

**L'OBLIGATION DE RENSEIGNEMENT  
EN MATIÈRE DE RESPONSABILITÉ MÉDICALE  
ET LA «SUBJECTIVITÉ RATIONNELLE» :  
MARIAGE DE CONVENANCE OU MÉSALLIANCE?\***

par Robert P. KOURI\*\*

*L'auteur retrace l'évolution de la jurisprudence de la Cour d'appel du Québec se rapportant à l'obligation du médecin de renseigner son patient, ainsi qu'au critère applicable quant à la preuve de la causalité lors d'une violation du devoir d'obtenir le consentement éclairé du patient, suite aux décisions de la Cour suprême dans Hopp c. Lepp et Reibl c. Hughes. La Cour d'appel a déjà proposé comme compromis entre le standard du patient raisonnable et celui du médecin raisonnable, le critère de la «subjectivité rationnelle». L'auteur prétend qu'en prônant un rapprochement de ces deux standards, certains juges de la Cour d'appel essayent, en effet, de réconcilier des règles de fond qui sont antinomiques.*

---

---

\*. L'auteur désire remercier sa collègue, la professeure Suzanne Philips-Nootens, qui a lu et qui a fait de nombreuses suggestions concernant ce texte. Toutefois, les vues exprimées sont celles de l'auteur seulement.

\*\*.  
Professeur à la Faculté de droit de l'Université de Sherbrooke.

*In his commentary, the writer retraces the evolution of the Quebec Court of Appeal jurisprudence relating to the physician's duty to inform the patient as well as the standard to be applied in order to prove causation in cases of violation of the duty to obtain informed consent, following the Supreme Court decisions in Hopp v. Lepp and Reibl v. Hughes. As a compromise between the Supreme Court's reasonable patient test and the traditional reasonable physician test, the Court of Appeal has proposed a so-called «rational subjectivity» or «rationally subjective» standard. The writer maintains that in attempting to harmonize these two standards, certain judges of the Court of Appeal are in fact seeking to reconcile antithetical fundamental rules.*

(1994) 24 R.D.U.S.	<i>L'obligation de renseignement en matière de responsabilité médicale et la «subjectivité rationnelle» : mariage de convenance ou mésalliance?</i>	347
--------------------	---	-----

## **TABLE DES MATIÈRES**

<b>Introduction</b> .....	347
<b>1 - Évolution d'un standard : du critère objectif au critère de la subjectivité rationnelle</b> .....	348
<b>2 - Les faux titres de noblesse de la «subjectivité rationnelle»</b> ...	360
<b>Conclusion</b> .....	365

## Introduction

Certains arrêts récents<sup>1</sup> de la Cour d'appel du Québec dans le domaine de la responsabilité civile médicale sont significatifs car ils semblent consacrer une création prétorienne portant le nom de «subjectivité rationnelle» ou de «raisonnabilité subjective»<sup>2</sup>. La «subjectivité rationnelle» est un terme élaboré par la Cour d'appel pour décrire une technique visant à vérifier l'existence d'un rapport de causalité entre le manquement du médecin à son devoir d'informer adéquatement son patient et le préjudice résultant d'un risque non révélé qui s'est réalisé lors du traitement. Ce test consiste à comparer la décision qu'aurait prise une personne raisonnable en ces mêmes circonstances, avec l'affirmation de la victime que si elle avait connu tous les risques importants ou prévisibles de l'intervention, elle n'aurait pas acquiescé à l'acte<sup>3</sup>. D'aucuns<sup>4</sup> voient dans l'élaboration de ce test une façon de concilier le test objectif proposé par la Cour suprême dans les causes de *Hopp c. Lepp*<sup>5</sup> et *Reibl c. Hughes*<sup>6</sup> et le test subjectif prôné par certaines juges de la Cour d'appel<sup>7</sup>.

- 
1. *Pelletier c. Roberge*, [1991] R.R.A. 726 (C.A. Québec); *Parenteau c. Drolet*, [1994] R.J.Q. 689 (C.A. Montréal).
  2. Notons que dans *Parenteau c. Drolet*, *id.* les expressions «subjectivité rationnelle» et «raisonnabilité subjective» ne sont pas utilisées, mais la notion qu'elles représentent y est exprimée. Ajoutons immédiatement qu'au cours de ce commentaire, nous éviterons de nous servir de la deuxième locution car le mot «raisonnabilité», calqué sur le mot anglais «reasonableness», ne semble pas exister en français.
  3. J.-L. Baudouin, *La responsabilité civile*, 4e édition, Cowansville, Les Éditions Yvon Blais inc., 1994, p. 655, n° 1227.
  4. *Id.*; M. Fauteux, P. Magnan, «Le consentement éclairé et le devoir d'information», (1986) R.R.A. 139, p. 145; F. Tôth, «L'obligation de renseignement du médecin en droit civil québécois», conférence présentée dans le cadre d'un colloque du Canadian Institute intitulé *Responsabilité médicale et hospitalière : Aspects éthiques et juridiques* tenu à Montréal le 29 octobre 1990, 1, pp. 34 et 37; P. Lesage-Jarjoura, J. Lessard, S. Philips-Nootens, *Éléments de responsabilité civile médicale*, Cowansville, Les Éditions Yvon Blais inc., 1995, pp. 186 à 188. Évidemment, pour une description plus circonstanciée de ce point de vue, le lecteur est prié de consulter ces sources
  5. [1980] 2 R.C.S. 192.
  6. [1980] 2 R.C.S. 880.
  7. Par exemple, le juge LeBel dans *Chouinard c. Landry*, [1987] R.J.Q. 1954 (C.A. Montréal) et dans *Dineen c. Queen Elizabeth Hospital*, [1988] R.R.A. 658 (C.A. Montréal); les juges Chouinard, Beaugard et Mailhot dans *Gburek c. Cohen*, [1988] R.J.Q. 2424 (C.A. Montréal).

