



LAVERY, DE BILLY
AVOCATS

1, Place Ville Marie
Bureau 4000
Montréal (Québec)
H3B 4M4
Tél. : (514) 871-1522
Fax : (514) 871-8977

925, Chemin St-Louis
Bureau 500
Québec (Québec)
G1S 1C1
Tél. : 1-800-463-4002
Tél. : (418) 688-5000
Fax : (418) 688-3458

45, rue O'Connor
20^e étage
World Exchange Plaza
Ottawa (Ontario)
Tél. : (613) 594-4936
Fax : (613) 594-8783

Cabinet associé
Blake, Cassels & Graydon
Toronto, Ottawa, Calgary
Vancouver, Londres

LA CONFIDENTIALITÉ DES EXPERTISES MÉDICALES REMISE EN QUESTION PAR LA COMMISSION D'ACCÈS À L'INFORMATION

Dans une des toutes premières décisions rendues en vertu de la *Loi sur la protection des renseignements personnels dans le secteur privé* («*Loi sur les renseignements personnels*»), la Commission d'accès à l'information du Québec a récemment statué que les rapports d'expertise médicale préparés à la demande d'un employeur étaient, en règle générale, accessibles à la personne concernée.

Cette décision de *X c. Dow Chemical Canada Inc.*¹ est susceptible d'avoir des conséquences très graves non seulement dans le domaine des relations de travail mais aussi dans celui des assurances. Elle a cependant fait l'objet d'une requête pour permission d'appeler qui devrait être entendue incessamment par la Cour du Québec².

Nous croyons néanmoins opportun de vous faire part immédiatement de cette jurisprudence qui consacre l'importance de tenir compte de cette nouvelle loi dans la gestion des entreprises et qui témoigne de l'attitude très stricte adoptée par le tribunal chargé de son interprétation et de son application.

LES FAITS TELS QUE RAPPORTÉS DANS LA DÉCISION

Quelques jours à peine après l'entrée en vigueur de la *Loi sur les renseignements personnels*³, soit le 12 janvier 1994, un employé qui était

Sommaire

La confidentialité des expertises médicales remise en question par la Commission d'accès à l'information

Les faits tels que rapportés dans la décision	1
Les arguments invoqués par l'entreprise	2
La décision de la Commission	3
Notre analyse de cette décision et de ses conséquences	3
Quelques mises en garde et recommandations	5
Dernière heure: la décision <i>X c. Equifax Canada Inc.</i>	7
Depuis le 1 ^{er} juillet sont entrés en vigueur	8

vraisemblablement en absence-maladie depuis quelques années a adressé à son employeur, Dow Chemical, une demande écrite visant à obtenir copie du rapport d'une expertise médicale dont il avait fait l'objet en avril 1992. L'entreprise visée a accusé réception de la demande mais n'a pas fourni les documents dans le délai de trente jours imparti par la loi ni justifié formellement son refus.

Aussi, le ou vers le 11 février suivant, l'employé a-t-il communiqué avec le bureau des procureurs externes de son employeur pour réitérer sa demande. Il aurait semble-t-il parlé à la secrétaire de l'avocat responsable de son dossier et celle-ci lui aurait alors demandé de lui communiquer le nom de son médecin traitant de manière à ce que lui soit acheminé le rapport médical en question.

En réponse à cette demande, le 17 février suivant, l'employé écrivit aux procureurs pour leur fournir le nom et les coordonnées de son médecin traitant. Il profita de l'occasion pour requérir auprès d'eux copie de rapports d'expertise médicale plus récents faits à la demande de son employeur les 14 et 15 février 1994.

N'ayant reçu ni communication du rapport médical visé par sa première demande d'accès ni réponse à sa seconde demande, l'employé s'adressa à la Commission d'accès à l'information pour faire arbitrer la mésentente.

Pour une bonne compréhension de l'affaire, il faut de plus souligner que l'employé avait demandé sa réintégration dans ses fonctions le 31 janvier 1994, qu'il avait déposé contre Dow Chemical une première plainte pour congédiement sans cause juste et suffisante le 7 février suivant et qu'il avait été invité, le 10 février, à se soumettre à des examens médicaux par les experts de l'employeur. Enfin, l'employé avait été congédié, par mesure administrative, le 7 avril 1994, et avait

alors déposé une nouvelle plainte de congédiement auprès de la Commission des normes du travail quelques jours plus tard.

