

Le défaut d'information et sa difficile compensation en responsabilité civile médicale : quelle place pour le préjudice d'impréparation en droit québécois ?

Audrey Ferron Parayre

Volume 50, numéro 2, 2020

Vers une typologie novatrice des préjudices moral et matériel

URI : <https://id.erudit.org/iderudit/1074600ar>

DOI : <https://doi.org/10.7202/1074600ar>

[Aller au sommaire du numéro](#)

Éditeur(s)

Éditions Wilson & Lafleur, inc.

ISSN

0035-3086 (imprimé)

2292-2512 (numérique)

[Découvrir la revue](#)

Citer cet article

Ferron Parayre, A. (2020). Le défaut d'information et sa difficile compensation en responsabilité civile médicale : quelle place pour le préjudice d'impréparation en droit québécois ? *Revue générale de droit*, 50(2), 373–395. <https://doi.org/10.7202/1074600ar>

Résumé de l'article

Le devoir d'information dû au patient consacre l'importance de l'autonomie de la personne en matière de soins de santé. Si on peut se réjouir de cette consécration, la réparation de l'atteinte aux droits du patient lorsqu'il y a défaut d'information demeure pourtant très difficile au Québec. Les mécanismes de la responsabilité civile médicale actuels font en effet reposer une lourde charge sur les demandeurs. Malgré ces constats, le droit civil québécois ne s'est pas encore attardé à proposer des solutions concrètes pour pallier les difficultés soulevées par la responsabilité civile médicale pour défaut d'information. Ce texte vise ainsi à analyser les enjeux que présente le droit québécois de la responsabilité médicale quant à la réparation du défaut d'information et à discuter des solutions qui pourraient être mises en place, en s'attardant plus spécifiquement au préjudice d'impréparation.

Le défaut d'information et sa difficile compensation en responsabilité civile médicale : quelle place pour le préjudice d'impréparation en droit québécois ?

AUDREY FERRON PARAYRE*

RÉSUMÉ

Le devoir d'information dû au patient consacre l'importance de l'autonomie de la personne en matière de soins de santé. Si on peut se réjouir de cette consécration, la réparation de l'atteinte aux droits du patient lorsqu'il y a défaut d'information demeure pourtant très difficile au Québec. Les mécanismes de la responsabilité civile médicale actuels font en effet reposer une lourde charge sur les demandeurs. Malgré ces constats, le droit civil québécois ne s'est pas encore attardé à proposer des solutions concrètes pour pallier les difficultés soulevées par la responsabilité civile médicale pour défaut d'information. Ce texte vise ainsi à analyser les enjeux que présente le droit québécois de la responsabilité médicale quant à la réparation du défaut d'information et à discuter des solutions qui pourraient être mises en place, en s'attardant plus spécifiquement au préjudice d'impréparation.

MOTS-CLÉS:

Consentement aux soins, préjudice d'impréparation, responsabilité médicale, préjudice moral, Québec, France.

ABSTRACT

The medical information due to the patient by the physician recognizes the importance of one's personal autonomy in health care decision-making. While we can rejoice at this consecration, repairing the violation of patients' rights when there is a lack of information remains very difficult in Quebec. The current medical civil liability mechanisms place a heavy burden on claimants. Despite these observations,

* M. Sc. (santé publique), LL. D., professeure adjointe à la Section de droit civil, Faculté de droit de l'Université d'Ottawa. Certains passages et réflexions de ce texte proviennent de la thèse de doctorat de l'autrice : Audrey Ferron Parayre, *Donner un consentement éclairé à un soin : réalité ou fiction? Exploration de l'effectivité du consentement éclairé aux soins*, Université de Montréal, 2018, Cowansville (Qc), Yvon Blais [à paraître en 2021].

Quebec civil law has not yet dwelled on proposing concrete solutions to overcome the difficulties raised by medical civil liability for lack of information. This text thus aims to discuss the issues presented by Quebec medical civil liability law with regard to the repair of the lack of information and to analyze solutions that could be implemented in order to overcome these pitfalls, by focusing more specifically on the injury of unpreparedness.

KEY-WORDS:

Informed consent, unpreparedness damages, medical liability, moral damages, Québec, France.

SOMMAIRE

Introduction.....	374
I. Mise en œuvre de la responsabilité médicale pour défaut d'information: les enjeux	376
A. Le devoir d'information en matière médicale et le droit à l'autonomie.....	377
B. L'appréciation du lien de causalité pour défaut d'information ...	381
C. La corporalisation inévitable du dommage	384
II. Emprunt du préjudice d'impréparation par le droit québécois: une piste à explorer.....	385
A. Un contournement du lien de causalité traditionnel	385
B. Une corporalisation du dommage, malgré tout inévitable?	389
Conclusion.....	394

INTRODUCTION

Une visite chez le médecin¹ représente, pour la plupart d'entre nous, une certaine source de stress. Que ce soit parce que des symptômes inquiétants sont apparus, que l'on attende le résultat incertain d'une investigation, ou encore que l'on doive subir un examen inconfortable, voire douloureux, il est rare de se présenter chez le médecin libre de toute crainte. Et pour cause: les soins de santé, bien que nécessaires dans plusieurs situations, représentent tout de même une

1. Il sera question tout au long de ce texte des médecins, mais le devoir d'information en matière médicale incombe à tout professionnel de la santé qui recherche le consentement de son patient avant de poser un geste médical portant atteinte à l'intégrité de ce dernier.

atteinte à notre intégrité. Heureusement, le respect de celle-ci est un droit fondamental protégé et, pour qu'il y ait atteinte légitime, le médecin aura l'obligation d'obtenir notre consentement libre et éclairé. L'incontournable consentement libre et éclairé aux soins consacre également le droit à l'autonomie de la personne, droit fondamental en matière de décisions médicales. Cette consécration de notre autonomie se traduit principalement par un devoir d'information de la part du médecin, qui doit s'assurer que son patient reçoit une information suffisante et adéquate. Sans cette information, le consentement est donné aveuglément, sans possibilité d'évaluer les risques et les bénéfices à la lumière de ses propres valeurs et préférences, et, dès lors, l'atteinte à l'intégrité ne peut plus être considérée comme étant légitime². Qu'advient-il cependant lorsque le médecin manque à ce devoir et que le patient ne reçoit pas l'information pertinente nécessaire pour être en mesure de donner valablement son consentement? Pour obtenir compensation, le patient doit se tourner vers la responsabilité civile médicale³.

Au cours des dernières années, plusieurs études ont toutefois démontré l'étendue des difficultés auxquelles font face les patients qui souhaitent obtenir réparation pour le défaut d'information dont ils ont été victimes, et ce, aussi bien dans la tradition juridique civiliste que dans celle de la common law⁴. Les mécanismes de la responsabilité civile médicale actuels font en effet reposer une lourde charge sur les patients. Malgré ces constats, le droit civil québécois ne s'est

2. Sur le vaste sujet du consentement aux soins, voir Robert P Kouri et Suzanne Phillips-Nootens, *L'intégrité de la personne et le consentement aux soins*, 4^e éd, Montréal, Yvon Blais, 2017; Dominique Goubau avec la collaboration d'Anne-Marie Savard, *Le droit des personnes physiques*, 6^e éd, Montréal, Yvon Blais, 2019 aux para 100 et s.

