. Le mandat n'est pas reproduit dans le dossier de notre Cour. L'appelant indique au sein de son mémoire qu'il s'est rendu sur place le 18 janvier 2018, mais que le personnel du bureau du syndic de l'Ordre a refusé de lui fournir les documents énoncés dans le mandat, invoquant leurs obligations de confidentialité et les ordonnances de non-publication, non-diffusion et non-divulgence prononcées par le Conseil de discipline.

[14] Le 24 janvier 2018, l'appelant présente une nouvelle dénonciation au juge de paix magistrat, visant cette fois spécifiquement le dossier du bureau du syndic de l'Ordre.

L'infirmière ou l'infirmier ne peut poser un acte ou avoir un comportement qui va à l'encontre de ce qui est généralement admis dans l'exercice de la profession ou qui est susceptible de dévaloriser l'image de la profession.

A nurse shall not perform any act or behave in any manner that is contrary to what is generally admissible in the practice of the profession or that may tarnish the image of the profession.

⁴ 2017 CanLII 74111 (C.D.O.I.I. Qc).

⁵ *Ibid.*

⁶ *Ibid.*

[15] Le mandat de perquisition est délivré le jour même et vise l'ensemble des dossiers d'inconduites sexuelles de Jerraf que détient le syndic de l'Ordre, « incluant le nom des victimes, les témoins et toute personne rencontrée par le Syndic dans leur enquête »⁷.

[16] L'appelant se présente alors à nouveau au bureau du syndic de l'Ordre pour exécuter le mandat. Le personnel du bureau lui remet une boîte scellée et lui demande de ne pas l'ouvrir afin de permettre au syndic de contester le mandat.

[17] Le 2 février 2018, l'intimée dépose une requête en *certiorari* et demande à la Cour supérieure d'annuler le mandat de perquisition délivré le 24 janvier 2018. Elle allègue que le juge de paix a excédé sa compétence, d'une part, en délivrant un mandat qui vise un dossier protégé par l'obligation de confidentialité de l'intimée, et, d'autre part, en violant les ordonnances de confidentialité prononcées par le Conseil de discipline.

JUGEMENT ENTREPRIS

[18] Tout d'abord, le juge relève que la police fait enquête au sujet d'une seule des six patientes⁸. Il retient qu'elle a choisi de porter plainte à la police et que les autres ont « justement choisi de ne pas s'impliquer dans un processus autre que celui devant le Conseil de discipline »⁹.

[19] Le juge énonce que le dossier de l'intimée et les renseignements non caviardés du dossier du Conseil de discipline sont inaccessibles au public et jouissent d'une entière confidentialité vu les ordonnances prononcées en vertu de l'article 142 du *Code des professions*, et que quiconque enfreindrait ces ordonnances se verrait coupable d'outrage au tribunal. Il indique que l'intimée « n'avait donc d'autre choix que de se pourvoir en *certiorari* »¹⁰. De plus, le juge relève être préoccupé par le fait que le juge émetteur n'a rattaché aucune condition au mandat de perquisition afin de préserver la confidentialité ordonnée par le Conseil de discipline même s'il a été informé de ces ordonnances. Il estime que de telles conditions devaient être considérées.

[20] Le juge énonce que le juge de paix aurait dû, afin de s'assurer qu'il pouvait délivrer le mandat, évaluer si le privilège liant les patientes au syndic est de portée générique ou s'il s'agit d'un privilège au « cas par cas ». Puisqu'il a omis de le faire, le juge de la Cour supérieure s'est livré à l'exercice.

[21] Le juge conclut que le présent cas concerne le privilège au « cas par cas » et considère que les critères du test énoncé par l'auteur américain Wigmore (le « test Wigmore ») qui doivent être examinés afin d'appliquer ce privilège sont satisfaits. Ainsi,

⁷ Mandat de perquisition, 24 janvier 2018.

⁸ Le juge se trompe. La dénonciation de l'appelant pour l'obtention d'un mandat de perquisition fait état d'une enquête impliquant deux dossiers d'agression sexuelle sur deux patientes.

⁹ Jugement entrepris, paragr. 11, 13 et 48.

¹⁰ *Id.*, paragr. 23.

afin de maintenir le privilège, le juge accueille la requête en *certiorari* et annule le mandat de perquisition daté du 24 janvier 2018.

