

Les Cahiers de droit

Vers l'amélioration d'un système basé sur la faute

Jean-Louis Baudouin



Volume 28, Number 1, 1987

URI: <https://id.erudit.org/iderudit/042797ar>

DOI: <https://doi.org/10.7202/042797ar>

[See table of contents](#)

Publisher(s)

Faculté de droit de l'Université Laval

ISSN

0007-974X (print)

1918-8218 (digital)

[Explore this journal](#)

Cite this article

Baudouin, J.-L. (1987). Vers l'amélioration d'un système basé sur la faute. *Les Cahiers de droit*, 28(1), 117–124. <https://doi.org/10.7202/042797ar>

Tous droits réservés © Faculté de droit de l'Université Laval, 1987

This document is protected by copyright law. Use of the services of Érudit (including reproduction) is subject to its terms and conditions, which can be viewed online.

<https://apropos.erudit.org/en/users/policy-on-use/>

Érudit

This article is disseminated and preserved by Érudit.

Érudit is a non-profit inter-university consortium of the Université de Montréal, Université Laval, and the Université du Québec à Montréal. Its mission is to promote and disseminate research.

<https://www.erudit.org/en/>

Vers l'amélioration d'un système basé sur la faute

Jean-Louis BAUDOUIN *

Notre but ici n'est pas tant de présenter les axes possibles d'une réforme du droit de la responsabilité civile médicale et hospitalière, que de dresser un bref bilan de la situation actuelle. Ce bilan nous amènera cependant naturellement à nous interroger sur certains problèmes et éventuellement à suggérer certaines modifications aux règles du droit actuel.

Il est fréquent d'entendre dire, depuis quelque temps, qu'il existe une véritable crise de la responsabilité médicale et hospitalière. Les médecins en accusent les juristes, les avocats en premier lieu, en leur reprochant d'intenter des poursuites à tort et à travers en sachant fort bien la terreur que représente pour le praticien moyen la menace d'une action en responsabilité civile. Les juges et les tribunaux sont aussi pris à partie parce que, prétendent, ceux-ci exagèrent grossièrement le montant des indemnités versées aux victimes. Les assureurs sont enfin également visés. On leur reproche des hausses inconsidérées des primes d'assurances, hausses fondées plus sur la mauvaise gestion de leur portefeuille, que sur l'augmentation effective du nombre des sinistres.

Ces propos, s'ils peuvent contenir un fond de vérité, doivent être sérieusement relativisés. Si crise il y a, cette crise est en effet loin d'être aussi sérieuse qu'on le prétend. Il convient tout d'abord de se méfier des chiffres parfois cités à tort et à travers. Ils sont trompeurs parce que provenant souvent de l'étranger, en particulier des États-Unis, où la situation est très différente de la nôtre. Il est loin ensuite d'être prouvé qu'en valeur réelle le nombre des condamnations ait connu une montée aussi spectaculaire que certains le croient. Enfin, la situation de l'assurance-responsabilité est, elle aussi, présentée souvent de façon déformée sinon caricaturale. S'il est vrai qu'une partie des augmentations de prime est due à l'accroissement des indemnités judiciaires, il est aussi exact qu'une autre partie a été provoquée

* C.R., professeur à la Faculté de droit de l'Université de Montréal.

par la récente crise mondiale de la réassurance et par certains mauvais placements effectués par les compagnies d'assurance au début des années 80¹.

Tout cependant n'est évidemment pas pour le mieux dans le meilleur des mondes et loin de nous l'idée de le prétendre. Notre tâche est de dresser un bilan de la situation au Québec, du double point de vue, des règles de fond d'abord et, ensuite, des règles de forme, de preuve et de procédure.

1. Les règles de fond

Sur le plan du fond toutes les critiques, à l'heure actuelle, se concentrent autour de deux grandes questions : les normes de la responsabilité d'une part et l'évaluation des dommages d'autre part.

S'agissant des normes de la responsabilité civile, une mise au point préliminaire à toute discussion doit être faite. Dans le cadre de notre système actuel, il faut, en effet, admettre un postulat fondamental, à savoir qu'il existe dans la société, un certain nombre de victimes d'accidents thérapeutiques qui ne recevront jamais de compensation, parce que le dommage qu'elles ont subi se relie à un véritable « accident » et non à la faute d'un médecin ou d'un établissement hospitalier. Sur le plan philosophique, ce postulat est sûrement contestable. On peut, en effet, légitimement prétendre que là aussi, comme dans d'autres domaines, on devrait y substituer une notion élargie de risque social. Ce n'est cependant pas la situation actuelle. Comme la Cour suprême l'a si bien affirmé dans l'affaire *Lapierre*², si notre société veut un mécanisme de compensation automatique, il convient de changer le système actuel et d'en modifier les règles.

