

Smith & Nephew Inc. *Appellant*

v.

Louise Glegg *Respondent*

and between

**Christopher Carter and Gilles
Dextrateur** *Appellants*

v.

Louise Glegg *Respondent*

INDEXED AS: GLEGG v. SMITH & NEPHEW INC.

Neutral citation: 2005 SCC 31.

File No.: 30060.

2005: January 13; 2005: May 20.

Present: Bastarache, Binnie, LeBel, Deschamps, Fish, Abella and Charron JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
QUEBEC

Civil procedure — Production of documents — Medical records — Examination on discovery — Plaintiff suing her attending physicians and manufacturer of prosthesis in civil liability — Significant portion of damages sought under heads of pain and suffering, shock and nervousness — Plaintiff objecting at examination on discovery to disclosure of medical record kept by her psychiatrist — Whether objection should be dismissed — Whether plaintiff implicitly waived confidentiality of her medical record — Whether defendants demonstrated relevance of this disclosure.

Physicians and surgeons — Professional secrecy — Medical record — Access to content of medical record — Extent of disclosure — Principle of relevance.

Physicians and surgeons — Professional secrecy — Medical record — Waiver — Waiver by patient of confidentiality of her medical record and of physician's

Smith & Nephew Inc. *Appelante*

c.

Louise Glegg *Intimée*

et entre

**Christopher Carter et Gilles
Dextrateur** *Appellants*

c.

Louise Glegg *Intimée*

RÉPERTORIÉ : GLEGG c. SMITH & NEPHEW INC.

Référence neutre : 2005 CSC 31.

N° du greffe : 30060.

2005 : 13 janvier; 2005 : 20 mai.

Présents : Les juges Bastarache, Binnie, LeBel, Deschamps, Fish, Abella et Charron.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

Procédure civile — Production de documents — Dossiers médicaux — Interrogatoire préalable — Demanderesse poursuivant en responsabilité civile ses médecins traitants et le fabricant d'une prothèse — Partie importante des dommages-intérêts réclamés correspondant aux chefs de souffrance et douleur, choc et nervosité — Objection de la demanderesse à la divulgation de son dossier médical tenu par son psychiatre au cours de l'interrogatoire préalable — Cette objection doit-elle être rejetée? — La demanderesse a-t-elle renoncé implicitement à la confidentialité de son dossier médical? — Les défendeurs ont-ils démontré la pertinence de cette divulgation?

Médecins et chirurgiens — Secret professionnel — Dossier médical — Accès au contenu d'un dossier médical — Étendue de la divulgation — Principe de la pertinence.

Médecins et chirurgiens — Secret professionnel — Dossier médical — Renonciation — Renonciation du patient à la confidentialité de son dossier médical et au

duty of professional secrecy — Scope and limits of this waiver.

G sued her attending physicians and the manufacturer of a metal prosthesis used to perform a reduction on her fractured femur in civil liability. She claimed damages for, *inter alia*, pain and suffering, shock and nervousness. She alleged that allergic reactions to the insertion of the implant together with pain caused by the implant itself left her disabled and unable to work, and that they triggered a reactive depression. At the examination on discovery, before the filing of the defence, the appellants learned that G had been consulting a psychiatrist and requested the disclosure of the psychiatric record. G refused, and the parties took the matter to the Superior Court. At an initial hearing, the judge ordered counsel for G to produce the record so that he could rule on the objection. At the second hearing, the judge dismissed the objection because he was unable to verify the grounds for it due to G's failure to comply with the original order. The Court of Appeal reversed that decision and ordered the Superior Court to determine which portions of the record were relevant and should be disclosed.

Held: The appeal should be allowed. The Superior Court's decision should be restored.

Despite its importance and the protection afforded it, particularly under the *Charter of human rights and freedoms* and statutes governing professional orders, the physician's duty of professional secrecy has limits. The holder of the right to secrecy may waive it, and the disclosure of confidential information may be required to protect competing interests. A waiver, even an implied one, does not authorize unlimited and uncontrolled access to the medical record. The party seeking access must establish the apparent relevance of the requested information to the exploration of the merits of the case and to the conduct of the defence. At an examination on discovery, whether before or after the filing of the defence, relevance is interpreted broadly, mainly in relation to the allegations set out in the pleadings. At this stage, the parties are under an implied obligation of confidentiality. If the relevance of the evidence is contested, it is the judge who decides and who controls the conditions for access to and dissemination of the information. [17-26]

In the case at bar, the appellants demonstrated the relevance of the requested information and the existence of an implied waiver resulting from, *inter alia*, the nature of the allegations in the action and the answers given by G at the examination on discovery. The judge could therefore have ordered at this stage that the record be disclosed to counsel for the appellants. Had G complied with the

secret professionnel du médecin — Portée et limite de cette renonciation.

G poursuit en responsabilité civile ses médecins traitants et le fabricant d'une prothèse métallique utilisée pour réduire une fracture de son fémur. Elle réclame des dommages-intérêts, entre autres, pour les souffrances et les douleurs, le choc et la nervosité. Elle allègue que des réactions allergiques à l'installation de l'implant et les douleurs causées par celui-ci l'ont rendue invalide et inapte au travail, et auraient provoqué une dépression situationnelle. Au cours de l'interrogatoire préalable, avant la production de la défense, les appelants apprennent que G consulte un psychiatre et demandent la communication du dossier psychiatrique. G refuse et les parties se présentent devant la Cour supérieure. Lors d'une première audience, le juge ordonne à l'avocat de G d'apporter le dossier pour lui permettre de statuer sur l'objection. Lors de la seconde audience, le juge rejette l'objection faute d'avoir pu en vérifier les motifs puisque G ne s'est pas conformé à la première ordonnance. La Cour d'appel infirme cette décision et ordonne à la Cour supérieure de déterminer les parties pertinentes du dossier qui doivent être divulguées.

Arrêt : Le pourvoi est accueilli. La décision de la Cour supérieure est rétablie.

Malgré son importance et la protection que lui accordent notamment la *Charte des droits et libertés de la personne* et les lois d'organisation professionnelle, le secret professionnel du médecin connaît des limites. Le titulaire du droit au secret peut y renoncer et la divulgation d'informations confidentielles peut être imposée pour protéger des intérêts concurrents. La renonciation, même implicite, n'autorise pas un accès illimité et incontrôlé au dossier médical. Celui qui réclame l'accès doit établir la pertinence apparente de l'information recherchée, pour l'exploration des fondements de la demande et pour la conduite de la défense. À l'occasion de l'interrogatoire préalable, avant ou après la production de la défense, la pertinence s'apprécie largement, principalement par rapport aux allégations contenues dans les actes de procédure. De plus, à cette étape, une obligation implicite de confidentialité s'impose aux parties. Si la pertinence de la preuve demeure contestée, le juge tranche et contrôle les modalités de la prise de connaissance et de la diffusion de l'information. [17-26]

En l'espèce, les appelants ont démontré la pertinence de l'information recherchée et l'existence d'une renonciation implicite, notamment du fait de la nature des allégations de l'action prise et des réponses données par G au cours de l'interrogatoire préalable. À cette étape, le juge pouvait donc ordonner la communication du dossier aux avocats des appelants. Si G s'était conformé à

original order and produced the record, the judge could have taken the necessary measures to rule on the objections to the disclosure of specific items in the record. In a situation such as this, the Court of Appeal could not at this stage of the proceedings have imposed a heavier burden on the appellants, who had already demonstrated the apparent relevance of the requested information. [27] [31]

Cases Cited

Applied: *Frenette v. Metropolitan Life Insurance Co.*, [1992] 1 S.C.R. 647; *Lac d'Amiante du Québec Ltée v. 2858-0702 Québec Inc.*, [2001] 2 S.C.R. 743, 2001 SCC 51; **referred to:** *M. (A.) v. Ryan*, [1997] 1 S.C.R. 157; *Foster Wheeler Power Co. v. Société intermunicipale de gestion et d'élimination des déchets (SIGED) inc.*, [2004] 1 S.C.R. 456, 2004 SCC 18; *Pilorgé v. Desgens*, [1987] R.D.J. 341; *Goulet v. Lussier*, [1989] R.J.Q. 2085; *Coffey v. Tran*, [1991] R.D.J. 107; *Kruger Inc. v. Kruger*, [1987] R.D.J. 11; *Westinghouse Canada Inc. v. Arkwright Boston Manufacturers Mutual Insurance Co.*, [1993] R.J.Q. 2735; *R. v. McClure*, [2001] 1 S.C.R. 445, 2001 SCC 14; *R. v. Gruenke*, [1991] 3 S.C.R. 263; *Québec (Procureur général) v. Dorion*, [1993] R.D.J. 88; *Champagne v. Scotia McLeod Inc.*, [1992] R.D.J. 247.

