

INSTITUT CANADIEN D'ADMINISTRATION DE LA JUSTICE

**SÉMINAIRE NATIONAL SUR LA
RESPONSABILITÉ PROFESSIONNELLE**

VANCOUVER 29 oct. - 1er nov. 1986.

**La responsabilité professionnelle
médicale: pathologie et thérapie**

J.L. BAUDOUIN C.R.

**Professeur
Faculté de droit
Université de Montréal**

1.- Dans la plupart des pays occidentaux et plus particulièrement en Amérique du Nord (1) on se plaint de plus en plus de l'augmentation des poursuites en responsabilité civile dirigées contre les médecins, les membres d'équipes soignantes et les hôpitaux. Cette plainte est, en général, doublée d'une autre: on estime, à tort ou à raison, que les montants des indemnités accordées par les tribunaux sont devenus exorbitants et beaucoup trop généreux.

2.- Depuis quelque temps ce sont à la fois les médecins individuellement, ou par le truchement des associations qui les représentent, et les assureurs qui ont sonné le signal d'alarme. Plusieurs compagnies d'assurance refusent maintenant de couvrir certains praticiens ou exigent des primes qui sont parfois plus du double ou du triple de celles qu'elles demandaient il y a quelques années.

3.- Pour leur part, les avocats se voient souvent accusés de profiter de la situation d'une double façon. D'abord en tablant sur la nouvelle sévérité des tribunaux dans le contrôle de l'acte médical pour multiplier les poursuites et ensuite en gonflant indûment les réclamations pour atteindre des montants d'honoraires et d'émoluments professionnels plus intéressants.

4.- Avocats et médecins font cependant de plus en plus front commun contre les assureurs en leur reprochant d'exploiter des situations de panique artificielles pour augmenter les primes et donc leurs profits de façon démesurée.

5.- Cet état de chose n'est pas nouveau. En matières médicales il existe depuis de nombreuses années aux États-Unis. Le conflit entre assuré-assureur et avocat n'est pas non plus nouveau et n'est d'ailleurs pas sans rappeler les contestations parfois acrimonieuses qui ont précédé, il y a quelques années, la mise en place de certains régimes comme celui de l'assurance automobile au Québec (2).

6.- La question qui nous est posée aujourd'hui est de savoir si l'état actuel du droit de la responsabilité médicale et hospitalière est incompatible avec le maintien de soins médicaux de qualité.

7.- C'est là, il faut bien l'avouer, une question très complexe qui demanderait sûrement, si l'on vise une réponse à caractère scientifique, des enquêtes sociologiques approfondies. Il faudrait, en effet, pouvoir mesurer d'une part la connaissance qu'ont les médecins des règles du droit actuel et d'autre part l'impact que cette connaissance a dans la réalité sur leur pratique (3). Pour essayer de répondre cependant, au moins de façon générale et très modestement à cette interrogation, il nous a paru utile de faire une double démarche. Tout d'abord, de tenter de faire le point en donnant une idée au moins schématique de la situation actuelle du droit de la responsabilité professionnelle médicale et hospitalière. Ensuite, de s'interroger sur ce qui ne va pas dans le droit actuel et sur les réformes qui pourraient y être apportées. Cette double interrogation nous permettra en effet d'un côté de prendre conscience des défauts du système actuel et donc d'identifier plus facilement les règles

de droit qui peuvent avoir un impact négatif sur la pratique de la médecine et, d'un autre côté, de mieux dégager les réformes susceptibles d'améliorer à la fois la science juridique et la science médicale.

I - LES POURSUITES EN RESPONSABILITÉ CIVILE: LA PATHOLOGIE

8.- C'est donc sur deux plans distincts que le monde médical adresse des reproches au Droit. Le premier est de type qualitatif: il existe, dit-on, un net changement d'attitude des tribunaux à l'égard des médecins, les juges se satisfaisant plus aisément qu'il y a quelques années, de la responsabilité civile des praticiens. Le second est un plan quantitatif: alors qu'avant 1978, les dommages-intérêts accordés paraissaient raisonnables, ils sont, de nos jours tellement considérables qu'ils deviennent économiquement insupportables pour l'ensemble du système. Examinons donc successivement la véracité de ces reproches.

A. LA MULTIPLICATION DES RECOURS

9.- Il n'y a pas de doute que, de plus en plus de réclamations sont effectivement dirigées contre des médecins et des établissements hospitaliers (4). Toutefois cette observation doit être replacée dans un double contexte. En premier lieu, en raison de la proximité des U.S.A. qui ont, en la matière un système très différent du nôtre, certains reproches, certaines statistiques ou certaines constatations sont souvent

l'objet de fausses extrapolations au Canada, ce qui contribue à entretenir chez les professionnels de la santé une certaine paranoïa et déforme complètement la réalité. La situation américaine, surtout telle que rapportée par les journaux, n'a pas vraiment de correspondance au Canada. En outre, il ne faut pas tomber dans le piège de croire que parce que le droit américain de la responsabilité médicale est effectivement en crise, cette crise arrivera inévitablement chez nous dans un avenir rapproché. En second lieu, il est inexact d'attribuer uniquement à un changement d'attitude du Droit l'augmentation des réclamations contre les médecins et les hôpitaux. Celle-ci est due aussi à une combinaison d'autres facteurs sociaux et culturels qu'il importe de rappeler au moins brièvement, avant d'examiner ceux qui sont proprement juridiques.