3. Kouri et Phillips-Nootens, *supra* note 2 aux para 672–82.

4. Gerald Robertson, «Informed Consent Ten Years Later: The Impact of Reibl v Hughes» (1991) 70:3 R du B can 423 [Robertson 1991]; Gerald Robertson, «Informed Consent 20 Years Later» (2003) Special Edition Health Law J 153 [Robertson 2003]; Audrey Ferron Parayre, «Consentement éclairé aux soins et responsabilité civile: ou quand les tribunaux créent des normes, mais ne les sanctionnent pas» dans Louise Bernier, Pascal Fréchette et Nathalie Vézina, dir, *Ouvrage collectif*, Cowansville (QC), Yvon Blais [à paraître en 2021]; Erin L Nelson, «Informed Consent: Reasonableness, Risk, and Disclosure» dans Jocelyn Downie et Elaine Gibson, dir, *Health Care at the Supreme Court of Canada*, Toronto, Irwin Law, 2007 à la p 145; Joan M Gilmour, «The Multiple Meanings of Causation in the Supreme Court of Canada's Medical Malpractice Jurisprudence: Past, Present, and Future» dans Downie et Gibson, *ibid*, 111 aux pp 126–30. Voir également, plus généralement, Habiba Nosheen et Andrew Culbert, «As Fewer Patients Sue Their Doctor, the Rate of Winning Malpractice Suits Is Dropping Too», *CBC Investigates* (18 avril 2019), en ligne: <www.cbc.ca/news/health/medical-malpractice-doctors-lawsuits-canada-1.4913960>.

pas encore penché sur l'élaboration de solutions concrètes pour pallier les difficultés que soulève la responsabilité civile médicale pour défaut d'information.

Ce texte vise ainsi à analyser les enjeux que présente le droit québécois de la responsabilité médicale quant à la réparation du défaut d'information et à discuter des solutions qui pourraient être mises en place en vue de pallier les écueils, en s'attardant plus spécifiquement au préjudice d'impréparation. Afin de répondre à cet objectif, la première partie du présent texte détaillera, pour en souligner les difficultés, les conditions d'application de deux éléments du triptyque de la responsabilité civile médicale québécoise dans un contexte de défaut d'information : quel est le critère d'évaluation du lien de causalité, d'une part, et comment ce critère touche-t-il les préjudices admissibles à une réparation, d'autre part⁵ ? La seconde partie de notre analyse s'intéressera plus spécifiquement à la réparation du préjudice moral découlant d'un défaut d'information. Nous ferons ainsi une incursion en droit civil français afin d'observer la solution apportée à la (trop) difficile indemnisation des patients en cas de défaut d'information, à savoir le préjudice d'impréparation. Nous analyserons l'évolution jurisprudentielle ayant mené à son adoption et ses conditions d'application actuelles. Pour terminer, il sera question de la réception potentielle de ce préjudice en droit québécois et d'évaluer dans quelle mesure cette solution permettrait véritablement de compenser le préjudice moral subi par les victimes.

I. MISE EN ŒUVRE DE LA RESPONSABILITÉ MÉDICALE POUR DÉFAUT D'INFORMATION : LES ENJEUX

De manière générale, le recours en responsabilité civile a pour objectif principal d'obtenir compensation à la suite d'un préjudice subi par la faute d'un tiers⁶ ; il permet d'obtenir réparation pour le dommage résultant d'une atteinte à un droit fondamental⁷. En matière de

5. L'autre élément du triptyque de la responsabilité civile, la faute, ne sera pas abordé dans le cadre de ce texte. Son évaluation soulève pourtant des enjeux intéressants, mais qui s'éloignent considérablement de la question centrale du préjudice indemnisable. Sur la faute, voir notamment Robertson 1991, *supra* note 4 ; Robertson 2003, *supra* note 4 ; Ferron Parayre, *supra* note 4 ; Nelson, *supra* note 4.

6. Jean-Louis Baudouin, Patrice Deslauriers et Benoît Moore, *La responsabilité civile*, vol 1, Principes généraux, 8^e éd., Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2014 aux para 1–10.

7. *Charte des droits et libertés de la personne*, LRQ, c C-12, art 49 al 1 [Charte québécoise].

devoir d'information, le défaut du médecin portera atteinte au droit à l'autonomie du patient, un droit fondamental reconnu (A). À la suite de cette atteinte, le demandeur, généralement le patient⁸, devra démontrer trois éléments : la faute, le préjudice et le lien de causalité. S'agissant de nous concentrer sur les préjudices indemnisables, nous allons, dans un premier temps, discuter du critère d'évaluation du lien de causalité en matière de devoir d'information (B). Dans un deuxième temps, nous nous attarderons plus spécifiquement au préjudice, en démontrant le caractère incontournable du préjudice corporel au détriment du préjudice moral (C).

A. Le devoir d'information en matière médicale et le droit à l'autonomie

Le devoir d'information qui incombe au médecin vise essentiellement à assurer le respect d'un droit du patient, celui de donner un consentement éclairé aux soins qui lui seront administrés⁹. Au-delà de la protection de l'intégrité de la personne, c'est surtout par la reconnaissance de son autonomie que le consentement aux soins et le devoir d'information se matérialisent. Bien qu'il n'existe aucune mention explicite d'un « droit à l'autonomie » dans la *Charte canadienne des droits et libertés*¹⁰ (ci-après « Charte canadienne ») ou dans la *Charte des droits et libertés de la personne*¹¹ (ci-après « Charte québécoise »), cela ne signifie pas que le concept d'autonomie soit étranger au droit, bien au contraire. Comme le souligne François Dupin, « l'omniprésence de la valeur de l'autonomie » émerge des chartes explicitement par l'entremise de plusieurs jugements¹². Les tribunaux ont, en effet,

8. Dans les cas de responsabilité civile médicale pour défaut d'information, ce sera en général le patient qui subira un préjudice et qui sera donc demandeur ; par contre, il pourra arriver que les héritiers soient demandeurs au nom du défunt ayant subi le préjudice ; les proches ayant également subi un préjudice direct par la faute du médecin pourraient également être demandeurs. Cela étant dit, aux fins du présent texte, nous utiliserons généralement « le patient » pour désigner le demandeur.

9. Art 10 CcQ : « Toute personne est inviolable et a droit à son intégrité. Sauf dans les cas prévus par la loi, nul ne peut lui porter atteinte sans son consentement libre et éclairé » ; art 11 al 1 CcQ : « Nul ne peut être soumis sans son consentement à des soins, quelle qu'en soit la nature, qu'il s'agisse d'examens, de prélèvements, de traitements ou de toute autre intervention [...] ».

10. *Loi constitutionnelle de 1982*, constituant l'Annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada*, (R-U), 1982 c 11 [Charte canadienne].

11. Charte québécoise, *supra* note 7.

12. François Dupin, « Réflexions sur l'acception juridique de l'autonomie » dans Service de la formation continue du Barreau du Québec, vol 261, *Autonomie et protection*, Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2007, 161 à la p 163.

rapidement assimilé le droit à l'autonomie des personnes à des droits fondamentaux expressément mentionnés dans les chartes, comme le droit à la liberté, à la sécurité et à l'intégrité¹³, le droit à l'égalité¹⁴, le droit à la dignité¹⁵ ou encore le droit à la vie privée¹⁶.

La notion d'autonomie a ainsi été explicitement mentionnée à de nombreuses occasions par la Cour suprême du Canada, dans des arrêts traitant de décisions médicales, par exemple, dans *R c Morgentaler*¹⁷, dans lequel il était question du droit d'une femme d'avoir recours à l'avortement (alors acte criminel), la juge Wilson indique :

[qu']un aspect du respect de la dignité humaine sur lequel la Charte est fondée est le droit de prendre des décisions personnelles fondamentales sans intervention de l'État. Ce droit constitue une composante cruciale du droit à la liberté. [...]. À mon avis, ce droit, bien interprété, confère à l'individu une marge d'autonomie dans la prise de décisions d'importance fondamentale pour sa personne¹⁸.