Statutes and Regulations Cited

Act respecting health services and social services, R.S.Q., c. S-4.2, s. 19.
Charter of human rights and freedoms, R.S.Q., c. C-12, s. 9.
Code of Civil Procedure, R.S.Q., c. C-25, arts. 46, 395, 397, 402.
Code of ethics of physicians, R.R.Q. 1981, c. M-9, r. 4.1, s. 20(3).
Medical Act, R.S.Q., c. M-9, s. 42.
Professional Code, R.S.Q., c. C-26, s. 60.4.
Rules of practice of the Superior Court of Québec in civil matters, R.R.Q. 1981, c. C-25, r. 8, rule 3.

Authors Cited

Ferland, Denis, et Benoît Emery. *Précis de procédure civile du Québec*, vol. 1, 4^e éd. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 2003.
 Royer, Jean-Claude. *La preuve civile*, 3^e éd. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 2003.

APPEAL from a judgment of the Quebec Court of Appeal (Baudouin and Forget JJ.A. and Biron J. (*ad hoc*)), [2003] Q.J. No. 13292 (QL), J.E. 2003-1912, reversing a decision of Baker J. rendered on February 27, 2003. Appeal allowed.

l'ordonnance initiale et avait apporté le dossier, le juge aurait pu prendre les mesures nécessaires pour statuer sur les objections à la communication d'éléments particuliers du dossier. Devant une telle situation, la Cour d'appel ne pouvait pas, à cette étape de la procédure, imposer un fardeau plus lourd aux appelants qui avaient déjà démontré la pertinence apparente de l'information recherchée. [27] [31]

Jurisprudence

Arrêts appliqués : *Frenette c. Métropolitaine (La), cie d'assurance-vie*, [1992] 1 R.C.S. 647; *Lac d'Amiante du Québec Ltée c. 2858-0702 Québec Inc.*, [2001] 2 R.C.S. 743, 2001 CSC 51; **arrêts mentionnés :** *M. (A.) c. Ryan*, [1997] 1 R.C.S. 157; *Société d'énergie Foster Wheeler ltée c. Société intermunicipale de gestion et d'élimination des déchets (SIGED) inc.*, [2004] 1 R.C.S. 456, 2004 CSC 18; *Pilorgé c. Desgens*, [1987] R.D.J. 341; *Goulet c. Lussier*, [1989] R.J.Q. 2085; *Coffey c. Tran*, [1991] R.D.J. 107; *Kruger Inc. c. Kruger*, [1987] R.D.J. 11; *Westinghouse Canada Inc. c. Arkwright Boston Manufacturers Mutual Insurance Co.*, [1993] R.J.Q. 2735; *R. c. McClure*, [2001] 1 R.C.S. 445, 2001 CSC 14; *R. c. Gruenke*, [1991] 3 R.C.S. 263; *Québec (Procureur général) c. Dorion*, [1993] R.D.J. 88; *Champagne c. Scotia McLeod Inc.*, [1992] R.D.J. 247.

Lois et règlements cités

Charte des droits et libertés de la personne, L.R.Q., ch. C-12, art. 9.
Code de déontologie des médecins, R.R.Q. 1981, ch. M-9, r. 4.1, art. 20(3).
Code de procédure civile, L.R.Q., ch. C-25, art. 46, 395, 397, 402.
Code des professions, L.R.Q., ch. C-26, art. 60.4.
Loi médicale, L.R.Q., ch. M-9, art. 42.
Loi sur les services de santé et les services sociaux, L.R.Q., ch. S-4.2, art. 19.
Règlement de procédure civile de la Cour supérieure, R.R.Q. 1981, ch. C-25, r. 8, règle 3.

Doctrine citée

Ferland, Denis, et Benoît Emery. *Précis de procédure civile du Québec*, vol. 1, 4^e éd. Cowansville, Qué. : Yvon Blais, 2003.
 Royer, Jean-Claude. *La preuve civile*, 3^e éd. Cowansville, Qué. : Yvon Blais, 2003.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec (les juges Baudouin, Forget et Biron (*ad hoc*)), [2003] J.Q. n° 13292 (QL), J.E. 2003-1912, infirmant une décision du juge Baker rendue le 27 février 2003. Pourvoi accueilli.

Gerald R. Tremblay, Q.C., Catherine Mandeville and Mélanie Dugré, for the appellants Christopher Carter and Gilles Dextradeur.

Odette Jobin-Laberge, for the appellant Smith & Nephew Inc.

Dominic Desjarlais, for the respondent.

English version of the judgment of the Court delivered by

LEBEL J. —

I. Introduction

This appeal raises a problem relating to the application of the physician's duty of professional secrecy. At issue is access to the psychiatric record kept by a physician consulted by a patient who is suing her attending physicians and the manufacturer of a metal prosthesis used by one of them to perform a reduction on her fractured femur. In respect of objections made during examinations on discovery to questions and to requests to produce documents, the Quebec Court of Appeal reversed an interlocutory judgment of the Superior Court ordering the production of a record of psychiatric consultations. In my view, the respondent had waived professional secrecy in the circumstances of this case, and the appellants had furnished sufficient proof that the production of the record would be useful to them in conducting their defence at the examination on discovery stage while readying the case for trial. Consequently, as I will explain in the reasons that follow, I would allow the appeal. I would restore the Superior Court's judgment, which dismissed the respondent's objections to production of the medical record in issue.

II. Origin and History of the Case

The case began when Ms. Glegg had an unfortunate accident. On July 9, 1996, she fell off a bicycle and fractured her right femur and her hip. After she was taken to a hospital, one of the appellants, Dr. Carter, an orthopedic surgeon, performed a surgical reduction of the fracture. As part of this procedure, he inserted a metal implant manufactured and sold

Gerald R. Tremblay, c.r., Catherine Mandeville et Mélanie Dugré, pour les appelants Christopher Carter et Gilles Dextradeur.

Odette Jobin-Laberge, pour l'appelante Smith & Nephew Inc.

Dominic Desjarlais, pour l'intimée.

Le jugement de la Cour a été rendu par

LE JUGE LEBEL —

I. Introduction

Le présent pourvoi soulève un problème d'application du secret professionnel médical. Le débat porte sur l'accès au dossier psychiatrique tenu par un médecin consulté par une patiente qui poursuit ses médecins traitants et le manufacturier d'une prothèse métallique utilisée par l'un de ceux-ci pour réduire une fracture de son fémur. À l'occasion d'objections à des questions et à des demandes de production de documents au cours d'interrogatoires préalables, la Cour d'appel du Québec a renversé un jugement interlocutoire de la Cour supérieure qui ordonnait la production d'un dossier de consultations psychiatriques. À mon avis, l'intimée avait renoncé au secret professionnel dans les circonstances de ce dossier et les appelants avaient établi de manière suffisante la pertinence de cette production pour la conduite de leur défense à l'étape des interrogatoires préalables, au cours de la mise en état du dossier. En conséquence, comme je l'expose dans les motifs qui suivent, j'accueillerais le pourvoi. Je rétablirais ainsi le jugement de la Cour supérieure qui rejetait les objections de l'intimée à la production du dossier médical pertinent.

II. Origine et déroulement du litige

Cette affaire débute avec un accident malheureux dont M^{me} Glegg est victime. Le 9 juillet 1996, elle fait une chute en bicyclette et se fracture le fémur droit et la hanche. Après son transport à l'hôpital, l'un des appelants, le D^r Carter, chirurgien orthopédiste, procède à une réduction chirurgicale de la fracture. Au cours de cette intervention, il met en place

by the appellant Smith & Nephew Inc. Dr. Carter conducted the medical follow-up that is normal in such cases. On May 26, 1997, the respondent consulted another orthopedic surgeon, Dr. Dextrateur, who is also an appellant in this case, about pain she was suffering in one of her feet. On December 11, 1997, after confirming the consolidation of the fracture, Dr. Carter performed a second operation in which he removed the implant.