Afin d'apprécier à sa juste valeur le critère de la «subjectivité rationnelle», nous allons, dans un premier temps, tracer les origines et l'évolution de cette notion en examinant d'abord la jurisprudence de la Cour suprême et ensuite la réaction de la Cour d'appel du Québec aux principes dégagés par la Cour suprême. Dans un deuxième temps, nous effectuerons l'analyse critique de cette innovation jurisprudentielle.

### **1 - Évolution d'un standard : du critère objectif au critère de la subjectivité rationnelle**

À l'occasion de deux appels dans des affaires de responsabilité médicale, l'une d'origine albertaine (*Hopp c. Lepp*)<sup>8</sup>, et l'autre d'origine ontarienne (*Reibl c. Hughes*)<sup>9</sup>, la Cour suprême, sous la plume du juge en chef Laskin, avait saisi l'opportunité d'établir les principes régissant les paramètres de l'obligation du médecin d'informer son patient. Le standard proposé par la Cour suprême eut un effet considérable car on remplaça le critère du «médecin raisonnable» suivi jusqu'alors par la *common law* canadienne par celui du «patient raisonnable»<sup>10</sup>. Dans *Hopp c. Lepp*<sup>11</sup>, le juge en chef affirma au nom de la Cour que le médecin, sans qu'on le lui ait demandé, devait divulguer, entre autres, les risques importants d'une intervention. Il précisa sa pensée dans les termes suivants :

*«Selon cette classification, les risques possibles dont les conséquences pourraient être graves pourraient bien être considérés comme*

- 
8. *Op. cit., supra*, note 5. Le patient reproche au médecin de ne pas l'avoir renseigné sur les aléas d'une hémilaminectomie qui n'a pas produit les résultats escomptés nonobstant l'absence de faute de la part du chirurgien lors de l'intervention.
  9. *Op. cit., supra*, note 6. Le patient à qui l'on propose une intervention afin d'éliminer une obstruction à l'artère carotide gauche, n'est pas informé des risques de paralysie ou de mort. Ce patient devient hémiparétique à la suite de l'opération, sans qu'on puisse reprocher au médecin quelque faute technique.
  10. Selon la professeure M.A. Somerville, «Structuring the Issues in Informed Consent», (1981) 26 R. D. McGill 740, pp. 754, 755, le standard du médecin raisonnable ou le «professional disclosure standard» consiste à déterminer «...what the reasonable physician of that speciality would tell the patient in the same circumstances», tandis que le standard du patient raisonnable ou «full disclosure standard» exige que le médecin expose «...all those consequences and risks which would be material to a reasonable patient in the same circumstances».
  11. *Op. cit., supra*, note 5.

*importants. L'importance connote un critère objectif selon ce que l'on pourrait raisonnablement considérer comme ayant une influence sur le consentement du patient.»<sup>12</sup>*

La cause de *Reibl c. Hughes*<sup>13</sup> compléta la démarche entreprise dans *Hopp* :

*«Permettre que les témoignages des médecins experts déterminent quels sont les risques importants et, donc, ceux à divulguer et, corrélativement, quels risques ne sont pas importants, équivaut à confier à la profession médicale toute la question de la portée du devoir de divulguer, y compris celle de savoir s'il y a eu manquement à ce devoir.»<sup>14</sup>*

De plus, on énonça le principe applicable en ce qui a trait à la détermination d'un lien de causalité entre la faute et le préjudice :

*«Puisque la responsabilité repose seulement sur la négligence, lorsqu'il y a défaut de divulguer les risques importants, la question de la causalité dépendra du patient selon le critère subjectif, 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.»<sup>15</sup>*

---

12. *Ibid.*, p. 209.

13. *Op. cit.*, *supra*, note 6.

14. *Ibid.*, p. 894.

15. *Ibid.*, pp. 899, 900.

Tel que signalé auparavant, c'est ce dernier point sur la causalité et son accueil par le droit québécois qui nous intéresse particulièrement pour les fins de ce commentaire.

Au lendemain de ces décisions, les tribunaux québécois de première instance firent, pour la plupart, application des principes émis par la Cour suprême même si, comme question de fait, *Hopp* et *Reibl* étaient des jugements fondés sur la *common law*.<sup>16</sup>

Initialement, la Cour d'appel du Québec sembla aussi avoir adopté la norme établie par la Cour suprême. Dans *O'Hearn c. Estrada*<sup>17</sup>, la Cour rejeta l'appel du patient qui, suite à un examen angiographique, avait subi une embolie cérébrale provoquant une paralysie partielle. Le patient reprocha au médecin de ne pas l'avoir informé des risques de l'examen. Le juge Beauregard, avec le concours des juges Tyndale et Chouinard, statua que le patient avait été suffisamment renseigné. Mais il ajouta<sup>18</sup> :

*«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.»*<sup>19</sup>

L'année suivante, c'est-à-dire en 1985, la cause de *Dunant c. Chong*<sup>20</sup> fut l'occasion pour la Cour d'appel de confirmer sa prise de position dans *O'Hearn*<sup>21</sup>.

---

16. Voir notre étude, «L'influence de la Cour suprême sur l'obligation de renseigner en droit médical québécois», (1984) 44 R. du B. 851, p. 857 et ss.

17. C.A. Montréal le 17 avril 1984, n° 500-09-000999-813; J.E. 84-449.

18. Même si cela a pour effet d'alourdir le style, nous reproduirons certains extraits pertinents des jugements afin de ne pas dénaturer la pensée des magistrats cités.

19. *Op. cit.*, *supra*, note 17, p. 17. F. Tôth, (*loc. cit.*, *supra*, note 4, p. 36) est d'opinion que le juge Beauregard a également fait l'application du test subjectif car il a fait état des circonstances particulières du patient qui se retrouvait dans une situation intolérable.

20. C.A. Montréal, le 13 décembre 1985, n° 500-09-000035-816, J.E. 86-73.

21. *Op. cit.*, *supra*, note 17, surtout parce que deux des trois juges (MM les juges Tyndale et Chouinard) avaient participé à la décision dans *O'Hearn*.