Dans cette décision, la juge Wilson conclut plus loin que «le droit à la liberté énoncé à l'article 7 [de la Charte canadienne] garantit à chaque individu une marge d'autonomie personnelle sur ses décisions importantes touchant intimement à sa vie privée»¹⁹. L'arrêt *Morgentaler* a également été l'occasion de rapprocher le droit à la dignité de la personne et le droit à l'autonomie. De nouveau, la juge Wilson note que :

La notion de dignité humaine trouve son expression dans presque tous les droits et libertés garantis par la *Charte* [canadienne]. Les individus se voient offrir le droit de choisir

13. Charte canadienne, *supra* note 10, art 1.

14. Charte québécoise, *supra* note 7, art 10; Charte canadienne, *supra* note 10, art 15(1). Le droit à l'égalité, reconnu par les deux chartes, trouve son fondement dans la dignité humaine, «dignité qui passe par la réalisation de soi, elle-même fonction d'une autonomie accomplie»; Dupin, *supra* note 12 aux pp 167–68.

15. Charte québécoise, *supra* note 7, préambule et art 4. Quant à la Charte canadienne, voir *Québec (Curateur public) c Syndicat national des employés de l'hôpital St-Ferdinand*, [1996] 3 RCS 211 aux para 102–03, 1996 CanLII 172 (CSC) [*St-Ferdinand*].

16. Charte québécoise, *supra* note 7, art 5; Charte canadienne, *supra* note 10, art 8; Dupin, *supra* note 12 aux pp 168–69.

17. *R c Morgentaler*, [1988] 1 RCS 30, 1988 CanLII 90 (CSC) [*Morgentaler*].

18. *Ibid* à la p 166.

19. *Ibid* à la p 171.

leur propre religion et leur propre philosophie de vie, de choisir qui ils fréquenteront et comme ils s'exprimeront, où ils vivront et à quelle occupation ils se livreront [nos soulignés]²⁰.

Dans l'arrêt *Rodriguez c Colombie-Britannique (PG)*, rendu en 1993, le juge en chef Lamer (dissident) affirmait, dans son jugement que « la Charte elle-même dans plusieurs de ses dispositions reconnaît donc l'importance fondamentale de l'autonomie individuelle et de l'auto-détermination dans notre système juridique »²¹. Rappelons que l'arrêt *Rodriguez* concernait la possibilité pour une personne de demander une aide médicale à mourir, possibilité que la Cour suprême du Canada n'avait pas souhaité reconnaître en 1993. En 2015 toutefois, une affaire similaire s'est à nouveau présentée devant la Cour suprême, qui, cette fois, a jugé que l'aide médicale à mourir devait être permise²². Dans son jugement unanime sur l'affaire *Carter*, la Cour rappelle qu'« on a traditionnellement considéré que les préoccupations relatives à l'autonomie et à la qualité de vie étaient des droits à la liberté et à la sécurité. Nous ne voyons aucune raison de modifier cette approche en l'espèce »²³. La Cour poursuit plus loin en ajoutant que « [l]a réaction d'une personne à des problèmes de santé graves et irrémédiables est primordiale pour sa dignité et son autonomie. [...]. Le droit protège depuis longtemps l'autonomie du patient dans la prise de décisions d'ordre médical »²⁴.

Cette reconnaissance constitutionnelle du principe de l'autonomie personnelle a également été réitérée à l'occasion de jugements concernant plus spécifiquement le consentement aux soins. Dans un contexte d'évaluation de l'aptitude d'un patient atteint de troubles mentaux à consentir à une médication, le juge Major de la Cour suprême du Canada reconnaissait, dans *Starson c Swayze*, que « [l]e droit de refuser un traitement médical non souhaité est fondamental pour la dignité et l'autonomie d'une personne »²⁵. La Cour d'appel du Québec rappelait également que le débat sur l'aptitude d'une personne à consentir à des soins relève essentiellement de son droit à l'autonomie²⁶ et que

20. *Ibid* à la p 166.

21. *Rodriguez c Colombie-Britannique (PG)*, [1993] 3 RCS 519 à la p 564 [*Rodriguez*].

22. *Carter c Canada (Procureur général)*, [2015] 1 RCS 331, 2015 CanLII 5 (CSC) [*Carter*].

23. *Ibid* au para 62.

24. *Ibid* aux paras 66–67.

25. *Starson c Swayze*, [2003] 1 RCS 722 au para 75, 2003 CanLII 32 (CSC).

26. *L P c Cité de la santé de Laval*, REJB 2004-65861 (CA), 2004 CanLII 8607 (QC CA).

« l'exercice de [cette] autonomie peut être contrarié par la reconnaissance d'une intégrité mentale altérée, dont l'effet sera d'affecter le jugement critique de l'intéressée »²⁷. L'autonomie décisionnelle de la personne a également été longuement discutée par les tribunaux dans les cas de patients adolescents, notamment dans l'arrêt de la Cour suprême du Canada *AC c Manitoba*²⁸. S'exprimant pour la majorité, la juge Abella aborde le rôle central de l'autonomie de la personne dans les questions touchant le consentement aux soins, en rappelant que le droit reconnaît « la solide pertinence qui, dans notre système juridique, caractérise le principe selon lequel les personnes mentalement capables peuvent — et doivent pouvoir — prendre en toute liberté des décisions concernant leur intégrité corporelle »²⁹.

L'obligation d'information du médecin dans le contexte du consentement aux soins relève également du principe de l'autonomie du patient. Comme le souligne le professeur Timothy Caulfield :

*autonomy is usually used as a means of empowering individuals [...] It has been used to reinforce the importance of full disclosure and the consent process, such as in the case of Ciarlariello v Schachter where the [Supreme Court of Canada] emphasized the axiom that: "The requirement that disclosure be made to the patient is based on this concept of individual autonomy"*³⁰.

À la Cour d'appel du Québec, le juge LeBel précisait déjà, en 1987, que le devoir de divulgation, dans le cadre du consentement aux soins, est « un problème de respect de l'intimité de la personne, de l'autonomie et de la volonté du patient. On ne peut intervenir à l'égard de sa personne que s'il y a consenti »³¹. Par la suite, le principe général de l'obligation de renseigner sera d'ailleurs décrit comme ayant « pour but premier le respect de l'autonomie du patient, s'exprimant ensuite en un consentement éclairé »³². Le consentement aux soins est ainsi

27. Dupin, *supra* note 12 à la p 171.

28. *AC c Manitoba (Directeur des services à l'enfant et à la famille)*, [2009] 2 RCS 181, 2009 CanLII 30 (CSC).

29. *Ibid* au para 39.

30. Timothy Caulfield, « Revisiting Core Principles: Autonomy, Consent, and the Biobanking Challenge » dans Downie et Gibson, *supra* note 4, 169 à la p 170, citant *Ciarlariello c Schachter*, [1993] 2 RCS 119, 1993 CanLII 138 (CSC).

31. *Chouinard c Landry*, [1987] RJQ 1954 (CA), 1987 CanLII 1002 (QC CA).

32. Suzanne Philips-Nootens, Robert P Kouri et Pauline Lesage-Jarjoura, *Éléments de responsabilité civile médicale — Le droit dans le quotidien de la médecine*, 4^e éd, Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2016 au para 180.

présenté comme la « pierre angulaire » de la reconnaissance de l'autonomie des patients par la doctrine juridique³³.

On constate que, si le droit à l'intégrité de la personne est un fondement pour tout le processus de consentement aux soins, il n'en est pas le seul. S'il est vrai qu'une atteinte à l'intégrité du patient ne peut être faite sans son consentement, le processus décisionnel et l'échange d'information avec le médecin visent bien davantage à reconnaître et à protéger l'autonomie du patient³⁴. Une jurisprudence constante lie d'ailleurs le consentement aux soins au respect de l'autonomie de la personne, reconnu comme un droit fondamental inclus dans d'autres droits expressément désignés dans les chartes. Pour reprendre les termes de Dupin, « la valeur d'autonomie peut bien briller par son absence, car de toute façon, elle est l'épicentre de tout ce qui se discute sur le rapport entre humains »³⁵. Lorsqu'une atteinte à ce droit a lieu en raison d'un manquement au devoir d'information du médecin, le patient peut se tourner vers la responsabilité civile pour obtenir compensation. Voyons maintenant comment s'articule l'évaluation de ce recours.