10.- Le premier est, à notre avis, l'apparition de ce que l'on peut appeler le "consommérisme de services professionnels". Dès la fin des années soixante, la population a été sensibilisée à la protection du consommateur. Les lois adoptées depuis par les différentes provinces du Canada en sont une consécration. Le consommérisme de produits est revendicateur et l'esprit qui le caractérise est encouragé par la loi. Si le produit n'est pas tel que représenté, ne correspond pas à l'utilité que recherchait le consommateur, a une vie trop courte, la loi secoure le contractant à l'aide de règles exorbitantes du droit commun et, la plupart du temps, partiales et orientées, faisant bénéficier le consommateur d'un préjugé favorable. Ce consommérisme, et surtout la mentalité qui le caractérise, d'abord réservé aux biens puis étendu à certaines catégories de services (réparation automobile par exemple) est peu à peu entré dans le

champ des services professionnels. Alors qu'il y a cinquante ans le canadien moyen hésitait (sauf négligence grossière) à poursuivre son médecin, de nos jours cette réticence a disparu. De la même façon qu'un acheteur mécontent de l'auto qu'il s'est procuré n'hésite pas à réclamer de son vendeur et du fabricant, de la même façon le patient mécontent des services de son médecin n'hésite-t-il pas non plus à le poursuivre. La pudeur des recours contre les professionnels est chose du passé.

11.- Cette attitude a sans nul doute été favorisée par la socialisation croissante de la médecine et des services médicaux dans certaines provinces comme le Québec. Puisque, par ses taxes le citoyen paye désormais pour ce qui est presque devenu un "service public" il s'estime en droit d'exiger plus et davantage.

12.- Un second facteur extrajuridique est la mutation profonde de la relation patient-médecin depuis quelques années. Pendant longtemps cette relation a été une relation d'autorité, une relation à sens unique. C'est le médecin qui, dans les faits, décidait, souvent unilatéralement, ce qu'était l'intérêt de son patient et prenait seul les mesures pour l'assurer. La volonté de ce dernier, sa participation aux choix thérapeutiques étaient réduites au strict minimum. De nos jours, et de plus en plus, cette vision est dépassée. On assiste au développement d'une relation plus égalitaire, où le patient a son mot à dire dans les décisions qui le concerne et où celles-ci sont le fruit d'une démarche commune.

13.- Cette nouvelle façon d'envisager la relation thérapeutique passe par un accroissement substantiel de la quantité et de la qualité de

l'information qui doit être fournie au patient. Il devient donc beaucoup plus difficile pour le professionnel de masquer certaines erreurs ou de mettre certains problèmes au compte de la nature ou de la fatalité. L'image du médecin n'est plus celle d'une sorte de demi-dieu, de thaumaturge tout puissant, auréolé donc du prestige dû à ces personnages, mais d'un être humain ordinaire, responsable de ses erreurs.

14.- Un troisième phénomène fort important est le passage de la "médecine-art" à la "médecine-science" ou, du moins la perception que le public en a. Les développements scientifiques de ces dernières années ont profondément altéré la pratique traditionnelle de la médecine. De plus en plus le praticien, qu'il soit généraliste ou spécialiste, ne pose de diagnostic ou n'entreprend de traitement qu'après avoir soumis son patient à des batteries d'examens et de tests scientifiques. Il se fie de moins en moins au diagnostic fondé sur la simple observation. Or, dans l'esprit du public la science bénéficie d'un certain préjugé d'infailibilité. Celui-ci comprend donc mal qu'un médecin, soutenu qu'il est par toute la logistique de la science et l'objectivité de ses résultats, puisse se tromper dans l'interprétation diagnostique des résultats scientifiques et dans l'administration des thérapies.

15.- Il est probable à cet égard que les médecins sont involontairement victimes d'une fausse perception de la réalité scientifique. Cette fausse perception n'en est pas moins réelle. Le public considère de moins en moins la médecine comme un art, entouré donc de vague, de flou et d'approximation. Il la voit de plus en plus comme une science exacte,

certaine, prédictive. Il n'est donc plus prêt à en accepter les limites et surtout l'échec.

16.- Bien d'autres facteurs, psychologiques et sociologiques mériteraient aussi d'être évoqués. Pour notre propos cependant, il serait trop long de s'y attarder. La chose n'est pas non plus indispensable, à notre avis, pour démontrer que ce n'est pas seulement le Droit qui est à la base de l'augmentation des réclamations contre les médecins et les établissements de santé. Par contre, certains facteurs juridiques demeurent importants. Nous nous pencherons sur trois d'entre eux, parce qu'ils nous paraissent les plus caractéristiques: l'abaissement du standard de faute exigée par la jurisprudence pour retenir la responsabilité civile; l'extension du lien de causalité et enfin l'importance croissante accordée au consentement éclairé.

1. L'ABAISSEMENT DU STANDARD DE LA FAUTE

17.- Que ce soit en droit civil avec la faute, ou en common law avec le concept de "négligence", il n'y a peu de doute qu'à l'heure actuelle la jurisprudence canadienne a changé ses standards. Elle est devenue plus exigeante pour le professionnel et trouve plus facilement une faute dans des conduites qui, il y a 25 ans, auraient échappées à ses foudres.