3 The respondent complained of suffering intense pain between the two operations. She said that she was unable to work because of the pain. As a result, she filed an action in damages against Drs. Carter and Dextrateur and against Smith & Nephew Inc. on March 31, 2000. The suit against the two physicians alleged that they were professionally liable for their failure to foresee, diagnose or treat allergic reactions caused by the implant and to provide the respondent with sufficient information about the implant's characteristics. The basis of the action against the manufacturer was that its product was dangerous and that insufficient information was provided regarding the risks involved in having it implanted.

4 The respondent claimed \$4,655,000 from the appellants solidarily. The declaration sought, *inter alia*, \$2,000,000 for pain and suffering, shock, nervousness and loss of enjoyment of life. According to the allegations, allergic reactions to the insertion of the implant together with pain caused by the implant itself left the respondent disabled and unable to work. They also allegedly triggered a reactive depression.

5 After the action was served, counsel for the appellants followed the usual procedures of requesting the production of documents and holding an examination on discovery. Before the filing of the defence, they summoned Ms. Glegg for an examination on discovery pursuant to art. 397 of the *Code of Civil Procedure*, R.S.Q., c. C-25 ("C.C.P."). In reviewing the file and examining the respondent in 2000, the appellants learned that Dr. Pratt, a dermatologist consulted by the respondent about hypersensitivity she experienced after the fracture reduction, had advised her to consult a psychiatrist,

un implant métallique fabriqué et vendu par l'appellante Smith & Nephew Inc. Le D^f Carter assure le suivi médical normal en pareil cas. Par ailleurs, l'intimée consulte un autre chirurgien orthopédiste, le D^f Dextrateur, également appelant dans ce dossier, le 26 mai 1997, au sujet de douleurs à un pied. Enfin, le 11 décembre 1997, après avoir constaté la consolidation de la fracture, le D^f Carter effectue une seconde opération pour retirer l'implant.

L'intimée se plaint d'avoir subi de vives douleurs entre les deux opérations. Elle affirme que ces douleurs l'ont rendue incapable de travailler. En conséquence, le 31 mars 2000, elle intente une action en dommages-intérêts contre les D^{rs} Carter et Dextrateur ainsi que contre Smith & Nephew Inc. Le recours contre les deux médecins invoque leur responsabilité professionnelle pour ne pas avoir prévu, diagnostiqué ou traité des phénomènes d'allergie causés par l'implant et pour ne pas avoir donné à l'intimée une information suffisante au sujet des caractéristiques de celui-ci. Au manufacturier, l'action fait grief des dangers de son produit et de défauts d'information quant à la nature des risques propres à sa mise en place.

L'intimée réclame solidairement aux appelants 4 655 000 \$. La déclaration réclame notamment 2 000 000 \$ pour les souffrances et douleurs de l'intimée, le choc, la nervosité, et la perte de jouissance de la vie. Les allégations mentionnent que des réactions allergiques à l'installation de l'implant et les douleurs causées par celui-ci ont rendu l'intimée invalide et inapte au travail. Elles auraient aussi provoqué une dépression situationnelle.

Après la signification de l'action, les avocats des appelants entreprennent les procédures habituelles de demande de production de documents et d'interrogatoire préalable. Ils assignent M^{me} Glegg pour un interrogatoire préalable, avant la production de la défense, en vertu de l'art. 397 du *Code de procédure civile*, L.R.Q., ch. C-25 (« C.p.c. »). À l'occasion de leur examen du dossier et d'un interrogatoire de l'intimée en 2000, les appelants apprennent qu'un dermatologue, le D^f Pratt, consulté par cette dernière au sujet de problèmes d'hypersensibilité survenus après la réduction de sa fracture, lui a conseillé de

Dr. Gawlik. The respondent then confirmed that she had suffered from depression after the accident and the operations. She acknowledged that she had been consulting Dr. Gawlik on a regular basis since November 1999 because of psychological problems caused by these events.

The examination on discovery resumed on April 24, 2002. Counsel for the appellants asked Ms. Glegg further questions about her consultations with Dr. Gawlik. She said that she had consulted him approximately 40 times between November 1999 and November 2000. The appellants requested the disclosure of Dr. Gawlik's record. At this point, counsel for the respondent put on the record an undertaking to produce the documents, although the undertaking was made without prejudice and with an indication that the matter would be discussed later. The examination was then adjourned. On July 10, 2002, counsel for the respondent informed the appellants that his client did not consent to the production of Dr. Gawlik's clinical notes due to the confidential nature of these documents.

A few weeks later, on August 1, 2002, counsel for the respondent sent the appellants a draft letter, apparently prepared by Dr. Gawlik, to a federal public servant responsible for reviewing applications for disability benefits under the Canada Pension Plan. This document confirmed that the consultations had taken place and gave some explanations regarding the circumstances that had caused Ms. Glegg to consult him. However, the portion of the letter regarding the diagnosis had been deleted. Meanwhile, on July 11, 2002, the appellants' expert psychiatrist, Dr. Bourget, had met with Ms. Glegg and conducted his own medical assessment. On September 25, 2002, this expert reported his findings to the appellants. He stated that he felt Dr. Gawlik's record would be highly relevant to and useful for the purpose of assessing the respondent's psychiatric condition and forming an expert opinion on the subject. Upon receiving this information, the appellants once again requested the disclosure of Dr. Gawlik's record. The respondent still refused to consent to its disclosure. Consequently, a few months later, the parties appeared before the Superior Court for a decision on the objection to disclosure of Dr. Gawlik's record.

rencontrer un psychiatre, le D^f Gawlik. L'intimée confirme alors avoir subi une dépression après son accident et ses opérations. Elle reconnaît consulter régulièrement le D^f Gawlik, depuis novembre 1999, en raison des problèmes psychologiques que lui ont causés ces événements.

L'interrogatoire préalable reprend le 24 avril 2002. Les avocats des appelants posent de nouvelles questions à M^{me} Glegg sur ses consultations avec le D^f Gawlik. Elle affirme l'avoir consulté environ 40 fois, de novembre 1999 à novembre 2000. Les appelants demandent alors la transmission du dossier tenu par le D^f Gawlik. L'avocat de l'intimée fait noter à ce moment un engagement de produire les documents, mais sous réserve, avec indication que la question sera discutée plus tard. L'interrogatoire est ensuite suspendu. Le 10 juillet 2002, l'avocat de l'intimée informe les appelants que sa cliente ne consent pas à la production des notes d'entrevue du D^f Gawlik en raison du caractère confidentiel de ces documents.

Quelques semaines plus tard, le 1^{er} août 2002, l'avocat de l'intimée envoie aux appelants un projet de lettre apparemment préparé par le D^f Gawlik et destiné à une fonctionnaire fédérale chargée de l'examen de demandes de prestations d'invalidité en vertu du Régime de pension du Canada. Ce document confirme les consultations et donne quelques explications sur les circonstances qui ont amené M^{me} Glegg à son cabinet. La partie de la lettre portant sur le diagnostic a toutefois été effacée. Entre-temps, le 11 juillet 2002, l'expert psychiatre des appelants, le D^f Bourget, rencontre M^{me} Glegg et procède à son évaluation médicale. Le 25 septembre 2002, cet expert fait rapport à ses mandants. Il affirme alors que le dossier tenu par le D^f Gawlik lui paraît très pertinent et utile pour l'évaluation de l'état psychiatrique de l'intimée et pour donner son opinion à ce sujet. À la suite de ces informations, les appelants réitèrent leur demande de communication du dossier tenu par le D^f Gawlik. L'intimée refuse toujours son consentement à cette transmission. En conséquence, quelques mois plus tard, les parties se présentent devant la Cour supérieure pour obtenir une décision sur l'objection à la

6

7

By that time, the appellants had filed their defences. The objection was heard by Baker J. A new lawyer was now representing Ms. Glegg. The firm that had been representing her had recently transferred the case to him.

8 Unfortunately, reconstructing the progress and content of the proceeding before Baker J. is somewhat difficult. In accordance with standard practice, counsel for the parties attended at the judge's chambers to make submissions on the objections raised during the examination on discovery of Ms. Glegg. At that time, the judge took cognizance of the pleadings and of the transcript of the examination. As this part of the proceedings took place in chambers rather than in the courtroom, the courthouse's recording system did not record the parties' representations or the exchanges between them and the judge. Nor was a stenographer present with counsel in the judge's chambers. Consequently, the only written record of this legal proceeding appears in the minutes of the hearings of February 25 and 27, 2003.