Si l'on accepte, pour fins de discussion, le schéma de la responsabilité classique certaines remarques me paraissent s'imposer au niveau de la faute, du lieu de causalité et de la responsabilité pour autrui.

La faute tout d'abord. Deux constatations peuvent être faites. La jurisprudence me paraît d'abord avoir quelque peu modifié ses standards d'appréciation de la conduite fautive. Les tribunaux, me semble-t-il, se montrent plus exigeants maintenant à l'égard des professionnels (et donc des médecins) qu'ils ne l'étaient auparavant. Dans les années 30, par exemple, pour qu'un médecin soit tenu responsable, il fallait qu'il ait véritablement

1. Voir sur ce sujet : E. BELTON, « General Trends and Problems in Liability Insurance », conférence prononcée au Congrès de l'Institut canadien de l'administration de la justice, 1986.

2. *Lapierre c. Procureur général du Québec*, [1979] C.S. 907 ; [1983] C.A. 631 ; [1985] 1 R.C.S. 241.

commis une faute grossière ou une faute lourde. De nos jours, au contraire, les tribunaux semblent se concentrer davantage de ce que l'on peut appeler la faute normale, la faute ordinaire, c'est-à-dire la simple erreur de diagnostic ou de traitement, erreur de bonne foi, certes, mais erreur quand même³. De ce fait, les tribunaux sont, à mon avis, le reflet fidèle de la réalité sociale. En effet, la perception qu'a le public des professionnels (et en particulier des professionnels de la santé) a beaucoup changé depuis 25 ans et ce pour diverses raisons. La première est l'apparition de l'esprit de « consumérisme » à l'endroit des professionnels. À l'origine, la protection du consommateur était strictement réservée aux échanges patrimoniaux. Son système fut étendu ensuite à certaines catégories de services (réparation d'automobile, par exemple). Son esprit revendicateur s'est peu à peu transposé au domaine des services professionnels. Le public, plus qu'à n'importe quelle autre période de l'histoire, tient le professionnel comptable de ses actes et, en matières médicales, n'est plus disposé à mettre les accidents thérapeutiques au compte de la fatalité. Une seconde raison est le passage de la médecine-art à la médecine-science. La médecine se repose de plus en plus sur la technologie pour établir les diagnostics et assurer les traitements. Ce faisant, elle a involontairement projeté une image (fausse d'ailleurs) d'infaillibilité. Autant le patient moyen peut être disposé à pardonner une erreur humaine, autant n'est-il pas prêt à le faire, lorsque celle-ci résulte d'une fausse ou mauvaise interprétation d'une batterie de tests scientifiques. Il existe d'autres facteurs qu'il serait trop long d'exposer en détail ici (changement de structure de la relation patient-médecin, influence des assurances, impact de la socialisation de la médecine, etc.) qui, en bref, font que le médecin n'est plus de nos jours considéré comme un dieu ou un faiseur de miracles.

Toujours au plan de la faute, l'expérience pratique du prétoire montre que les tribunaux sont en général moins exigeants qu'auparavant sur la preuve de la conduite fautive. Sans aller jusqu'à appliquer la maxime *res ipsa loquitur*, la lecture de certains arrêts montre une tendance de leur part à faire supporter par le défendeur les conséquences de l'accident inexplicable logiquement dans des circonstances ordinaires, par le biais des présomptions de fait⁴. En cas de doute le bénéficiaire n'en va plus nécessairement au médecin, mais souvent au demandeur.

3. Sur la distinction entre l'erreur médicale et la faute médicale, distinction préconisée d'une manière générale par A. TUNC, *La responsabilité civile*, Paris-Economica, 1981, p. 114 s., voir J. PENNEAU, *Erreur et faute en matière de responsabilité médicale*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1973.

4. Voir : A. MECS, « Medical Liability and the Burden of Proof: An Analysis of Recent Quebec Jurisprudence », (1970) 16 *McGill L.J.* 163. Aussi : R. BOUCHER, « Les présomptions de fait en responsabilité médicale », (1976) 17 *C. de D.* 317.

Sont-ce bien là des défauts ? À mon avis on doit répondre négativement au plan de la politique juridique. En effet, ce resserrement de la notion de faute d'une part favorise, sans nul doute, une meilleure protection du public face aux actes professionnels, protection qui, il faut bien le dire, n'est pas toujours bien assurée par les corporations professionnelles et les organismes disciplinaires. D'autre part, à long terme, il doit normalement avoir pour conséquence d'améliorer la qualité des services médicaux, à condition toutefois de ne pas tomber, comme aux U.S.A., dans l'excès contraire et d'obliger les médecins à pratiquer une médecine défensive au lieu d'une médecine agressive et de pointe.