18.- Tout d'abord, il y a un certain glissement de la faute véritable vers l'erreur (5). Dans la théorie classique, la faute médicale est le comportement que n'aurait pas eu un médecin raisonnablement prudent et dilligent placé dans les mêmes circonstances (6). La faute est donc fondamentalement caractéristique d'une conduite professionnelle inacceptable. Traditionnellement aussi, l'obligation générale de prudence et de dilligence du médecin n'en est une que de moyens et non de résultat. On doit donc admettre qu'un "médecin raisonnable" puisse parfois se tromper, puisse à l'occasion commettre une erreur de jugement, excusable dans les circonstances et qui n'est pas nécessairement une faute civile. C'est ce que la jurisprudence de common law surtout connaît sous le vocable de l'"error of judgment" (7).

19.- La jurisprudence d'il y a quelques années, tant au Québec que dans les provinces de common law nous paraissait faire sinon explicitement, du moins intuitivement cette distinction entre faute véritable et erreur. Cette distinction, à l'heure actuelle, tend à s'estomper. De plus en plus, la simple erreur accède ainsi au rang de faute véritable (8).

20.- Ensuite, au niveau des règles de preuve, on peut aussi constater une certaine diminution des exigences quant à la quantité et la qualité de la preuve requise du demandeur. Cet allègement du fardeau de preuve de la demande est le résultat, en common law, d'un recours plus souple à la maxime "res ipsa loquitur" (9) et en droit civil d'une application plus généralisée de la doctrine des présomptions de fait (10).

Pour caricaturer un peu, l'accident "inexplicable", mais qui n'aurait pas dû survenir normalement, n'est plus considéré comme un "coup du destin". Tout se passe comme si on exigeait désormais une justification de la part des autorités hospitalières ou du médecin et que la responsabilité était présumée en l'absence d'explication satisfaisante.

2. L'EXTENSION DU LIEN DE CAUSALITÉ

21.- Pour le praticien, comme d'ailleurs pour le théoricien de la responsabilité civile, c'est souvent au niveau du lien de causalité que se décide le sort d'une action en responsabilité civile. La causalité est un problème juridique et philosophique extrêmement complexe qu'il n'entre évidemment pas dans notre propos d'examiner ici (11). Dans le cadre plus restreint de la responsabilité médicale cependant, quelques remarques nous paraissent utiles.

22.- La première est la tendance, qui n'est cependant pas nouvelle, des tribunaux lorsqu'ils se trouvent en présence d'une faute lourde, grossière ou volontaire d'escamoter l'examen du lien de causalité. La particulière gravité de la faute, jointe à l'existence du préjudice suffit à conclure en l'existence du lien de causalité.

23.- La seconde et la troisième remarques s'appliquent plus particulièrement au système de common law qui, sur ce plan, se sépare nettement du système de droit civil et donc du droit québécois.

24.- En common law, le test qui paraît généralement accepté par la jurisprudence est celui de la théorie de la "condictio sine qua non" connue sous le vocable du "but for..." (12), même si plus récemment, surtout eu égard au consentement éclairé, cette théorie paraît tempérée par celle de l'accroissement substantiel du risque (13). Les tribunaux se demandent donc la question suivante: n'eût été la conduite du défendeur, le dommage se serait-il quand même produit?

25.- Cependant on retrouve aussi, en common law l'application en matières médicales de la théorie de la "cause prochaine" ou "proximate cause" développée par la jurisprudence pour atténuer les effets d'une application trop rigide de la théorie générale. On dira donc que le médecin ne peut-être tenu responsable que pour cette partie du préjudice qui était normalement "prévisible" pour une personne raisonnable placée dans la même condition. L'application du critère de "prévisibilité" du dommage sert plus dans cette hypothèse de tempérament à une application trop large de la causalité sine qua non.

26.- La situation paraît différente en droit québécois. S'il est vrai que la jurisprudence du Québec tend à traiter le problème de la causalité comme un problème de fait et non de droit, il n'en reste pas moins que, dans l'ensemble, elle se tourne plus souvent vers la notion de causalité adéquate (14). Dans cette perspective, elle s'efforce donc de séparer la cause véritable, des simples circonstances ou occasions. Ce système permet donc d'exclure du champ de la causalité certaines conditions sine qua non. Cependant, même si sur le plan de la responsabilité délictuelle la chose nous paraît contestable, la jurisprudence québécoise a

parfois, un peu à la manière de la common law utilisé aussi le test de prévisibilité raisonnable du dommage (15). Comme on le sait, ce test ne devrait en principe être employé que pour décider de l'admissibilité de certains types de préjudice contractuel (16). On peut donc peut-être supposer (mais nous présentons cette constatation sous la forme d'une simple hypothèse), qu'il existe en common law, en raison de l'assouplissement jurisprudentiel des exigences du lien de causalité, une potentialité plus grande de rétention de responsabilité.

27.- Enfin, et n'étant pas spécialiste de la common law nous nous permettrons d'être très prudent sur ce point, n'y a-t-il pas lieu de croire que la récente affaire Kamloops (17), décidée par la Cour suprême du Canada et qui jette le filet de la causalité d'une façon extrêmement large, ne permettra pas, dans l'avenir un assouplissement encore plus grand du lien de causalité? Cette décision par contre, ne nous paraît pas, en toute déférence, pouvoir recevoir d'application en droit civil québécois.