9 On February 25, an initial hearing took place in the chambers of Baker J. The minutes of the hearing contain only a transcript of a decision rendered by the judge. This decision ordered Mr. Desjarlais, Ms. Glegg's lawyer, to return on February 27, 2003, with a portion of the cases of documents he had received from his predecessor:

[TRANSLATION] The Court orders counsel to appear on Thursday, February 27, 2003, in Room 14.21 and orders Mr. Desjarlais to bring with him the boxes of documents from Mr. Samuel containing the reports or notes of Dr. Gawlick [*sic*].

Diane Bourbonnais
Clerk

10 The second hearing was held as scheduled on February 27, 2003. Baker J. dismissed the objection to disclosure of Dr. Gawlick's record that had been made during the examination on discovery. That decision is the one at issue in this appeal. The minutes are silent as to the substance of counsel's arguments and Baker J.'s reasons. They mention

communication du dossier tenu par le D^r Gawlik. Entre-temps, les appelants ont déposé leurs défenses. Le juge Baker est saisi du dossier de l'objection. Un nouvel avocat représente alors M^{me} Glegg. L'étude qui agissait auparavant pour celle-ci lui a transmis le dossier récemment.

La reconstitution du cours et du contenu des débats devant le juge Baker soulève malheureusement quelques difficultés. Suivant une pratique courante, les avocats des parties se sont présentés au cabinet du juge pour la plaidoirie sur les objections soulevées au cours de l'interrogatoire préalable de M^{me} Glegg. Le juge a alors pris connaissance des actes de procédure et de la transcription sténographique de l'interrogatoire. Comme cette partie de l'affaire se passe au cabinet du juge et non en salle d'audience, le système d'enregistrement du palais de justice n'enregistre pas les observations des parties et les échanges entre elles et le juge. Par ailleurs, aucun sténographe n'accompagne les avocats chez le juge. En conséquence, la seule trace écrite de ce débat judiciaire se retrouve dans les procès-verbaux des audiences du 25 et du 27 février 2003.

Le 25 février, une première audience a lieu au cabinet du juge Baker. Le procès-verbal d'audience ne contient que la transcription d'une décision de ce dernier. Elle ordonne à M^e Desjarlais, l'avocat de M^{me} Glegg, d'apporter une partie des caisses de documents qu'il a reçues de son prédécesseur et de revenir le 27 février 2003 :

Le Tribunal ordonne aux procureur[s] de comparaître jeudi, le 27 février 03, bureau 14.21, et ordonne à M^e Desjarlais d'apporter avec lui les boîtes de documents de M^e Samuel sur les rapports ou notes du D^r Gawlick [*sic*].

Diane Bourbonnais
Greffière

La deuxième audience se tient comme prévu le 27 février 2003. Le juge Baker rejette alors l'objection à la demande de transmission du dossier tenu par le D^r Gawlik, telle qu'elle avait été formulée lors de l'interrogatoire préalable. Cette décision est celle visée par le présent pourvoi. Le procès-verbal est muet quant au contenu de l'argumentation des

only the attendance of counsel and the disposition of the judgment:

[TRANSLATION]

2:35 p.m. Case continued from February 25, 2003.
Representations of Ms. Dugré.
Representations of Mr. Desjarlais.

Decision:

The objection at page 50 of the examination of Louise Glegg is dismissed.

Before the decision of the Quebec Court of Appeal is discussed, what took place in the Superior Court must be understood and explained. This subject was broached in a number of questions and exchanges at the hearing before this Court. From the circumstances of the examination, I am convinced that counsel for the appellants wanted to obtain the notes in Dr. Gawlik's record. At the first hearing, on February 25, counsel for the respondent did not have those notes in his possession. Baker J. requested that the file containing the notes be produced so that he could rule on the objection. The order could have been more specific. Nevertheless, in the circumstances, the request made to counsel was clear: he was to produce the medical record. On February 27, counsel produced the files that had been transferred to him by the colleague who had formerly represented Ms. Glegg. Dr. Gawlik's notes were not in them. It can be presumed that counsel was acting upon his client's instructions in failing to produce them in the Superior Court. However, counsel could not justify this failure by arguing that the terms of Baker J.'s order were vague, as the order was sufficiently clear in the circumstances in which it was made. The judge's order could have concerned nothing other than the notes from the interviews with the respondent. It must accordingly be concluded that the respondent failed to comply with the judge's order. Consequently, Baker J. dismissed the objection on the basis that the respondent had not permitted him to verify the grounds for it. The respondent appealed from this decision, and the Court of Appeal ruled in her favour: [2003] Q.J. No. 13292 (QL).

avocats et aux motifs donnés par le juge Baker. Il ne contient que la mention de la présence des avocats et le dispositif du jugement :

14 h 35 Cause continuée du 25 février 2003.
Représentations de M^e Dugré.
Représentations de M^e Desjarlais.

Décision :

L'objection à la page 50 de l'interrogatoire de M^{me} Louise Glegg est rejetée.

Avant de passer à l'examen de l'arrêt de la Cour d'appel du Québec, il importe de comprendre et de préciser ce qui s'est passé devant la Cour supérieure. Ce sujet a fait l'objet de plusieurs questions et d'échanges à l'audience devant notre Cour. Du contexte de l'interrogatoire, il me paraît sûr que les avocats des appelants voulaient obtenir les notes contenues au dossier tenu par le D^r Gawlik. À la première audience, le 25 février, l'avocat de l'intimée ne les avait pas en sa possession. Pour statuer sur l'objection, le juge Baker a demandé d'apporter le dossier qui les contenait. L'ordonnance aurait pu être plus précise. Toutefois, dans le contexte, la demande adressée à l'avocat restait claire : il devait apporter ce dossier médical. Le 27 février, l'avocat a apporté des dossiers transmis par le confrère qui avait agi pour M^{me} Glegg. Les notes du D^r Gawlik ne s'y trouvaient pas. On peut présumer que l'avocat exécutait alors les instructions données par sa cliente en ne les apportant pas à la Cour supérieure. Toutefois, l'avocat ne pouvait pas se retrancher derrière des imprécisions de l'ordonnance du juge Baker, dont le sens était suffisamment clair dans les circonstances où elle a été prononcée. L'ordonnance du juge ne pouvait avoir d'autre objet que les notes des entrevues avec l'intimée. Dans ce cadre, il faut conclure que l'intimée ne s'est pas conformée à l'ordre du juge. En conséquence, celui-ci a rejeté l'objection, puisque l'intimée ne lui a pas permis d'en vérifier les motifs. L'intimée a interjeté appel et la Cour d'appel lui a donné gain de cause : [2003] J.Q. n^o 13292 (QL).

12 The Court of Appeal allowed the appeal and ordered that the case be referred back to the Superior Court. The Superior Court was to resume its consideration of the case so as to determine which portions of the psychiatric record were relevant and should be disclosed; in so doing, it was to hear both sides and, if necessary, hold the hearing *in camera*. The decision stressed the importance of the physician's duty of professional secrecy, particularly in the field of psychiatry.

13 The Court of Appeal acknowledged that, while the institution of medical malpractice proceedings may involve an implied waiver of secrecy, this waiver is limited by the principle of relevance. Although the right to defend oneself must be protected, it is also important to protect the right to privacy raised by the psychiatrist-patient relationship. On this point, the Court of Appeal was of the opinion that this Court's decision in *Frenette v. Metropolitan Life Insurance Co.*, [1992] 1 S.C.R. 647, was not the final word of the courts on the disclosure of medical and hospital records and on waiver of the confidentiality of such records, especially in the field of psychiatry. In the Court of Appeal's view, *M. (A.) v. Ryan*, [1997] 1 S.C.R. 157, had given greater weight to the right to privacy and imposed a more onerous burden on someone wishing to gain access to a patient's psychiatric record. The Court of Appeal also criticized the approach adopted by the appellants to gain access to the psychiatric record. Instead of making the request in the course of an examination on discovery, the defendants should have served a motion to produce the medical record pursuant to art. 402 *C.C.P.* Had they done so, the debate could have been structured more appropriately and all relevant questions of fact and law could have been incorporated into it. The Court of Appeal's judgment is now the subject of the appeal, for which leave was granted, before this Court.

III. Analysis

A. *Issues*

14 To determine whether the trial judge was right to dismiss the respondent's objection, it is necessary to look once again at the issues relating to the nature

L'arrêt de la Cour d'appel accueille le pourvoi et ordonne le retour du dossier devant la Cour supérieure. Celle-ci devrait reprendre l'examen du dossier pour déterminer, contradictoirement et à huis clos s'il le faut, les parties pertinentes du dossier psychiatrique qui devraient être communiquées. L'arrêt insiste sur l'importance du secret professionnel médical, particulièrement dans le domaine psychiatrique.

