

EYB2018REP2461

Repères, Mai, 2018

Étienne GIASSON*

Commentaire sur la décision Levine c. Moh – Consentement et paternalisme médical

Indexation

RESPONSABILITÉ CIVILE ; RESPONSABILITÉ PROFESSIONNELLE ; MÉDECIN ; RESPONSABILITÉ HOSPITALIÈRE ; FAUTE ; LIEN DE CAUSALITÉ ; PRÉJUDICE CORPOREL ; PERTES PÉCUNIAIRES ; OBLIGATIONS ; CLASSIFICATION ; OBLIGATION DE MOYENS ; PREUVE CIVILE ; MOYENS DE PREUVE ; TÉMOIGNAGE ; TÉMOIN EXPERT ; CRÉDIBILITÉ ; VALEUR PROBANTE

TABLE DES MATIÈRES

[INTRODUCTION](#)

[I- LES FAITS](#)

[II- LA DÉCISION](#)

[III- LE COMMENTAIRE DE L'AUTEUR](#)

[CONCLUSION](#)

Résumé

L'auteur commente cette décision en matière de responsabilité médicale dans laquelle la Cour supérieure analyse la conduite de médecins spécialistes dans la prise en charge d'un patient présentant une hémorragie cérébrale. L'auteur s'attarde surtout à l'analyse que fait la Cour du consentement éclairé aux soins en milieu hospitalier.

INTRODUCTION

Sauf urgence, le consentement éclairé du patient, donné directement ou par consentement substitué, est une condition *sine qua non* aux examens et traitements médicaux. Il repose sur les principes fondamentaux de l'inviolabilité de la personne et du droit à l'autodétermination. Une décision de la Cour supérieure rappelle au passage que ces principes ne peuvent pas être pris à la légère par le corps médical.

En effet, au terme d'une saga judiciaire de deux décennies, la Cour supérieure dans la décision *Levine c. Moh*¹ a rejeté le recours en responsabilité médicale d'un homme sévèrement handicapé et de son père. Dans son jugement, le tribunal analyse minutieusement les nombreuses causes de reproche formulées contre des médecins spécialistes en neurochirurgie et leur résident, dans la prise en charge et le traitement d'une hémorragie cérébrale avec hydrocéphalie. Les allégations reposaient sur l'opinion d'un expert neurochirurgical en demande, dont la crédibilité était minée aux yeux du juge, ce dernier retenant plutôt les opinions des deux experts neurochirurgiens de la défense. La Cour exonère donc les défendeurs des fautes alléguées pour les soins prodigués. Elle conclut toutefois à deux fautes professionnelles en lien avec le consentement aux soins pour certains actes et examens, sans toutefois accorder de compensation à ce chapitre.

I- LES FAITS

En 1996, Mark Levine, un jeune homme de 17 ans, a été conduit inconscient à l'hôpital où une hémorragie cérébrale a été constatée avec une hydrocéphalie, soit l'accumulation de sang et de liquide céphalo-rachidien dans la tête, le tout occasionnant une forte pression intracrânienne. Au début, Mark Levine était dans le coma et le pronostic était très sombre. En neurochirurgie, un drain a été installé d'urgence dans sa boîte crânienne. Mark Levine passa les trois années suivantes hospitalisé. Son état a évolué dans le temps, avec des hauts et des bas, ponctués de multiples changements de drains, infections, multiples tests, traitements et interventions. Il est demeuré quadriplégique et complètement dépendant de son entourage pour ses soins et besoins personnels.

Son père et lui ont intenté une poursuite en responsabilité médicale contre trois neurochirurgiens et un résident en neurochirurgie impliqués dans ses soins, en invoquant 19 fautes médicales. Un désistement a eu lieu à l'égard de l'un des médecins défendeurs et la cause a été entendue à procès 21 ans plus tard.

Les reproches ne concernent pas l'exécution des différentes chirurgies ou traitements, mais plutôt leur indication et les moments arrêtés pour les faire, de même que la carence de certains.