LES ARGUMENTS INVOQUÉS PAR L'ENTREPRISE

Dans le cadre de l'audition tenue devant la Commission d'accès à l'information, l'entreprise a fait valoir divers motifs pour justifier son refus de communiquer les documents demandés. En premier lieu, Dow Chemical a plaidé que les rapports médicaux en litige étaient protégés par le secret professionnel de l'avocat puisqu'ils étaient tous adressés aux procureurs de l'entreprise.

Deuxièmement, Dow Chemical a argumenté que les rapports demandés étaient visés par l'article 39 (2°) de la *Loi sur les renseignements personnels* qui permet aux entreprises de refuser de communiquer des renseignements personnels lorsque leur divulgation risquerait vraisemblablement d'avoir un effet sur une procédure judiciaire.

Enfin, et de manière subsidiaire, dans la mesure où les arguments précédents ne seraient pas retenus par la Commission, l'entreprise a fait valoir que les recommandations contenues dans ces rapports devraient être gardées confidentielles, comme c'est le cas dans le secteur public, tandis que le reste des rapports devrait être acheminé au demandeur, par l'intermédiaire de son médecin traitant, tel que le prévoit l'article 37 de la *Loi sur les renseignements personnels* qui se lit comme suit:

«37. Une personne qui exploite une entreprise de services professionnels dans le domaine de la santé peut refuser momentanément à une personne concernée la consultation du dossier qu'elle a constitué sur elle si, de l'avis d'un

professionnel de la santé, il en résulterait un préjudice grave pour sa santé.

La personne qui exploite un autre type d'entreprise et détient de tels renseignements peut en refuser la consultation à une personne concernée à la condition d'offrir à celle-ci de désigner un professionnel du domaine de la santé de son choix pour recevoir communication de tels renseignements et de les communiquer à ce dernier.

Le professionnel du domaine de la santé détermine le moment où la consultation pourra être faite et en avise la personne concernée».

LA DÉCISION DE LA COMMISSION

La Commission d'accès à l'information a rejeté tous et chacun des arguments de l'entreprise et ordonné que les rapports médicaux demandés soient transmis à l'employé, par l'intermédiaire de son médecin traitant. Essentiellement, la décision de la Commission semble reposer sur les arguments suivants :

- 1° En ne motivant pas son refus d'accès comme le requiert l'article 32 de la *Loi sur les renseignements personnels*, et en indiquant au demandeur, par la voie de la secrétaire de ses procureurs, qu'il aurait accès aux rapports médicaux demandés par l'intermédiaire de son médecin traitant, l'entreprise a renoncé au secret professionnel de l'avocat;
- 2° Outre cette renonciation, il est douteux que le secret professionnel de l'avocat puisse être invoqué en pareil cas puisque les renseignements en litige ne sont pas des confidences échangées entre l'avocat et son client mais bien des

confidences du demandeur transmises aux médecins experts. Qui plus est, les expertises n'ont pas été réalisées ou produites à l'occasion d'un procès civil ou administratif ni requises par les procureurs de l'entreprise mais bien par cette dernière afin de prendre une décision;

- 3° Au surplus, à l'égard des renseignements de nature médicale, l'article 37 de la loi instaure un régime exclusif de restrictions à l'accès, à savoir l'accès par l'intermédiaire du médecin traitant (celui-ci pouvant, le cas échéant, invoquer le préjudice grave à la santé du patient pour retarder la divulgation). En conséquence, les entreprises ne peuvent pas invoquer l'article 39 de la loi pour s'opposer à la divulgation d'une expertise médicale et ce, même si cette divulgation risque vraisemblablement d'avoir un effet sur une procédure judiciaire;
- 4° De toute manière, une entreprise ne saurait justifier son refus d'accès à un rapport d'expertise médicale alors que le médecin expert qui a préparé ce rapport est lui-même tenu de le fournir à la personne concernée en vertu de l'article 4.02 du *Code de déontologie des médecins*;
- 5° Enfin, contrairement à la *Loi sur l'accès du secteur public*, la *Loi sur les renseignements personnels* ne contient pas de restrictions visant à assurer la confidentialité des recommandations.