Le patient avait un méningiome au cerveau. Il reprocha aux médecins-défenseurs de ne l'avoir pas informé des risques de l'intervention avant une première opération pour enlever la tumeur. Au cours de celle-ci, l'œdème cérébral nécessita l'arrêt du traitement. Un mois plus tard, on réopéra le patient afin de compléter l'exérèse du méningiome. Malheureusement, le patient devint aveugle. Confirmant le rejet du recours par une décision unanime, les juges furent plus nuancés quant à l'application des principes émis par la Cour suprême.

Selon le juge Dubé, le patient avait été adéquatement informé des risques des deux opérations<sup>22</sup>. Mais il ajouta :

*«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 les 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.»<sup>23</sup>*

Pour sa part, le juge Tyndale affirma que :

*«Dunant chose, as any reasonable man in his position would choose\*, to undergo the operation.»<sup>24</sup>*

Il souligna cependant que :

*«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*

---

22. *Op. cit.*, *supra*, note 20, p. 3 de son opinion.

23. *Ibid.*, p. 6.

24. *Ibid.*, p. 4 de l'opinion du juge Tyndale. \*En note infrapaginale, il ajoute, «Part of the "objective" standard as opposed to the subjective standard or the professional standard of the duty to inform».



*hindsight, would have chosen to undergo the second operation without delay.»<sup>25</sup>*

Même si le juge Chouinard souscrivit aux opinions de ses deux collègues, nous constatons que le juge Dubé fut enclin à privilégier le standard subjectif tandis que le juge Tyndale demeura partisan du standard objectif. Est-ce par choix ou, comme le juge Tyndale l'affirma, parce qu'il était dans l'impossibilité d'y faire appel, qu'il dut écarter la thèse subjective?

Dans la cause de *Dodds c. Schierz*<sup>26</sup>, le médecin avait prescrit des anovulants à une personne ayant déjà souffert de phlébite. Malgré son jeune âge, la patiente fut victime d'une hémorragie cérébrale laissant comme séquelle une paralysie partielle. Le litige porta essentiellement sur la question de la causalité entre le fait de prescrire des anovulants à une personne ayant les antécédents médicaux de la patiente et le préjudice subi, ainsi que sur la qualité de son consentement à l'administration de ces médicaments. Même si, en appel, le banc de trois juges (MM les juges Monet, Rothman et Mme la juge L'Heureux-Dubé) confirma la condamnation prononcée par le juge de première instance<sup>27</sup>, les avis furent partagés quant à la pertinence des arrêts de la Cour suprême. Le juge Monet, avec le concours de la juge L'Heureux-Dubé, se prononça contre la réception de ceux-ci dans les termes suivants :

*«Le droit civil connaît bien la notion du consentement éclairé. Le contrat suppose un consentement (art. 984 C.C.). Le contenu du contrat est interprété à la lumière de l'article 1024 C.C. L'obligation d'obtenir le consentement du patient est de nature contractuelle. Il faut rattacher au contenu du contrat médical l'obligation de renseigner et de conseiller. 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 que ce soit le cas - de jurisprudence québécoise, compte tenu des sources de notre droit civil.»<sup>28</sup>*

---

25. *Ibid.*, p. 15.  
26. [1986] R.J.Q. 2623 (C.A. Montréal).  
27. [1981] C.S. 589 (Malouf, J).  
28. *Op. cit.*, *supra*, note 26, p. 2630.

Le juge Rothman, par contre, demeura résolument favorable à la valeur persuasive de *Hopp* et de *Reibl* :

*«Finally, I wish to say a word concerning the practise, referred to by my colleague Monet, of citing English common law authorities on issues of Quebec civil law.*

*As a matter of principle, I agree with him, of course that there is a danger in 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 practise, as has 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.»<sup>29</sup>*

La Cour d'appel fut appelée à nouveau à se prononcer sur la responsabilité du médecin dans la cause *Chouinard c. Landry*<sup>30</sup>, et le désaccord parmi ses membres ne sembla pas vouloir se résoudre. Le père d'un patient mineur n'avait pas été adéquatement informé de la possibilité de recourir à un traitement plus conservateur que la réduction ouverte d'une fracture. Non seulement le juge LeBel mit-il en doute la compatibilité du «*full disclosure test*» avec la détermination d'une faute en droit québécois<sup>31</sup>, mais de plus, sur la question de la causalité, il déclara :

*«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 au 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*

---

29. *Ibid.*, p. 2637.

30. *Chouinard c. Landry*, *op. cit.*, *supra*, note 7.

31. *Ibid.*, pp. 1968, 1969.

*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.»<sup>32</sup>*

Le juge Tyndale, fidèle à ses opinions dans *O'Hearn*<sup>33</sup> et *Dunant*<sup>34</sup>, réaffirma que c'est le test objectif qui s'impose en droit québécois :

*«Moreover, 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, especially the remoteness of the chance of any serious consequence, would have agreed to the procedures recommended.»<sup>35</sup>*

Mais il ajouta aussitôt :

*«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.»<sup>36</sup>*

Le juge Jacques, dissident dans cette cause, sembla approuver l'importation des causes de *Hopp* et *Reibl*, prétendant qu'elles ne faisaient que confirmer des règles déjà admises en droit québécois ainsi qu'ailleurs quant à l'obligation d'informer. Il ne se prononça pas sur leur pertinence en ce qui a trait

---

32. *Ibid.*, pp. 1970, 1971.  
33. *Op. cit.*, *supra*, note 17.  
34. *Op. cit.*, *supra*, note 20.  
35. *Op. cit.*, *supra*, note 7, p. 1964.  
36. *Id.*

à la causalité<sup>37</sup>. Paradoxalement, la Cour suprême refusa la permission d'appeler de cette décision<sup>38</sup>.