3. L'IMPORTANCE CROISSANTE DU CONSENTEMENT ÉCLAIRÉ (18)

28.- Les affaires Hopp c. Lepp (19) et Reibl c. Hughes (20) ont profondément changé en common law les règles touchant l'obtention du consentement éclairé du patient. Alors qu'antérieurement la jurisprudence se contentait du "professional disclosure test" c'est-à-dire de ce qu'un

médecin raisonnable aurait divulgué à son patient, la Cour suprême en 1980 a été plus loin et a adopté le "full disclosure standard": le médecin est donc tenu de révéler au patient les risques qu'un patient raisonnable dans les mêmes circonstances aurait voulu qu'on lui révélât.

29.- Ici encore, à notre avis, common law et droit civil se séparent. En droit civil le médecin pour qu'on lui reproche une faute doit avoir omis de révéler ce qu'un médecin raisonnable placé dans les mêmes circonstances aurait révélé à son patient. On pourrait être tenté de croire alors que le droit civil a recours en fait à l'ancienne règle de common law. Il n'en est rien, car le test du droit civil, s'il part du médecin et non du patient, comporte cependant une évaluation de toutes les circonstances de l'espèce ce qui oblige donc à tenir compte, aussi et entre autres, des caractéristiques individuelles propres à chaque patient (21).

30.- Le nouveau contenu de l'obligation d'information et les nouvelles exigences jurisprudentielles auront, à long terme, un impact certain sur les réclamations en responsabilité civile (22). Le renforcement du contenu de l'obligation de renseignement exige, en effet, beaucoup plus du médecin. Les risques d'erreur, d'information insuffisamment donnée ou comprise sont en effet beaucoup plus grands qu'ils ne l'étaient. Il est à prévoir également que la tendance actuelle vers un plus grand égalitarisme des rapports patient-médecin se poursuivra et que l'influence des idées américaines sur la question se fera probablement sentir. Enfin, il est surtout prévisible que l'extension de l'obligation d'informer fasse

que de plus en plus de demandeurs préfèrent utiliser ce moyen plutôt que d'avoir à décharger le fardeau de la preuve d'une faute dans l'administration du traitement ou le diagnostic.

31.- En droit québécois, l'application des règles générales du consentement éclairé à l'acte médical pose certaines difficultés sur lesquelles il n'est peut-être pas inutile de s'attarder un peu. Certaines décisions, encore isolées il est vrai, ont, probablement sans le vouloir, bouleversé les règles traditionnelles du droit civil. Certains arrêts en effet (23), lors même que le traitement administré au patient a parfaitement réussi et que le médecin n'a commis aucune faute, ont retenu la responsabilité du praticien pour défaut d'obtention du consentement éclairé. Sur ce point aucune querelle, puisque l'obligation d'information est partie intégrante de la relation médicale et que sa violation est donc une faute civile. Par contre, à notre avis, la conséquence tirée par ces décisions, à l'effet que le médecin est alors comptable de l'ensemble des dommages subis par le patient nous semble discutable. Ces dommages ne sont en effet pas reliés à une faute dans l'administration du traitement mais ne sont qu'une conséquence d'un choix que l'on estime non suffisamment éclairé. En toute déférence pour l'opinion contraire, il nous semble donc que la compensation ne devrait s'opérer que sur la base d'une "perte de chance" (24). Ce ne serait donc pas toutes les conséquences de l'acte qui pourraient être compensées, mais seulement la traduction économique de la privation d'une option légitime. Il nous paraît en effet que de tenir le médecin responsable de tous les effets négatifs d'un traitement bien administré est tout simplement, par ce biais, transformer l'obligation de

soin, lorsque le consentement du patient n'a pas été suffisamment éclairé, en obligation de résultat, sinon de garantie en rendant le professionnel comptable d'un préjudice non directement relié à une faute de soin. Cette solution, au niveau du droit civil du moins, ne nous paraît pas heureuse.

32.- En conclusion donc sur ce premier point, nous pensons qu'effectivement, la jurisprudence canadienne, au cours de ces dernières années a sensiblement renforcé sa sévérité à l'endroit de la faute et de la négligence professionnelle et donc que les praticiens et les centres hospitaliers doivent s'attendre à un contrôle plus rigoureux des actes médicaux. Il reste à savoir cependant s'il s'agit là nécessairement d'une chose négative.

B. L'INFLATION DES OCTROIS DE DOMMAGES-INTÉRÊTS

33.- Nos commentaires sur ce second reproche adressé par les médecins au droit actuel seront plus sommaires pour deux raisons. Tout d'abord le problème, si problème il y a, n'est pas particulier aux actions en responsabilité médicale, mais affecte l'ensemble du droit de la responsabilité civile. Ensuite, pour l'étudier à fond il faudrait y consacrer un colloque entier, afin de mesurer sur le plan économique, sociologique et juridique, l'impact de la célèbre trilogie de la Cour suprême du Canada en 1978 (25). Ceci serait hors propos.

34.- La première constatation que l'on peut faire est que les octrois moyens des tribunaux à travers le pays pour compenser le dommage ont très substantiellement augmenté depuis 1978. Des indemnités touchant les six chiffres sont maintenant sinon chose courante, du moins chose possible. La perception de ce phénomène par le praticien ne peut évidemment être que négative. Il signifie pour lui d'une part une augmentation substantielle des primes d'assurances, voire parfois l'impossibilité de se faire assurer, d'autre part une épée de Damoclès pouvant parfois provoquer une ruine financière totale.