II- LA DÉCISION

Les demandeurs ont présenté un expert neurochirurgical à la Cour et les défendeurs, deux. La Cour a écarté point par point l'opinion de l'expert de la demande, au motif qu'il n'appliquait pas le bon test pour analyser la conduite des défendeurs (ce que la majorité des neurochirurgiens auraient fait en pareilles circonstances *versus* ce qu'un neurochirurgical prudent et diligent aurait fait dans les mêmes circonstances). La Cour ajoute que la crédibilité de cet expert, américain, était sérieusement atteinte du fait qu'il ait été condamné par son association américaine dans le passé pour avoir fait un témoignage défaillant devant une cour civile. Finalement, l'expert a fondé son opinion sur un résumé préparé par les premiers avocats des demandeurs (document qui n'a pas été produit au procès) plutôt que d'analyser les dossiers médicaux. Force est de constater que la pierre d'assise du recours des demandeurs était bien fragile dans le contexte. La Cour a préféré retenir les témoignages des experts neurochirurgiens de la défense.

Dans un autre ordre d'idées, la Cour fait des remarques sur les reproches qui touchent l'attitude et les commentaires de l'un des défendeurs face aux parents du patient. Bien que le juge retienne que des propos déplacés ont été tenus, exempt d'empathie et de considération, il rappelle que son rôle n'est pas de juger du savoir-vivre ou de la politesse.

Finalement, la Cour, eût-elle retenu la responsabilité des défendeurs, aurait accordé le plafond des dommages non pécuniaires à Mark Levine², fait rare en jurisprudence³.

III- LE COMMENTAIRE DE L'AUTEUR

Cette cause sera difficilement applicable à d'autres recours par analogie vu son caractère unique et, somme toute, n'apporte pas de principes nouveaux. La Cour rédige toutefois des commentaires intéressants sur la notion de consentement éclairé dans un contexte hospitalier, que nous analyserons ici.

En plus d'être mineur durant la première année d'hospitalisation, Mark Levine était dans un état l'empêchant de fournir un consentement valide. Ce rôle revenait donc à ses parents, l'un ou l'autre, pas nécessairement les deux ⁴.

Mark Levine a été transporté à l'hôpital d'abord pour y recevoir des soins en urgence. La Cour excuse les médecins de ne pas avoir obtenu de consentement pour cette première phase de traitements, dans un contexte d'urgence ⁵. Par contre, le patient a été très longuement hospitalisé et aucun consentement n'a été signé ou fourni verbalement par ses parents, hormis pour les chirurgies.

Ainsi, Mark Levine a subi, parfois sans même être informé (lui ou ses parents), moult examens radiologiques, analyses sanguines et d'urine, etc., sans consentir, directement ou par consentement substitué. Au surplus, les risques et bénéfices n'ont pas été expliqués.

La Cour spécifie qu'un consentement général aurait pu être obtenu pour ces tests et traitements et aurait été valide en droit. Le médecin traitant était responsable d'obtenir un tel consentement. Or, le défendeur, le D^r Maleki en l'occurrence, n'a jamais cherché à obtenir ce dernier durant les 11 mois où il a été responsable du patient. Un autre médecin prudent et diligent placé dans les mêmes circonstances aurait agi différemment selon la Cour. Qu'il soit un médecin spécialiste très occupé ne le dispensait pas de cette obligation importante. Il a ainsi commis une faute professionnelle.

La défense, qui faisait front commun, a soulevé que de toute manière, les patients suivent les conseils des neurochirurgiens. La Cour souligne, avec raison, que cette approche paternaliste défendue par les médecins défendeurs et leurs experts est un affront à l'autonomie et à l'intégrité des patients. Même s'il n'y a qu'un patient sur 100 qui choisira au final de ne pas consentir à l'examen ou au traitement proposé, sa volonté doit être respectée. La Cour ajoute :

Their consent must have its intrinsic value. Otherwise, the fundamental rights and freedoms protected by the Charter and the *Civil Code of Québec* become meaningless. ⁶

S'il n'est pas obtenu, les traitements constitueront une atteinte à l'intégrité et à l'intimité du patient, et la Cour d'ajouter : « even assault » ⁷.