Si la Cour d'appel admet que l'institution de procédures en responsabilité médicale peut impliquer une renonciation implicite au secret, celle-ci demeure limitée par le principe de la pertinence. Si le droit à la défense doit être protégé, il importe aussi de sauvegarder le droit à la protection de la vie privée que soulève la relation psychiatrique. À ce propos, la Cour d'appel estime que l'arrêt prononcé par notre Cour dans l'affaire *Frenette c. Métropolitaine (La), cie d'assurance-vie*, [1992] 1 R.C.S. 647, ne représente pas le dernier état de la jurisprudence sur l'accès au dossier médical et hospitalier et sur les renonciations à la confidentialité de ceux-ci, surtout dans le domaine psychiatrique. À son avis, l'arrêt *M. (A.) c. Ryan*, [1997] 1 R.C.S. 157, aurait donné plus de poids au droit au respect de la vie privée et alourdi le fardeau de preuve de celui qui entend obtenir l'accès au dossier psychiatrique d'un patient. La Cour d'appel critique aussi la procédure adoptée par les appelants pour régler cette question d'accès au dossier psychiatrique. Au lieu de présenter la demande au cours d'un interrogatoire préalable, les défendeurs auraient dû plutôt faire signifier une requête pour production du dossier médical en vertu de l'art. 402 *C.p.c.* Une telle voie procédurale aurait permis de mieux encadrer le débat et d'y intégrer toutes les questions de fait et de droit pertinentes. Ce jugement fait maintenant l'objet du pourvoi autorisé devant notre Cour.

III. Analyse

A. *Les questions en litige*

Pour décider si le premier juge a eu raison de rejeter l'objection de l'intimée, il faut se pencher à nouveau sur les problèmes liés à la nature du secret

of the physician's duty of professional secrecy in Quebec law and to waivers of the patient's right to secrecy. First, the requirements for such a waiver must be determined. Then, once the principles have been stated, it will be necessary to review the procedure for raising such a waiver, the burden of proof on the party seeking access to the content of a medical record and the extent of the disclosure. This analysis will be carried out in the specific context of examinations on discovery and proceedings relating to the disclosure of documents conducted in readying a case for trial in Quebec civil procedure.

B. *Legislative Framework of the Physician's Duty of Professional Secrecy*

It should be borne in mind that the case at bar falls under the law of civil liability. It is therefore governed by Quebec civil law and civil procedure. Although there is no denying the influence of the common law and, in particular, the complexity of the sources of Quebec's law of evidence in civil matters, the fact remains that this law is now codified. It is governed by a complex set of legislative rules. Some of these rules are quasi-constitutional in nature by virtue of the *Charter of human rights and freedoms*, R.S.Q., c. C-12 ("Quebec Charter"). (See on this subject: *Foster Wheeler Power Co. v. Société intermunicipale de gestion et d'élimination des déchets (SIGED) inc.*, [2004] 1 S.C.R. 456, 2004 SCC 18, at paras. 18-27; J.-C. Royer, *La preuve civile* (3rd ed. 2003), at pp. 903-11.)

Using a variety of legal techniques based on rules of practice that established immunities from disclosure, Quebec law has long recognized the fundamental importance of the physician's duty of professional secrecy in therapy relationships (Royer, at pp. 904-906). Today, s. 9 of the Quebec *Charter* recognizes that every person has a right to professional secrecy. This right exists in respect of all persons bound to professional secrecy. The *Professional Code*, R.S.Q., c. C-26, imposes an obligation of professional secrecy on all members of the professional orders it governs (s. 60.4). Physicians are required to belong to an order known as the "Collège des médecins", to which the *Professional Code* and

professionnel médical en droit québécois et aux renoncements à celui-ci. On doit d'abord déterminer à quelles conditions peut intervenir une telle renonciation. Ensuite, une fois les principes posés, il conviendra d'examiner comment peut être soulevée une telle renonciation, le fardeau de preuve de la partie qui veut obtenir l'accès au contenu d'un dossier médical et l'étendue de cette communication. Cette analyse s'effectuera dans le contexte particulier des procédures d'interrogatoire préalable et de communication de documents qui précèdent la mise en état d'un procès dans la procédure civile du Québec.

B. *Le cadre législatif du secret professionnel médical*

On doit se rappeler que l'affaire examinée dans le présent appel relève du droit de la responsabilité civile. Elle est donc régie par le droit civil et la procédure civile du Québec. Sans nier les influences de la common law et, notamment, la complexité des sources du droit de la preuve civile au Québec, il demeure que le droit en question est maintenant codifié. Un ensemble complexe de règles législatives l'encadre désormais. Certaines d'entre elles possèdent d'ailleurs une valeur quasi constitutionnelle, en vertu de la *Charte des droits et libertés de la personne*, L.R.Q., ch. C-12 (« *Charte québécoise* ») (voir à ce propos : *Société d'énergie Foster Wheeler ltée c. Société intermunicipale de gestion et d'élimination des déchets (SIGED) inc.*, [2004] 1 R.C.S. 456, 2004 CSC 18, par. 18-27; J.-C. Royer, *La preuve civile* (3^e éd. 2003), p. 903-911).

En utilisant des techniques juridiques diverses, fondées sur des règles de procédure qui établissaient des immunités de divulgation, le droit québécois a reconnu de longue date l'importance fondamentale du secret professionnel médical dans la relation thérapeutique (Royer, p. 904-906). Aujourd'hui, l'art. 9 de la *Charte québécoise* reconnaît le droit de chaque personne au secret professionnel. Ce droit existe à l'égard de toutes les personnes tenues à celui-ci. Le *Code des professions*, L.R.Q., ch. C-26, impose cette obligation à tous les membres des ordres professionnels qu'il régit (art. 60.4). Les médecins appartiennent obligatoirement à un ordre connu comme le « Collège des médecins » auquel s'applique le

15

16

the *Medical Act*, R.S.Q., c. M-9, apply. Section 42 of the *Medical Act* establishes an immunity from the disclosure of information obtained by a physician in the course of a professional relationship with a patient. The *Code of ethics of physicians*, R.R.Q. 1981, c. M-9, r. 4.1, recognizes the importance of the confidentiality of this information and imposes on physicians a strict obligation to keep it confidential (s. 20(3)). Thus, as is the case with lawyers, the physician's duty of professional secrecy includes both an obligation of confidentiality and an immunity from disclosure (*Foster Wheeler*, at paras. 28-29). Although there is no need to consider this aspect of the issue any further, it should be borne in mind that Quebec's legislation includes measures intended to ensure the confidentiality of records kept by hospitals and institutions belonging to the health and social services network (*Act respecting health services and social services*, R.S.Q., c. S-4.2, s. 19). This Court considered the Quebec legislation in *Frenette*, but the appeal now before it is limited to the application of the physician's duty of professional secrecy itself to records kept by physicians regarding their patients.

Code des professions et la *Loi médicale*, L.R.Q., ch. M-9. L'article 42 de celle-ci établit une immunité de divulgation à l'égard des informations que le médecin a obtenues en raison de ses rapports professionnels avec le patient. Le *Code de déontologie des médecins*, R.R.Q. 1981, ch. M-9, r. 4.1, reconnaît l'importance de la confidentialité de ces informations et impose aux médecins l'obligation stricte de la préserver (art. 20(3)). Ainsi, comme dans le cas des avocats, le secret professionnel du médecin comporte une obligation de confidentialité et une immunité de divulgation (*Foster Wheeler*, par. 28-29). Bien qu'il ne soit pas nécessaire d'étudier davantage cet aspect de la question, on se rappellera que la législation québécoise comporte des mesures destinées à assurer le respect de la confidentialité des dossiers des hôpitaux et des institutions appartenant au réseau des services sociaux et de santé (*Loi sur les services de santé et les services sociaux*, L.R.Q., ch. S-4.2, art. 19). Notre Cour a d'ailleurs examiné cette législation dans l'arrêt *Frenette*. Le présent appel ne met toutefois en cause que la mise en œuvre du secret professionnel médical proprement dit, à l'égard du dossier tenu par le médecin sur sa patiente.

