

LA CAUSALITÉ ET L'OBLIGATION DE RENSEIGNER EN DROIT MÉDICAL QUÉBÉCOIS*

par Robert P. KOURI**

Cet article a pour but de déterminer si, lors d'une poursuite en responsabilité médicale résultant de la violation de l'obligation de renseigner, la causalité doit être évaluée à la lumière d'un critère subjectif ou objectif. La Cour suprême, dans la cause ontarienne de Reibl c. Hugues, préconise le critère objectif. Toutefois, le droit québécois, analysé à la lumière des causes récentes sur le sujet, ne semble pas encore fixé. L'auteur tentera de démontrer que l'on devrait préférer le critère subjectif.

This article examines whether, in medical malpractice cases involving the failure of physicians to adequately inform their patients, the determination of causation should rest upon subjective or objective criteria. The Supreme Court of Canada, in the Ontario case of Reibl v Hugues, appears to prefer the latter approach. Recent Quebec case law is reviewed in order to determine whether the objective or the subjective standard is preferred by our courts. The second part of the article deals with arguments which may be raised in favour of the retention of the subjective standard by Quebec courts.

* L'auteur désire remercier son collègue Me Serge Gaudet qui a lu et qui a fait de nombreuses suggestions concernant ce texte. Toutefois, les vues exprimées sont celles de l'auteur seulement.

** Professeur, Faculté de droit, Université de Sherbrooke.

SOMMAIRE

INTRODUCTION	495
I. L'ACCUEIL PAR LA JURISPRUDENCE QUÉBÉCOISE RÉCENTE DU PRINCIPE DE CAUSALITÉ ÉNONCÉ DANS L'AFFAIRE REIBL	496
II. ANALYSE DE LA CAUSALITÉ EN DROIT QUÉBÉCOIS	504
CONCLUSION	511

INTRODUCTION

Même si en matière de responsabilité civile médicale, la plupart des poursuites sont fondées sur l'absence de consentement éclairé du patient¹, nos tribunaux n'ont pas encore donné une solution claire au problème de la causalité en ce qui a trait à la violation de l'obligation de renseigner. Dans un article précédent², nous avons fait l'analyse des arrêts de la Cour suprême dans *Reibl c. Hughes*³ et *Hopp c. Lepp*⁴. À cette occasion, nous avons constaté avec étonnement la tendance de certains juges québécois à se rallier à l'approche proposée par la Cour suprême, nonobstant les sources «étrangères» de ces deux jugements⁵.

C'est surtout la cause ontarienne de *Reibl* qui est à l'origine du débat. Très sommairement, les faits de cette décision se résument comme suit: le demandeur *Reibl* est opéré par le défendeur *Hughes*, afin d'éliminer une occlusion dans son artère carotide gauche. Avant d'acquiescer à l'intervention, le demandeur n'est pas mis au courant du risque de paralysie inhérent à ce genre d'opération. Malheureusement, nonobstant l'absence de la moindre faute technique de la part du chirurgien, le patient devient hémiparétique. Il intente une poursuite en dommages-intérêts, prétextant que s'il avait connu les risques, il n'aurait pas accepté de subir l'intervention. La Cour suprême lui donne raison. En rédigeant le jugement unanime de la cour, le juge en chef Laskin fait la comparaison des deux thèses en présence sur la détermination de l'existence du lien de causalité suite à la violation de l'obligation de renseigner. Il exprime une nette préférence pour la thèse objective, par opposition à la thèse subjective, comme critère d'appréciation de la causalité.

«[Selon la thèse subjective] puisque la responsabilité repose seulement sur la négligence, lorsqu'il y a défaut de divulguer les risques importants, la ques-

1. A. BIRON, J.C.S., «Responsabilité médicale: le consentement éclairé du patient», (1986) 6 *Bulletin d'information de la Fédération des médecins spécialistes du Québec* 11.
2. R. KOURI, «L'influence de la Cour suprême sur l'obligation de renseigner en droit médical québécois», (1984) 44 *Rev. du Bar.* 851.
3. [1980] 2 R.C.S. 880; (1980) 114 D.L.R. (3d) 1, [ci-après *Reibl* cité aux R.C.S.].
4. [1980] 2 R.C.S. 192; (1980) 112 D.L.R. (3d) 67.
5. Évidemment, nous voulons dire que ces causes furent décidées sur la base du droit des «torts» en *common law* par opposition à la responsabilité contractuelle ou quasi-délictuelle de droit civil.

tion de la causalité dépendra du patient [...], et l'acceptation de son témoignage entraînera inévitablement la responsabilité à moins, bien sûr, que l'on ait conclu qu'il n'y a pas eu manquement au devoir de divulguer. Il est donc préférable, à mon avis, d'appliquer la norme objective à la question de la causalité.

En disant que le critère est fondé sur la décision qu'aurait prise une personne raisonnable placée dans la situation du patient, je dois préciser que les inquiétudes particulières du patient doivent également avoir un fondement raisonnable, sinon, la marge de subjectivité serait supérieure à celle permise dans un critère objectif [...] En bref, bien que l'on doive tenir compte de la situation particulière d'un patient, situation qui variera selon le patient, il faut l'évaluer objectivement en fonction de ce qui est raisonnable»⁶.

Dans les quelques pages qui suivent, nous voulons explorer davantage les arguments susceptibles de convaincre nos tribunaux de résister à l'orientation de la Cour suprême en ce qui a trait à l'appréciation de l'existence du lien de causalité en droit civil. Nous allons d'abord faire état des développements jurisprudentiels au Québec depuis la parution de notre article ci-haut mentionné⁷. Dans un deuxième temps, nous allons soumettre à l'appréciation du lecteur des raisons pour lesquelles une approche semblable à celle préconisée par la Cour suprême ne nous semble pas souhaitable en droit civil.

I. L'ACCUEIL PAR LA JURISPRUDENCE QUÉBÉCOISE RÉCENTE DU PRINCIPE DE CAUSALITÉ ÉNONCÉ DANS L'AFFAIRE *REIBL*

Depuis le début de 1985, dans la plupart des arrêts rapportés des tribunaux québécois de première instance, les juges acceptent le principe de *Reibl* sans trop s'interroger sur sa pertinence en droit civil et surtout sans vraiment s'interroger sur l'opportunité de sa réception inconditionnelle.