B. L'appréciation du lien de causalité pour défaut d'information

Alors que nous évitons sciemment de nous attarder à la faute, et en posant comme prémisse que cette dernière serait démontrée dans un cas donné de responsabilité civile médicale, le patient devra également prouver qu'il existe un lien de causalité entre cette faute et le préjudice qu'il a subi. Le lien de causalité suppose que le préjudice subi par le patient est une « conséquence logique, directe et immédiate de la faute »³⁶ qui a été commise. Si le lien de causalité est déjà difficile à établir dans les causes où la responsabilité médicale est invoquée quant à l'exécution d'un acte professionnel selon les règles de l'art³⁷, la causalité en matière de devoir d'information pose un défi

33. Goubau, *supra* note 2 au para 111.

34. À cet égard, les Britanniques ont adopté la formule « *No decision about me, without me* » pour désigner l'importance de l'autonomie des patients et de leur participation aux décisions de santé qui les concernent. Voir R-U, Department of Health, *Liberating the NHS: No decision About Me, Without Me — Government Response to the Consultation*, London, NHS Commissioning Policy & Sponsorship, 2012.

35. Dupin, *supra* note 12 à la p 169.

36. Baudouin, Deslauriers et Moore, *supra* note 6 au para 1-693.

37. Pour une analyse complète sur ce sujet, voir Lara Khoury, *Uncertain Causation in Medical Liability*, Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2006.

supplémentaire en ce qu'elle demande au juge de se prononcer sur le processus décisionnel du patient qui a eu lieu plusieurs années auparavant, exercice hautement subjectif. En règle générale, deux situations sont possibles : soit le patient a subi un traitement auquel il n'a pas consenti du tout³⁸, soit le patient a consenti au traitement qu'il a reçu, mais en n'ayant pas obtenu tous les renseignements pertinents. Dans les deux cas, afin d'établir le lien de causalité, le patient doit démontrer que « suffisamment inform[é] et en possession de tous les éléments nécessaires à une décision éclairée, [il] aurait refusé [le soin] et que ce refus était raisonnable dans les circonstances »³⁹.

Dans les provinces de common law du Canada, et suivant les enseignements de la Cour suprême dans l'arrêt *Reibl c Hughes*⁴⁰, le lien de causalité s'évalue selon un critère objectif modifié. Ce critère s'applique concrètement en se demandant si un patient raisonnable, placé dans la même situation et présentant les mêmes caractéristiques (rationnelles) que le patient en l'espèce aurait refusé le soin s'il avait reçu toute l'information pertinente⁴¹. Au Québec, la réception de ce critère a donné lieu à une controverse jurisprudentielle et, aujourd'hui, l'application intégrale du critère retenu dans *Reibl* ne semble pas adéquate. Le droit civil québécois considère plutôt que le lien de causalité doit s'apprécier suivant la norme du patient en l'espèce (norme subjective). Aussi, le juge devra-t-il porter une attention particulière à la crédibilité de celui-ci, de même qu'aux éléments extérieurs pouvant permettre de corroborer ou d'infirmar ses dires⁴².

Le critère d'évaluation du lien de causalité fait reposer sur le patient un imposant fardeau de preuve et il lui sera généralement très difficile d'établir qu'il aurait refusé le traitement, et ce, peu importe que le critère soit objectif ou subjectif⁴³. L'analyse que nous avons faite de la

38. Ce serait le cas, par exemple, d'une patiente qui consent à l'ablation d'un ovaire, mais qui subirait, au moment de l'opération, une hystérectomie complète. Dans cette situation, le consentement initialement donné ne correspond pas au soin prodigué, ce qui constitue une double faute de la part du médecin à l'égard de l'information due et de l'obtention du consentement.

39. Baudouin, Deslauriers et Moore, *supra* note 6 au para 1-686.

40. *Reibl c Hughes*, [1980] 2 RCS 880, 1980 CanLII 23 (CSC) [*Reibl*].

41. *Ibid* aux pp 899-900; *Arndt c Smith*, [1997] 2 RCS 539, 1997 CanLII 360 (CSC).

42. Critère qualifié de « subjectivité rationnelle » par la Cour d'appel du Québec : *Parenteau c Drolet*, [1994] RJQ 689 (CA), 1994 CanLII 5444 (QC CA); *Pelletier c Roberge*, [1991] RRA 726 (CA). Voir Robert P Kouri, « L'obligation de renseignement en matière de responsabilité médicale et la "subjectivité rationnelle" : mariage de convenance ou mésalliance ? » (1994) 24 RDUS 345.

43. Robertson 1991, *supra* note 4; Robertson 2003, *supra* note 4.

jurisprudence de la Cour supérieure du Québec pour la période de 2010 à 2020 a en effet révélé que, dans huit décisions où le patient était parvenu à établir la faute du médecin, la preuve du lien de causalité n'a été satisfaisante aux yeux du tribunal que dans trois cas⁴⁴. Il semble que cette difficulté manifeste s'explique en partie par le fait qu'un certain préjugé existe en faveur de la recommandation du médecin traitant ; il apparaîtra généralement plus probable aux yeux des juges que le patient, même s'il avait été adéquatement informé, aurait tout de même consenti à la proposition du médecin, figure d'autorité et d'expertise mieux à même de procéder à une évaluation avertie des risques et des bénéfices présentés par différentes possibilités thérapeutiques⁴⁵. Par ailleurs, les recherches en psychologie cognitive sur le processus de prise de décisions démontrent que les facteurs individuels et relationnels influençant la prise de décisions d'un individu sont tellement complexes qu'il est impossible d'évaluer adéquatement quelle décision un patient aurait prise si l'information reçue avait été différente⁴⁶. Ces difficultés sont telles que certains auteurs ont conclu que l'évaluation du lien de causalité « *is nothing more than a guessing game* »⁴⁷.

Le critère retenu par le droit civil québécois pour évaluer le lien de causalité pose des défis importants au patient lorsqu'il s'agit d'obtenir réparation pour le défaut d'information dont il a été victime. Si la responsabilité du médecin est difficile à faire reconnaître, on comprend

44. *Bishop c Vaillancourt*, 2014 QCCS 1375, appel du défendeur rejeté, *Vaillancourt c Bishop*, 2016 QCCA 316; *Lalonde c Tessier*, 2011 QCCS 6248; *M G c Pinsonneault*, 2014 QCCS 1222, appel des demandeurs accueilli quant au montant des dommages accordés et appel des défendeurs rejeté, 2017 QCCA 607 [M G]; Ferron Parayre, *supra* note 4.

45. François Tôth, « L'obligation de renseignement du médecin en droit civil québécois » dans *Responsabilité médicale et hospitalière : aspects éthiques et juridiques*, Toronto, The Canadian Institute, 1990, 1 à la p 41 : « la nécessité médicale de l'intervention emportera la conviction du juge puisque c'est dans le cours normal des choses qu'une personne veuille préserver la santé ». Emmanuelle Bernheim et al notent d'ailleurs, en matière d'autorisations de soins cette fois, que « [le] fait que les psychiatres soient les médecins traitants des défendeurs semble jouer en leur faveur : contrairement aux experts, [...] ils n'ont à cœur que la santé de leur patient ». Si cette affirmation est vraie quant à la légitimité et à la crédibilité accordées aux psychiatres dans les dossiers d'autorisation de soins, elle semble également l'être lorsque vient le moment de déterminer si le patient aurait ou non consenti au soin s'il avait été informé adéquatement : Emmanuelle Bernheim, Guillaume Chalifour et Richard-Alexandre Laniel, « La santé mentale en justice — invisibilité et déni de droits : une étude statistique de la jurisprudence en autorisation de soins » (2016) 9:2 RD & santé McGill 337 à la p 364.