APPEL

[22] L'appelant estime que le juge de la Cour supérieure a erré en droit en concluant que l'omission d'assortir le mandat de perquisition de conditions constituait une erreur de compétence justifiant l'annulation du mandat dans le cadre d'une requête en *certiorari*. Il divise cette question en quatre :

1. Le juge s'est mépris au sujet du rôle du juge siégeant en révision de la délivrance d'une autorisation judiciaire;
2. Le juge a incorrectement défini et appliqué le test Wigmore;
3. Le juge a erré en exigeant du juge émetteur qu'il assortisse le mandat de conditions;
4. Le juge a erré en donnant une portée excessive aux ordonnances prononcées par le Conseil de discipline de l'Ordre.

[23] Par ailleurs, le Barreau du Québec a demandé à pouvoir intervenir amicalement au débat, demande qui a été accordée par un juge de la Cour¹¹. Le Barreau soutient que les juges de paix devraient nommer un procureur ami de la Cour afin de représenter les personnes formulant une dénonciation auprès du syndic d'un ordre professionnel lors de chaque demande de délivrance d'un mandat de perquisition visant un dossier disciplinaire détenu par un ordre professionnel.

ANALYSE

1. Les faits et le contexte juridique

[24] Le juge formule ainsi la question à laquelle il doit répondre :

L'OIIQ est-il tenu de communiquer son dossier d'enquête ainsi que les noms des autres personnes qui ont accepté de témoigner (directement ou par voie de déclarations écrites) dans l'enquête du Conseil de discipline, alors qu'elles pouvaient se fier à une totale confidentialité dans le cadre d'un processus disciplinaire et qu'elles avaient choisi de ne pas porter plainte à la police?¹²

¹¹ *Barreau du Québec c. Brisson*, 2019 QCCA 453 (Hamilton, j.c.a.).

¹² Jugement entrepris, paragr. 16.

[25] L'appelant plaide que cette formulation de la question n'est pas conforme à la preuve devant le juge et ne respecte pas le rôle du juge siégeant en révision de la délivrance d'un mandat de perquisition.

Les faits

[26] L'appelant soutient que l'analyse effectuée par le juge repose sur des éléments factuels qui sont non soutenus par la preuve.

[27] Le juge énonce que les patientes « ont accepté de participer à un processus disciplinaire, notamment parce qu'elles étaient assurées de cette confidentialité »¹³, et il affirme à plusieurs reprises que les patientes ont choisi de ne pas porter plainte à la police¹⁴.

[28] Toutefois, le dossier devant le juge était très mince. L'intimée lui avait présenté une requête en *certiorari* appuyée d'une déclaration sous serment. La requête allègue essentiellement que le dossier d'enquête d'un syndic d'un ordre professionnel est protégé par le serment de discrétion du syndic et souligne que le Comité de discipline avait prononcé des ordonnances de non-divulgence, de non-publication et de non-diffusion.

[29] La requête en *certiorari* était appuyée de quatre pièces : les deux mandats de perquisition, le procès-verbal de l'audience du 14 novembre 2016 concernant la requête en radiation provisoire de Jerraf avec un extrait de la décision rendue le 17 novembre 2016, et le procès-verbal de l'audience du 19 juillet 2017 sur culpabilité avec un extrait de la décision rendue le 30 octobre 2017. Les extraits se limitent aux ordonnances de non-divulgence, de non-publication et de non-diffusion prononcées par le Comité. Le juge mentionne dans son jugement que ni la décision sur la radiation provisoire ni la décision sur la culpabilité ne lui avaient été communiquées.

[30] Il n'y a donc aucune preuve directe sur les représentations faites par l'intimée sur la confidentialité de son enquête ou la raison pour laquelle les patientes n'ont pas porté plainte à la police. La preuve directe sur la confidentialité se limite au fait que le processus d'enquête est confidentiel et que le Conseil de discipline a prononcé des ordonnances de non-divulgence, de non-publication et de non-diffusion à la demande de l'intimée. La preuve directe sur l'absence de plaintes à la police se limite au fait que quatre des patientes n'ont pas porté plainte à la police et que leur identité n'est pas autrement connue de la police. Il n'y a aucune preuve directe sur les discussions qui ont eu lieu et si l'intimée a mentionné aux patientes la possibilité de faire une plainte à la police.

[31] En conséquence, les conclusions du juge sont des inférences qu'il tire de la preuve limitée faite devant lui.

¹³ *Id.*, paragr. 19.

¹⁴ *Id.*, paragr. 11, 13, 16 et 19.