Cette tendance, qui d'ailleurs se faisait déjà remarquer dès 1981⁸, a reçu un élan avec la décision de la Cour d'appel dans *O'Hearn c. Estrada*⁹. Dans cette cause, la cour, sans toutefois citer *Reibl*, a néanmoins répondu de la façon suivante au demandeur qui

6. *Reibl*, *supra*, note 3, pp. 899-900.

7. R. KOURI, *loc. cit. supra*, note 2. En effet, notre article fait état de la jurisprudence antérieure à janvier 1985.

8. V. par exemple *Schierz c. Dodds*, [1981] C.S. 589 conf. [1986] R.J.Q. 2623 (C.A.).

9. J.E. 84-449 (C.A. Montréal, 17 avril 1984).

prétendait n'avoir pas été adéquatement renseigné sur les risques d'embolie cérébrale lors d'une angiographie:

«Je suis en effet d'opinion que même si les intimés n'avaient pas fourni à l'appelant assez d'éléments pour que celui-ci puisse donner un consentement éclairé, je rejetterais quand même le pourvoi au motif qu'il me paraît probable qu'un homme raisonnable, placé dans la situation où l'appelant était, n'aurait pas refusé de subir l'angiographie même s'il avait obtenu toutes les statistiques disponibles quant aux risques d'un tel examen»¹⁰.

La règle de l'appréciation objective du lien de causalité a reçu l'approbation de certains juges du district de St-François. Dans *Jablonski c. Marosi et Hôpital La Providence*¹¹, M. le juge C. Fortin y adhère lorsqu'il rejette l'action d'un patient qui prétend avoir été mal renseigné sur les risques d'infection par staphylocoque. Il est évident dans ce jugement que le tribunal est très réticent à accorder beaucoup d'importance au témoignage du demandeur à cause de son comportement qui semble compromettre sa crédibilité¹². Donc, le moyen le plus sûr pour le juge est de se demander ce qu'aurait fait dans les circonstances, une personne raisonnable. Dans *Barette c. Lajoie*¹³, nonobstant les faits assez inusités du litige, M. le juge P. Galipeau utilise aussi le critère objectif. Dans cette affaire, une infirmière auxiliaire, mariée et mère de cinq enfants, demande une ligature tubaire pour des fins non thérapeutiques. Lorsque la patiente est sous anesthésie générale et avant de commencer l'opération proprement dite, le défendeur fait un examen gynécologique de sa patiente. On constate alors qu'elle est enceinte. Comme la grossesse n'est pas un empêchement à la ligature des trompes, le chirurgien procède à l'intervention proposée. Lors de sa poursuite, la demanderesse soutient *inter alia* que le médecin aurait dû obtenir un nouveau consentement avant d'entreprendre la stérilisation, étant donné la grossesse. Le juge, en s'inspirant du critère objectif, accueille la demande et décide qu'une personne raisonnable aurait refusé l'opération si elle avait connu la vérité¹⁴.

10. *Id.*, p. 17, M. le juge Beauregard.

11. J.E. 85-657 (C.S. St-François, 16 mai 1985).

12. *Id.*, pp. 19-20.

13. J.E. 85-853, (C.S. St-François, 30 août 1985).

14. Il est intéressant de constater que dans un premier temps, M. le juge Galipeau a décidé qu'étant donné que le traitement n'a causé aucun préjudice physique ou matériel, il y avait lieu de tenir compte du bénéfice du traitement pour compenser, au moins partiellement, le préjudice moral subi par la patiente. On a quand même alloué à la victime 5000\$ pour les douleurs d'ordre psychologique (*ibid.* p. 20).

Ailleurs au Québec, les opinions sont partagées. Par exemple c'est la thèse subjective qui reçoit l'approbation du juge Phelan dans la décision de *Normandin c. Crevier*¹⁵. Le demandeur, ayant déjà perdu l'usage de l'oeil droit, est victime d'un accident de circulation lui occasionnant une fistule sino-carotidienne. Deux méthodes de traitement sont susceptibles de corriger cette situation, mais la première (le *trapping procedure*), pourrait mettre en péril la vision de l'oeil gauche. Pour cette raison, le patient opte pour une seconde méthode ne comportant pas ce risque¹⁶. Une première tentative de pratiquer ce genre d'intervention échoue. Lors d'une deuxième tentative, des complications surviennent. Le médecin, craignant pour la vie de son patient, procède en se servant du *trapping procedure* tant redouté. Malheureusement, le patient devient aveugle des suites de l'opération. Parmi les fautes invoquées contre le chirurgien, on lui reproche de ne pas avoir obtenu un consentement éclairé du patient. Selon le jugement condamnant le défendeur, le patient aurait préféré vivre avec les inconvénients résultant de la fistule (un genre de «bruit» dans l'oreille), plutôt que de compromettre sa vision¹⁷.

Dans une autre cause où le tribunal de première instance doit se prononcer sur la question de la causalité, le juge Kenneth MacKay s'abstient d'exprimer une préférence pour l'une ou l'autre des deux thèses. Il s'agit de l'affaire *Dame Blais c. Dion*¹⁸, où le médecin n'a pas adéquatement renseigné la patiente des dangers de cicatrisation lors d'un lissage facial. En statuant en faveur de la demanderesse, le juge décide que la thèse adoptée importe peu car, en réalité, la preuve démontre clairement que la patiente n'aurait jamais opté pour un *face lift* si elle avait connu toute la vérité sur les risques¹⁹.

Enfin, Mme le juge Ginette Piché semble favoriser l'application de la thèse objective dans l'arrêt *Faucher-Grenier c. Laurence*²⁰, Mme Faucher-Grenier poursuit son médecin en dommages parce qu'elle a mis au monde un enfant non planifié suite à l'échec d'une ligature des trompes. Bien que la preuve démontre que le défendeur a failli dans son devoir de renseigner la patiente sur les risques

15. [1986] R.J.Q. 2495 (C.S.), présentement en appel.

16. La méthode dite «approche cervicale avec embolisation musculaire».

17. *Supra*, note 15, p. 2506. Le témoignage du patient selon lequel il aurait préféré la mort à la cécité, a manifestement influencé le juge (voir p. 2503).

18. J.E. 85-935 (C.S. Montréal, 27 sept. 1985).

19. *Id.*, p. 15.