46. Nelson, *supra* note 4 à la p 145; Aaron D Twerski et Neil B Cohen, « Informed Decision Making and the Law of Torts: The Myth of Justiciable Causation » (1988) Univ Ill Law Rev 607.

47. Twerski et Cohen, *supra* note 46 à la p 664.

que l'indemnisation du préjudice devient impossible. Au surplus, l'évaluation actuelle du lien de causalité a un effet direct sur les préjudices indemnisables lorsqu'il y a défaut d'information.

C. La corporalisation inévitable du dommage

Lorsqu'un patient subit un traitement auquel il n'a pas consenti, ou pour lequel son consentement n'était pas éclairé, le dommage principal auquel il est aisé de rattacher la faute sera le préjudice corporel, soit l'atteinte portée à l'intégrité *physique* du patient. Le patient pourra avoir un membre en moins (amputation ou ablation non consentie), une paralysie causée par un risque chirurgical non dénoncé s'étant matérialisé, des douleurs, une apparence altérée, etc. En somme, on s'attendra à ce que le corps du patient ait été endommagé d'une façon ou d'une autre. Toutefois, comme le lien de causalité exigé repose sur le refus du soin par le patient s'il avait été informé, ce préjudice corporel est non seulement attendu, il est actuellement inévitable puisque c'est uniquement par celui-ci que se crée la relation causale avec la faute. Un refus de soin équivaut à l'absence d'atteinte à l'intégrité physique du patient, ce qui élimine la possibilité de la réalisation d'un risque ou la mise en œuvre d'un traitement non souhaité. Le préjudice corporel constitue dès lors une condition *sine qua non* de la responsabilité civile en matière de consentement éclairé aux soins.

En évaluant si le patient aurait refusé le soin s'il avait été informé adéquatement, on vient poser, en deux catégories opposées et mutuellement exclusives, les possibilités du réel. Soit, d'une part, le patient aurait tout de même consenti, et ce faisant, l'atteinte à son intégrité et la négation de son droit à l'information deviennent *complètement* légitimes, soit, d'autre part, le patient n'aurait pas consenti et, alors, l'atteinte à l'intégrité est totale, le soin n'aurait jamais dû être prodigué et le défaut d'information devient source de responsabilité. La condition de l'existence d'un préjudice corporel ne signifie toutefois pas que le préjudice moral ne peut pas ou ne sera pas indemnisé. L'actuelle évaluation du lien de causalité permet évidemment la compensation du préjudice moral découlant du défaut d'information⁴⁸, mais cette compensation sera nécessairement secondaire par rapport à celle du préjudice corporel.

48. Voir par ex *Godin c Quintal*, [2002] RJQ 2925 (CA), 2002 CanLII 41153 (QC CA); *M G*, *supra* note 44.

Les auteurs d'un rapport de synthèse sur l'obligation d'information en Europe concluaient en 2015 que « le droit allemand comme le droit anglais s'avèrent quant à eux manichéens, [...] plaçant le débat sur l'indemnisation du seul dommage corporel »⁴⁹. Alors que les tribunaux du Royaume-Uni et de l'Allemagne, tout comme ceux du Québec, n'évaluent que le lien causal entre la faute touchant le devoir d'information et le préjudice corporel subi par le patient, cette conclusion nous paraît tout à fait à propos pour le droit québécois également. Cette relation « fusionnelle » entre le lien de causalité et le préjudice corporel constitue évidemment un problème, puisqu'un dommage moral peut très bien survenir en raison d'un défaut d'information et être, par ailleurs, tout à fait indépendant du préjudice corporel. À cet égard, des solutions semblent être à la portée du droit civil québécois et méritent de s'y attarder.

II. EMPRUNT DU PRÉJUDICE D'IMPRÉPARATION PAR LE DROIT QUÉBÉCOIS : UNE PISTE À EXPLORER

Comment parvenir à compenser le préjudice moral du patient victime d'un défaut d'information, sans qu'il soit nécessaire de passer inextricablement par un préjudice corporel ? La jurisprudence française, suivant des développements ayant eu cours dans les dix dernières années, propose désormais le préjudice d'impréparation pour contourner les aléas de l'évaluation traditionnelle du lien de causalité en matière de défaut d'information (A). Toutefois, comme nous le verrons, ce « nouveau » préjudice demeure rattaché à une atteinte au corps. Nous proposerons d'aller plus loin et de détacher complètement de toute atteinte corporelle le préjudice moral en matière de défaut d'information, seul véritable moyen pour concrétiser la reconnaissance du droit à l'autonomie en responsabilité civile médicale (B).

A. Un contournement du lien de causalité traditionnel

Il y a dix ans, en France, la Cour de cassation rendait un important jugement en matière de consentement aux soins, alors qu'elle décidait que « le non-respect du devoir d'information [...] cause à celui

49. Cristina Corgas-Bernard et Philippe Pierre, « L'obligation d'information du médecin et le consentement aux soins — Rapport de synthèse » dans Groupe de recherche européen sur la responsabilité civile et l'assurance (GRERCA), dir, *L'indemnisation des victimes d'accidents médicaux en Europe*, Bruxelles, Bruylant, 2015, 205 à la p 220.

auquel l'information était légalement due, un préjudice que le juge ne peut [...] laisser sans réparation»⁵⁰. Cette décision a engendré deux changements majeurs dans l'application des critères usuels de la responsabilité civile pour défaut d'information. D'une part, elle a créé un dommage moral indemnisable sans égard au critère d'évaluation traditionnel du lien de causalité, « en posant un principe d'indemnisation du patient, quelle que soit l'attitude qu'aurait adoptée le patient »⁵¹. D'autre part, elle a créé un dommage autonome, inhérent à la violation des droits fondamentaux de la personne et indépendant d'une quelconque atteinte corporelle. « Le droit à l'information du patient est un droit de la personnalité dont la seule violation donnerait lieu à réparation »⁵². Dans cette décision, « la Cour de cassation fait sortir le devoir d'information du médecin du simple champ contractuel qui le lie à son patient, pour le placer sur le terrain des droits fondamentaux de la personne humaine »⁵³. Ainsi, la Cour ne s'appuie plus uniquement sur les dispositions du *Code civil* ayant trait aux obligations contractuelles, mais fonde davantage sa décision sur les articles énonçant le droit à la dignité humaine et au respect de l'intégrité. Cette source de dommage réparable autonome, reconnu par la décision du 3 juin 2010, semblait d'ailleurs confirmée par des décisions ultérieures⁵⁴.

Cependant, dès 2012, des décisions de la Cour de cassation⁵⁵ sont venues atténuer le caractère autonome du dommage moral en le rattachant à nouveau à une atteinte corporelle, précisant que « le non-respect, par un professionnel de la santé, de son devoir d'information cause à celui auquel l'information était due, *lorsque ce risque se réalise*, un préjudice résultant d'un défaut de préparation aux conséquences d'un tel risque, que le juge ne peut laisser sans réparation » [nos

50. Cass civ 1^{re}, 3 juin 2010, [2010] Bull civ I 128, n° 09-13.591.

51. Cass civ 1^{re}, 23 janvier 2014, [2014] Bull civ I 13, n° 12-22.123; Farida Arhab-Girardin, « Le préjudice né du défaut d'information médicale: l'infléchissement de la Cour de cassation » (2014) *Rev droit sanit soc* 295 à la p 297.

52. *Ibid.*

53. Alexandra Canivet, *Le préjudice d'impréparation: un nouveau poste de préjudice en droit belge?*, mémoire de maîtrise en droit, Université catholique de Louvain, 2015 à la p 33.