[32] S'agissant d'inférences, l'appelant doit démontrer qu'elles sont manifestement erronées, non étayées par la preuve ou par ailleurs déraisonnables¹⁵. Or, l'appelant ne démontre pas une telle erreur. Il soutient qu'il est tout aussi probable que les patientes n'ont jamais été informées de la possibilité de formuler une plainte à la police et souligne qu'elles sont des personnes vulnérables, hospitalisées ou ayant été hospitalisées en milieu psychiatrique. Toutefois, la conclusion du juge paraît raisonnable. Le fait que deux des six patientes ont porté plainte à la police permet au juge d'inférer que les quatre autres ont choisi de ne pas le faire. Il est donc tout à fait raisonnable de croire que les patientes se sont fiées à la confidentialité du processus disciplinaire et qu'elles ont choisi de ne pas faire de plainte à la police.

Contexte juridique

[33] Le juge de paix magistrat qui délivre le mandat de perquisition (le juge émetteur) est investi d'un pouvoir discrétionnaire lui permettant de délivrer un mandat sur la foi des seuls renseignements allégués dans la dénonciation¹⁶. Il ne donne pas de motifs à l'appui de sa décision et son jugement est sans appel.

[34] Le seul recours à l'encontre de son jugement est une requête en *certiorari*, par laquelle un juge de la Cour supérieure (le juge réviseur) peut annuler le jugement du tribunal inférieur seulement si le tribunal inférieur n'a pas compétence ou excède sa compétence, ou commet une erreur de droit manifeste à la lecture du dossier¹⁷. En conséquence, le rôle du juge réviseur se limite à vérifier si le juge émetteur a outrepassé sa compétence ou a commis une erreur de droit manifeste en délivrant le mandat de perquisition. S'il conclut que le juge émetteur pouvait délivrer le mandat, il ne doit pas intervenir, même si, personnellement, il ne l'aurait pas délivré.

Conditions

[35] L'appelant soutient que le juge réviseur a annulé le mandat de perquisition en raison de l'absence de conditions d'exécution du mandat. L'appelant soutient que les conditions ne sont pas essentielles à la validité d'un mandat de perquisition visant des données confidentielles et donc que le juge réviseur ne pouvait intervenir pour ce motif.

[36] Le juge réviseur a effectivement relevé être préoccupé du fait que le juge émetteur n'a rattaché aucune condition au mandat de perquisition afin de préserver la confidentialité ordonnée par le Conseil de discipline même s'il a été informé de ces ordonnances. Il estime que de telles conditions devaient être considérées.

¹⁵ *R. c. Clark*, 2005 CSC 2, paragr. 9; *R. c. Rice*, 2018 QCCA 198, paragr. 33.

¹⁶ Pierre Béliveau et Martin Vauclair, *Traité général de preuve et de procédure pénales*, 26^e éd., Cowansville, Yvon Blais, 2019, p. 474, n^o 969.

¹⁷ *R. c. Cunningham*, 2010 CSC 10, paragr. 57; *Cohen c. Québec (Procureure générale)*, 2015 QCCA 122, paragr. 7-8.

[37] Toutefois, le juge réviseur n'a pas annulé le mandat en raison de l'absence de conditions. Il a seulement exprimé être « préoccupé » par l'absence de conditions et indique que de telles conditions auraient dû être considérées¹⁸. Il annule le mandat en raison du privilège entourant le dossier. Il n'est donc pas nécessaire, dans le cadre du présent pourvoi, de déterminer si le juge émetteur devait imposer des conditions pour protéger la vie privée des patientes et l'intégrité du processus disciplinaire, si le juge émetteur pouvait annuler le mandat en raison de l'absence de conditions ou si la présence de conditions aurait pu entraîner le rejet de la requête en *certiorari*.

Confidentialité du dossier du bureau du syndic

[38] Dans sa requête en *certiorari*, l'intimée soulève la confidentialité de son dossier et les ordonnances prononcées par le Conseil de discipline :

15. Le juge de paix magistrat a excédé sa compétence, d'une part, en délivrant un mandat de perquisition à l'égard d'un dossier protégé par la confidentialité établie par le *Code des professions*;

[...]

26. La Requérante soumet respectueusement que le juge de paix magistrat a outrepassé sa compétence en autorisant le mandat de perquisition visant le dossier de la Requérante concernant l'enquête menée à l'endroit de Marouane Jerraf, lequel contient notamment des renseignements protégés par des ordonnances rendues par le Conseil de discipline de l'OIIQ,

[39] Le juge énumère trois sources pour la confidentialité du dossier de l'intimée : le serment d'office de l'intimée, le *Code des professions* et les ordonnances du Comité de discipline.