35.- Pourtant la courageuse réforme de 1978 était à la fois nécessaire et souhaitable. Nécessaire parce qu'il fallait établir une base scientifique et rationnelle de l'évaluation du préjudice. Pendant trop longtemps, en effet, celle-ci n'a été faite que par amateurisme éclairé certes, mais amateurisme quand même. La méthode dite de la "juste indemnité" ou de "l'indemnité raisonnable", l'amputation des indemnités accordées pour aléas de la vie, la technique dite du "calcul global" faisaient en sorte que, du moins pour les préjudices importants, les victimes d'accidents médicaux étaient sous-compensées. Elle ne jouissaient pas en outre, contrairement à certains autres groupes (les travailleurs, les accidentés de la route par exemple), d'un système d'indemnisation minimale sans égard à la faute. Elles supportaient donc le double risque des aléas du litige et d'une sous-indemnisation. La Cour suprême a heureusement mis sur pied un système cohérent articulé et rationnel. Certes, il demeure possible de le critiquer. On peut ne pas être en accord avec certaines de ses règles, par exemple celle sur les plafonds fixés pour la compensation

du préjudice non économique ou celle sur l'adoption de la thèse dite fonctionnelle par l'indemnisation du préjudice d'agrément. On doit, par contre, admettre qu'à défaut d'intervention législative, il constitue un remarquable exemple de droit prétorien et un modèle logique et cohérent.

36.- Il n'est donc pas surprenant, habitués que nous étions à des indemnités modestes, ne dépassant que très rarement les centaines de milliers de dollars, que nous soyons maintenant effarés par des octrois touchant le million. Au lieu d'être surpris par ces chiffres, nous devrions plutôt nous inquiéter du sort de ceux qui, compensés avant 1978 n'ont désormais plus un sou de reste pour faire face à leurs besoins.

37.- Encore une fois notre propos ici n'est pas de prétendre que le régime actuel d'indemnisation du préjudice est le meilleur possible et doit être conservé tel quel. Comme nous allons le voir dans la seconde partie de cet texte, il existe des solutions de rechange. Notre thèse est beaucoup plus simple: dans les limites du système traditionnel d'évaluation et de compensation du préjudice, les règles développées par la Cour suprême du Canada fournissent dans l'ensemble un résultat juste, équitable et raisonnable pour les victimes.

II - LES POURSUITES EN RESPONSABILITÉ CIVILE: LA THÉRAPIE

38.- La très grande majorité des juristes est d'accord, nous semble-t-il, tant au Québec que dans les autres provinces canadiennes, pour affirmer qu'il est possible d'améliorer le système actuel, de façon à le rendre plus équitable pour toutes les parties en cause.

39.- Comme pour la médecine, il existe deux possibilités de thérapie. La première est la thérapie conventionnelle, qui se conçoit, à l'intérieur du système actuel de responsabilité civile basé sur la faute, et tente, une fois les points faibles du régime identifiés, d'y apporter remède. La seconde est la thérapie de choc qui consiste à remettre en question, comme certains pays l'ont déjà fait, le système lui-même et à y substituer un autre jugé préférable.

A. LA THÉRAPIE CONVENTIONNELLE:

40.- Il est évident qu'un certain nombre de changements pourraient, avec bonheur, être apportés au système actuel. En dresser une liste exhaustive serait impossible dans le cadre restreint de cette étude. Nous nous contenterons donc d'identifier ceux qui nous paraissent les plus significatifs d'abord sur le plan des règles de fonds et ensuite sur celui des règles de forme, de preuve et de procédure. Pour ce faire, le contraste avec le droit et le système américain est particulièrement important puisque, dans certains cas, il permet d'identifier plus facilement

les bavures à partir d'un modèle qui a souvent poussé les exagérations au bout.

1. LES RÈGLES DE FOND

41.- On doit souhaiter, à notre avis, sur les fondements mêmes et les éléments de la responsabilité civile médicale, la continuation de l'oeuvre jurisprudentielle. Si, en common law comme en droit civil, on entend rester fidèle aux concepts de négligence et de faute et, que l'on accepte l'analyse actuelle du lien de causalité, il nous semble préférable de laisser aux tribunaux le soin d'articuler ces concepts aux fil du contentieux. On peut cependant émettre certains souhaits. Le premier est que la jurisprudence, dans la preuve de la faute professionnelle, se montre plus rigoureuse. En d'autres termes, qu'elle ne transforme pas l'obligation de moyens du médecin en une obligation de résultat. Sévères, les tribunaux doivent l'être, parce que les victimes d'accidents médicaux ont droit à compensation. Toutefois, dans le système actuel, ils doivent aussi exiger la preuve d'une faute véritable et éviter de faire supporter aux médecins ou aux hopitaux les risques du simple accident thérapeutique.

42.- Le système, en effet, postule que la société tolère l'existence d'un certain nombre d'accidents médicaux et donc que certaines victimes n'obtiennent jamais de compensation. L'affaire Lapierre (26), au Québec a bien rappelé ce principe lorsque la Cour suprême a cité avec

approbation un passage très significatif du juge McCarthy de la Cour d'Appel du Québec.