Sur le lien de causalité, je me permettrai deux observations critiques. La première est qu'en responsabilité médicale surtout, il existe, dans la jurisprudence actuelle un net flottement et une hésitation, qui, en toute déférence, me semble regrettable. Certaines décisions en effet, appliquent la théorie de la causalité adéquate, d'autres le concept de la causalité *sine qua non*, d'autres enfin le système de l'équivalence des conditions⁵. Il en résulte un manque de cohésion et une difficulté certaine pour le praticien au niveau de la prévisibilité raisonnable et naturelle des résultats judiciaires.

La seconde me paraît être l'émergence d'un certain courant jurisprudentiel touchant l'impact de l'absence de consentement éclairé sur l'évaluation du dommage. Certaines décisions tiennent en effet que si le patient ne donne pas un consentement éclairé à l'acte médical, le médecin devient responsable de l'ensemble des dommages qui en résultent, même s'il n'a commis aucune faute dans l'établissement du diagnostic ou l'administration du traitement⁶. En d'autres termes, le médecin est alors comptable non plus d'une obligation de moyens, mais d'une obligation de résultat, sinon de garantie. Par rapport au lien de causalité, il m'apparaît au contraire que la seule mesure logique du dommage pouvant être recouvré, devrait être uniquement la perte d'une chance et non l'ensemble des effets économiques négatifs du traitement non librement consenti, mais bien administré. Il me semble y avoir là une incohérence théorique et pratique et il me paraîtrait souhaitable que la Cour d'appel ou la Cour suprême précise, à cet égard,

5. Il faut noter ici que sur ce plan, droit civil et common law se séparent nettement, le premier adoptant plus volontiers le système de la causalité adéquate et non celui de la « *condition sine qua non* ». On peut donc soutenir que la récente décision de la Cour suprême étendant le lien de causalité très largement dans l'affaire *City of Kamloops c. Nielsen*, [1984] 2 R.C.S. 2 n'a pas d'application en droit civil québécois.

6. Par exemple : *Sunne c. Shaw*, [1981] C.S. 609 ; *Schierz c. Dodds*, [1981] C.S. 589.

pour le droit civil, l'exacte portée des arrêts *Reibl c. Hughes*⁷ et *Hopp c. Lepp*⁸.

Enfin, dernière remarque de fond, il faut souligner un écueil majeur du droit actuel, dans le système jurisprudentiel de la responsabilité pour autrui. Notre droit continue à maintenir une distinction artificielle entre les régimes de responsabilité contractuelle et de responsabilité délictuelle ou légale. Comme on le sait, en principe et sauf rares exceptions, un médecin ne peut jamais être considéré comme le préposé de l'hôpital où il exerce, lorsqu'il s'agit d'appliquer les règles de la responsabilité délictuelle. Par contre, le centre hospitalier peut être tenu responsable de la faute du médecin s'il existe un lien contractuel⁹. Si l'on oublie pour un moment la technicité de ces solutions et que l'on se penche sur la philosophie et la téléologie de cette distinction, elle apparaît complètement artificielle et même byzantine. Il est impensable qu'à la fin du vingtième siècle la responsabilité d'un hôpital dépende d'un « accident de parcours » formaliste qui est la présence ou non d'un contrat dont on peut sérieusement mettre en doute la réalité même. La jurisprudence pourrait peut-être faire preuve ici de plus d'imagination et développer l'idée du « lien de préposition professionnel »¹⁰.

S'agissant maintenant de l'évaluation du préjudice, ma première remarque en sera une de satisfaction à l'égard de ce que l'on appelle maintenant la trilogie de la Cour suprême¹¹. Dans l'ensemble, en effet, ce remarquable effort de droit prétorien a remédié à des injustices réelles qui étaient la conséquence de méthodes d'évaluation laxistes, approximatives et non scientifiques. Certes, certaines règles de la trilogie mériteraient d'être revues ou développées. On songe notamment, au plafond fixé à l'indemnisation du préjudice non économique et à l'applicabilité du droit civil de la théorie dite « fonctionnelle ». Dans l'ensemble toutefois, les règles de 1978 sont excellentes et les résultats obtenus en pratique pour les demandeurs sont justes.

Une seconde remarque porte sur l'application d'un texte actuel de la *Charte des droits et libertés de la personne*¹² et d'un texte proposé dans le

7. *Reibl c. Hughes*, [1980] 2 R.C.S. 880.