20. J.E. 87-558 (C.S. Terrebonne, 19 mars 1987).

d'échec de l'opération, le tribunal refuse de le condamner — la causalité entre la faute du médecin et le dommage faisant défaut.

L'étude de ce jugement révèle qu'en réalité, Mme le juge Piché fait appel aux deux thèses, qui, de toute façon, aboutissent à une solution identique compte tenu des circonstances de la cause. Dans un premier temps elle écrit:

«Mais, pour réussir dans son action, le Tribunal doit aussi être convaincu que la demanderesse n'aurait pas changé d'idée devant l'affirmation qu'il existait une possibilité d'échec. Ici, la demanderesse voulait une ligature, elle y avait longuement réfléchi et c'était en fait la méthode la plus «sûre» pour elle. Le risque aurait été accepté certainement et ce, malgré le faible taux d'échec. On connaît la maxime «ça n'arrive qu'aux autres...»²¹.

Et puis elle ajoute plus loin:

«Pour ces motifs, le défendeur ne pourra être tenu responsable car même si elle avait été informée du taux d'échec, la décision de la demanderesse n'aurait pas été différente de celle qui fut prise et il n'y a pas de lien de causalité entre l'absence d'information sur les risques et le dommage subi»²².

Mais dans un deuxième temps, elle exprime l'opinion suivante:

«Le test objectif consisterait à se demander si un «homme» ou plutôt une «femme raisonnable» dans la même situation, étant mise au courant du faible taux d'échec aurait pris la même décision. Le Tribunal estime que oui, car la «balance des inconvénients» 0,5 à 3% ne contrebalançait aucunement les avantages — 95% de succès et plus»²³.

La Cour d'appel, de son côté, n'est pas demeurée muette sur cette question depuis l'affaire *O'Hearn c. Estrada*²⁴. À trois reprises après ce jugement, elle a eu l'opportunité d'adopter une position ferme quant au point de vue déjà exprimé dans *O'Hearn*. Malheureusement, sur la question de la causalité du moins, l'équivoque demeure. Dans une première cause, *Dunant c. Chong*²⁵, il s'agit de l'appel d'un jugement de la Cour supérieure déboutant la réclamation du patient contre trois médecins. Lors d'une intervention pour l'ablation d'une tumeur au cerveau, le chirurgien ne peut tout enlever car de façon spontanée et subitement, le cerveau se met à enfler. Au cours de la seconde opération pour compléter le traitement, le patient tombe aveugle sans qu'il n'y ait la moindre faute du chirurgien. Le patient reproche aux médecins impliqués dans son dossier

21. *Id.*, p. 15.

22. *Id.*, p. 18.

23. *Id.*, p. 17.

24. *Supra*, note 9.

25. J.E. 86-73 (C.A. Montréal, 13 décembre 1985).

de ne pas l'avoir informé des dangers inhérents à ces interventions, (surtout la deuxième). Tout en confirmant le jugement de rejet, la Cour d'appel semble se diviser sur la question de l'appréciation de la causalité. Selon M. le juge Dubé:

«D'après l'ensemble de la preuve, il ressort que l'appelant était un homme intelligent, instruit qui a certainement dû réaliser, après les explications données par ses médecins qu'il n'y avait pas d'autre choix possible pour lui que de subir au plus tôt les interventions chirurgicales qu'on lui proposait. D'ailleurs, il n'y a aucune mention dans la preuve à l'effet que l'appelant aurait refusé les opérations s'il avait été plus informé»²⁶.

Par contre, même s'il aboutit au même résultat, M. le juge Tyndale aborde la question de la causalité sous un autre angle. Quant à lui:

«It is difficult or impossible to apply the subjective standard in Dunant's case, because the question of whether he would have refused is not squarely raised. Applying the objective standard of informed choice, in my opinion a reasonable person in Dunant's position, with full disclosure of all the pros and cons, and without benefit of hindsight would have chosen to undergo the second operation without delay»²⁷.

Cette opinion semble laisser entendre qu'il est loisible de faire l'application du critère objectif uniquement lorsqu'on ne dispose pas de suffisamment d'éléments pour se faire une idée sur la volonté réelle du patient. Malheureusement, le troisième membre du banc, M. le juge R. Chouinard, souscrit simplement aux opinions de ses deux collègues.

La Cour d'appel a encore eu l'occasion de se prononcer dans *Dodds c. Schierz*²⁸. L'on se souviendra qu'il s'agit d'une patiente avec des antécédents de phlébite, à qui on prescrit des anovulants. Le débat est de savoir si cette faute est à l'origine des dommages subis par la patiente et résultant d'un accident cérébro-vasculaire. La Cour d'appel confirme la condamnation aux dommages-intérêts prononcée par la Cour supérieure²⁹. En plus de constituer un «précédent» important en responsabilité médicale, ce jugement d'appel est particulièrement remarquable car la question de la pertinence des arrêts *Hopp* et *Reibl* est formellement soulevée par la cour. Malheureusement, encore à cet occasion l'unanimité fait défaut.

26. *Id.*, p. 6 de son opinion.

27. *Id.*, p. 15 de son opinion.

28. [1986] R.J.Q. 2623 (C.A.), J.E. 86-1037.

29. La décision de la Cour supérieure est rapportée à [1981] C.S. 589 (Malouf J.).

D'une part, M. le juge Monet adopte une position très ferme à l'égard de la pratique de certains juges de faire référence aux arrêts de *common law*. Écrit-il:

«Il n'est pas douteux que la question présente un intérêt captivant pour les comparatistes. Pour ma part, je dois avouer que je n'ai ni les connaissances ni le temps requis pour me livrer à une incursion dans le *common law* en vue de vérifier si, oui ou non, cette doctrine s'harmonise avec la notion de consentement éclairé qui fait partie de notre droit civil. L'intérêt pratique d'une telle étude, me semble-t-il, serait de déterminer si les *conséquences juridiques* sont les mêmes partout au Canada. Néanmoins, pour le juge qui a pour rôle d'appliquer en la matière le droit civil de la province de Québec, cette démarche me paraît aussi vaine que hasardeuse»³⁰.

Plus loin, il ajoute:

«Plutôt que de prendre appui sur des arrêts exposant les règles juridiques du *common law*, par exemple les affaires *Hopp et Reibl*, je préfère pour ma part consulter la jurisprudence de la Cour de Cassation française, à défaut — si tant est ce que ce soit le cas — de jurisprudence québécoise, compte tenu des sources de notre droit civil»³¹.