"À mon avis, une obligation indépendante de toute faute dans des circonstances telles celles du cas présent, serait une excellente chose, mais notre droit actuel ne la prévoit pas." (27)

43.- Un second souhait concerne l'identification du lien de causalité. D'une façon générale et plus particulièrement en matières médicales, il nous semble opportun que la jurisprudence cesse de faire du lien de causalité une pure et simple question de fait et s'attache davantage à rester fidèle à l'une ou l'autre des grandes conceptions de ce lien. Il nous paraît malheureux que, de façon non délibérée, la jurisprudence aille puiser ses solutions tantôt dans la théorie de la causalité adéquate, tantôt dans celle de l'équivalence des conditions, tantôt enfin dans celle de la proximité de la cause. Cet éclatement du lien de causalité rend difficile la prédiction des résultats et la rationalisation des règles de responsabilité.

44.- En troisième lieu, il y aurait peut être lieu que la Cour suprême se penche à nouveau sur la notion et le contenu du consentement éclairé en étant consciente du fait que plusieurs modèles sont possibles. Le Canada doit-il s'orienter vers la théorie américaine? Doit-il, au contraire, comme l'a fait la Chambre des Lords dans l'affaire Sidaway c. Board of Governors of the Bethlehem Royal Hospital (28) rejeter le modèle américain au profit de règles plus conservatrices?

45.- Enfin, et surtout pour le droit civil, un effort jurisprudentiel doit être fait pour mieux définir les relations juridiques entre l'établissement hospitalier et le médecin dans le cadre de la responsabilité civile. Comme on le sait, professionalism et lien de préposition sont antinomiques en doctrine classique (29). Cette règle amène certains auteurs à insister sur la primauté du cadre contractuel (30) qui permet de retenir plus facilement la responsabilité pour autrui et donc celle de l'hôpital, pour l'acte fautif du médecin. N'y aurait-il pas place ici pour une modification de la tradition jurisprudentielle classique? Ne devrait-on pas explorer davantage l'idée du lien de "préposition professionnelle" (31)?

46.- Pour ce qui est, second volet, de l'évaluation du préjudice, certaines règles actuelles pourraient aussi soit être abolies dans la mesure où elles existent déjà dans les différents droits provinciaux soit, si tel n'est pas le cas, être écartées en s'appuyant sur les mauvaises expériences américaines.

47.- Certaines provinces ont aboli soit totalement, (le Québec), soit partiellement (l'Ontario, par exemple) le procès par jury en matières civiles. Pour la responsabilité médicale, cette règle nous paraît saine. La complexité de l'évaluation de la faute et celle de la fixation du montant de l'octroi sont trop grandes pour être laissées à la discrétion du douze citoyens moyens (32).

48.- Une seconde réforme possible et que nous estimons personnellement souhaitable est la disparition complète des dommages punitifs ou exemplaires. Malgré le poids de la tradition de common law à cet égard (33), il nous semble préférable d'en revenir au sens profond de la théorie des dommages en responsabilité civile: l'action doit avoir pour but exclusif de réparer et non de punir. C'est aux cours criminelles et aux tribunaux disciplinaires que doit appartenir la tâche de sanctionner une conduite médicale entachée de mauvaise foi ou de négligence grossière et non aux tribunaux civils. L'abus des dommages punitifs aux U.S.A. est un non sens et a contribué de façon significative à une inflation inutile des montants octroyés. C'est un exemple qui ne doit surtout pas être suivi. Au Québec, les dommages punitifs, en raison de certains textes de la Charte, peuvent désormais être accordés (34). De plus l'O.R.C.C. a recommandé leur généralisation en cas d'atteinte intentionnelle (35). Il y aurait lieu, à notre avis, de revoir cette politique.

49.- Une troisième réforme qui, à notre avis, demande au moins une discussion sérieuse, est celle du mode de versement de la compensation. Traditionnellement dans notre pays, l'indemnisation est faite sous la forme d'un versement de capital unique. Dans bien d'autres, au contraire, notamment sur le continent européen, l'indemnisation est versée sous forme de rente (36) avec plus ou moins de succès et plus ou moins de bonheur d'ailleurs. Il faut se garder de croire, en effet, que la substitution d'un régime de rente au régime actuel constitue une panacée universelle. Toutefois, le succès pratique des transactions à paiement différé au

Canada est tel qu'il doit nous amener à nous poser sérieusement le problème (37). N'est-il pas, en effet, opportun d'assurer une pleine compensation à la victime, au moyen d'un système qui, pour le débiteur, représente une économie substantielle?

50.- Enfin, d'autres réformes peuvent être envisagées. Y-aurait-il lieu selon l'exemple donné par la Cour suprême, de plafonner les indemnités pour le préjudice non économique (38)? Devrait-on (et la chose va faire l'objet d'une discussion particulière au cours de ce colloque), interdire complètement les cumuls d'indemnités et aller jusqu'à prendre en considération les polices d'assurances détenues par la victime?

2. LES RÈGLES DE FORME, DE PREUVE ET DE PROCÉDURE

51.- À un niveau général tout d'abord, et s'inspirant de certaines études américaines sur la question, il y a lieu de s'interroger sérieusement sur des modes de résolution des conflits en matière médicales autres que le procès devant les tribunaux civils (39).

52.- Les coûts élevés du système obèrent le fonctionnement actuel de la responsabilité civile médicale. Dans beaucoup d'états américains, et selon des modalités d'ailleurs très diverses, des techniques d'arbitrage ont été mises au point avec, dans certains cas, des succès remarquables (40). L'arbitrage a l'avantage d'être moins formaliste, moins coûteux que la procédure civile régulière. La relaxe des règles de preuve et de procédure produit également des résultats heureux et favorise les

transactions. Pourtant, à notre connaissance, ce genre d'exercice se pratique fort peu au Canada. Les juristes canadiens auraient pourtant grand intérêt au moins à examiner attentivement cette question.