[40] L'article 124 du *Code des professions*¹⁹ prévoit l'obligation du syndic de prêter serment :

124. Les membres et le secrétaire du conseil de discipline, un syndic, un expert qu'il s'adjoit ainsi qu'une autre personne qui l'assiste en vertu de l'article 121.2 et les membres du comité de révision doivent prêter le serment contenu à l'annexe II. Le serment ne peut cependant être interprété comme interdisant

124. The members and the secretary of the disciplinary council, a syndic, any expert whose services are retained by a syndic, any other person assisting a syndic under section 121.2 and the members of the review committee must take the oath set out in Schedule II. However, the oath shall not be construed as

¹⁸ Jugement entrepris, paragr. 40 et 41.

¹⁹ *Supra*, note 2.

l'échange de renseignements ou de documents utiles au sein de l'ordre, pour les fins de protection du public.

Le serment ne peut non plus, pour les mêmes fins, être interprété comme interdisant l'échange de renseignements ou de documents utiles entre les syndicats de différents ordres professionnels ou entre ceux-ci et le directeur des poursuites criminelles et pénales dans le cadre de ses pouvoirs prévus au chapitre II.1 de la Loi sur le Directeur des poursuites criminelles et pénales (chapitre D-9.1.1).

Le deuxième alinéa n'a toutefois pas pour effet d'autoriser un syndic à divulguer des renseignements protégés par le secret professionnel liant l'avocat ou le notaire à son client.

prohibiting the sharing of useful information or documents within the order for the protection of the public.

Neither shall the oath be construed as prohibiting the sharing of useful information or documents between the syndics of different professional orders for the same purpose or between the syndics and the Director of Criminal and Penal Prosecutions within the scope of the powers conferred on the Director by Chapter II.1 of the Act respecting the Director of Criminal and Penal Prosecutions (chapter D-9.1.1).

The second paragraph shall not however operate to authorize a syndic to disclose information that is protected by professional secrecy between an advocate or a notary and a client.

[41] Le texte du serment est prévu à l'annexe II du *Code des professions* :

SERMENT DE DISCRÉTION

Je, A. B., déclare sous serment que je ne révélerai et ne ferai connaître, sans y être autorisé par la loi, quoi que ce soit dont j'aurai eu connaissance dans l'exercice de ma charge.

OATH OF DISCRETION

I, A. B., declare under oath that I will not reveal or make known, without being authorized therefor by law, anything whatsoever of which I have taken cognizance in the performance of my duties.

[Soulignements ajoutés]

[42] De plus, les ordonnances de non-divulgation, de non-publication et de non-diffusion des noms des clientes mentionnées dans la plainte et de tout renseignement permettant de les identifier sont prononcées par le Comité de discipline en vertu de l'article 142 du *Code des professions* :

142. Toute audience est publique. Toutefois, le conseil de discipline peut, d'office ou sur demande, ordonner le huis clos ou interdire la divulgation, la publication ou la diffusion de renseignements ou de

142. Every hearing shall be public. Notwithstanding the first paragraph, the disciplinary council may, of its own initiative or upon request, order that a hearing be held *in camera* or ban the disclosure, publication or release of

documents qu'il indique, pour un motif d'ordre public, notamment pour assurer le respect du secret professionnel ou la protection de la vie privée d'une personne ou de sa réputation.

any information or document it indicates, in the general interest or in the interest of public order, in particular to preserve professional secrecy or to protect a person's privacy or reputation.

Se rend coupable d'outrage au tribunal, toute personne qui, par son acte ou son omission, enfreint une ordonnance de huis clos, de non-divulgation, de non-publication ou de non-diffusion.

Every person who, by performing or omitting to perform an act, infringes an order to hold a hearing *in camera* or an order banning disclosure, publication or release is guilty of contempt of court.

[43] Ainsi, en vertu de l'article 124 du *Code des professions* et de son serment, le syndic ne peut pas volontairement divulguer les informations de son dossier à des tiers. Ce principe ne s'applique cependant pas dans le présent dossier, parce que la remise d'un dossier à la suite d'un mandat de perquisition ne constitue pas une divulgation volontaire.