La Cour s'étonne aussi que les défendeurs considèrent que la formule écrite de consentement soit sans valeur et que son utilité se limite à donner accès à la salle d'opération ! Le juge condamne que le défendeur, le D^r Maleki, ait écrit ce qu'il voulait dans l'un de ces formulaires, soit des annotations non conformes à la réalité. Par exemple, il a inscrit « Emergency » sur l'un des formulaires de consentement pour l'une des chirurgies alors que cette dernière n'était plus dans un contexte d'urgence. La Cour retient une faute professionnelle additionnelle à ce chapitre.

Le tribunal poursuit son analyse par le test objectif/subjectif du consentement et conclut que Mark Levine et ses parents, tout comme la personne raisonnable placée dans les mêmes circonstances, dument informée, auraient tout de même consenti auxdits tests et traitements.

Cependant, la Cour retient que ces fautes, au-delà du fait que le test objectif/subjectif n'est pas franchi, n'ont pas causé de dommages au patient ⁸. Elle conclut :

Certain issues regarding consent and forms, as explained above, do constitute professional faults. However, except for frustration and confusion on behalf of the patient's father, this has not caused any damage. ⁹

Il s'agit selon nous d'une erreur en droit. D'une part, dès lors que le juge écrit « except », c'est qu'il y a un dommage, même s'il est modeste. D'autre part, la faute prouvée sur le consentement est génératrice de responsabilité en elle-même, sans égard aux conséquences corporelles, et appelle une compensation civile. Le professeur François Tôth, maintenant juge à la Cour supérieure, a produit un article fort éloquent à cet effet dans lequel il enseigne ce qui suit :

Il est parfaitement possible qu'un patient soit privé de l'information à laquelle il a droit en vertu de la Charte sans pour autant subir de dommages corporels. Il s'agit, néanmoins, d'une atteinte à son droit à l'information et pour lequel il peut être indemnisé. En effet, être privé d'un droit reconnu par la Charte c'est un dommage moral compensable suivant les règles habituelles de la responsabilité civile même s'il peut être difficile d'évaluation (note 42 : Voir l'opinion du juge Vallerand dans *Laferrière v. Lawson*, [1989] R.J.Q. 27 (C.A.) (en appel devant la Cour suprême du Canada) qui accorde 5000 \$ comme dommages moraux consécutifs à la violation par un médecin de ses obligations de renseigner et de suivre. L. Perret, « De l'impact de la Charte des droits et libertés de la personne sur le droit des contrats et de la responsabilité du Québec », (1981) 12 *R.G.D.* 121, p. 133 et s.)]

Ce n'est pas qu'il y ait deux fautes mais plutôt que la même faute cause deux dommages distincts et qu'il convient d'analyser la causalité pour chacun. En somme, il faut d'abord se demander si le droit du patient à l'information a été violé : si oui, c'est un premier dommage. Ensuite, et le cas échéant, on pourra se demander si le patient aurait consenti au traitement ou à l'examen dommageable eût-il été adéquatement informé : si non, c'est le deuxième dommage. Le deuxième dépend du premier, mais le premier peut être autonome.

[...]