54. Cass civ 1^{re}, 12 juin 2012, [2012] Bull civ I 129, n° 11-18.327; Cass civ 1^{re}, 12 janvier 2012, n° 10-24.447, en ligne: <www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000025151730/>; Cass civ 1^{re}, 26 janvier 2012, n° 10-26.705, en ligne: <www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000025216731/>.

55. Cass civ 1^{re}, 12 juillet 2012, [2012] Bull civ I 165, n° 11-17710; Cass civ 1^{re}, 23 janvier 2014, *supra* note 51.

italiques]⁵⁶. Le professeur Olivier Gout soulignait, au sujet de cette précision du haut tribunal judiciaire, que « c'est alors une approche plus classique de la notion de préjudice qui se trouve retenue puisqu'elle présuppose la survenance d'un dommage et plus précisément l'existence d'une atteinte à l'intégrité corporelle »⁵⁷. Malgré ce ré-attachement au dommage corporel, est tout de même reconnu ce qui est aujourd'hui appelé en France le *préjudice d'impréparation*, à savoir le dommage moral de ne pas avoir pu se préparer mentalement, physiquement et matériellement à la réalisation d'un risque, par exemple en prenant des dispositions particulières par rapport à l'aménagement de son espace de vie, à l'aide éventuelle dont on aurait besoin ou encore à sa disponibilité au travail.

Si les précisions de la Cour de cassation paraissent effectivement rattacher le préjudice d'impréparation à l'existence d'une atteinte au corps, dans la mesure où la matérialisation du risque doit avoir eu lieu, nous notons que le préjudice d'impréparation ne nécessite tout de même pas que le patient fasse la preuve qu'il aurait refusé le soin s'il avait été bien informé — lien de causalité normalement exigé. Au contraire, ce préjudice d'impréparation semble justement avoir été créé en vue de reconnaître une indemnisation des patients qui ne peuvent démontrer que leur décision aurait été différente, soit par défaut d'une preuve suffisante, soit parce que le soin présentait un tel degré de nécessité ou d'absence de solutions de rechange sur le plan thérapeutique qu'il est jugé improbable que le patient l'aurait refusé. Ainsi, malgré le fait qu'un patient puisse être incapable de démontrer le lien de causalité « traditionnel » entre le préjudice corporel qu'il a subi et la faute du médecin quant au devoir d'information de ce dernier⁵⁸, le droit français reconnaît que la faute du médecin est également la cause directe d'une autre forme de préjudice qu'il est nécessaire d'indemniser.

Le préjudice d'impréparation répond à deux conditions : le patient doit expressément l'invoquer au titre des préjudices réparables, et le

56. *Ibid.*

57. Olivier Gout, « La nature du préjudice consécutif au manquement de l'obligation d'information médicale : les avancées du préjudice d'impréparation » (2013) 1 Recueil Dalloz 40 à la p 42.

58. À savoir que, s'il avait été informé adéquatement, le patient aurait refusé le soin et, par conséquent, complètement évité la matérialisation du risque à l'origine du préjudice corporel.

risque non divulgué doit s'être matérialisé⁵⁹. Lorsque le préjudice d'impréparation est soulevé par le patient, l'existence de sa souffrance morale est dès lors présumée, évitant à la victime de faire la démonstration de l'angoisse qui a pu résulter de la matérialisation d'un risque non dévoilé⁶⁰. Les conséquences matérielles⁶¹ du préjudice d'impréparation devront quant à elles être démontrées⁶².

Si le préjudice d'impréparation peut parfois être perçu comme un préjudice « de substitution », pertinent seulement dès lors que le patient ne peut démontrer la probabilité réelle qu'il ait refusé le soin, il n'en est rien. Le préjudice d'impréparation existe alors même que la responsabilité du médecin est déjà reconnue en vertu du lien de causalité traditionnel. Dans une décision de janvier 2019, la Cour de cassation a reconnu que, bien que l'entière responsabilité du médecin ait été retenue pour avoir procédé à un accouchement par voie basse alors que la césarienne s'imposait, et qu'il doive donc compenser la totalité des préjudices corporels soufferts par l'enfant et la mère, cette dernière avait, au demeurant, droit à la réparation d'un préjudice d'impréparation, puisque jamais elle n'avait été informée du fait que le bébé présentait une macrosomie⁶³ et des risques que cela impliquait lors de l'accouchement. Il s'agit donc bel et bien d'un préjudice qui commande une réparation indépendante, s'ajoutant, s'il y a lieu, à la réparation du préjudice corporel⁶⁴.

La nécessité d'intégrer le préjudice d'impréparation au droit français, d'abord soulevée par la doctrine civiliste, puis embrassée par les

59. Cass civ 1^{re}, 25 janvier 2017, n^o 15-27.898; Danièle Cristol, « Le préjudice d'impréparation né du défaut d'information médicale: une consolidation de l'édifice jurisprudentiel » (2017) 4 RDSS 716.

60. Nicolas Brunet, « Défait d'information préalable: présomption de la souffrance morale et préjudice d'impréparation » (2017) 142 Médecine & droit 11; Caroline Grossholz, « Répertoire de la responsabilité de la puissance publique » (2018) Dalloz au para 96.

61. Pensons, par exemple, à une perte salariale résultant d'une absence prolongée, l'achat d'équipements spécialisés pour adapter son environnement, l'embauche d'une aide médicale à domicile, etc.

62. Brunet, *supra* note 60.

63. Fœtus présentant un poids de naissance supérieur à quatre kilos: Fatnassi Ridha et al, « Facteurs de risque et pronostic materno-fœtal de la macrosomie fœtale: étude comparative à propos de 820 cas » (2017) 28 Pan Afr Med J 126.

64. Cass civ 1^{re}, 23 janvier 2019, [2019] 2 RDSS 565, n^o 18-10.706 (note Guillaume Trédez). Il semble par ailleurs que ce soit la solution privilégiée tant par les tribunaux judiciaires qu'administratifs: Solenne Hortala, « Le préjudice d'impréparation et sa réparation, nouvelle précision jurisprudentielle » (2019) 74 LPA 15.

tribunaux judiciaires et administratifs⁶⁵, provenait précisément du constat selon lequel les critères d'appréciation traditionnels de la responsabilité civile ne permettaient pas une sanction véritable du défaut d'information. « Or, le principe de la réparation intégrale du préjudice interdit certes de surévaluer le préjudice causé à la victime, mais également de le sous-évaluer »⁶⁶. Force est d'admettre que les constats qui ont donné lieu à la naissance du préjudice d'impréparation en France se posent avec tout autant de vigueur au Québec. Par ailleurs, l'indemnisation du préjudice d'impréparation pourrait très bien trouver sa place dans le paysage prétorien au Québec; elle ne défie aucune règle du législateur en matière de responsabilité civile et est conforme aux interprétations civilistes prônées par les tribunaux. À notre avis, toutefois, la présomption de souffrance morale liée au préjudice d'impréparation ne pourrait être adoptée telle quelle par les tribunaux québécois. En l'absence d'une telle présomption prévue par le législateur, ou pouvant être inférée des faits⁶⁷, la souffrance morale du patient qui invoque le préjudice d'impréparation ne pourrait être présumée et devrait être prouvée par le demandeur.

B. Une corporalisation du dommage, malgré tout inévitable ?

Les tribunaux français, après quelques hésitations et précisions, semblent convenir aujourd'hui que le préjudice d'impréparation « consiste dans la souffrance morale spécifique que ressent la personne *qui subit un dommage corporel* en raison de la réalisation d'un risque inhérent à des soins médicaux [...], du fait qu'elle n'a pas pu se préparer psychologiquement à cette éventualité dont elle ignorait l'existence, faute d'en avoir été informée par le médecin » [nos italiques]⁶⁸. De fait, si l'indemnisation d'un préjudice moral n'est plus tributaire d'un lien de causalité spécifique entre le dommage corporel et la faute, il n'en demeure pas moins que ce dommage corporel doit, tout de même, bel et bien avoir eu lieu pour qu'il y ait reconnaissance d'un préjudice d'impréparation. Celui-ci naît donc de la matérialisation d'un risque non dévoilé et, de ce fait, maintient l'interrelation inextricable entre défaut d'information et préjudice corporel.