[44] Quant aux ordonnances prononcées par le Conseil de discipline, elles ne visent que la preuve déposée devant lui. Il pourrait donc y avoir conflit entre ces ordonnances et le premier mandat, qui visait le dossier du Conseil de discipline : le juge émetteur ordonnait que le Conseil de discipline remette son dossier au sujet duquel le Conseil avait prononcé des ordonnances de non-divulgation.

[45] Par contre, il n'y a aucun conflit avec le deuxième mandat, qui ne vise que le dossier du syndic. Le dossier du syndic n'est pas visé par les ordonnances prononcées par le Conseil.

[46] De toute façon, même si l'identité des patientes et certaines pièces au dossier étaient protégées par les ordonnances prononcées par le Conseil de discipline, ces informations ne sont pas à l'abri d'un mandat de perquisition dûment autorisé par un juge de paix.

[47] En conséquence, la confidentialité du dossier n'empêche pas en soi la délivrance du mandat. La question qui se pose est plutôt une question de privilège.

[48] Il est bien établi que le privilège générique (« *class privilege* »), tel que le secret professionnel de l'avocat ou celui lié aux indicateurs de police, peut être opposable à la délivrance ou à l'exécution d'un mandat de perquisition.

[49] La Cour suprême précise, dans *National Post*, que la protection offerte par un privilège au cas par cas (« *case-by-case privilege* ») peut aussi être opposable à un mandat de perquisition :

[52] Dans le cas de la protection des sources secrètes des journalistes, le privilège fondé sur les circonstances de chaque cas, s'il est établi au vu des faits, ne s'applique pas nécessairement qu'au témoignage, c.-à-d. au moment où le journaliste est contraint à témoigner devant un tribunal judiciaire ou administratif. La protection offerte peut déborder la simple règle de preuve. Sa portée dépend de l'intérêt public auquel elle doit son existence. Elle peut, dans certains cas, être opposable à la délivrance ou à l'exécution d'un mandat de perquisition, comme dans l'affaire *O'Neill c. Canada (Attorney General)* (2006), 213 C.C.C. (3d) 389 (C.S.J. Ont.). Le privilège fondé sur les circonstances de chaque cas peut être absolu ou partiel et sa portée dépend, comme son existence même, d'une analyse effectuée au cas par cas (*Ryan*, par. 18).²⁰

[Soulignements ajoutés]

[50] Citant ce passage, la juge Sophie Bourque, de la Cour supérieure, écrit en pareille matière dans *Parent c. R.* :

[90] In *National Post*, the Supreme Court of Canada ruled that the protection offered by a case-by-case privilege, if established on the facts, could be asserted against the issuance or execution of a search warrant, thus not being necessarily restricted to testimony in court or before an administrative tribunal. The scope of the privilege is "shaped by the public interest that calls the privilege into existence in the first place" depending on the circumstances of each case; it may be total or partial.²¹

[Référence omise; soulignements ajoutés]

[51] En conséquence, et nonobstant la formulation de la question en litige par le juge, la question était de savoir si le dossier de l'intimée est sujet à un privilège au cas par cas. Si la réponse est positive, le juge réviseur pouvait annuler le mandat de perquisition et l'appel doit être rejeté.

2. Application du test Wigmore

[52] Pour établir l'existence d'un privilège au cas par cas, les tribunaux ont retenu le test Wigmore. La juge McLachlin l'explique ainsi dans *M. (A.) c. Ryan* :

Premièrement la communication doit avoir été transmise confidentiellement. Deuxièmement, le caractère confidentiel doit être essentiel aux rapports dans le cadre desquels la communication est transmise. Troisièmement, les rapports doivent être des rapports qui, dans l'intérêt public, devraient être « entretenus

²⁰ *R. c. National Post*, 2010 CSC 16, paragr. 52, citant *O'Neill v. Canada (Attorney General)*, 82 O.R. (3d) 241, 2006 CanLII 35004 (C.S. Ont.).

²¹ *Parent c. R.*, 2014 QCCS 132, paragr. 90.

assidûment ». Finalement, si toutes ces conditions sont remplies, le tribunal doit décider si l'intérêt qu'il y a à soustraire les communications à la divulgation l'emporte sur celui qu'il y a à découvrir la vérité et à bien trancher le litige.²²

[53] Le juge réviseur applique le test Wigmore et conclut que les informations dans le dossier du syndic sont privilégiées, de sorte qu'elles ne peuvent être visées par un mandat de perquisition.