*Dineen c. Queen Elizabeth Hospital*<sup>39</sup> est la première cause où la Cour d'appel fait l'unanimité, du moins en apparence, sur la détermination du lien de causalité par l'application du test subjectif. À la suite d'une intervention à la jambe qui ne produisit pas les résultats escomptés, le patient reprocha au médecin et à l'hôpital d'avoir commis une erreur de diagnostic en plus de ne pas avoir adéquatement rempli leur devoir de renseignement. Confirmant le jugement de rejet du juge de première instance, le juge LeBel affirma :

*«En cette matière, le médecin a l'obligation d'adapter son comportement à celui du patient qu'il traite et de veiller à lui fournir l'information appropriée. Dans la négative [c'est-à-dire lorsque le médecin n'exécute pas son obligation d'informer], l'on doit rechercher si le patient aurait, suivant la balance des probabilités, dans les circonstances de l'espèce, consenti quand même à l'intervention. Dineen était un adulte qui insistait même pour obtenir un soulagement à ses douleurs pénibles. Lui aurait-on décrit à l'avance le risque d'une infection fort rare, qu'il m'apparaît improbable qu'il ne serait pas soumis à cette opération.»*<sup>40</sup>

Dans l'arrêt *Gburek c. Cohen*<sup>41</sup>, la Cour d'appel prit encore une fois ses distances par rapport au test objectif. Un paraplégique atteint de lésions infectées

37. *Ibid.*, à la p. 1961, il écrit : «Quoique ces affaires émanent d'autres juridictions que le Québec, la règle qu'elles posent s'applique tout de même dans notre juridiction. Il s'agit d'une règle de conduite entre un médecin et son patient qui relève de l'éthique médicale. Elle est reconnue dans d'autres juridictions, tels les États-Unis; le juge en chef y réfère. Elle existe aussi en France : la Cour d'Appel de Paris l'applique.»

Quant au critère de la causalité, le juge Jacques prétend que la question ne se pose pas dans le cas présent car il ne s'agissait pas d'une intervention «...inéluçtable et urgente». À cause du manquement au devoir d'information, le médecin doit supporter le risque opératoire (*ibid.*, à la p. 1963).

38. [1988] 1 R.C.S. vii.

39. *Op. cit.*, *supra*, note 7.

40. *Ibid.*, p. 660. Bien que les juges McCarthy et Meyer fussent en accord avec le Juge LeBel, le juge McCarthy affirma qu'on n'avait pas l'obligation d'informer le patient des «*dangers inseparable from any operation*».

41. *Op. cit.*, *supra*, note 7.

au dos avait été soigné au moyen d'un antibiotique, la gentamycine, dont l'usage prolongé comporte des risques pour la fonction rénale et l'ouïe. Il reprocha au médecin de ne pas l'avoir avisé de ceux-ci. Renversant la décision de première instance, la Cour d'appel retint la responsabilité du médecin. Le Juge Chouinard appliqua les deux tests de causalité. D'abord il exprima l'opinion que :

*«Il n'est pas douteux qu'une personne raisonnable, à la place du demandeur, aurait voulu connaître le risque au début ou pendant le traitement, eu égard à l'importance des conséquences possibles et à la jeunesse de l'appelant, dont l'ouïe était d'autant plus importante qu'il devait tenir compte de son état de paraplégique qui réduisait considérablement ses autres facultés.»<sup>42</sup>*

Par la suite, il ajouta :

*«Les circonstances particulières de la présente affaire permettent de conclure que l'appelant aurait refusé le traitement de gentamycine, eût-il été informé de ses conséquences.»<sup>43</sup>*

Le juge Beauregard, avec le concours de Mme la juge Mailhot sur ce point en particulier<sup>44</sup>, fit l'application du test subjectif :

*«En conséquence, si l'intimé avait consulté l'appelant en cours de traitement, l'intimé aurait dit à l'appelant qu'il était nécessaire de continuer le traitement à la gentamycine et, dans l'état où il se trouvait, il n'est pas douteux que l'appelant aurait suivi les recommandations de son médecin. À mon humble avis, il n'est pas réaliste de penser le contraire.»<sup>45</sup>*

C'est dans l'arrêt de la Cour d'appel dans *Pelletier c. Roberge*<sup>46</sup> que l'on évoqua pour la première fois les expressions «subjectivité rationnelle» et «raisonnabilité subjective». Selon les faits de la cause, l'on soupçonnait chez le

---

42. *Ibid.*, p. 2433.

43. *Ibid.*, p. 2434.

44. *Ibid.*, p. 2447.

45. *Ibid.*, p. 2443.

46. *Op. cit.*, *supra*, note 1.

patient la possibilité d'une tumeur cancéreuse au canal médullaire cervical. Une opération exploratoire fut pratiquée, laissant le patient paralysé. Une autre intervention s'avéra donc nécessaire afin d'éliminer un hématome et soigner une infection. En plus de reprocher au médecin une erreur de diagnostic et une négligence lors du traitement, on invoqua son manquement à l'obligation de renseigner le patient sur les risques probables de l'opération.

En rejetant l'appel du demandeur, le Juge Brossard (avec le concours des Juges Tyndale et Rousseau-Houle) écrivit :

*«Or, les appelants nous soumettent, à juste titre, que la jurisprudence québécoise n'a pas retenu le test strictement objectif imposé par la Cour suprême dans l'affaire Reibl c. Hughes. Ceci, cependant, n'est que partiellement vrai. En effet, notre jurisprudence comporte une dualité d'opinions à ce sujet et ce n'est vraiment que dans nos trois derniers arrêts, dont deux d'ailleurs publiés postérieurement au jugement entrepris, que notre Cour fixe un test que l'on pourrait appeler de "subjectivité rationnelle" ou de "raisonnabilité subjective" qui consiste à déterminer et à apprécier, en fonction de la nature du risque et de la preuve, quelle aurait été la réponse raisonnable probable du patient en l'instance et non de l'homme raisonnable dans l'abstrait au sens de Reibl c. Hughes.»<sup>47</sup>*