NOTRE ANALYSE DE CETTE DÉCISION ET DE SES CONSÉQUENCES

Inutile de cacher notre étonnement face à cette décision de la Commission d'accès à l'information. Sans procéder

ici à une analyse détaillée de ce jugement, nous croyons néanmoins utile d'en souligner quelques aspects.

Mentionnons tout d'abord que cette décision fait preuve d'une attitude très sévère de la part de la Commission à l'égard des entreprises qui, depuis quelques mois à peine, sont soumises à la *Loi sur les renseignements personnels*. En reprochant à Dow Chemical de n'avoir pas répondu à la demande d'accès dans les délais et de ne pas avoir motivé son refus, mais surtout en considérant que la secrétaire des procureurs de l'entreprise avait renoncé verbalement pour cette dernière au bénéfice du secret professionnel, la Commission a démontré qu'elle n'entendait pas être indulgente envers les entreprises.

Cette intransigeance nous apparaît d'autant plus difficile à comprendre que, dans le secteur public, il aura fallu attendre quatre ou cinq années après l'entrée en vigueur de la *Loi sur l'accès aux documents des organismes publics et sur la protection des renseignements personnels* pour déceler une semblable sévérité de la Commission à l'égard des organismes de l'État.

D'autre part, on nous permettra ici de s'inquiéter de l'assimilation que fait la Commission entre l'entreprise et ses procureurs externes, au point de considérer comme valide une renonciation au secret professionnel effectuée par la secrétaire de ces derniers. Si le secret professionnel est un droit fondamental des citoyens, incluant les citoyens corporatifs, n'appartient-il pas exclusivement à ceux-ci d'y renoncer?

Quant à l'interprétation que la Commission donne de l'article 37 de la loi, à savoir que les renseignements d'ordre médical, incluant les expertises, ne peuvent faire l'objet d'un refus d'accès en raison de l'impact de leur divulgation sur une procédure judiciaire, il va sans dire qu'elle est surprenante. En fait, cette interprétation impose

au secteur privé un régime d'accès beaucoup plus étendu que celui du secteur public. Pourtant, il nous semble que le libellé des articles 37 et suivants de la *Loi sur les renseignements personnels* aurait très bien pu se prêter à une interprétation qui tienne compte du caractère stratégique et litigieux des expertises médicales dans le contexte des relations de travail.

D'autre part, nous sommes d'opinion que l'article 37 de la *Loi sur les renseignements personnels* prévoit simplement une restriction supplémentaire au régime général d'accès pour les cas où la divulgation de renseignements médicaux pourrait causer un préjudice grave à la santé de la personne concernée. Mais rien dans cette loi ne permet, selon nous, de conclure que l'article 37 est la seule restriction qui puisse s'appliquer à des renseignements médicaux.

Par ailleurs, nous croyons qu'en mettant sur le même pied le médecin traitant d'une personne et le médecin contrôleur mandaté par une entreprise pour établir une expertise, la Commission vient substantiellement modifier le droit en vigueur dans ce domaine et, par le fait même, bouleverser la gestion des relations de travail. Actuellement, il est courant que les médecins contrôleurs ou experts transmettent exclusivement leur rapport à la personne ou à l'entreprise qui l'a commandé. N'est-ce pas d'ailleurs ce que prévoit l'article 2.03.31 du *Code de déontologie des médecins* en instaurant un régime spécifique pour ce type d'intervention professionnelle où le médecin n'entretient pas de relations thérapeutiques avec le patient. Il a d'ailleurs été nécessaire que le législateur adopte une disposition législative dans la *Loi sur les accidents du travail et les maladies professionnelles*⁴ pour mettre de côté ce principe aux fins de l'application du régime public de santé et sécurité du travail.

Or, l'interprétation singulière que donne la Commission du *Code de déontologie des médecins* a pour conséquence directe de

forcer le médecin contrôleur à établir une relation de confiance avec l'employé (ou avec l'assuré) alors qu'il est mandaté par l'employeur (ou par l'assureur) dans un contexte de litige actuel ou prévisible.