Par contre, M. le juge Rothman défend énergiquement le point de vue opposé:

«As a matter of principle, I agree with [Monet J.], of course that there is a danger of treating English common law decisions as authorities in Quebec cases which do not depend on similar legal principles under Quebec law. The Supreme Court of Canada and this Court have consistently condemned the practice, as had a good deal of learned legal writing.

But, with respect, I do not believe any criticism of that kind is warranted in the present case. The issues of medical negligence and informed consent were no different here than they would have been in the common law provinces of Canada.

[...]

Common law authorities are not, of course, binding on our Courts in matters of civil law. But where the legal provisions are similar, they may, in my respectful view, be helpful, particularly decisions of the Supreme Court of Canada, on relatively new legal issues such as informed consent. I can see no basis for criticism of the trial judge or counsel in mentioning these authorities»³².

Mme le juge L'Heureux-Dubé pour sa part, partage l'opinion de M. le juge Monet sur le sort de l'appel principal, mais sans se prononcer sur la controverse dont il fait état.

30. *Id.*, p. 2629.

31. *Id.*, p. 2630.

32. *Id.*, p. 2637-2638.

Enfin, dans l'affaire *Chouinard c. Landry*³³, un garçon de près de quatorze ans se fracture le fémur gauche au cours d'une glissade en toboggan. On décide de procéder à la réduction ouverte de la fracture. Trois mois plus tard, lorsqu'il y a lieu de réopérer le patient afin d'enlever les bandes de Parham, on constate que la plaie est infectée, compromettant ainsi la consolidation des fragments du fémur. Après de nombreuses interventions et plusieurs longs séjours à l'hôpital, le patient demeure atteint d'une incapacité partielle permanente fort importante. Il poursuit, alléguant entre autre, la faute du chirurgien de ne pas avoir renseigné son père quant à l'existence de moyens thérapeutiques plus conservateurs, et de ne pas avoir attiré son attention sur les risques d'infection lorsqu'on pratique une réduction ouverte.

La Cour, par une décision majoritaire, confirme le jugement du tribunal de première instance et rejette l'action. Malheureusement, les divergences déjà constatées dans les autres décisions de la Cour d'appel, se manifestent encore cette fois-ci.

Même s'ils aboutissent à la même conclusion quant au sort de l'appel, les deux juges de la majorité prennent des positions divergentes sur la pertinence de *Reibl*. M. le juge Tyndale, fidèle à l'opinion qu'il a déjà exprimée dans *Dunant c. Chong*³⁴, semble favoriser la thèse objective, tout en affirmant que même si on devait se référer à la thèse subjective, le résultat serait le même:

«[It] is an objective test that we must apply in examining the causal connection between a lack of information and the damage suffered. In my opinion the legendary reasonable, man, *le bon père de famille*, fully informed of those risks, [...] would have agreed to the procedure recommended. Even subjectively, appellant's father testified that his attitude was one of confidence in the doctor, so that he himself, if informed, would have agreed in all probability.»³⁵

Par contre, dans une opinion fort élaborée, M. le juge LeBel défend avec vigueur la thèse subjective. D'une part, écrit-il:

«[L]usage automatique des arrêts [...] de la Cour suprême tend à faire perdre de vue que le droit de responsabilité médicale appartient au régime et aux principes de la responsabilité civile. Il oublie que le Québec, comme les pays de tradition civiliste, conserve, en principe, un régime unifié de droit civil obéissant à quelques principes fondamentaux établis par la loi, même si le développement de la responsabilité civile a été largement une création prétorienne.

33. J.E. 87-1013 (C.A. Québec, 8 sept. 1987).

34. *Dunant*, *supra*, note 25.

35. *Supra*, note 33, p. 2 de son opinion.

Cette unité fondamentale du régime de responsabilité civile implique des distinctions par rapport au *Common law*.³⁶

D'autre part, il conclut:

«Je ne suis cependant pas sûr, en analysant toujours le concept de responsabilité par rapport à l'appréciation du comportement du médecin, que dans notre système de droit civil, cette chaîne causale s'apprécie par rapport à un patient en quelque sorte abstrait, comme dans le test de common law. Le droit civil exige plutôt l'appréciation du comportement du médecin, bon praticien, du bon père de famille médecin, par rapport au patient placé devant lui. En l'espèce, il faut examiner plutôt si le patient lui-même aurait consenti à l'intervention, en retenant cependant le risque que la version de celui-ci ne soit colorée par les malheurs qui lui sont arrivés.»³⁷

Le troisième membre du banc, M. le juge Jacques, est non seulement dissident, mais, de plus, présente une conception alternative de la causalité qui, strictement parlant, se situe en dehors de la discussion présentement sous étude. Selon lui:

«Avec respect, je suis d'avis que [la question de l'appréciation de la causalité] ne peut se poser dans ce dossier. Il ne s'agit nullement d'intervention inéluctable et urgente, où une décision doit être prise immédiatement pour éviter un décès immédiat, cas qui permettrait peut-être une solution différente, mais seulement d'une intervention jugée préférable sans caractère d'urgence et qui pouvait être faite dans un délai raisonnable.

Le manquement au devoir d'information est une faute professionnelle qui entraîne l'obligation de réparer le préjudice qui en est résulté. Le médecin doit donc supporter le risque opératoire, même sans qu'il y ait faute opératoire, puisque c'est son choix à lui seul qui est la cause du dommage.»³⁸

Cette troisième voie proposée représente un point de vue très indulgent à l'égard de l'établissement du lien de causalité par le demandeur, car le seul fait d'avoir violé l'obligation de renseigner a pour effet de transférer tous les risques de l'acte médical au défendeur.

À la lumière de ce recensement rapide de la jurisprudence, il est possible de conclure à ce stade-ci que le choix entre la thèse subjective et la thèse objective de causalité n'est pas définitivement arrêté par nos tribunaux, surtout au niveau de la Cour d'appel.

Passons maintenant à l'étude des considérations devant jouer pour ou contre l'adoption d'une thèse de causalité par rapport à l'autre.

36. *Id.*, p. 12 de son opinion.

37. *Id.*, p. 22 de son opinion.