Les trois arrêts dont il est question dans cet extrait de jugement sont ceux de *O'Hearn c. Estrada*<sup>48</sup>, *Dunant c. Chong*<sup>49</sup> et *Chouinard c. Landry*<sup>50</sup>. (On ne fait aucunement allusion à la cause de *Dodds c. Schierz*<sup>51</sup>.) Nous avons vu que la Cour dans *O'Hearn* prôna le test objectif, tandis que les bancs dans *Dunant* et dans *Chouinard* n'étaient pas unanimes sur ce point. Nous devons reconnaître que même s'il était partisan de la thèse objective, le Juge Tyndale dans *Dunant* affirma ne pouvoir appliquer le standard subjectif car le patient n'avait pas déclaré que s'il avait connu les risques, il n'aurait pas acquiescé aux interventions. Dans *Chouinard*, ce même juge laissa entendre que s'il avait fallu

---

47. *Ibid.*, p. 734. Les italiques sont du Juge Brossard.

48. *Op. cit.*, *supra*, note 17.

49. *Op. cit.*, *supra*, note 20.

50. *Op. cit.*, *supra*, note 7.

51. *Op. cit.*, *supra*, note 26.

appliquer le test objectif, le résultat aurait été identique à celui du test subjectif, car le père du patient avait avoué que même s'il avait été bien informé de tous les aléas de l'opération, il aurait néanmoins consenti au traitement.

Opéré pour une hernie inguinale qui l'avait rendu impuissant, le patient dans *Lessard c. Bolduc*<sup>52</sup> prétendait qu'en plus de ne pas avoir exécuté l'opération correctement et d'avoir été négligent au cours de la phase postopératoire, le médecin avait omis de l'informer adéquatement des risques de l'intervention. Par son jugement confirmatif de la décision de première instance accueillant la demande<sup>53</sup>, la Cour d'appel sembla retenir le test objectif, car selon le juge Baudouin (avec le concours des juges LeBel et Moisan *ad hoc*) :

*«Si on applique maintenant les tests développés à cet égard par la jurisprudence citée plus haut, il convient de se demander si un patient raisonnable, placé dans les mêmes circonstances et bien informé de ces risques, aurait accepté ou refusé l'intervention.»*<sup>54</sup>

Selon la note infrapaginale, la jurisprudence dont il est question dans cet extrait comprend les arrêts *O'Hearn c. Estrada*<sup>55</sup>, *Dunant c. Chong*<sup>56</sup>, *Chouinard c. Landry*<sup>57</sup>, *Dineen c. Queen Elizabeth Hospital*<sup>58</sup>, *Gburek c. Cohen*<sup>59</sup> et *Pelletier c. Roberge*<sup>60</sup> qui, collectivement, ne constituent pas une jurisprudence constante sur ce point. De plus, le juge Baudouin ne fit pas allusion à la notion de «subjectivité rationnelle» ou de «raisonnabilité subjective». Avait-t-il l'intention, comme l'avait d'ailleurs fait son collègue le juge Brossard dans *Pelletier c. Roberge*<sup>61</sup>, de concilier la jurisprudence antérieure de la Cour d'appel?

---

52. [1993] R.R.A. 291 (C.A. Québec).

53. [1989] R.R.A. 350 (C.S.).

54. *Op. cit.*, *supra*, note 52, p. 293.

55. *Op. cit.*, *supra*, note 17.

56. *Op. cit.*, *supra*, note 20.

57. *Op. cit.*, *supra*, note 7.

58. *Op. cit.*, *supra*, note 7.

59. *Op. cit.*, *supra*, note 7.

60. *Op. cit.*, *supra*, note 1.

61. *Id.*

Si l'on se réfère enfin à l'opinion du juge Baudouin dans la cause récente de *Parenteau c. Drolet*<sup>62</sup>, sa volonté de vouloir consacrer l'adoption de la «subjectivité raisonnable» est évidente. Dans cet arrêt, la patiente avait subi une blépharoplastie sans avoir été adéquatement informée quant aux complications postopératoires ainsi que du risque de cécité. Effectivement, à cause d'un hématome, elle avait perdu la vision dans un oeil. D'un banc de trois juges (MM. les juges Tyndale et Baudouin, Mme la juge Mailhot), seul le juge Baudouin aborda la discussion du test applicable quant au devoir de renseignement :

*«La responsabilité civile du médecin n'est toutefois pas automatiquement engagée de la seule constatation d'une faute dans le devoir d'information. Selon notre jurisprudence\*, il faut alors appliquer un test qui, à notre avis, est essentiellement un test subjectif et consiste à évaluer si la patiente, dans les circonstances particulières, aurait accepté l'intervention quand même si elle avait été convenablement informée. Cette évaluation se fait d'habitude surtout en prenant en compte le témoignage du patient. Ce témoignage doit cependant, pour des raisons évidentes, être évalué avec prudence, et d'autres facteurs doivent être considérés. C'est pour cette raison que souvent les tribunaux se posent aussi la question de savoir ce qu'une personne normalement prudente et diligente aurait décidé en l'espèce, test dit "objectif" mais qui, à mon avis, s'attache essentiellement à la crédibilité de ce témoignage. Ce test objectif ne se substitue donc pas au test subjectif. Il ne fait que le compléter.»<sup>63</sup>*

## 2 - Les faux titres de noblesse de la «subjectivité rationnelle»

À partir de cette revue de la jurisprudence de la Cour d'appel, l'on se rend compte que la notion de «subjectivité rationnelle» tend à prendre l'allure d'un postulat qui, selon le raisonnement de certains juges, a toujours été suivi par cette instance. Telle semble être la conclusion à laquelle arrive le juge Brossard

---

62. *Op. cit.*, supra, note 1.