[54] L'appelant reconnaît que les deux premiers volets sont satisfaits : les patientes ont communiqué confidentiellement avec l'intimée et la confidentialité était essentielle aux communications entre les patientes et l'intimée. L'appelant plaide que le juge réviseur fait erreur lorsqu'il conclut que les troisième et quatrième volets sont satisfaits.

[55] Le juge formule le troisième critère ainsi :

c) Troisième critère : la relation entre les plaignantes et l'OIIQ doit être, dans l'opinion et l'intérêt publics, considérée comme suffisamment valable pour être assidûment protégée et encouragée («... sedulously fostered ... »).

[84] Il me semble que ce troisième critère va de soi. Les comités de discipline doivent pouvoir offrir aux témoins qui acceptent de comparaître devant eux des garanties valables de confidentialité qui, une fois qu'elles sont offertes et acceptées, peuvent tenir la route. Je suis aussi d'avis que l'intérêt public endosse cette approche.

[85] Ce troisième critère est satisfait en l'instance.²³

[Référence omise; soulignements ajoutés]

[56] Le juge se méprend lorsqu'il fait référence aux comités de discipline. C'est plutôt la relation entre le bureau du syndic et les patientes qui doit être analysée lors du troisième critère. En effet, le mandat de perquisition qui fait l'objet de la requête en *certiorari* ne vise que le dossier de l'intimée, et non celui du Conseil de discipline.

[57] En conséquence, la question que le juge réviseur devait se poser est si les rapports entre l'intimée qui fait enquête et les patientes sont des rapports qui, dans l'intérêt public, devraient être « entretenus assidûment ».

[58] Or, il est reconnu que « le syndic joue un rôle crucial dans le fonctionnement du système disciplinaire créé par le *Code des professions* » issu de la mission de protection

²² *M. (A.) c. Ryan*, [1997] 1 R.C.S. 157, p. 171.

²³ Jugement entrepris, paragr. 84-85.

du public que lui confie le législateur²⁴. Il va de soi que la relation entre le syndic et les patientes doit généralement être « assidûment » entretenue dans l'intérêt du public.

[59] Le troisième volet est donc satisfait.

[60] L'analyse du quatrième volet est plus épineuse. Il s'agit de « décider si l'intérêt qu'il y a à soustraire les communications à la divulgation l'emporte sur celui qu'il y a à découvrir la vérité et à bien trancher le litige »²⁵.

[61] Dans *M. (A.) c. Ryan*, la juge McLachlin traite ainsi du quatrième volet du test Wigmore :

La quatrième condition veut que l'intérêt qu'il y a à soustraire les communications à la divulgation l'emporte sur celui qu'il y a à découvrir la vérité et à bien trancher le litige. Cela exige d'abord une évaluation de l'intérêt qu'il y a à soustraire les communications à la divulgation. Il y a notamment le préjudice causé à l'appelante relativement à ses rapports avec le D^r Parfitt et à son traitement futur. Il y a aussi l'effet qu'une conclusion à l'absence de privilège aurait sur la capacité d'autres personnes souffrant de traumatismes semblables d'obtenir le traitement nécessaire et sur celle des psychiatres de fournir ce traitement. L'intérêt qu'il y a à s'abstenir de divulguer doit comprendre tout effet sur la société du défaut de la part de certaines personnes d'obtenir un traitement qui leur rende la santé et leur place comme membre utile de la société. Finalement, l'intérêt qu'il y a à soustraire à la divulgation doit comprendre le droit à la vie privée de la personne qui revendique le privilège et les inégalités que risque de perpétuer l'absence de protection.

[...]

Ces critères, appliqués à la présente affaire, démontrent qu'il y a un intérêt décisif à soustraire à la divulgation les communications en cause. Cependant, il faut plus que cela pour établir l'existence d'un privilège. Pour qu'un privilège existe, il faut démontrer que l'avantage tiré du privilège, si grand qu'il puisse sembler, l'emporte en fait sur l'intérêt qu'il y a à bien trancher le litige.²⁶

[Soulignements ajoutés]

[62] Dans le cas présent, il s'agit de pondérer des objectifs qui visent la protection du public : d'une part, la conduite d'une enquête criminelle en matière de crimes sexuels et,

²⁴ *Pharmascience inc. c. Binet*, 2006 CSC 48, paragr. 27; *Guay c. Gesca Itée*, 2013 QCCA 343, paragr. 81.

²⁵ *M. (A.) c. Ryan*, *supra*, note 22, p. 175-176.