65. Cristol, *supra* note 59; Grossholz, *supra* note 60 au para 94.

66. Cristol, *supra* note 59.

67. Arts 2846, 2847 et 2849 CcQ.

68. Grossholz, *supra* note 60 au para 94.

Si d'aucuns ont pu saluer l'évolution de la pensée des tribunaux français en ce « qu'elle interdit d'indemniser le créancier de l'obligation d'information en l'absence d'un dommage corporel »⁶⁹, nous sommes plutôt d'avis que les modifications apportées par les tribunaux français à la décision initiale de 2010 ont eu pour conséquence d'étioler le droit légitime du patient à la réparation du défaut d'information dont il a été victime. Avec égard pour l'opinion contraire, il nous semble qu'il s'agit encore ici de supposer que le devoir d'information ne se rapporte qu'à l'intégrité physique du patient, en omettant les dimensions d'autonomie décisionnelle et de dommage moral réel, qui peut découler d'une atteinte à ce droit. La nécessaire corporalisation du préjudice ne fait que restreindre artificiellement le devoir d'information à la seule fonction d'« accessoire au droit à l'intégrité physique »⁷⁰, alors que le droit à l'autonomie, fondement pourtant reconnu du devoir d'information, s'en trouve oblitéré.

Par ailleurs, si nous pouvons affirmer que le droit français considère manifestement que le devoir d'information est un accessoire du droit à l'intégrité physique, qu'en est-il du droit québécois ? Dans leur ouvrage phare en matière de responsabilité civile, les auteurs Baudouin, Deslauriers et Moore résument ce qui suit quant au lien de causalité et au préjudice réparable pour défaut d'information :

Lorsqu'il y a manquement à l'obligation de renseignement et de divulgation des risques, le médecin commet une faute. Pourtant si l'opération réussit ou le traitement est un succès, il n'existe pas, au plan de la causalité, de véritable relation entre cette faute et le préjudice que peut subir ensuite la victime non en raison d'une faute professionnelle du médecin, mais en raison des seules conséquences néfastes, prévisibles ou non, de l'opération elle-même. Dans ce cas, l'inexécution de l'obligation de renseignement a été l'occasion et non la cause du préjudice⁷¹.

C'est donc dire que les tribunaux québécois partent également du principe, même implicitement, que l'atteinte en matière de devoir d'information vise uniquement l'intégrité physique. « L'inexécution de l'obligation de renseignement a été l'occasion et non la cause du préjudice » : en effet, si on considère que le seul préjudice ici est

69. Gout, *supra* note 57.

70. *Ibid.*

71. Baudouin, Deslauriers et Moore, *supra* note 6 au para 1-686.

corporel, ou même moral, mais découlant d'une atteinte corporelle. Cependant, si on tient compte du préjudice moral découlant de l'atteinte au droit à l'autonomie, alors on ne peut plus affirmer que l'inexécution de l'obligation n'est pas la cause du préjudice et en constitue seulement l'occasion. Pour l'atteinte au droit à l'autonomie et le préjudice moral qui en découle, le défaut d'information en constitue véritablement la cause.

Nous sommes ainsi d'avis que toute faute établie en matière de devoir d'information, dans le cadre de soins de santé, est susceptible d'entraîner deux préjudices distincts et indépendants, deux « sièges d'atteintes » potentiels. Le préjudice corporel peut survenir, ou non, conséquence d'une atteinte à l'intégrité physique par la mise en œuvre d'un soin sans consentement ou la matérialisation d'un risque non dévoilé. Dans ces cas, le critère d'évaluation traditionnel du lien de causalité peut être approprié, s'agissant de déterminer s'il y a lieu de réparer ce préjudice corporel puisque la faute en aurait été la cause, et non l'occasion⁷². Cependant, un deuxième siège d'atteinte pourra toujours exister dans les cas de fautes concernant le devoir d'information, et il s'agira du préjudice moral autonome⁷³. Ce préjudice moral, découlant de l'atteinte au droit à l'autonomie, peut exister dès lors qu'un patient a subi un soin pour lequel il n'a pas donné de consentement, ou que ce consentement n'était pas éclairé. La valeur quantifiable de ce dommage est une autre question, mais la difficulté éventuelle de déterminer cette valeur ne doit pas être un frein à la reconnaissance du préjudice moral autonome subi. À notre avis, le défaut d'information peut donner lieu à un préjudice moral engendrant de réelles conséquences psychologiques pour le patient, conséquences qui mériteraient que l'on s'y attarde indépendamment de l'existence d'un préjudice corporel.

72. Encore que les critiques formulées à l'égard de l'aspect rationnel de cette évaluation demeurent.

73. Ici, « autonome » s'entend de l'indépendance par rapport au préjudice corporel. C'est d'ailleurs sensiblement ce que proposent Twerski et Cohen en suggérant de rattacher l'évaluation de la responsabilité au processus décisionnel et à l'autonomie, en faisant fi du lien de causalité actuellement en vigueur : Twerski et Cohen, *supra* note 46 aux pp 648 et s. Voir également Nelson, *supra* note 4 aux pp 164–66 ; François Tôth, « Le droit du patient d'être informé : un droit protégé par la *Charte des droits et libertés de la personne* » (1989–1990) 20:1 RDU 161 ; Gilles Genicot, « Le dommage consécutif à un manquement au devoir d'information du médecin : une valse à trois temps. Plaidoyer pour la reconnaissance du préjudice d'impréparation » dans Isabelle Lutte, dir, *Droit médical et dommage corporel. État des lieux et perspectives*, Limal, Éditions Anthémis, 2014, 77.

La qualification d'un préjudice moral autonome en matière de défaut d'information peut se heurter à deux difficultés particulières liées à l'interprétation des droits fondamentaux par la Cour suprême du Canada. D'une part, en matière de préjudice moral lié à une atteinte aux droits fondamentaux de la personne, la Cour suprême du Canada est claire : cette atteinte ne donne pas, en soi, naissance à un préjudice moral indépendant⁷⁴. Or, il n'est pas question ici de contourner ou de critiquer cette interprétation⁷⁵, mais plutôt de souligner qu'« une information défaillante affecte la confiance que le patient a placée dans son médecin. Cette perte de confiance, voire ce sentiment de trahison éprouvé par le patient, ne peuvent-ils justifier l'indemnisation en tant que telle d'un préjudice moral, sans égard à l'évolution de l'état physique de la victime ? »⁷⁶. Ainsi, le préjudice moral que nous invoquons n'est pas purement « inhérent » à la violation d'un droit fondamental ; il est réel, qualifiable et, éventuellement, quantifiable.

D'autre part, on peut être tenté de rattacher le préjudice moral lié au défaut d'information à la dimension psychologique du droit à l'intégrité. L'intégrité reconnue comme droit fondamental « vise à la fois l'intégrité physique, psychologique, morale et sociétale »⁷⁷ d'un individu. La juge L'Heureux-Dubé, s'exprimant au nom de la Cour suprême dans l'arrêt *St-Ferdinand*, a toutefois limité la portée de ce droit en affirmant qu'une atteinte à l'intégrité « doit laisser des marques, des séquelles qui, sans nécessairement être physiques ou permanentes, dépassent un certain seuil. L'atteinte doit affecter de

74. *Béliveau St-Jacques c Fédération des employées et employés de services publics inc*, [1996] 2 RCS 345 au para 121, 1996 CanLII 208 (CSC).