63. *Ibid.*, p. 707. \*Le juge fait référence aux arrêts *Dunant c. Chong*, *Schierz c. Dodds*, *Chouinard c. Landry*, *Gburek c. Cohen*, *Dineen c. Queen Elizabeth Hospital*, et *Pelletier c. Roberge*. Notons que le juge Tyndale a décliné de se prononcer sur la question du consentement éclairé (à la p. 701).



dans *Pelletier c. Roberge*<sup>64</sup> et de façon moins explicite, le juge Baudouin dans *Parenteau c. Drolet*<sup>65</sup>, si l'on se fie aux autorités citées par eux pour justifier leurs opinions.

Dans ces deux arrêts, on préconisa l'utilisation du test objectif afin de vérifier la crédibilité du témoignage de la personne affirmant que si elle avait été bien renseignée au sujet des risques, elle n'aurait jamais acquiescé aux soins. Indubitablement ce test présentait certains attraits en regard des soins thérapeutiques. Comment prétendre, en effet, que si on avait été suffisamment informé, on n'aurait pas consenti à une opération en vue d'enlever un méningiome au cerveau dont la présence aurait été susceptible d'entraîner la perte complète de la vue et éventuellement la mort<sup>66</sup>, ou encore à une intervention destinée à vérifier la présence d'une tumeur cancéreuse au canal médullaire cervical<sup>67</sup>? Mais la pertinence de la «rationalité subjective» demeure fort hypothétique lorsque l'acte médical a une finalité essentiellement non-thérapeutique. À cet égard, l'opinion du juge Vallerand, siégeant alors en Cour supérieure dans *Dulude c. Gaudette*<sup>68</sup>, reste d'actualité. Il avait admis que l'étendue de l'obligation d'informer aurait pu comporter certaines nuances dans le cas de soins thérapeutiques, mais en ce qui a trait aux soins non thérapeutiques et plus particulièrement à la chirurgie esthétique, il avait affirmé que la rationalité d'une décision n'était pas un critère certain :

*«En va-t-il de même en chirurgie dite esthétique, alors que les risques sont tous objectifs et les avantages tous subjectifs (laissant de côté les cas où on poursuit une thérapie psychologique)? Le médecin qui était le seul à avoir les éléments de la décision dans le cas du patient inconscient n'est-il pas là le seul à ne pas les avoir quand ils sont subjectifs et personnels au patient? Après avoir écarté, ainsi que sa conscience professionnelle le lui dicte, le cas où pour des raisons médicales, il ne doit pas intervenir, ne doit-il pas révéler tous les aléas de l'aventure, sans réserve aucune, pour permettre à son patient de*

---

64. *Op. cit., supra*, note 1, p. 734.

65. *Op. cit., supra*, note 1, p. 707.

66. *Dunant c. Chong, op. cit., supra*, note 20, à la p. 2 de l'opinion du juge Dubé.

67. *Pelletier c. Roberge, op. cit., supra*, note 1.

68. [1974] C.S. 618.

*prendre la décision que lui dicte son désir, pour ne pas dire son  
caprice, dont il est le seul à pouvoir apprécier l'importance?»<sup>69</sup>*

Est-il possible malgré tout, que le standard de la «subjectivité rationnelle» soit un heureux compromis entre le test objectif et le test subjectif<sup>70</sup>? Pour répondre à cette question, il serait utile de se rappeler qu'il importe de distinguer une règle de fond d'une règle de preuve, ou, comme le disent les juristes de *Common Law*, la *substantive law* de l'*adjective law*<sup>71</sup>. La Cour suprême, animée par certaines inquiétudes à l'effet qu'un patient, insuffisamment informé par son médecin, pourrait poursuivre ce dernier à cause de son insatisfaction quant au résultat du traitement, décida d'effectuer un revirement jurisprudentiel d'une *règle de fond*<sup>72</sup>. Elle remplaça le test subjectif par un test objectif de la causalité<sup>73</sup>. Pour leur part, certains juges québécois préférèrent résister à la réception de ces arrêts, choisissant de privilégier le test subjectif de causalité. En tant que règles de fond, ces deux positions sont foncièrement inconciliables. Quant à la preuve cependant, il est évident que les tribunaux peuvent toujours proposer certaines règles de prudence, sans pour autant trahir les règles fondamentales applicables en matière de responsabilité civile.

---

69. *Ibid.*, p. 621. Les italiques sont de nous. D'ailleurs la professeure (maintenant juge) E. Picard a déjà écrit dans son traité *Legal Liability of Doctors and Hospitals in Canada* (Toronto, Carswell, 1984, p. 102), «Certain decisions, for example, to undergo cosmetic surgery or sterilization or to refuse blood transfusions or life-saving procedures are difficult to equate to those normal to the world of the reasonable man.»

70. F. Tôth défend avec beaucoup de rigueur l'approche mixte, *loc. cit.*, *supra*, note 4, p. 37. Voir aussi J.-L. Baudouin, *op. cit.*, *supra*, note 3, p. 655, n° 1227.

71. R. David, C. Jauffret-Spinozi, *Les grands systèmes de droit contemporains*, 10ième édition, Paris, Dalloz, 1992, p. 288, n° 512.

72. P.H. Osborne, «Causation and the Emerging Canadian Doctrine of Informed Consent to Medical Treatment», (1985) 33 C.C.L.T. 130, pp. 140-143. Voir également A. Linden, *Canadian Tort Law*, 5e édition, Toronto, Butterworths, 1993, pp. 155 et 158; N. Gochner, D. Fleming, «Tort Law - Informed Consent - New Directions for Medical Disclosure - *Hopp v. Lepp* and *Reibl v. Hughes*», (1981) 15 U.B.C. L.R. 475, p. 489; E. Picard, *op. cit.*, *supra*, note 69, p. 170; G. Robertson, «Informed Consent Ten Years Later : The Impact of *Reibl v. Hughes*», (1991) 70 R du B Can. 423, p. 424. Nous doutons donc que le test de causalité soit un test de crédibilité. *Contra* : F. Tôth, *loc. cit.*, *supra*, note 4, p. 37.