53.- Pour ce qui est de la preuve, quiconque comme avocat a touché à la responsabilité civile médicale en demande ou en défense, ne manquera pas de se plaindre du système actuel de l'expertise. Souvent le demandeur d'abord a du mal à trouver un expert qui acceptera de venir dire au tribunal que son confrère s'est trompé, parce qu'il est conscient, bien souvent, du fait qu'il aurait pu lui aussi se retrouver dans cette situation. Ce problème d'accessibilité est doublé d'un problème de coûts. L'expertise est de plus en plus coûteuse et parfois, devant l'incertitude de la prévisibilité du résultat, les parties renoncent à des moyens qui permettraient de bien soutenir leurs prétentions. Enfin, surtout dans un domaine aussi complexe que la médecine, l'expertise devrait être objective. Or, notre système contradictoire fait tout pour qu'elle soit ou au moins paraisse partisane. Le droit malheureusement, s'embarasse fort peu en la matière de "nuances" et recherche des réponses tranchées, blanches ou noires, alors que la science oblige souvent à demeurer dans la probabilité et dans le gris. Il y aurait donc lieu de revoir, en matière de responsabilité médicale, l'ensemble des règles de l'expertise dans le but de les simplifier, d'en diminuer les coûts et de mieux favoriser l'indépendance et la neutralité de l'expert.

54.- Sur le plan de la pratique, il convient de dire quelques mots sur certaines réformes touchant l'action en responsabilité civile. La

pratique des honoraires conditionnels (contingency fees) est courante aux États-Unis. Elle a donné lieu à des exagérations qui ont souvent été dénoncées et à des tentatives de plus en plus fréquentes d'en restreindre la pratique. Au Canada, comme nous le verrons au cours d'une session de ce symposium, cette pratique n'est pas vue avec faveur par les barreaux des différentes provinces, lorsqu'elle n'est pas carrément interdite. L'impact du "contingency fee" sur l'économie même de l'action en responsabilité civile médicale est indéniable. Sans donc nécessairement préjuger des avantages ou des désavantages qu'il y aurait à permettre ce système, il nous semble là également qu'il y a place pour une étude sérieuse de la question.

55.- Enfin, la pratique de plus en plus courante aux U.S.A. (heureusement pas encore trop répandue chez nous) des poursuites frivoles doit être sévèrement condamnée. Certains avocats américains, en effet, connaissant la solvabilité probable des médecins, leur peur de la publicité et leur relative vulnérabilité, n'hésitent pas à poursuivre à tort et à travers et à littéralement aller à la pêche, dans l'espoir d'obtenir par lassitude, un règlement intéressant. Récemment les tribunaux américains ont commencé à se montrer plus sévères à cet égard en condamnant personnellement l'avocat à tous les frais de la cause (41). Même s'il s'agit là, bien évidemment d'une sanction très lourde, il y a lieu dans les cas extrêmes d'applaudir cette initiative. Il faut éviter, en effet, la commercialisation et le chantage calculé dans le domaine de la responsabilité civile médicale. Personnellement, avant d'en arriver à des mesures aussi radicales nous souhaiterions que les comités de discipline des divers

barreaux se montrent beaucoup plus sévères qu'ils ne le sont actuellement à cet égard.

56.- Telles sont, fort imparfaitement et d'une façon très incomplète, un certain nombre de réformes qui soit pourraient déjà directement être mises en oeuvre, soit faire au moins l'objet d'un examen sérieux. Ce serait la thérapie douce, la thérapie conventionnelle qui permettrait peut être d'éviter que notre système soit obligé de passer à une thérapie agressive.

B. LA THÉRAPIE AGRESSIVE

57.- Sur ce dernier point, nous nous permettrons d'être très brefs non qu'il soit inintéressant ou manque d'actualité bien au contraire, mais parce qu'il constitue en lui même un immense sujet de discussion auquel il faudrait consacrer des développements très importants et de nombreuses recherches scientifiques.

58.- Dans la plupart des provinces canadiennes le législateur a cru bon, pour des raisons qui tiennent parfois à des idées de justice sociale, parfois à une analyse économique des risques, de créer un régime séparé de responsabilité civile. Il en est ainsi pour prendre deux exemples bien connus des accidents du travail et des accidents de la circulation routière. Le Canada n'est pas, sur ce point, un exemple isolé. Il ne fait que suivre une tendance généralisée en droit comparé.

59.- On peut donc sérieusement se demander si, pour les accidents thérapeutiques, il ne serait pas souhaitable de créer un régime particulier de responsabilité civile. Ne devrait-on pas, par exemple, compenser les victimes sans égard à la faute du médecin ou de l'établissement hospitalier?

60.- Cette suggestion n'est pas nouvelle. Dès 1964, un auteur américain Ehrenzweig (42) faisait déjà à cet égard certaines suggestions qui, de nos jours, paraissent bien modestes. Depuis, l'idée a effectivement été reprise par d'autres et fait, à l'heure actuelle, l'objet de discussions. Une telle discussion est saine parce qu'elle amène à se poser des questions fondamentales qui intéressent la société toute entière: est-il légitime socialement que certaines victimes d'accidents médicaux restent non compensées? Le système actuel de répartition du coût économique des erreurs médicales est-il juste?