17 The Court of Appeal emphasized the importance of the physician's duty of professional secrecy. It properly noted the importance of the right to privacy implicit in the psychiatrist-patient relationship. However, as important as professional secrecy may be, it is not absolute. Despite the protection afforded it, particularly under the Quebec *Charter* and statutes governing professional orders, it has limits. Disclosure of confidential information may be required to protect competing interests. Also, the holder of the right may implicitly or explicitly waive it (Royer, at pp. 954-59).

C. *Waiver of the Patient's Right to Professional Secrecy*

18 Recognizing express waivers does not give rise to policy problems. The rules regarding professional secrecy are rules of protective public order. The holder of the right may waive it. This Court gave effect to such waivers in respect of hospital records in *Frenette*. This principle is also valid in relation to

La Cour d'appel a souligné l'importance du secret professionnel médical. Elle a rappelé à bon droit l'importance du droit au respect de la vie privée qu'implique la relation psychiatrique. Cependant, si important qu'il soit, ce secret ne représente pas un absolu. Malgré la protection que lui accordent notamment la *Charte québécoise* et les lois d'organisation professionnelle, il connaît des limites. La divulgation d'informations confidentielles peut être imposée pour protéger des intérêts concurrents. Le titulaire du droit peut aussi y renoncer implicitement ou explicitement (Royer, p. 954-959).

C. *La renonciation au secret professionnel médical*

La reconnaissance des renonciations explicites ne pose pas de problèmes de principe. Les règles relatives au secret professionnel sont d'ordre public de protection. Le titulaire du droit est admis à y renoncer. Notre Cour a donné effet à ces renonciations à l'égard des dossiers hospitaliers dans

the physician's duty of professional secrecy, which protects the same right to privacy. It is enough if the waiver is voluntary and clear, and if the person waiving the right is aware that the right exists (Royer, at pp. 954-55). If so, it is necessary to consider the scope and limits of the waiver, especially in light of the relevance of the information sought, at the stage of the examination on discovery and the production of documents, in readying a case for trial and, if the case progresses that far, at the trial itself.

However, this appeal raises a problem of implied waiver. Although a waiver cannot be presumed, the courts and the commentators have acknowledged this form of waiver and given effect to it. An implied waiver is inferred from actions of the holder of the right that are inconsistent with an intent to maintain professional secrecy or, rather, to avoid the disclosure of confidential information protected by professional secrecy. The rule in respect of medical malpractice is well established, as Royer observes:

[TRANSLATION] In the health care sphere, a litigant who raises his or her medical record or state of health as a factor relevant to the case tacitly waives the confidentiality of his or her medical record and the right to professional secrecy [p. 960]

The decisions of Quebec's courts on this subject have been consistent, as can be seen from this Court's review of them in *Frenette* (see also: *Pilorgé v. Desgens*, [1987] R.D.J. 341 (C.A.); *Goulet v. Lussier*, [1989] R.J.Q. 2085 (C.A.); *Coffey v. Tran*, [1991] R.D.J. 107 (C.A.)). By bringing an action against her physicians and the manufacturer of the prosthesis in which nearly half the amount she claimed was under the heads of pain and suffering, shock and nervousness, the respondent raised the issue of her state of health, its causes and its consequences. She thus consented to having questions that would obviously be very private in nature discussed in court or at the preliminary stage of readying the case for trial. At any rate, even had her adversaries waived an examination on discovery, she would still have had to establish the basis of their civil liability at trial. She would have had to explain her state of health and the harm she had suffered and would

l'arrêt *Frenette*. La règle vaut aussi à l'égard du secret professionnel médical, protecteur du même droit au respect de la vie privée. Il suffit que la renonciation soit volontaire, claire et émane d'une personne qui connaît l'existence de son droit (Royer, p. 954-955). Reste alors à étudier la portée et les limites de la renonciation, notamment quant à la pertinence de l'information recherchée, lors d'un interrogatoire préalable et de la production de documents, au cours de la mise en état du dossier, puis, le cas échéant, lors du procès.

Le présent pourvoi soulève toutefois un problème de renonciation implicite. Bien que la renonciation ne se présume pas, la jurisprudence et la doctrine admettent cette forme de renonciation et lui donnent effet. Elle s'infère des gestes posés par le titulaire du droit, qui se révèlent incompatibles avec la volonté de préserver le secret professionnel ou plutôt d'éviter la divulgation de l'information confidentielle que protège celui-ci. En matière de responsabilité médicale, la règle est bien établie, comme le constate Royer :

Dans le domaine de la santé, le plaideur qui fait de son dossier médical ou de son état médical un élément pertinent à un litige, renonce tacitement à la confidentialité de son dossier médical et au secret professionnel du médecin [p. 960]

La jurisprudence québécoise est constante dans ce domaine, comme le démontre l'étude que notre Cour en a faite dans l'arrêt *Frenette* (voir aussi : *Pilorgé c. Desgens*, [1987] R.D.J. 341 (C.A.); *Goulet c. Lussier*, [1989] R.J.Q. 2085 (C.A.); *Coffey c. Tran*, [1991] R.D.J. 107 (C.A.)). Par sa poursuite contre ses médecins et contre le manufacturier de la prothèse, où presque la moitié de la somme réclamée correspond aux postes de souffrance et douleur, choc et nervosité, l'intimée soulevait le problème de son état de santé, de ses causes et de ses conséquences. Elle consentait alors à ce que des questions, touchant certes de très près à sa vie privée, soient débattues devant le tribunal ou examinées au cours de la phase préliminaire de la mise en état du dossier. D'ailleurs, de toute manière, ses adversaires auraient-ils renoncé à tout examen préalable qu'au fond lors du procès, il lui faudrait établir les bases de leur responsabilité civile. Elle devrait alors

therefore have had to effectively waive secrecy or the right protecting her privacy.

D. *Requirement of Relevance*

21 It should be mentioned here that the nature of the interests at stake necessarily brings into play a principle that has a moderating effect on the evidentiary process in civil matters, including at the examination on discovery stage, namely relevance. This principle governs both the examination on discovery and the disclosure of records. Although there was little discussion about this in *Frenette* because of the circumstances of the case, that decision did not establish a principle that an express or implied waiver would authorize unlimited and uncontrolled access to a patient's medical record. On the contrary, the limits on secrecy are reflected in the principle of relevance, which applies at all stages of a civil action.

22 This principle applies to examinations on discovery, whether before or after the filing of the defence. At this stage, relevance is assessed mainly in relation to the allegations set out in the pleadings (*Lac d'Amiante du Québec Ltée v. 2858-0702 Québec Inc.*, [2001] 2 S.C.R. 743, 2001 SCC 51, at para. 53; *Kruger Inc. v. Kruger*, [1987] R.D.J. 11 (C.A.)). The examination on discovery facilitates the disclosure of evidence to ensure that trials are conducted fairly and efficiently. It thus enables a litigant to clarify the bases of the claim against him or her, to assess the quality of the evidence and, occasionally, to determine the appropriateness of carrying on with the defence or at least to better define its framework. Used properly, this procedure can help expedite the conduct of the trial and the resolution of the issues before the court (see Royer, at p. 411; *Lac d'Amiante*, at paras. 59-60). From this perspective, access to relevant evidence is inevitably linked to the defendant's right to make full answer and defence. If the relevance of the evidence is contested, the judge must settle the issue.

23 In the context of an examination on discovery or a disclosure of evidence that takes place while a case

expliquer son état et les dommages subis et donc, renoncer pour autant au secret ou au droit qui protège la vie privée.

D. *L'exigence de la pertinence*

Il importe de souligner ici que la nature des intérêts en cause exige le rappel d'un principe modérateur de la conduite de la preuve civile, y compris au stade des interrogatoires préalables, soit celui de la pertinence de la preuve. Ce principe régit les interrogatoires préalables, comme les communications de dossiers. Bien qu'il en ait peu discuté en raison des circonstances de l'affaire, l'arrêt *Frenette* n'a jamais posé le principe qu'une renonciation explicite ou implicite autorisait un accès illimité et incontrôlé au dossier médical d'un patient. Au contraire, les limites du secret se reflètent dans le principe de la pertinence appliqué dans le contexte des étapes successives du procès civil.