38. *Id.*, p. 26 de son opinion.

II. ANALYSE DE LA CAUSALITÉ EN DROIT QUÉBÉCOIS

La norme objective proposée par la Cour suprême n'est pas dépourvue d'une certaine utilité — elle constitue une bonne protection pour les professionnels de la santé à l'encontre des poursuites intentées par les patients mal ou insuffisamment renseignés mais qui, en fin de compte, auraient quand même accepté de se faire soigner³⁹. Dans ce genre de situation, il s'agit essentiellement du mauvais résultat du traitement qui incite les patients à réclamer une indemnisation sur la base de la violation de l'obligation de renseigner. Ainsi donc, la norme objective est préconisée essentiellement pour des raisons de preuve — pour éviter des condamnations fondées sur la conviction, en principe sincère, mais formée *ex post facto*⁴⁰ que, dûment renseigné des risques, le patient aurait décliné le traitement proposé. Mais la Cour suprême elle-même dans la cause *Rawleigh c. Dumoulin*⁴¹ n'a-t-elle pas déjà affirmé par le biais de M. le juge Mignault:

« Il peut sans doute y avoir danger qu'une personne peu scrupuleuse échappe à son obligation en prêtant un serment qu'il est souvent difficile de contredire. Mais c'est là une considération pour le législateur plutôt que pour le tribunal, et le juge du procès peut toujours apprécier la sincérité du témoignage rendu devant lui et l'écarter s'il lui paraît peu digne de foi. »⁴²

39. *Reibl, supra*, note 3, p. 898.

40. Ou même résultant de fausses déclarations.

41. [1926] R.C.S. 551.

42. *Id.*, p. 557. Quelque temps après cette décision, la Cour suprême a pu confirmer cette prise de position dans une autre affaire classique, *Montreal Tramways c. Léveillé* ([1933] R.C.S. 456). L'on se demandait si, face à des doutes sur l'existence d'un rapport de causalité entre la chute d'une femme enceinte causée par la faute d'un employé de Montreal Tramways et la naissance de son enfant avec les pieds bots, la cour pouvait se fier aux témoignages apportés. Selon M. le juge Lamont: « It was urged that to so hold would open wide the door to extravagance of testimony and lead, in all probability, to perjury and fraud. I am not apprehensive on this point for, although in certain cases special care will be required on the part of the judge [...], I feel quite confident that the rules of evidence are adequate to require satisfactory proof of responsibility and that the determination of the relation of cause and effect will not involve the court in any greater difficulty than now exists in many of our cases » (p. 465). E. Picard abonde dans le même sens lorsqu'elle écrit au sujet de *Reibl*: « It is submitted that the Chief Justice's conclusions are based on an unwarranted pessimism about the legal process to deal with evidence. The patient's attitudes, demeanor and his story are tested by examination — for — discovery and, at trial, by the adversary process. The trial judge can assess the credibility of the patient and his testimony » (« Consent to Medical Treatment in Canada », (1981) 19 *Osgoode Hall L.J.* 140, p. 148).

Il est intéressant de noter que le juge Vallerand, siégeant alors à la Cour supérieure, agit précisément de cette façon dans l'affaire *Dame Dulude c. Gaudette*⁴³. Selon le résumé des faits, la demanderesse, qui veut améliorer ses lignes, engage les services du défendeur, spécialiste en chirurgie esthétique, afin de subir une mammoplastie d'addition. Ce dernier néglige d'aviser sa patiente du risque d'une nécrose adipeuse. À cause de cette complication, (qui est par ailleurs la seule cause de l'insuccès de l'opération), la demanderesse poursuit le médecin. Elle allègue la violation de l'obligation de renseigner (qui est plus exigeante lorsqu'il s'agit d'une intervention non thérapeutique). Le tribunal refuse d'accueillir la demande, le lien de causalité faisant défaut. Le juge analyse les faits pertinents de la façon suivante:

«La demanderesse a affirmé qu'eut-elle seulement soupçonné la moindre possibilité de ce qui est survenu, elle n'aurait pas accepté de se soumettre à l'intervention. Je ne doute pas pour un instant de sa sincérité éclairée par les événements. Je me dois cependant de retenir que jeune, jolie et coquette, et particulièrement soucieuse de le demeurer, elle a préféré à la fourrure que lui offrait son époux, la chirurgie correctrice dont elle rêvait.

[...]

La demanderesse ici a accepté en pleine connaissance de cause, les ennuis certains d'une anesthésie totale. Elle a de même assumé la certitude de souffrances, de douleurs, ainsi que la probabilité d'une invalidité se prolongeant pendant deux mois. Étant établi qu'elle a assumé en pleine lucidité ces inconvénients certains, je ne puis croire que l'évocation de la possibilité extrêmement éloignée des complications qu'elle connut éventuellement, l'aurait empêchée de poursuivre son projet.»⁴⁴

Certes on objectera que la norme objective rend la tâche des juges plus aisée, toutefois de telles considérations peuvent-elles justifier l'instauration d'un régime d'exception? S'il fallait suivre *Reibl* pour cette raison, il s'agirait du seul cas, où, à notre connaissance, ce genre de norme serait retenu en droit québécois.

Examinons quelques domaines où l'obligation de renseigner est de rigueur. En matière d'assurances par exemple, l'article 2488 C.c. nous dit:

«En assurance de dommages, à moins que la mauvaise foi du proposant soit établie, l'assureur est garant du risque [...] sauf s'il est établi qu'il n'aurait pas accepté le risque s'il avait connu les circonstances en cause.»⁴⁵

43. [1974] C.S. 618.

44. *Id.*, p. 622.

45. Les italiques sont de nous. V. J.-G. BERGERON, «Le droit des assurances

La situation est semblable en matière de droit de consommation. Selon la *Loi sur la protection du consommateur*,

«Lorsqu'un commerçant, un manufacturier se livre à une pratique interdite [v.g. une fausse publicité] [...] il y a une présomption que, si le consommateur avait eu connaissance de cette pratique, *il n'aurait pas contracté* [...]»⁴⁶

Dans le domaine de la vente immobilière, lorsque la contenance n'est pas conforme à l'entente des parties, alors «[...] qu'il y ait à présumer que *l'acheteur n'aurait pas acheté s'il avait su*, il peut se désister de la vente et recouvrir du vendeur le prix, s'il a été payé, et les frais du contrat, sans préjudice dans tous les cas à son recours en dommages-intérêts»⁴⁷. Selon T. Rousseau-Houle, la question de savoir si l'acheteur aurait acheté ou non s'il avait connu les dimensions réelles de l'immeuble, est une question de fait qui est laissée à l'appréciation des tribunaux⁴⁸.