61.- Par contre, à notre avis, on ne peut pas affirmer, à l'heure actuelle, autrement qu'à un niveau philosophique, que le système classique de responsabilité civile traditionnel, tel qu'appliqué à la pratique médicale est insatisfaisant. Dans l'ensemble, et sous réserve de certaines améliorations possibles, il n'a pas atteint le spectacle caricatural du droit américain. Les différences de tradition et de culture d'avec nos voisins du sud sont probablement trop profondes pour que le droit de nos différentes provinces soient sérieusement menacés du même sort. Ce n'est cependant pas une raison pour ne pas le remettre en question. Il faudrait sûrement une autre rencontre du type de celle d'aujourd'hui pour répondre à cette interrogation.

CONCLUSION

62.- "L'état actuel du droit de la responsabilité professionnelle médicale et hospitalière est-il incompatible avec la qualité des soins médicaux?".

Telle était la question posée à l'origine et à laquelle, après ce long périple pathologique et thérapeutique, il importe maintenant de s'efforcer de répondre.

63.- L'impact des règles de droit sur les soins médicaux est extrêmement difficile à mesurer. Il n'y a pas de doute que le spectre d'une éventuelle responsabilité civile du médecin ou des autorités hospitalières peut constituer un facteur important d'influence sur la pratique médicale. On dit, par exemple, de façon assez courante que la multiplication du nombre des césariennes au Canada est due en partie au désir des obstétriciens de se protéger contre les risques jugés élevés de l'accouchement ordinaire dans certains cas.

64.- D'une façon plus globale le développement et le resserrement de la responsabilité civile médicale a, à notre avis des impacts à la fois positifs et négatifs sur la pratique de la médecine.

65.- À l'acquit, on doit, selon nous, mettre le développement des règles concernant le consentement éclairé. En changeant et en augmentant l'intensité de l'obligation de divulgation, le droit a reconnu une plus grande importance au respect de la personne humaine. Il a placé le

patient au centre même des décisions thérapeutiques et contribue donc au développement d'une relation plus bilatéralisée, plus franche et qui devrait aider, plutôt que nuire, à l'exercice de la profession. Dépouillée de sa structure d'autoritarisme à sens unique, la relation médicale devrait devenir plus saine dans une perspective à long terme, parce que moins susceptible d'entraîner des abus d'autorité.

66.- À l'acquit aussi doit, à notre avis, être placé la plus grande sévérité des tribunaux à l'égard des fautes professionnelles. Comme le dit le proverbe, "la crainte est le début de la sagesse". Dans le domaine médical, eu égard à la publicité que reçoivent ces causes, on peut penser que la menace d'une action en responsabilité civile peut avoir, sur l'ensemble du corps médical, un certain effet exemplaire et préventif et permettre donc sinon d'éliminer, du moins de restreindre des comportements aberrants ou risqués et d'assainir ainsi la pratique.

67.- Enfin, à l'acquit aussi, mais d'une façon plus générale doit être mis le fait que désormais les victimes dont l'action est maintenue, reçoivent une indemnisation raisonnable pour leur préjudice et ne doivent pas demeurer à la charge de la société.

68.- Par contre, il faut bien l'admettre, le développement de la responsabilité civile médicale n'a pas que des impacts positifs. Parmi les impacts négatifs il faut mentionner l'augmentation du coût des soins de santé (qui est dû à une combinaison de facteurs dont seulement certains sont reliés à l'augmentation des poursuites et des montants octroyés).

69.- Il faut mentionner aussi et surtout un danger qui est très sensible à l'heure actuelle: celui d'une généralisation de la pratique défensive de la médecine. Pour éviter les poursuites, hôpitaux comme médecins peuvent en effet être tentés de se restreindre à une pratique conservatrice, dans laquelle les risques sont éliminés au profit de solutions ou de thérapies moins éprouvées, mais aussi moins aléatoires. Ce phénomène a été déjà observé aux U.S.A. et risque de porter un dur coup à la médecine innovatrice, à la médecine agressive, à la médecine de pointe.

70.- Le second danger est la multiplication inutile des consultations et des tests cliniques. Plus d'un médecin, en effet, qui avant se fiait uniquement ou principalement à son diagnostic personnel exige maintenant, pour éviter le risque d'erreur, soit des batteries de tests souvent inutiles, soit des consultations de spécialistes ou même de superspécialistes pour diluer la probabilité des erreurs. Il n'est pas sûr qu'à long terme le patient sorte véritablement gagnant de cet état de choses. En effet, un tel système entraîne une plus grande lenteur dans l'intervention médicale. Il coûte aussi fort cher au patient lui-même et à la collectivité et provoque enfin probablement une certaine diminution du sens des responsabilités personnelles chez le professionnel.

71.- Enfin, il reste que trop souvent, les menaces de poursuite affectent tellement professionnellement et psychologiquement la médecine qu'elles provoquent une déstabilisation de celle-ci. Déstabilisation au niveau individuel tout d'abord par la désillusion créée chez le praticien

qui se voit condamné et donc ostracisé socialement pour un comportement à l'égard duquel il n'éprouve nulle culpabilité morale et avec lequel la grande majorité de ses confrères se montrent d'accord. Déstabilisation au niveau collectif ensuite, par la désertion de certains champs de pratique (obstétrique, neuro-chirurgie) jugés à trop hauts risques. C'est donc, en fin de compte un équilibre fort délicat que le droit doit s'efforcer de réaliser.