8. *Hopp c. Lepp*, [1980] 2 R.C.S. 192.

9. Voir P.A. CRÉPEAU, « La responsabilité civile de l'établissement hospitalier en droit civil canadien », (1981) 26 *R. de d. McGill* 673.

10. Voir A. LAJOIE, P. MOLINARI et J.L. BAUDOUIN, « Le droit aux services de santé : légal ou contractuel ? », 43 *R. du B.* 675; G. GOLDSTEIN, « La responsabilité quasi délictuelle du mandant pour la faute du mandataire en droit civil québécois », (1985) 16 *R.D.U.S.* 123.

11. *Andrews c. Grand and Toy Alberta Ltd.*, [1978] 2 R.C.S. 229; *Thorton c. Board of School Trustees of School District No. 57*, [1978] 2 R.C.S. 267; *Arnold c. Teno*, [1978] 2 R.C.S. 287.

12. *Charte des droits et libertés de la personne*, L.R.Q., c. C-12, art. 49.

13. *Projet de l'Office de révision du Code civil*, Éditeur officiel du Québec, 1977, art. V-290.

projet de Code civil¹³. Ceux-ci prévoient la possibilité, en cas de préjudice intentionnellement causé, d'octroyer des dommages punitifs. À l'heure présente la jurisprudence s'est servie de ce pouvoir, qui nous vient de la common law, avec beaucoup de prudence et de circonspection. Toutefois, l'exemple américain est là et doit nous faire sérieusement hésiter, puisque c'est par millions que, dans ce pays, ce type d'indemnité est parfois accordé. De plus, il ne faut pas oublier que la principale fonction de la responsabilité civile n'est pas rétributive, mais bel et bien indemnitaire.

Une troisième observation touche la pratique des transactions à paiements différés (*structured settlements*). Celle-ci, à mon avis, doit absolument être encouragée, puisqu'elle permet une compensation adéquate de la victime, à un coût substantiellement réduit pour le défendeur¹⁴. À ce propos on devrait aussi sérieusement examiner la possibilité de permettre aux tribunaux d'incorporer les résultats d'une telle transaction dans le dispositif de leur jugement.

Bien d'autres remarques pourraient encore être faites au niveau des règles de fond, notamment sur la possibilité de tenir compte dans l'octroi des indemnités des bénéficiaires collatéraux (assurances, prestations sociales, etc.). Toutefois, je me permettrai de conclure brièvement sous la forme d'un double souhait la jurisprudence devrait, à mon avis, adopter une position plus claire et plus ferme sur l'ensemble du problème de la définition du lien de causalité en droit civil. Elle devrait aussi se questionner davantage sur l'opportunité de faire disparaître la distinction artificielle entre les régimes contractuel et délictuel de la responsabilité pour autrui. Dans l'ensemble cependant, sur le fonds, la situation actuelle du droit positif, me paraît saine.

2. Les règles de forme, de preuve et de procédure

En premier lieu, on peut remarquer qu'au Canada, à la différence d'autres états, les litiges médicaux sont exclusivement réglés par les tribunaux civils. Beaucoup de pays, dont les U.S.A., ont mis sur pied des mécanismes subsidiaires, dont, je crois, notre pratique pourrait s'inspirer avec bonheur¹⁵. Dans certains États américains l'arbitrage est un préalable à l'action en responsabilité civile alors que dans d'autres, au contraire, sans être obligatoire il est favorisé par une série de règles particulières. L'expérience montre, dans l'ensemble, un bilan positif se traduisant par une réduction des coûts, une

14. J. WEIR, *Structured Settlements*, Toronto, Carswell, 1984.

15. Sur l'ensemble de ce sujet, voir : D. WARREN, *Recent Developments in the Field of Medical Malpractice, Law and Policy in the United States*, *International Conference of the American Association of Law and Medicine*, Sydney, 1986.

plus grande rapidité de la résolution des conflits, l'obtention plus facile de règlements négociés et l'élimination de contentieux indésirables. Plusieurs modèles sont possibles et aucun n'est probablement un remède miracle. Il me paraîtrait opportun que le Barreau, la Corporation des médecins, le Bureau d'assurance médicale du Canada s'entendent pour au moins sérieusement étudier la question.