Toujours dans le domaine de la vente, l'article 1522 C.c. édicte:

«Le vendeur est tenu de garantir l'acheteur à raison des défauts cachés de la chose vendue et de ses accessoires, qui la rendent impropre à l'usage auquel on la destine, ou qui diminue tellement son utilité que *l'acquéreur ne l'aurait pas achetée, ou n'en aurait pas donné si haut prix, s'il les avait connus*».⁴⁹

Ces quelques exemples servent à démontrer que par rapport au droit québécois, le droit objectif retenu par la Cour suprême est en quelque sorte exorbitant, surtout lorsqu'on estime que ces illustra-

et l'entreprise», (1983) 14 R.D.U.S. 113, p. 162. L'art. 2485 C.c. par contre, fait appel à la notion de l'assureur raisonnable, mais dans le seul but de fixer l'étendue de l'obligation de divulgation de l'assuré. Les conséquences d'une réticence ou d'une fausse déclaration sont mentionnées aux articles 2487 et 2488. Voir aussi l'art. 2566 C.c.

46. R.S.Q. c. P-40.1 art. 253. Les italiques sont de nous.

47. Art. 1502 C.c. Les italiques sont de nous.

48. *Précis de la vente et du louage*, Québec, Presses de l'Université Laval, 1978, p. 82. Selon M. Pourcelet, «Il s'agit ici du cas où l'acheteur peut démontrer qu'il n'aurait certes pas acheté ce terrain s'il en avait connu la contenance véritable [...]» (*La vente*, 4e édition, Montréal, Les Éditions Thémis, 1980, p. 118).

49. Voir POURCELET, *id.*, p. 147; ROUSSEAU-HOULE, *id.*, pp. 109-110 et jurisprudence citée. Les italiques sont de nous. De plus, selon la théorie générale des obligations (où l'obligation de renseigner n'est pas de rigueur dans tous les cas), lorsque les juges doivent décider du caractère déterminant des vices de consentement (l'erreur spontanée ou provoquée, la crainte), ils en font une appréciation *in concreto* cf. *Faubert c. Poirier*, [1959] R.C.S. 459; M. TANCELIN, *Des obligations*, Montréal, Wilson & Lafleur, 1984, p. 58, no 115; J.-L. BAUDOUIN, *Les obligations*, Cowansville, Les Éditions Yvon Blais Inc., 1983, p. 105, no 141.

tions ont trait aux intérêts exclusivement patrimoniaux d'un individu et non à ce qui lui est d'autant plus important — son intégrité physique.

Considérons maintenant la réaction française face à ce problème de causalité. Si l'on s'en tient à l'état du droit en France, la démonstration que la norme subjective est plus conforme à nos traditions civilistes est relativement facile. Pour la doctrine, il ne fait pas de doute que c'est en se basant sur ce qu'aurait fait le patient lui-même que la causalité est déterminée. Le regretté René Savatier, à l'occasion d'un commentaire d'arrêt, avait écrit, il y a déjà une quarantaine d'années que:

«Le malheur subi ne serait causé par l'absence d'avis du patient que dans la mesure où cet avis eût été contraire à l'opération. Aucune responsabilité n'est donc encourue par le chirurgien si, comme il est assez vraisemblable, le malade, consulté, eût confirmé sa décision d'intervenir.»⁵⁰

La doctrine plus récente n'a pas dévié de ce point de vue⁵¹, qui trouve écho d'ailleurs dans la jurisprudence française. Un arrêt est particulièrement pertinent⁵². Un médecin entreprend une intervention chirurgicale sur un jeune enfant afin de le guérir d'une surdité due à une malformation de l'oreille moyenne. Ce genre d'opération comporte un risque notoire de lésion du nerf facial (dont la fréquence était estimée entre 15 et 20%). Malheureusement, avant d'obtenir la permission d'opérer des parents de l'enfant, on ne porte pas ce risque à leur connaissance. Sans qu'aucune maladresse opératoire puisse être reprochée au médecin, le nerf est atteint. (Soulignons en passant que l'opération n'était pas absolument nécessaire puisqu'un appareil auditif remédiait déjà à la surdité de l'enfant.) Le chirurgien, pour se défendre contre la poursuite des parents, prétend que même adéquatement informés, ils auraient vraisemblablement consenti à l'intervention, d'où un manque de lien de causalité entre la faute reprochée et le dommage. La Cour décide qu'étant donné que les parents:

50. Commentaire de l'arrêt *Angers* 4 mars 1947.D.1948.298.

51. V. par exemple G. MÉMETEAU, *Le droit médical*, Paris, Litec, 1985, p. 365; A. DORSNER-DOLIVET dans son commentaire de Paris 1ère ch. sec. B 17 novembre 1983, J.C.P. 1985.II.20406, et dans sa thèse de doctorat intitulée *Contribution à la restauration de la faute, condition des responsabilités civiles et pénales dans l'homicide et les blessures par imprudence*, Paris, L.G.D.J., 1986, pp. 432-433, no 517; J. PENNEAU dans son commentaire de l'arrêt Cass. civ. 1ère 29 mai 1984 (3e espèce), D.S. 1985. 281, p. 285.

52. Paris 1ère Ch. sec. B. 17 nov. 1983, J.C.P. 1985.II.20406.

«[...] n'ont vu que des avantages à l'intervention et ne pouvaient dans ces conditions qu'y consentir; [...] que le défaut d'information ne leur a pas permis de prendre une décision éclairée et de motiver un refus, que ce manque d'information a ainsi participé à la réalisation du dommage».

Chacun des deux médecins qui se sont occupés de l'enfant est condamné au remboursement de 50% du préjudice. Portée devant la Cour de cassation, cette décision est infirmée mais uniquement parce que «le manque d'information avait été la cause exclusive du dommage et que la responsabilité des deux médecins était engagée pour l'intégralité du préjudice subi»⁵³. En d'autres mots, le principe juridique émis par la Cour d'appel a été confirmé mais son application désapprouvée car on aurait dû condamner les deux médecins solidairement pour la totalité des dommages.