D'ailleurs dans le cas d'espèce, la Commission passe complètement sous silence le fait que les expertises effectuées en 1994 l'ont été dans une situation litigieuse, alors que l'employé avait déjà déposé une plainte de congédiement auprès de la Commission des normes du travail.

Enfin, il faut bien comprendre que cette récente décision de la Commission d'accès à l'information, si elle était maintenue par les tribunaux judiciaires, pourrait vraisemblablement avoir les effets suivants :

- l'employé (ou son syndicat) pourrait en tout temps obtenir copie des rapports d'expertises médicales obtenus par l'employeur pour vérifier les absences ou prendre des décisions administratives alors que l'employeur ne pourrait avant procès obtenir les expertises de la partie adverse;
- un employé pourrait même obtenir copie d'un rapport d'expertise médicale préparé à la demande des procureurs de l'employeur, dans le cadre d'un litige civil ou administratif;
- l'assuré qui reçoit une prestation d'invalidité et que l'assureur soumet à une expertise médicale pourrait en tout temps obtenir le rapport d'expertise de manière à contester les décisions de l'assureur;
- suite à une réclamation, la victime pourrait vraisemblablement obtenir copie du rapport d'expertise médicale de l'assureur-responsabilité et connaître, avant règlement, le pourcentage d'incapacité établi par les médecins de celui-ci.

QUELQUES MISES EN GARDE ET RECOMMANDATIONS

Si la requête pour permission d'appeler de Dow Chemical est accueillie, il faudra compter environ deux ou trois ans avant que la Cour du Québec ne statue sur le bien fondé de cette importante décision de la Commission d'accès à l'information. Dans l'intervalle cependant, les entreprises seraient bien avisées de tirer certains enseignements de cette jurisprudence.

En ce qui a trait au traitement des demandes d'accès tout d'abord, la décision X c. Dow Chemical Canada Inc. révèle l'importance de nommer au sein de chaque entreprise un responsable de l'accès et de la protection des renseignements personnels qui recevra les demandes, les traitera dans le délai prescrit de trente jours et, le cas échéant, motivera les refus d'accès en s'appuyant sur les dispositions pertinentes de la loi. En effet, on peut penser que la Commission d'accès à l'information aurait été moins stricte à l'égard de l'entreprise en cause si celle-ci avait, à tout le moins, respecté les exigences procédurales de la loi.

Dans la même veine, nous croyons que les entreprises seraient bien avisées d'adopter des directives internes pour s'assurer que leurs employés et cadres transmettent systématiquement les demandes d'accès (écrites ou verbales) au responsable désigné. De cette manière, on pourra éviter que les paroles ou les écrits d'un employé ou d'un cadre de l'entreprise soient interprétés par la Commission comme étant des renoncements à la confidentialité d'un document ou d'un renseignement.

Pour ce qui est des expertises médicales et autres renseignements de cette nature, nous avons tout lieu de penser, notamment pour les motifs précédemment énoncés, que cette décision est

mal fondée en droit. Dès lors, si votre entreprise faisait l'objet d'une demande d'accès à un document de cette nature, soit par un employé ou par un assuré, nous sommes d'avis que, le cas échéant, vous pourriez refuser de le fournir au motif que la divulgation serait susceptible de nuire à la conduite d'une enquête ou d'avoir un effet sur des poursuites judiciaires ou quasi-judiciaires actuelles ou prévisibles. Tant et aussi longtemps que la Cour du Québec n'aura pas statué sur cette question, l'entreprise devrait pouvoir invoquer tant l'article 39 de la *Loi sur les renseignements personnels* que le privilège du secret professionnel pour s'opposer à la divulgation de tels documents.