En second lieu, sur la preuve, je me permettrai un commentaire rapide sur l'expertise. Il faut avoir plaidé des actions en responsabilité civile, en demande surtout, pour se rendre compte de l'énorme difficulté que soulève l'établissement par experts de la preuve du demandeur. La difficulté en est d'abord une d'accessibilité. Avoir un médecin qui accepte en fin de compte, de porter un jugement critique négatif sur la conduite d'un de ses confrères est pratiquement impossible, en dehors des hypothèses où la faute est évidente. Dans ces cas d'ailleurs il est rare que l'affaire aille à procès. La difficulté en est ensuite une de mentalité. Le médecin n'est pas habitué à penser en termes binaires qui, pour un esprit scientifique sont le symbole même de l'inexactitude. Pour la science médicale, en effet, il n'y a pas de certitudes, mais seulement des probabilités parce que la médecine n'est pas une science exacte en raison de l'impact des facteurs humains. Notre système de preuve, au contraire, est un système contradictoire où l'expert (qui reste théoriquement neutre) est, en fait, enfermé dans un carcan partisan. Il est l'expert de la demande ou de la défense. Il doit donc appuyer les prétentions de l'une ou l'autre partie et pour atteindre la vérité juridique compromettre sur la vérité scientifique, parfois même la caricaturer. Il me semble que là aussi il y aurait place à questionnement. N'y aurait-il pas moyen de favoriser une plus grande neutralité de l'expertise médicale? Si les tribunaux ont le pouvoir de nommer leurs propres experts, ils ne le font que très rarement. Ne serait-ce pas là cependant une initiative à promouvoir, du moins dans les espèces où la complexité de la question scientifique rend difficile le maintien d'un système strictement contradictoire? Enfin, la troisième difficulté de l'expertise réside dans son coût. Dans une action ordinaire c'est en effet parfois des dizaines de milliers de dollars qu'il faut compter. Ces frais sont assumés d'avance par le client, parfois avant même de savoir s'il y a des chances raisonnables de réussir la poursuite. Sur ce point, il paraîtrait opportun d'avoir une position plus ferme sur les honoraires conditionnels (*contingency fees*) qui sont avalisés dans le droit de quelques provinces, interdits dans d'autres, tolérés dans certaines. Cette pratique soulève des problèmes d'éthique professionnelle considérables, comme le montre bien la controverse qui les entourent aux États-Unis.

En troisième lieu, on discute maintenant plus ouvertement au Canada du problème de la sanction des poursuites futiles ou abusives. Chez nos

voisins du Sud, la législation de plusieurs États prévoit des sanctions civiles pénales et disciplinaires contre les avocats qui se servent des tribunaux pour exercer un véritable chantage sur le médecin innocent de toute faute¹⁶. Heureusement au Québec et au Canada nous avons, dans l'ensemble, échappé jusqu'ici à ce fléau. Nos règles traditionnelles de responsabilité civile et de discipline professionnelle paraissent, à première vue, suffisantes pour sanctionner les quelques cas marginaux. Peut-être, par contre, nos tribunaux, comme ils l'ont déjà fait quelques fois dans le passé, devraient-ils plus souvent accorder les frais entiers de la cause contre le confrère qui a mené une action abusive et sans fondement véritable.

Conclusion

Je pense que ceux qui parlent de crise grave en matière de responsabilité médicale, se fondent bien souvent plus sur une vision impressionniste, caricaturale, et exagérée que sur une représentation fidèle de la réalité. Ceci ne veut toutefois pas dire que le droit québécois n'ait pas besoin de réforme (il faut sûrement délaissier une vision partisane des choses et regarder notre droit avec objectivité), mais seulement qu'il n'est pas véritablement gravement atteint. Certes il faut réformer, parce que le droit qui reste figé, statique et immobile est vite condamné à l'obsolescence de ses règles. Toutefois, avant de décider si l'on doit aller plus loin qu'une réforme ponctuelle s'insérant dans le cadre du système actuel, et adopter, par exemple, une structure comme celle de la Nouvelle-Zélande, il convient de réfléchir d'une façon approfondie sur trois questions. La première est de se demander si vraiment le système actuel n'est pas perfectible. Je demeure persuadé, pour ma part, qu'il l'est. La seconde est de se demander si des systèmes d'indemnisation sans égard à la faute (comme il en existe avec bonheur pour les accidents du travail et les accidents de la route), sont transposables à la responsabilité médicale. J'en doute fortement. Autant je suis intimement convaincu que la faute civile n'a aucune valeur d'exemplarité sur la conduite automobile, autant je contesterai une telle affirmation en matières médicales. Enfin, et surtout peut-être, avant de changer le système, il est indispensable d'avoir une idée précise du coût et de l'impact économique de la transformation souhaitée.

16. Voir : D. SOVOC, « The Current Status of Medical Malpractice Counter suits », (1985) 10 *Am. J. of Law and Med.* 439.