Enfin, nonobstant l'intérêt certain que peuvent présenter les réflexions que nous avons soumise jusqu'ici sur l'opportunité de retenir la norme subjective, nous croyons qu'elle s'impose d'emblée lorsqu'on se réfère à la *Charte des droits et libertés de la personne*⁵⁴, plus particulièrement à son article premier. Cet article consacre le droit de tout être humain à la vie, la sûreté, à l'intégrité et à la liberté de sa personne⁵⁵.

Lorsqu'il s'agit d'exercer un droit découlant de la *Charte*, la nature raisonnable ou déraisonnable de cet exercice n'a aucune pertinence à condition, bien entendu, qu'on ne nuise pas injustement à autrui. Ainsi, en prenant un exemple tiré de l'article 3 de la *Charte* (le droit de parole) pour illustrer nos propos, chacun a le droit d'exprimer des idées les plus stupides pourvu que ces affirmations ne soient pas diffamatoires, ni des faussetés en vue de frauder un cocontractant, ni exprimées dans le but de fomenter la haine contre un groupe identifiable⁵⁶. Il en est de même quant au droit à l'intégrité et à la liberté de la personne. L'article 1 de la *Charte* semble reconnaître à la personne capable, le droit de refuser les soins même

53. Cass. civ. 1ère 11 fév. 1986, J.C.P. 1986.IV.110.

54. L.R.Q. c. C-12.

55. Selon J.-L. Baudouin, grâce à l'art. 1 de la *Charte* et l'art. 19 C.c.: «Le consentement de l'individu étant nécessaire, on doit conclure que celui-ci est seul maître, hors les exceptions spécifiquement prévues par la loi, de toute décision portant sur l'administration du traitement médical», in «Le droit de refuser d'être traité» dans R.S. Abella et M.L. Rothman, éd., *Justice Beyond Orwell*, Cowansville, Les Éditions Yvon Blais Inc., 1985, 207, p. 209.

56. Art. 281.2(2) C.cr. Nous ne donnons que quelques exemples. Ainsi, nous n'avons pas la prétention d'avoir énuméré tous les cas où la liberté d'expression est limitée.

lorsque ce refus n'est pas dans son meilleur intérêt compte tenu des circonstances⁵⁷. En effet, plusieurs arrêts ont confirmé le principe qu'à moins d'une législation l'autorisant explicitement, nul ne peut porter atteinte à l'intégrité d'autrui⁵⁸.

Afin de démontrer plus concrètement le conflit entre les termes de la *Charte* et la règle préconisée par *Reibl*, nous pouvons nous inspirer d'une situation concrète qui se produit souvent dans les hôpitaux du Québec⁵⁹. Il s'agit de la réticence des témoins de Jéhovah de consentir aux transfusions sanguines. Examinons plus particulièrement le cas hypothétique suivant: un chirurgien, ignorant que son patient est témoin de Jéhovah, ne lui révèle pas qu'au cours d'une intervention sous anesthésie générale, il serait probablement nécessaire d'effectuer des transfusions. Admettons également que ceci constitue un risque important. Comme question de fait, une transfusion s'avère nécessaire et le sang est administré. Malheureusement, la transfusion provoque une réaction chez le patient et lui occasionne des dommages. Celui-ci poursuit son médecin, alléguant la violation de l'obligation de renseigner. Il prétend que s'il avait su qu'on lui donnerait du sang, il aurait refusé son autorisation. Va-t-il réussir?

Selon l'arrêt *Reibl*, la solution va dépendre de l'appréciation des faits à la lumière de l'observation suivante par le juge Laskin:

«En disant que le critère est fondé sur la décision qu'aurait prise une personne raisonnable placée dans la situation du patient, on doit préciser que les

57. Mme Francine Fournier, alors présidente de la Commission des droits de la personne, avait déclaré devant la Commission permanente de la justice: «La commission est d'avis que, même en cas d'urgence, une personne majeure peut, en connaissance de cause, refuser pour elle un traitement même si cela peut entraîner la mort. Il s'agit du respect de l'autonomie de la personne et de son inviolabilité.» (Québec, Assemblée Nationale, Commission permanente de la justice, Auditions de personnes et d'organismes en regard des projets de loi nos 106 «Loi portant réforme au Code civil du Québec du droit des personnes» et 107 «Loi portant réforme au Code civil du Québec du droit des successions» dans *Journal des débats: Commissions parlementaires* 4e sess. 32e Lég., p. B-1682 (28 avril 1983).

58. Voir *Cité de Dorval et Association des Pompiers de Dorval*, [1984] T.A. 455, surtout à la p. 459; *Accidents du travail — 35*, [1985] C.A.S. 266, p. 268; *Hôpital St-Félix de Longueuil Inc. et Union des Employés de Service, Local 298 (F.T.Q.)*, 85T-421 (Commission des affaires sociales); *Institut Philippe Pinel c. Dion*, [1983] C.S. 438, pp. 439-440; *Couture-Jacquet c. Montreal Children's Hospital*, [1986] R.J.Q. 1221, p. 1227, M. le juge Chevalier (C.A.).

59. Ce genre d'exemple a déjà été suggéré par E. PICARD dans son ouvrage *Legal Liability of Doctors and Hospital in Canada*, 2e éd., Toronto, Carswell Legal Publications, 1984, p. 103.

inquiétudes particulières du patient doivent également avoir un fondement raisonnable.»⁶⁰

Ainsi, dans notre cas hypothétique, nous devons nous poser la question à savoir si un éventuel refus de soins pour des motifs religieux serait jugé comme raisonnable aux yeux des tribunaux québécois. Si l'on se fit au jugement dans *Lakeshore General Hospital c. Methot-Gaudreault*⁶¹, la réponse serait négative. Dans ce cas, un juge de la Cour supérieure avait autorisé des personnes qualifiées d'un centre hospitalier à administrer du sang à une parturiente majeure et capable, témoin de Jéhovah. Elle faisait une hémorragie après son accouchement et elle refusait toute transfusion sanguine. Il nous semble donc *a fortiori* qu'un refus de certains soins utiles ou nécessaires donné par une personne capable pour des raisons «irrationnelles» comme une phobie ou une perversité de l'esprit, serait d'autant plus perçu comme étant déraisonnable advenant une poursuite. Ce patient verrait alors son droit à l'inviolabilité diminué par le fait de son médecin paternaliste et avare de renseignements, qui le soignerait en ignorant les idiosyncrasies de son patient⁶³.