73. Somerville, *loc. cit.*, *supra*, note 10.

Parmi les conséquences les plus importantes de cette distinction, nous devons souligner d'abord le principe que les tribunaux d'appel ne doivent pas, en règle générale, substituer leur opinion sur la crédibilité des témoins à celle du juge de première instance. Comme l'avait écrit le juge Lamer dans *Beaudoin - Daigneault c. Richard*<sup>74</sup>,

*«[La] règle est certaine en ce qui a trait aux déterminations mettant à contribution la crédibilité des témoins : une cour d'appel ne doit pas intervenir à moins d'être certaine que sa divergence d'opinions avec le premier juge résulte d'une erreur de celui-ci. Comme il a eu l'avantage de voir et d'entendre les témoins, cette incertitude ne sera possible que si la Cour d'appel peut identifier la raison de cette divergence d'opinions afin de pouvoir s'assurer qu'elle tient d'une erreur et non pas de sa position privilégiée de juge des faits. Si la Cour d'appel ne peut ainsi identifier l'erreur déterminante elle doit s'abstenir d'intervenir à moins, bien sûr, que la détermination de fait ne puisse tenir de cet avantage parce que quoi qu'ait pu voir et entendre le juge, rien n'aurait pu justifier sa conclusion; elle identifiera cette dernière catégorie du fait que la conclusion du premier juge sera déraisonnable.»<sup>75</sup>*

Mais lorsqu'il s'agit de l'application d'une règle de fond, à ce moment le pouvoir de révision de la Cour d'appel prend toute son ampleur. Donc si, par hypothèse, un tribunal de première instance faisait application du standard objectif, la Cour d'appel serait justifiée d'intervenir. Par contre, si lors de l'appréciation du témoignage de la victime le juge des faits éprouvait certains doutes quant à la véracité de ses affirmations, la Cour d'appel n'aurait pas à se

---

74. [1984] 1 R.C.S. 2.

75. *Ibid.*, p. 8, 9. La Cour suprême, par le biais de Mme la juge L'Heureux-Dubé, a réaffirmé ce principe dans la cause de *Lapointe c. Hôpital Le Gardeur*, [1992] 1 R.C.S. 351, à la p. 358. Voir également *Laurentide Motels Ltd c. Ville de Beauport*, [1989] 1 R.C.S. 705, à la p. 794 et A. Mayrand, «L'autorité du précédent au Québec», (1994) 28 R.J.T. 771, p. 781. Dans la cause récente de *Institut Pinel de Montréal c. G*, J.E. 94 - 1725, décidée le 17 octobre 1994, Montréal C.A. n° 500-08-000021-933, la majorité des juges semble avoir révisé l'appréciation du juge de première instance des témoignages des experts lors du procès.

substituer à lui en l'absence d'une erreur manifeste de sa part dans l'évaluation de la crédibilité<sup>76</sup>.

Aussi, il faudrait se garder de ne pas confondre une preuve corroborative des prétentions de la victime<sup>77</sup>, avec une détermination de ce qu'aurait fait une personne raisonnable dans les mêmes circonstances. En effet, le témoignage d'une personne corroboré par les circonstances factuelles de la cause, serait inévitablement plus près de la vérité que l'application d'un standard objectif. Certes, l'appréciation *in abstracto* nous indiquera comment réagirait un individu supposément raisonnable face à une situation quelconque, mais cette appréciation n'en demeurerait pas moins spéculative. À cet égard, il n'est pas inutile de se rappeler que «le contrat, en droit civil, qu'il s'agisse d'un contrat médical ou de tout autre contrat, constitue une rencontre non pas de volontés abstraites, mais bien de volontés individuelles»<sup>78</sup>.

La jurisprudence en matière de vices de consentement illustre bien l'approche privilégiée par le droit civil. Par exemple, dans l'arrêt de la Cour suprême *Faubert c. Poirier*<sup>79</sup>, on exigea que l'affirmation de la victime d'une erreur unilatérale, selon laquelle cette erreur était déterminante pour elle, soit appuyée par une preuve corroborative. Jamais ne fut-il question de remplacer l'appréciation *in concreto* de la nature déterminante de l'erreur par une appréciation *in abstracto*.

---

76. L. Ducharme, *Précis de la preuve*, 4e édition, Montréal, Wilson & Lafleur, 1993, p. 169, n° 511 et autorités citées.

77. F. Tôth, *loc. cit.*, *supra*, note 4, p. 34. Selon le professeur J.-C. Royer, (*La preuve civile*, Cowansville, Éditions Yvon Blais inc., 1987, p. 168, n° 455), «La corroboration est une preuve qui renforce un témoignage de façon à inciter le juge à le croire.»

78. P.-A. Crépeau, *L'intensité de l'obligation juridique ou des obligations de diligence, de résultat et de garantie*, Cowansville, Éditions Yvon Blais inc., 1989, p. 53, n° 93. Voir également G. Mémeteau, *La responsabilité civile médicale en droit comparé français et québécois*, Montréal, Centre de recherche en droit privé et comparé du Québec, 1989, p. 112, n° 157.

79. [1959] R.C.S. 418.

Fort probablement, en l'absence d'éléments confirmatifs du témoignage du patient affirmant qu'il n'aurait pas consenti aux soins<sup>80</sup>, le juge de première instance aurait tendance à vouloir comparer le comportement du demandeur à celui d'une personne raisonnable placée dans les mêmes circonstances<sup>81</sup>. D'ailleurs, cette comparaison a l'avantage d'être souvent un exercice relativement facile car, consciemment ou inconsciemment, chaque magistrat se voit comme la personnification du bon père de famille. Cet instinct de scepticisme bienséant que doit entretenir tout juge des faits face aux affirmations non corroborées et invérifiables de la partie demanderesse n'en demeure pas moins une simple mesure de prudence<sup>82</sup> plutôt qu'un principe de droit.

Quoi qu'il en soit, on ne peut éviter la conclusion qu'il serait téméraire de vouloir concilier deux approches radicalement différentes de la question fondamentale du standard applicable en matière de détermination d'un lien causal entre la violation de l'obligation d'informer et le préjudice subi, lorsque ce rapprochement serait en contradiction avec les principes civilistes déjà admis<sup>83</sup>.