²⁶ *Ibid.*

d'autre part, le droit à la vie privée des personnes formulant une dénonciation auprès du syndic d'un ordre professionnel et l'intégrité du processus disciplinaire de l'ordre.

[63] Le juge réviseur fait l'analyse suivante :

d) Quatrième critère: le dommage causé par la divulgation des renseignements visés par le mandat de perquisition doit être plus grand que le bénéfice réalisé par sa non-divulgation.

[86] Il est question ici de la protection de la vie privée des victimes qui ont requis l'anonymat et rien n'oblige une victime d'acte criminel de porter plainte, de témoigner et de poursuivre son agresseur.

[87] Le maintien du mandat de perquisition aura forcément des conséquences sur les victimes bien avant le procès de Marouane Jerraf. La divulgation de l'identité des plaignantes devant le Conseil de discipline déclenchera, bien avant que l'ensemble de cette preuve soit amené devant le Tribunal et qu'un « voir dire » soit fait quant à son admissibilité, des enquêtes, des questions de policiers et des interviews de ces mêmes plaignantes qui se verront privées de la confidentialité apparemment promise lors de leur participation au processus disciplinaire.

[88] Le « mal » que l'on veut éviter sera alors déjà fait.

[89] Il m'apparaît que ce quatrième critère va aussi de soi en l'instance.²⁷

[64] Cette analyse ne répond pas au test.

[65] D'abord, le juge n'accorde aucune importance à l'intérêt du public à tenir une enquête criminelle. Jerraf a été reconnu coupable de six infractions déontologiques de nature sexuelle impliquant six patientes hospitalisées en psychiatrie. Pour la police, ce sont des dossiers d'agression sexuelle, des crimes particulièrement sérieux, avec des victimes des plus vulnérables. La police n'a connaissance que de deux des patientes et cherche à identifier les quatre autres patientes. Il est clair que l'intérêt public découlant de la conduite d'enquêtes criminelles en matière d'infractions de nature sexuelle et la répression du crime est très important.

[66] Par contre, il n'est pas clair qu'un crime a été commis. Jerraf a été reconnu coupable d'infractions disciplinaires de nature sexuelle, mais qui ne sont pas nécessairement des agressions sexuelles au sens du *Code criminel* : par exemple, le consentement de la patiente n'est pas une défense à l'infraction disciplinaire. De plus, il est loin d'être établi que les patientes accepteront de collaborer pour faire avancer

²⁷ Jugement entrepris, paragr. 86-89.

l'enquête concernant Jerraf, de porter plainte ou de témoigner pour appuyer la plainte d'autres personnes. Ces facteurs limitent l'intérêt public de tenir l'enquête.

[67] Par ailleurs, le respect de la confidentialité des patientes et de leur expectative de vie privée sont des notions particulièrement importantes lorsque les actes reprochés sont de nature sexuelle ou intime, tel que l'explique la juge McLachlin dans *M. (A.) c. Ryan* :

Comme je l'ai dit, la common law doit évoluer de manière à refléter les nouvelles valeurs consacrées par la Charte. Il s'ensuit que les facteurs soupesés en vertu du quatrième volet du critère applicable pour déterminer l'existence d'un privilège devraient être mis à jour de manière à refléter les valeurs pertinentes de la Charte. L'une de ces valeurs est le droit à la vie privée que l'art. 8 de la Charte garantit à chacun. Il y a aussi le droit à l'égalité de traitement et de bénéfice de la loi que l'art. 15 de la Charte garantit à toute personne. Une règle du privilège qui omet de préserver la confidentialité des communications entre un médecin et son patient, dans le contexte d'une action intentée à la suite d'une agression sexuelle, perpétue le désavantage que ressentent les victimes d'agression sexuelle, qui sont souvent des femmes. La nature intime de l'agression sexuelle accentue les craintes que la victime éprouve au sujet de sa vie privée et est susceptible d'augmenter la difficulté d'obtenir réparation, si la divulgation automatique est la règle. [...]²⁸

[Soulignements ajoutés]

[68] Si le mandat est confirmé, la confidentialité des patientes et leur expectative de vie privée seront brimées. Il est raisonnable de présumer qu'elles seront contactées par un enquêteur de la police leur demandant de décrire leurs interactions avec Jerraf et, possiblement, les invitant à porter plainte et/ou éventuellement à témoigner contre lui.