60. *Supra*, note 3, p. 899. En analysant cette condition, M. A. Somerville est d'avis cependant que: «This should only apply to concerns of the patient of which the physician was *not* subjectively aware and of which it would be unreasonable to deem the physician to have knowledge because such concerns would not be concerns of a reasonable patient. It is submitted that, no matter how unreasonable a particular patient's concerns, if the physician knows of them and there is a risk relating to these concerns, then if that risk is not disclosed and the patient undergoes treatment which he would have refused had that particular risk been disclosed, non-disclosure of that risk will be the cause-in-fact of its realization». («Structuring the Issues in Informed Consent», (1981) 26 *R. de d. McGill* 740, p. 801). Cette opinion semble être valable car M. le juge en chef Laskin a bien souligné que «[...] les craintes non reliées aux risques importants qui n'ont pas été divulgués bien qu'ils eussent dû l'être, ne seraient pas des facteurs de causalité.» (p. 900).

61. C.S. Montréal, no 500-05-008750-844, 1er avril 1984, jugement *viva voce*.

62. M. GOCHNAUER, D. FLEMING, «Tort Law-Informed Consent — New Directions for Medical Disclosure — *Hopp v. Lepp* and *Reibl v. Hughes*» (1981) 15 *U.B.C.L. Rev.* 475, p. 491.

63. Selon GOCHNAUER et FLEMING, *ibid*, à la p. 495: «It is difficult to see why the Supreme Court would have chosen a policy which results in a finding that the plaintiff has failed to prove causation in these cases of clear 'subjective' evidence of what the patient would have done. The subjective test will yield results in every case in which the objective test will succeed, and will then go on to handle situations beyond the capability of the objective test».

Ainsi, la discussion assume sa dimension véritable. Ce qui était destiné par la Cour suprême à devenir une ligne de conduite permettant aux tribunaux de juger de la nature vraisemblable des affirmations de patients mal renseignés, subissant des blessures lors des interventions médicales, risque de devenir une règle de fond limitant l'autonomie des individus. Voilà le conflit avec notre *Charte*.

Les conséquences de cette constatation peuvent nous amener passablement loin. À la rigueur, on pourrait conclure que dans les cas où, objectivement, les soins médicaux seraient utiles pour le patient, le médecin pourrait agir sans même renseigner son client — une situation caricaturée par l'expression «Trust me, I'm a doctor» ou encore «Doctor knows best»⁶⁴. Certes, ce médecin s'exposerait à des mesures disciplinaires à cause de la violation du *Code de déontologie*⁶⁵, mais face à une poursuite civile en dommages-intérêts, il pourrait toujours prouver qu'un patient raisonnable aurait acquiescé aux soins proposés⁶⁶.

CONCLUSION

Nous avons vu qu'il est séduisant pour les tribunaux québécois d'adopter les principes émis par la Cour suprême dans *Reibl*, en prétendant que ces règles transcendent le *law of torts* et s'appliquent indifféremment à la *common law* et au droit civil. Et peut-être d'autres prôneraient une certaine uniformisation des règles — là n'est pas le but de notre discussion. Mais lorsqu'il y a lieu de procéder à l'uniformisation du droit, nous devons toujours commencer par l'harmonisation des fondements, ce qui entraîne normalement l'homogénéisation des résultats. Adopter des solutions dissociées des principes fondamentaux d'un système juridique, c'est «sanctionner l'arbitraire», pour emprunter l'expression de P.-A. Crépeau⁶⁷. De

64. *Sidaway v. Governors of the Bethlem Royal Hospital*, [1980] 2 W.L.R. 480 (H.L.), 503, expression utilisée par Lord Bridge of Harwich.

65. *Code de déontologie des médecins*, R.R.Q. 1981, c. M-9, r. 4, art. 2.03.29: «Le médecin doit s'assurer que le patient ou son représentant ou les personnes dont le consentement peut être requis par la loi ont reçu les explications nécessaires portant sur la nature, le but et les conséquences possibles de l'investigation, du traitement ou de la recherche que le médecin s'apprête à effectuer.»

66. *Reibl*, *supra*, note 3, p. 899.

67. «La responsabilité de l'établissement hospitalier en droit civil canadien» (1981) 26 *R. de d. McGill* 673, p. 696, note 66.

plus, il nous semble être peu souhaitable d'emprunter une simple règle de preuve et d'en faire une règle de fond ayant pour effet de bouleverser certains principes de droit civil en matière de causalité⁶⁸. Selon le principe fondamental d'*actori incumbit probatio*, le créancier doit convaincre le tribunal de la véracité de ses prétentions. Si le juge des faits est persuadé que le témoignage du patient, au lieu d'être sincère, est plutôt empreint de «hindsight and bitterness»⁶⁹, il demeure libre dans son appréciation de la preuve de rejeter la demande.

Nous ne pouvons terminer notre étude d'une meilleure façon qu'en citant le Lord Templeman dans la cause *Sidaway v. Governors of the Bethlem Royal Hospital*⁷⁰, où, soit dit en passant, la majorité des membres du banc du *House of Lords* a rejeté les principes établis dans *Reibl*:

«Where the patient's health and future are at stake, the patient must make the final decision. The patient is free to decide whether or not to submit to treatment recommended by the doctor and therefore the doctor impliedly contracts to provide information which is adequate to enable the patient to reach a balanced judgment [...] If the doctor making a balanced judgment advised the patient to submit to the operation, the patient is entitled to reject that advice for reasons which are rational, or irrational, or for no reason.»⁷¹

68. Voir. G. ROBERTSON, «Overcoming the Causation Hurdle in Informed Consent Cases: The Principle in *McGhee v. N.C.B.*», (1984) 22 *U. of W. Ont. L.R.* 75, p. 80.

69. «Informed Consent — A Proposed Standard for Medical Disclosure» (1973) 48 *N.Y.U. L. Rev.* 548, p. 550, cité dans *Reibl*, *supra*, note 3, p. 898.

70. *Supra*, note 64.

71. *Id.*, pp. 508-509.