---

80. Comme par exemple, lorsque le refus est dicté par les préceptes de sa religion (Témoins de Jéhovah, l'Église de Science Chrétienne), ou encore, lorsqu'il s'agit d'une intervention pouvant être différée temporairement jusqu'à ce que le patient soit éligible à une pension d'invalidité, cf *Reibl c. Hughes, op. cit., supra*, note 6.

81. Voir F. Tôth, *loc. cit., supra*, note 4, p. 28.

82. F. Tôth, *ibid.*, p. 29.

83. Voir par exemple, les articles 1726 (en matière de vente) et 2411 (en matière d'assurance). Nous avons vu qu'en ce qui concerne la nature déterminante des vices de consentement comme l'erreur spontanée et l'erreur provoquée, elle s'apprécie *in concreto* (cf J.-L. Baudouin, *Les obligations*, 4<sup>ième</sup> édition, Cowansville, Éditions Yvon Blais inc., 1993, p. 115, n° 166; p. 125, n° 185. Voir également N. Dejean de la Batie, *Appréciation in abstracto et appréciation in concreto en droit civil français*, Paris, L.G.D.J., 1965, p. 221, 222, n° 276, 277.

## Conclusion

La Cour d'appel du Québec a assurément le mérite d'avoir évité la tentation de renoncer à toute analyse sur la pertinence des arrêts dans *Hopp* et *Reibl* et de se laisser emporter par ces «précédents» de la Cour suprême. Elle a clairement démontré par ses plus récentes décisions une volonté de soutenir les principes fondamentaux applicables en matière de responsabilité civile médicale. Cette démarche, loin d'être irrespectueuse de l'autorité de la Cour suprême sur ce point, constitue plutôt l'élaboration d'une politique jurisprudentielle soucieuse du génie du droit civil. Comme l'a écrit M. le juge Mayrand dans une étude récente sur l'autorité du précédent au Québec :

*«...[P]our éviter l'incertitude et une trop grande instabilité du droit, la prudence peut inciter la Cour d'appel à saisir son précédent comme une bouée de sauvetage pour laisser à la Cour suprême le soin de le mettre à l'écart si elle le juge à propos. À plus forte raison, quand la jurisprudence de la Cour a été constante, elle constitue à tout le moins une autorité de fait qu'une auteure estime "quasi-obligatoire".»<sup>84</sup>*

En ce qui concerne le droit québécois, dans le cas présent, il n'y a pas, à vrai dire, de précédent de la Cour suprême car il s'agit de décisions relevant du droit privé de la *common law* et non du droit public. Dans ce dernier cas, la similarité des principes applicables est reconnue à travers le pays, justifiant ainsi l'autorité d'une décision du plus haut tribunal, tant au Québec qu'ailleurs.<sup>85</sup>

Quant à la découverte de la «subjectivité rationnelle» par la Cour d'appel, nous prétendons qu'on ne doit pas tenter de concilier le standard objectif avancé par la Cour suprême et le standard subjectif applicable en responsabilité civile québécoise, car il s'agit de questions de fond qui sont antinomiques. Même lorsque l'on prône l'application de la «subjectivité rationnelle» comme règle de prudence en matière de preuve, il y a lieu d'agir avec circonspection car il ne faudrait pas imposer au juge des faits des directives pouvant l'entraver dans son

---

84. A. Mayrand, *loc. cit.*, *supra*, note 75, p. 786. Le juge Mayrand fait référence à l'étude de Nicole Bernier, «L'autorité du précédent judiciaire de la Cour d'appel du Québec», (1971) 16 R.J.T. 535.

85. A. Mayrand, *ibid.*, p. 794.

appréciation du témoignage de la victime<sup>86</sup>. De plus, la notion de «subjectivité rationnelle» ne devrait pas préoccuper la Cour d'appel parce qu'en principe, elle n'a pas à substituer son opinion sur la véracité des déclarations du demandeur à celle du juge de première instance. Et même pour le juge au procès, le critère de la «subjectivité rationnelle» ne pourrait jamais suppléer au vide créé par l'absence de corroboration du témoignage de la victime, car une preuve corroborative résulte de faits objectivement vérifiables tandis que la comparaison avec ce qu'aurait fait une personne raisonnable demeure toujours conjecturale. D'ailleurs, en matière de chirurgie esthétique, nous avons vu que le désir de se soumettre à de tels soins peut naître d'un simple caprice. Comment faire état d'une «subjectivité rationnelle» dans de tels cas lorsque la sagesse du patient qui s'expose aux risques d'une chirurgie objectivement inutile, est obnubilée par sa vanité?

Certes, il y aura toujours le danger qu'une personne mal renseignée par son médecin finisse par se convaincre que si elle avait su tous les risques, elle n'aurait pas accepté de se soumettre à l'intervention. Mais ici, comme dans toutes les autres branches du droit contentieux, la détermination de la vérité reposera ultimement sur la perspicacité du juge au procès.

Éventuellement, la Cour suprême sera appelée à trancher cette controverse dans un litige provenant du Québec. Ayant renoncé à sa mission de promouvoir l'unification du droit<sup>87</sup>, il n'est plus incompatible avec son rôle de tribunal de dernière instance pour l'ensemble du Canada de décider qu'une solution déjà proposée pour résoudre un problème de *torts* ne soit pas entérinée en droit civil lorsque les assises distinctes du droit québécois s'y opposeraient.

---

86. C'est alors que la remarque de Gochnauer et Fleming, *loc. cit., supra*, note 72, p. 495 devient pertinente : «With hindsight and bitterness a problem for both tests, it is unclear how justice is advanced by wilfully closing our eyes to evidence of what the patient actually would have done in those cases where the reasonable patient test fails.»

87. A. Mayrand, *loc. cit., supra*, note 75, p. 783.