[69] L'appelant plaide qu'il ne faut pas exagérer ce préjudice. Même si les patientes sont contactées par un enquêteur de la police, elles n'ont aucune obligation de répondre à ses questions ou de collaborer avec l'enquête. Si elles décident de collaborer, elles peuvent en fixer les limites. Si elles refusent, il est peu probable qu'elles soient contraintes à témoigner. De plus, qu'elles collaborent ou non et qu'elles témoignent ou non, leurs noms ne seront pas divulgués publiquement. Il existe des protections dans le système de justice criminelle pour que le nom des victimes de crimes sexuels ne soit pas divulgué²⁹, tout comme le Comité de discipline l'a fait dans le présent dossier.

[70] L'appelant a raison de souligner ces arguments. Toutefois, il demeure que, même si fait avec respect, le contact par les enquêteurs n'est pas voulu par les patientes.

²⁸ *M. (A.) c. Ryan, supra*, note 22, p. 175.

²⁹ Art. 486.4 *C.cr.*

[71] Un autre élément important à considérer est le préjudice causé aux enquêtes des syndicats d'ordres professionnels. En effet, la confidentialité du dossier d'enquête du syndic favorise les dénonciations de professionnels, particulièrement en matière d'inconduite sexuelle, ce qui, ultimement, participe à l'objectif de protection du public par le contrôle de l'exercice de la profession. Toute atteinte à ce principe de confidentialité pourrait nuire à l'objectif de protection du public.

[72] Le présent cas en est un bon exemple. Les six patientes ont choisi de se confier à l'intimée, mais quatre ont décidé de ne pas porter plainte à la police. Si elles avaient su que la police pourrait obtenir leurs informations dans le dossier de l'intimée, elles ne se seraient peut-être pas confiées à l'intimée.

[73] De plus, il n'est pas nécessaire de permettre aux enquêteurs d'aller chercher les informations dans le dossier de l'intimée. Il existe d'autres moyens d'enquête moins invasifs qui pourraient permettre à l'appelant de joindre des victimes potentielles de Jerraf : les enquêteurs pourraient, par exemple, tenir une conférence de presse afin d'inviter d'autres potentielles victimes à porter plainte. Ils peuvent aussi demander à l'intimée de contacter les patientes afin de leur offrir la possibilité de communiquer avec les enquêteurs. D'ailleurs, à ce sujet, on peut lire au sein de la dénonciation de l'appelant qu'un enquêteur a demandé au bureau du syndic s'il était possible que le bureau entre lui-même en contact avec les patientes afin de les inviter à porter plainte si elles le souhaitent; toujours selon la dénonciation, le syndic lui aurait répondu qu'il n'a pas le droit de le faire. Interrogée à ce sujet par la Cour, l'intimée a contesté cette allégation. Il me semble évident que cela aurait dû être fait au moment des communications initiales entre l'intimée et les patientes.

[74] En soupesant tous les facteurs pertinents, j'en arrive à la conclusion que le juge réviseur n'a pas erré en concluant que l'intérêt qu'il y a à soustraire l'identité des patientes à la divulgation l'emporte sur celui qu'il y a à découvrir la vérité et à bien trancher le litige.

3. Proposition du Barreau

[75] Finalement, le Barreau exprime une préoccupation à l'égard des patientes dans le présent dossier qui ne sont pas parties au débat et qui n'ont pas pu faire valoir leur position. Le Barreau soutient que les personnes dénonçant une situation à un syndic d'un ordre professionnel devraient participer au débat de façon anonyme par l'entremise d'un procureur ami de la Cour, et recommande la nomination d'un tel procureur pour chaque demande de délivrance d'un mandat de perquisition visant un dossier disciplinaire détenu par un ordre professionnel.

[76] Or, les juges ont le pouvoir discrétionnaire de nommer un procureur ami de la Cour en tout temps. Plusieurs facteurs peuvent influencer sur le juge, comme la présence d'une situation d'urgence de délivrer un mandat de perquisition. Il m'apparaît donc préférable de laisser le tout à la discrétion du juge qui entend une demande de délivrance d'un

mandat de perquisition. Le fait que le juge émetteur n'a pas nommé un procureur ami de la Cour dans ce dossier n'est pas une erreur juridictionnelle.

[77] Pour ces motifs, je propose de rejeter l'appel, sans frais vu les circonstances de l'espèce.

A handwritten signature in black ink, appearing to read "Stephen W. Hamilton", written in a cursive style. The signature is positioned above a horizontal line.

STEPHEN W. HAMILTON, J.C.A.