Ce principe s'applique lors de l'interrogatoire préalable, avant ou après la production de la défense. La pertinence s'apprécie alors principalement par rapport aux allégations contenues dans les actes de procédure (*Lac d'Amiante du Québec Ltée c. 2858-0702 Québec Inc.*, [2001] 2 R.C.S. 743, 2001 CSC 51, par. 53; *Kruger Inc. c. Kruger*, [1987] R.D.J. 11 (C.A.)). La procédure d'interrogatoire préalable favorise la divulgation de la preuve dans l'intérêt de la conduite juste et efficace des procès. Son emploi permet ainsi à un plaideur de mieux connaître les fondements de la réclamation présentée contre lui, d'évaluer la qualité de la preuve et, à l'occasion, d'évaluer l'opportunité de maintenir la contestation ou, au moins, de mieux définir le cadre de celle-ci. Bien employée, cette procédure peut contribuer à accélérer la marche du procès et la résolution des débats judiciaires (voir Royer, p. 411; *Lac d'Amiante*, par. 59-60). Dans ce contexte, l'accès à la preuve pertinente demeure inévitablement lié au droit du défendeur de préparer et de présenter une défense pleine et entière. Si la pertinence de la preuve demeure contestée, le juge est appelé à trancher.

À l'occasion d'un interrogatoire préalable ou de la communication de la preuve au cours de la mise

is being readied for trial, the concept of relevance is interpreted broadly. Being relevant means being useful for the conduct of an action, as Proulx J.A. noted in a case concerning the disclosure of a written document:

[TRANSLATION] . . . the defendant must satisfy the court not that the evidence is relevant in the traditional sense of the word in the context of a trial, but that disclosure of the document will be useful, is appropriate, is likely to contribute to advancing the debate and is based on an acceptable objective that he or she seeks to attain in the case, and that the document to be disclosed is related to the dispute

(*Westinghouse Canada Inc. v. Arkwright Boston Manufacturers Mutual Insurance Co.*, [1993] R.J.Q. 2735 (C.A.), at p. 2741)

This legal framework continues to be valid, and this Court did not intend to do away with it or alter it in *M. (A.) v. Ryan*. In that case, which concerned a civil liability issue that arose in British Columbia, the Court established a rule protecting the confidentiality of psychiatric information and a procedure for making and reviewing requests for the disclosure of such information. The judgment thus introduced developments into the common law in an area in which it, unlike in the Quebec law of evidence, recognizes only a few “class” privileges encompassing an entire class of situations (*R. v. Gruenke*, [1991] 3 S.C.R. 263, at p. 286; *R. v. McClure*, [2001] 1 S.C.R. 445, 2001 SCC 14, at paras. 27-30, *per* Major J.). The common law instead tends to use “case-by-case” privileges in accordance with the “Wigmore test”. In Quebec law, as mentioned above, the legislature has spoken. The physician’s duty of professional secrecy and the confidentiality of medical records are recognized. What remains to be determined is in what cases and in what manner the disclosure of protected information will be permitted.

Because of the meaning ascribed to “relevance” by the courts, the test of relevance plays a central role in this area. It requires that the importance of the right to privacy — which is already protected by the Quebec *Charter* — implicit in the legislative recognition of the physician’s duty of professional secrecy be taken into account. It requires the party seeking

en état du dossier, ce concept de pertinence s’apprécie largement. Il correspond à une notion d’utilité pour la conduite de l’instance comme le soulignait le juge Proulx à l’occasion d’un débat sur la communication d’un écrit :

. . . le défendeur doit satisfaire le tribunal non pas de la pertinence de la preuve, au sens traditionnel du mot pris dans le contexte d’un procès, mais que la communication de l’écrit est utile, appropriée, susceptible de faire progresser le débat, reposant sur un objectif acceptable qu’il cherche à atteindre dans le dossier, que l’écrit dont il recherche la communication se rapporte au litige . . .

(*Westinghouse Canada Inc. c. Arkwright Boston Manufacturers Mutual Insurance Co.*, [1993] R.J.Q. 2735 (C.A.), p. 2741)

Ce cadre juridique demeure valable. Notre Cour n’a d’ailleurs jamais entendu le mettre de côté ou le modifier dans l’arrêt *M. (A.) c. Ryan*. Dans cette affaire, où elle examinait un problème de responsabilité civile survenu en Colombie-Britannique, notre Cour a établi une règle de protection de la confidentialité des renseignements psychiatriques et une méthode de présentation et d’examen des demandes de divulgation de ceux-ci. Ce jugement a ainsi fait évoluer la common law dans un domaine où celle-ci, contrairement au droit de la preuve du Québec, ne reconnaît que peu de privilèges génériques, embrassant toute une catégorie de situations (*R. c. Gruenke*, [1991] 3 R.C.S. 263, p. 286; *R. c. McClure*, [2001] 1 R.C.S. 445, 2001 CSC 14, par. 27-30, le juge Major). Elle utilise davantage les privilèges fondés sur les circonstances particulières de chaque cas, selon le critère dit de Wigmore. En droit québécois, le législateur s’est prononcé, comme on l’a vu. Le secret professionnel du médecin et la confidentialité du dossier médical sont reconnus. Il s’agit de déterminer dans quels cas et de quelle manière la divulgation des informations protégées sera autorisée.

Le critère de la pertinence, en raison du sens que lui donne la jurisprudence, joue un rôle central dans ce domaine. Il doit ici prendre en compte l’importance du droit au respect de la vie privée, déjà protégé par la *Charte québécoise*, qu’implique la reconnaissance législative du secret professionnel médical. Il oblige celui qui réclame l’accès à

24

25

access to the information to establish the apparent relevance of the requested information to the exploration of the merits of the case and to the conduct of the defence. A court assessing the impact of disclosure must bear in mind that this issue has arisen in the context of the examination on discovery, a stage at which the parties are under an implied obligation of confidentiality (*Lac d'Amiante*). Furthermore, the *Rules of practice of the Superior Court of Québec in civil matters*, R.R.Q. 1981, c. C-25, r. 8, limit the dissemination of this type of information. Rule 3 requires that it be kept in a sealed envelope. Access is limited to the parties and their counsel.

26

The judge hearing the case must take care to ensure that documents disclosed and questions asked during examinations on discovery are within the limits of what is relevant, that is, of what is useful for the case. This supervisory function is especially important and must be discharged very carefully when there are objections relating to the right to privacy. If need be, the judge sets the conditions for access to and dissemination of the information when ruling on the confidentiality of the information and the disclosure thereof (*Québec (Procureur général) v. Dorion*, [1993] R.D.J. 88 (C.A.); *Champagne v. Scotia McLeod Inc.*, [1992] R.D.J. 247 (C.A.); D. Ferland and B. Emery, *Précis de procédure civile du Québec* (4th ed. 2003), t. 1, at pp. 570-72).

E. *Controlling Disclosure in Practice*

27

In the case at bar, the physician's duty of professional secrecy was applicable. The record kept by Dr. Gawlik was confidential. However, the appellants had demonstrated the relevance of the requested information and the existence of an implied waiver of the record's confidentiality. This resulted from, *inter alia*, the nature of the allegations in the action against the appellants and the answers given by the respondent at the examinations on discovery. The requested information was apparently useful for, that is, relevant to, evaluating the civil liability alleged by the respondent and the damages she was claiming.

l'information à établir la pertinence apparente de l'information recherchée, pour l'exploration des fondements de la demande et pour la conduite de la défense. L'appréciation de l'impact de la divulgation doit se faire en retenant qu'elle se situe dans le cadre des interrogatoires préalables, où une obligation implicite de confidentialité s'impose aux parties (*Lac d'Amiante*). De plus, le *Règlement de procédure civile de la Cour supérieure*, R.R.Q. 1981, ch. C-25, r. 8, se préoccupe de limiter la diffusion de ce type d'information. Selon la règle 3, l'information doit être conservée sous enveloppe scellée. Seules les parties et leurs avocats peuvent en prendre connaissance.

Le juge saisi par les parties devra se soucier de ne pas permettre que la divulgation de documents ou les questions posées lors des interrogatoires préalables dépassent les bornes de ce qui est pertinent, c'est-à-dire utile pour l'affaire. Cette fonction de contrôle est particulièrement importante et doit être remplie avec grand soin lorsque des objections mettent en cause le droit au respect de la vie privée. Dans les cas qui le demandent, le juge établit alors les modalités de la prise de connaissance et de la diffusion de l'information, lorsqu'il lui faut se prononcer sur la confidentialité de l'information et sur sa divulgation (*Québec (Procureur général) c. Dorion*, [1993] R.D.J. 88 (C.A.); *Champagne c. Scotia McLeod Inc.*, [1992] R.D.J. 247 (C.A.); D. Ferland et B. Emery, *Précis de procédure civile du Québec* (4^e éd. 2003), t. 1, p. 570-572).