75. Pour une critique de cette approche de la Cour suprême du Canada, voir notamment Manon Montpetit, *L'atteinte illicite : repenser le droit de la responsabilité en fonction de ses sources*, Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2015 ; Sophie Morin, *Le dommage moral et le préjudice extrapatrimonial*, Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2011 ; Mélanie Samson, « L'atteinte illicite à un droit protégé par la Charte québécoise : source d'un préjudice inhérent ? » (2012) chron n° 20 Rev droits lib fondam, en ligne : Revue des droits et libertés fondamentaux <www.revuedlf.com> ; Adrian Popovici, « De l'impact de la *Charte des droits et libertés de la personne* sur le droit de la responsabilité civile : un mariage raté ? » dans *La pertinence renouvelée du droit des obligations : Back to Basics / The Continued Relevance of the Law of Obligations : retour aux sources*, Conférence Meredith 1998-1999, Faculté de droit, Université McGill, Yvon Blais, 2000, 49.

76. Philippe Pierre, « La réparation du manquement à l'information médicale : d'une indemnisation corporalisée à la mise en œuvre d'un droit créance » (2011) 107 *Médecine & droit* 107 à la p 107.

77. *St-Ferdinand*, *supra* note 15 au para 95.

façon plus que fugace l'équilibre physique, psychologique ou émotif de la victime»⁷⁸. On peut comprendre que cette acception de l'intégrité laisse à penser que le défaut d'information ne peut véritablement générer un préjudice moral réparable. Cependant, envisager le défaut d'information non plus comme une atteinte à l'intégrité, mais une atteinte à l'autonomie, permet de dépasser cet obstacle. Il pourrait en être ainsi, par exemple, en rattachant le droit à l'autonomie à la dignité de la personne, puisque alors, «le droit à la dignité de la personne, en raison de sa notion sous-jacente de respect, n'exige pas l'existence de conséquences définitives pour conclure qu'il y a eu violation. Ainsi, une atteinte même temporaire à une dimension fondamentale de l'être humain violerait [le droit à la dignité]»⁷⁹. D'ailleurs, les arrêts de la Cour suprême du Canada déjà discutés, *Morgentaler*, *Carter* et *Swayze*, ont tous établi expressément un lien entre dignité et autonomie de la personne.

Pour les patients qui en sont victimes, le défaut d'information dans un contexte de soins de santé engendre certainement angoisse et anxiété, détresse et perte de confiance (envers soi-même et envers le corps médical)⁸⁰. En ce sens, la décision *Lagacé c Viens*⁸¹ permet d'illustrer la reconnaissance possible d'un préjudice moral autonome causé par une faute dans la communication patient-médecin, alors que le patient ne subit aucune atteinte à son intégrité physique. Dans cette affaire, M. Lagacé a erronément compris qu'il souffrait d'un cancer et a vécu pendant un mois avec la certitude qu'il lui restait peu de temps à vivre. Le diagnostic du D^r Viens n'est toutefois pas en cause : «La célérité avec laquelle le défendeur a traité le cas du demandeur, le

78. *Ibid* au para 97.

79. *Ibid* au para 106.

80. Voir par ex Nicolette F Sheridan et al, «Patients' Engagement in Primary Care: Powerlessness and Compounding Jeopardy. A Qualitative Study» (2015) 18:1 Health Expect 32; en outre, le témoignage de la patiente dans la décision déontologique *Bissonnette* illustre les conséquences délétères pour le patient d'un processus inadéquat de consentement aux soins : *Médecins (Ordre professionnel des) c Bissonnette*, 2016 CanLII 89824 (CDCMQ). Voir également les conséquences que le processus de participation à la décision médicale a sur le stress, l'anxiété, le regret et le conflit décisionnel des patients : Dawn Stacey et al, «Decision Aids for People Facing Health Treatment or Screening Decisions», *Cochrane Database of Systematic Reviews*, John Wiley & Sons, 2011, en ligne : <<ccrg.cochrane.org/sites/ccrg.cochrane.org/files/public/uploads/decision_aids_february_2018.pdf>. Et nous répétons, «une information défaillante affecte la confiance que le patient a placée dans son médecin. Cette perte de confiance, voire ce sentiment de trahison éprouvé par le patient, ne peuvent-ils justifier l'indemnisation en tant que telle d'un préjudice moral, sans égard à l'évolution de l'état physique de la victime?» : Pierre, *supra* note 76 à la p 107.

81. *Lagacé c Viens*, 2018 QCCQ 2978 (CanLII) [*Lagacé*].

choix des examens et leur séquence, de même que l'interprétation des résultats ne sont pas en cause. Le problème se situe ailleurs, soit dans la communication patient-médecin⁸². C'est strictement le droit à l'information du patient qui est atteint⁸³ et qui justifie de condamner le médecin à des dommages-intérêts. En l'espèce, le stress et les souffrances psychologiques du demandeur ont été estimés à 10 000 \$⁸⁴.

S'il est vrai que le défaut d'information dans les cas de consentement aux soins n'est pas identique au cas *Lagacé*, il n'en demeure pas moins que le défaut d'information est incontestablement, toujours, un défaut dans « la communication patient-médecin », et la faute quant à cette communication mérite d'être indemnisée en soi et de manière autonome par rapport à toute atteinte corporelle. Le raisonnement du juge, dans *Lagacé*, quant au préjudice moral subi par le patient peut être appliqué *mutatis mutandis* aux situations de défaut d'information en matière de consentement aux soins et à la réparation de l'atteinte à l'autonomie et du préjudice moral qui en découle pour le patient.

CONCLUSION

L'emprunt du préjudice d'impréparation au droit français par le droit québécois serait-il pertinent pour contourner les difficultés inhérentes à la responsabilité médicale pour défaut d'information ? Certainement, mais il s'agirait, selon nous, d'une solution incomplète. Nous avons en effet démontré, en première partie de ce texte, que les critères d'appréciation de la responsabilité civile en matière de défaut d'information présentent un lourd fardeau pour les patients, qui sont trop souvent dans l'impossibilité de démontrer les éléments constitutifs de la responsabilité du médecin et se retrouvent sans indemnisation. L'appréciation du lien de causalité pose un problème particulier, puisque le critère actuellement reconnu rend immuable l'existence d'un préjudice corporel pour obtenir compensation. En ce sens, le préjudice d'impréparation du droit français offre une avenue de contournement intéressante pour indemniser un préjudice qui existe, nonobstant la preuve de l'absence pure et simple de consentement, le patient eût-il été bien informé. Le préjudice d'impréparation

82. *Ibid* au para 40.

83. *Ibid* au para 93.

84. *Ibid* au para 100.

est apparu comme une nécessité en France et celui-ci est plus que transposable au Québec. Ainsi, les tribunaux québécois devraient embrasser sans retenue la réparation de ce préjudice. Nous croyons qu'il serait toutefois possible et souhaitable d'aller plus loin que le droit français dans l'indemnisation d'un préjudice moral autonome découlant du défaut d'information.

En effet, le préjudice d'impréparation ne permet pas de dissocier l'indemnisation d'un préjudice moral de l'existence d'un préjudice corporel (que ce dernier soit, par ailleurs, réparable ou non). C'est donc conclure que le devoir d'information n'est qu'accessoire au droit à l'intégrité physique, ce qui nous semble fort réducteur quant au rôle pourtant essentiel que joue l'information médicale en matière de protection de l'autonomie des patients. Lorsqu'il y a défaut d'information, l'intégrité physique n'est pas le seul droit fondamental de la personne qui est bafoué, et à la limite, il n'en constitue pas le droit principal. Si les tribunaux se sont évertués à constater, avec constance et vigueur, que le droit à l'autonomie est un droit fondamental de la personne, protégé par les chartes, il est temps de dépasser la valeur symbolique de ce droit et de lui donner une portée concrète en reconnaissant que son atteinte donne droit à une réparation pleine, entière, et indépendante.