Cela dit, pour maximiser les chances de faire reconnaître par la Commission d'accès à l'information ou, le cas échéant, par les tribunaux judiciaires, le caractère confidentiel des expertises médicales, les entreprises devraient selon nous prendre les mesures suivantes :

- Les demandes d'expertise médicale devraient être adressées par écrit à l'expert et indiquer, de manière détaillée, le contexte litigieux pour lequel elles sont demandées;
- Le médecin contrôleur ou expert de l'entreprise devrait être incité à référer toute demande d'accès à un rapport d'expertise à l'entreprise pour le compte de laquelle il agit. L'article 16 de la loi autorise spécifiquement une telle référence;
- Une attitude similaire devrait être suivie par les procureurs externes d'une entreprise afin d'éviter les situations incongrues comme celle qui est survenue dans l'affaire Dow Chemical où les avocats de l'entreprise ont été directement saisis d'une demande d'accès par

l'employé de leur cliente, demande à laquelle ils n'ont pas répondu dans les délais prévus par la loi et selon la procédure prescrite;

- Enfin, dans sa décision, la Commission a semblé attacher une importance au fait que le rapport d'expertise médicale en question n'avait pas été commandé par les procureurs de l'entreprise mais bien par cette dernière. *A contrario*, on peut se demander si la Commission n'aurait pas été plus favorable à l'argument de confidentialité fondé sur le secret professionnel de l'avocat si l'expertise avait été demandée au médecin contrôleur par les procureurs de l'entreprise.

En somme, cette décision confirme que les entreprises ne doivent pas prendre à la légère les demandes d'accès qu'elles reçoivent et encore moins les litiges soumis à la Commission d'accès à l'information. Les conséquences de l'application de cette nouvelle loi peuvent être très graves à long terme non seulement pour l'entreprise elle-même, mais pour l'ensemble de la communauté d'affaires.

Raymond Doray

1 X c. Dow Chemical Canada Inc., Commission d'accès à l'information, n° 940246 et 940385, en date du 16 juin 1994.

2 Dow Chemical Canada Inc. c. Bérard, n° 500-02-014466-945.

3 *La Loi sur la protection des renseignements personnels dans le secteur privé* est entrée en vigueur le 1^{er} janvier 1994 à l'exception de certaines dispositions relatives à la collecte de renseignements personnels et à la prospection commerciale ou philanthropique qui sont entrées en vigueur le 1^{er} juillet 1994.

4 *Loi sur les accidents du travail et les maladies professionnelles*, L.R.Q. c. A-3.001, article 215.

DERNIÈRE HEURE: LA DÉCISION X c. EQUIFAX CANADA INC.

La Commission d'accès à l'information vient tout juste de rendre une décision, *X. c. Equifax Canada Inc.* (n° de dossier 94 00 84), dans laquelle elle reconnaît que les bureaux de crédit ou *agents de renseignements personnels* peuvent mentionner dans leurs dossiers le fait qu'un individu a fait l'objet d'une faillite personnelle. La Commission juge de plus que les règles internes de conservation de cette entreprise sont conformes aux exigences de la *Loi sur les renseignements personnels*. Rappelons à ce sujet qu'Equifax détient ces renseignements pendant six (6) ans à compter de la date de libération de faillite et si aucune libération ne survient, pendant une période de sept (7) ans à compter de la date d'inscription.

Cette décision fait suite à une demande adressée à Equifax Canada Inc. par un consommateur qui, en s'appuyant sur l'article 40 du Code civil du Québec, réclamait la rectification de son dossier de crédit et la suppression des renseignements relatifs à sa faillite personnelle. Il invoquait notamment que ces renseignements n'avaient plus de pertinence après une période de trois ans et demie.

Dans un jugement quelque peu laconique, le tribunal s'est dit convaincu par la preuve administrée que le dossier du demandeur n'avait pas à être rectifié, les renseignements relatifs à la faillite personnelle du plaignant n'étant pas périmés après une période de près de quatre ans. Mentionnons qu'Equifax Canada Inc. était représentée par Lavery, de Billy.

Bien que cette décision constitue une victoire importante pour la communauté d'affaires, on peut se demander si la Commission d'accès à l'information a compétence pour se prononcer sur le caractère périmé d'un renseignement personnel ou pour décider de la validité de leur période de conservation. On pourrait en effet être enclin à penser que la Commission ne jouit pas de cette compétence qui appartient exclusivement au gouvernement. L'article 90(3) de la *Loi sur les renseignements personnels* prévoit en effet que le gouvernement peut adopter des règlements afin d'établir des calendriers de conservation des renseignements personnels. La décision *X. c. Equifax Canada Inc.* semble, à l'inverse, établir que la Commission peut non seulement statuer sur le caractère périmé d'un renseignement personnel mais aussi se prononcer sur les délais de conservation. Les tribunaux judiciaires seront certes appelés, tôt ou tard, à se prononcer sur cette question qui, pour l'instant, ne saurait être tranchée de manière définitive.