E. *La mise en œuvre du contrôle de la divulgation*

En l'espèce, le secret professionnel médical s'appliquait. Le dossier établi par le D^r Gawlik demeurerait confidentiel. Cependant, les appelants avaient démontré la pertinence des informations recherchées et l'existence d'une renonciation implicite à la confidentialité du dossier. Celle-ci résultait notamment de la nature des allégations de l'action prise contre les appelants et des réponses données par l'intimée au cours des interrogatoires préalables. L'information recherchée était apparemment utile, c'est-à-dire pertinente, pour apprécier la responsabilité civile qu'invoquait l'intimée et les

It should also be noted that the request for disclosure concerned consultations subsequent to the accident and the treatment undergone by Ms. Glegg that were related to the problems that appeared to be the subject of the claim. It did not amount to a request for an uncontrolled and unlimited investigation into Ms. Glegg's entire medical history. The judge could therefore have ordered at this stage that the record be disclosed to counsel for the appellants. Disclosure of the record would also have allowed the judge to rule subsequently on specific objections to the disclosure or use of specific items in the record.

In practice, since the apparent usefulness of the evidence had been demonstrated, the onus was on the respondent to explain her objection and show why the requested documents should not be produced. She therefore had to ensure that the judge was in a position to understand the objection, determine how it should be debated before him and rule on it on an informed basis.

The *Code of Civil Procedure* does not provide for every detail of the procedure that would apply in every situation. In fact, the Code itself recognizes that it is impossible to provide for everything. Article 46 *C.C.P.* states that “[t]he courts and judges have all the powers necessary for the exercise of their jurisdiction.” Article 395 *C.C.P.* adds that judges have the power to decide on disputes that arise in the course of examinations on discovery. These provisions permit judges to deal with the inevitable situations in which the Code or the court's rules of practice are silent.

In this context, the judge retains the power to take any action that would both preclude a premature or unnecessary disclosure of confidential information and ensure that he or she can obtain sufficient information on the nature of the dispute and can guide the proceedings on the issue. Judges have many options in such situations (see *Foster Wheeler*, at paras. 44-47, and *Lac d'Amiante*, at paras. 35-39). A party making an objection can be required to file an affidavit explaining the basis for the objection,

dommages-intérêts qu'elle réclamait. On se rappellera d'ailleurs que la demande de communication portait sur des consultations postérieures à l'accident et aux traitements subis par M^{me} Glegg, à l'égard des problèmes qui apparemment faisaient l'objet de la réclamation. Elle ne constituait pas une demande d'investigation incontrôlée et illimitée dans l'ensemble de l'histoire médicale de M^{me} Glegg. À cette étape, le juge pouvait donc ordonner la communication du dossier aux avocats des appelants. La communication de ce dossier lui aurait permis aussi de statuer ultérieurement sur les objections spécifiques à la communication ou à l'utilisation d'éléments particuliers de ce dossier.

En pratique, comme l'utilité apparente de la preuve était démontrée, il appartenait alors à l'intimée d'expliquer son objection et de démontrer pourquoi les documents réclamés ne devraient pas être produits. Il lui fallait ainsi placer le juge en situation de connaître la portée de l'objection, de déterminer la manière dont elle serait débattue devant lui et de se prononcer en connaissance de cause à son sujet.

Le *Code de procédure civile* ne détermine pas complètement toutes les modalités de la procédure qui s'appliqueraient dans toute situation. Le Code reconnaît d'ailleurs lui-même l'impossibilité de tout prévoir. L'article 46 *C.p.c.* précise d'ailleurs que « [l]es tribunaux et les juges ont tous les pouvoirs nécessaires à l'exercice de leur compétence. » L'article 395 *C.p.c.* ajoute, au sujet des interrogatoires préalables, que le juge possède le pouvoir de trancher les difficultés que posent ceux-ci. Ces dispositions permettent au juge de remédier aux silences inévitables du Code ou des règles de pratique du tribunal.

Dans ce contexte, le juge conserve le pouvoir de prendre toutes les mesures qui éviteraient une divulgation prématurée ou superflue de l'information confidentielle, mais permettraient aussi de s'informer adéquatement sur la nature du conflit et d'encadrer le débat judiciaire engagé à son sujet. Bien des possibilités s'offrent au juge dans ces situations (voir *Foster Wheeler*, par. 44-47, et *Lac d'Amiante*, par. 35-39). Il pourrait exiger de la partie qui présente une objection une déclaration assermentée précisant la base

28

29

30

and listing and describing the documents in issue. The judge could then review the evidence in private, in the parties' absence. It would also be possible, as has already been mentioned, for the judge to order that the documents be disclosed, subject to the obligations of confidentiality that would apply at this stage of the proceedings. The judge could also order counsel not to disclose the documents to third parties or to the parties themselves. None of these actions were taken here, owing to the way in which the respondent conducted the proceeding into her objection.

31 In a situation such as this, the Court of Appeal could not at this stage of the proceedings have imposed a heavier burden on the appellants, who had already demonstrated the apparent relevance of the requested information. The court's decision does not explain what evidence the appellants should or could have adduced or what they should or could have demonstrated to obtain the disclosure of Dr. Gawlik's record. The decision also overlooks the fact that the respondent had, as mentioned above, refused to comply with Baker J.'s order to produce Dr. Gawlik's notes. In the circumstances, Baker J.'s decision should have been upheld and the respondent's objection dismissed. I need not discuss how the examination and the disclosure of evidence will be conducted in the future or elaborate on specific objections whose nature is unknown to me. If such objections are made in the future, they will have to be considered by judges of the Superior Court in exercising the powers explicitly or implicitly conferred on them in Quebec civil procedure.

IV. Conclusion

32 For these reasons, the appeal is allowed and the judgment of the Quebec Court of Appeal is set aside. The judgment of the Superior Court of Quebec dismissing the respondent's objection is restored. The appellants will have their costs.

Appeal allowed with costs.

Solicitors for the appellants Christopher Carter and Gilles Dextradeur: McCarthy Tétrault, Montréal.

de celle-ci et énumérant et décrivant les documents en litige. Il aurait ensuite la possibilité d'examiner en privé les éléments de preuve, hors de la présence des parties. Il lui serait loisible aussi d'ordonner la transmission des documents, sous réserve des obligations de confidentialité qui s'appliqueraient à cette phase du débat judiciaire, comme nous l'avons vu plus haut. Le juge pourrait aussi interdire aux avocats de communiquer les documents à des tiers ou aux parties elles-mêmes. Rien de ceci n'a été fait ici, en raison de la manière dont l'intimée a conduit le débat sur son objection.

Devant une telle situation, la Cour d'appel ne pouvait pas, à cette étape de la procédure, imposer un fardeau plus lourd aux appelants qui avaient déjà démontré la pertinence apparente de l'information recherchée. L'arrêt d'appel n'explique nullement la nature des preuves ou des démonstrations qu'auraient dû et pu faire les appelants pour obtenir la divulgation du dossier tenu par le D^r Gawlik. Cette décision oubliait aussi que l'intimée avait refusé d'exécuter l'ordre du juge Baker d'apporter les notes du D^r Gawlik, comme on l'a vu plus haut. Dans l'état des procédures, la décision du juge Baker aurait dû être maintenue et l'objection de l'intimée rejetée. Je n'ai pas à prévoir la manière dont se déroulera à l'avenir l'interrogatoire et la divulgation de la preuve ni à disserter sur des objections particulières dont je ne connais pas la nature. Si elles surviennent, ces objections futures devront être examinées par les juges de la Cour supérieure dans le cadre des pouvoirs que leur attribue explicitement ou implicitement le droit judiciaire québécois.

IV. Conclusion

Pour ces motifs, le pourvoi est accueilli et l'arrêt de la Cour d'appel du Québec est infirmé. Le jugement de la Cour supérieure du Québec rejetant l'objection de l'intimée est rétabli. Les dépens sont accordés aux appelants.

Pourvoi accueilli avec dépens.

Procureurs des appelants Christopher Carter et Gilles Dextradeur : McCarthy Tétrault, Montréal.

Solicitors for the appellant Smith & Nephew Inc.: Lavery, de Billy, Montréal.

Procureurs de l'appelante Smith & Nephew Inc. : Lavery, de Billy, Montréal.

Solicitors for the respondent: Lamarre Linteau & Montcalm, Montréal.

Procureurs de l'intimée : Lamarre Linteau & Montcalm, Montréal.