DEPUIS LE 1^{ER} JUILLET SONT ENTRÉS EN VIGUEUR ...

L'article 5 de la *Loi sur les renseignements personnels* qui prévoit qu'une entreprise ne peut recueillir que les renseignements personnels nécessaires à l'objet des dossiers qu'elle a constitués;

L'article 6 qui prescrit qu'en règle générale, une entreprise doit recueillir des renseignements personnels auprès de la personne concernée elle-même. La loi prévoit cependant trois exceptions à cette règle, à savoir qu'une entreprise peut recueillir des renseignements personnels auprès de tiers:

- 1° lorsque la collecte est effectuée dans l'intérêt de la personne concernée et que les renseignements ne peuvent être recueillis auprès de celle-ci en temps opportun;
- 2° lorsque la collecte auprès du tiers est nécessaire pour s'assurer de l'exactitude des renseignements;
- 3° lorsque la loi autorise la cueillette auprès d'un tiers.

Notons cependant qu'avant de recueillir des renseignements personnels auprès d'un tiers, l'entreprise devra s'assurer que le tiers est lui-même habilité à lui communiquer les renseignements demandés. Plus particulièrement, lorsque le tiers est une entreprise assujettie à la *Loi sur les renseignements personnels*, il ne peut en règle générale communiquer les renseignements qui lui sont demandés sans le consentement manifeste, spécifique et éclairé de la personne concernée (article 13).

L'article 7 qui impose aux entreprises d'inscrire au dossier les sources des renseignements qu'elles obtiennent lorsque ces sources sont des entreprises assujetties à la *Loi sur les renseignements personnels*.

L'article 8 qui requiert de chaque entreprise qui constitue un nouveau dossier et recueille à cette fin des renseignements personnels auprès de la personne concernée qu'elle lui donne un avis indiquant:

- 1° l'objet du dossier;
- 2° l'utilisation qui en sera faite;
- 3° les catégories de personnes qui auront accès aux renseignements;
- 4° l'endroit où sera détenu le dossier;
- 5° les droits d'accès et de rectification.

Cette obligation ne s'applique cependant qu'aux dossiers constitués à partir du 1^{er} juillet 1994 et non pas aux dossiers constitués avant cette date.

L'article 9 qui interdit aux entreprises de refuser d'acquiescer à une demande de biens ou de services ou à une demande relative à un emploi en raison du refus de la personne concernée de fournir un renseignement personnel qui n'est pas nécessaire à la conclusion ou à l'exécution du contrat ou dont la collecte n'est pas autorisée par la loi. L'entreprise qui a des motifs raisonnables de croire qu'une demande de biens ou de services n'est pas licite peut cependant requérir de la personne concernée des renseignements qui ne sont pas nécessaires à la conclusion ou à l'exécution du contrat.

Il importe de souligner qu'en cas de doute, un renseignement personnel sera considéré comme étant non nécessaire. Advenant un litige, le fardeau incombera donc à l'entreprise de démontrer que les renseignements qu'elle a recueillis étaient nécessaires.

Les articles 22, paragraphe 2, 23, alinéa 2 et 24 à 26 qui imposent des règles à suivre pour utiliser des renseignements personnels à des fins de prospection commerciale ou philanthropique. Ce régime reconnaît notamment aux personnes le droit de faire retirer leurs nom, adresse et numéro de téléphone de la liste de sollicitation (*opting out*). Les entreprises sont d'ailleurs tenues, selon certaines modalités, d'informer les personnes sollicitées de leur droit de retrait et de leur donner une occasion de l'exercer.

LAVERY, DE BILLY
AVOCATS

Droit de reproduction réservé.
Le Bulletin fournit des commentaires généraux destinés
à notre clientèle sur les développements récents du droit.
Les textes ne constituent pas une opinion juridique.
Les lecteurs ne devraient pas agir sur la seule foi
des informations qui y sont contenues.