Le préjudice moral résultant d'une violation du droit du patient à l'information donne ouverture à un recours contre le médecin fautif. Et cela, peu importe qu'il subisse ou non un dommage corporel des suites du traitement ou de l'examen médical. En conséquence, dans une action en responsabilité civile médicale pour défaut d'avoir obtenu un consentement éclairé du patient, le demandeur pourra réclamer une compensation pour le préjudice moral et physique résultant de l'atteinte illicite à son droit à l'information. Remarquons qu'il n'est pas question à ce stade d'atteinte intentionnelle de la part du médecin fautif puisqu'il ne s'agit pas d'une condition du recours fondé sur l'article 49 al. 1 de la Charte. Cependant, si cette atteinte est intentionnelle et illicite, et il n'est pas impossible d'imaginer un cas où un médecin ment intentionnellement à un patient soit pour cacher la vérité ou pour arracher un consentement (note 49 : Les professeurs Bernardot et Kouri ont relevé certains cas de mensonges médicaux en jurisprudence française : supra, note 8, p. 126.), des dommages exemplaires pourront être accordés suivant l'article 49 al. 2 de la Charte. L'approche ci-haut suggérée nous apparaît nécessaire afin que l'obligation du médecin d'informer son patient retrouve son véritable sens et ne soit pas sanctionnée uniquement dans les cas où un dommage corporel résulte de sa violation. Car autrement, c'est faire de l'obligation d'informer une obligation secondaire ou accessoire. Prétendre que le patient n'a pas subi de dommage car il aurait décidé de toute façon de subir le traitement ou l'examen, information ou pas, c'est banaliser le droit à l'information reconnu comme un droit de la personne et finalement le ramener à la seule question de savoir si le traitement ou l'examen est médicalement indiqué. Si oui, on présumera que le patient y aurait consenti. Cela revient à dire que la décision de subir le traitement ou l'examen est une prérogative médicale ce que la Cour suprême du Canada a rejeté (note 50 : *Hopp v. Lepp*, [1980] 2 R.C.S. 192, [EYB 1980-148829](#) ; *Reibl v. Hughes*, [1980] 2 R.C.S. 880, [EYB 1980-148523](#)). Ce n'est certes pas ce que la *Charte des droits et libertés de la personne* vise en faisant du droit d'être informé un droit intrinsèque à l'individu destiné à assurer sa protection et son épanouissement (note 51 : Préambule, *Charte des droits et libertés de la personne*, supra, note 2.) (Nos soulignements) ¹⁰

En l'espèce, la Cour cite justement un jugement du juge Tôth qui porte sur une faute de consentement ¹¹, sans toutefois faire référence à ses enseignements précédemment abordés.

Le principe développé par le juge Tôth a été appliqué par la Cour supérieure dans la cause *Fillion c. Cantin*. Il a été prouvé qu'une patiente n'avait pas été informée et n'avait pas fourni un consentement éclairé pour la combinaison de traitements agressifs contre le cancer. La Cour a retenu la thèse de la défense que de tels traitements étaient justifiés dans les circonstances et que la patiente, eut-elle été adéquatement informée, aurait probablement opté pour les traitements ¹³. Le juge, à titre de compensation pour cette faute professionnelle sur le consentement, dispense la famille de la demanderesse du paiement des dépens alors qu'il rejette son action. Voici le raisonnement suivi par le juge :

Il faut reconnaître, comme l'affirment les demandeurs, qu'au moment où M^{me} Tremblay signe un consentement à la greffe de moelle osseuse le 18 février 2002, toutes les informations ne lui ont pas été fournies concernant les traitements préparatoires à la greffe et surtout, les risques de toxicité associés à ces traitements. La cassette et la documentation remises à la patiente cette journée-là expliquent bien comment se préparer à cette intervention chirurgicale, le déroulement de celle-ci et ses effets secondaires, mais ne contiennent pas d'information sur la toxicité des traitements. ¹⁴

[...]

Néanmoins, certaines informations devaient être données à M^{me} Tremblay pour lui permettre d'effectuer un choix éclairé, plus particulièrement en ce qui concerne le risque de toxicité plus élevé de l'irradiation crânienne préparatoire à la greffe, surtout qu'elle suivait de peu un traitement semblable. Si on ne l'a pas fait à la première occasion, les médecins traitants avaient l'opportunité de se reprendre et d'expliquer à leur patiente qu'une décision devait être prise concernant l'irradiation corporelle totale qui comportait, rappelons-le, une irradiation crânienne trente-cinq (35) jours après un traitement de même nature. À ce sujet, l'auteure Louise Bélanger-Hardy écrit :

10. Ainsi, il semble, à la lecture des écrits de la Commission, que l'autonomie et le droit à l'autodétermination de la patiente soient au coeur du concept de choix éclairé. C'est à la personne qui reçoit les soins que revient le droit de décider si un traitement est bénéfique. La n'est pas la prérogative du médecin. Si la patiente a le droit de choisir, encore faut-il que choix il y ait. D'où l'importance primordiale pour le médecin de divulguer toute l'information nécessaire pour faire un choix valable, c'est-à-dire qu'il devrait faire non seulement une divulgation complète des risques liés au traitement qu'il propose, mais également une divulgation des conséquences de l'absence de traitements possibles et des risques qui s'y rattachent, et cela même si le médecin ne préconise pas ces autres possibilités [note 26: Louise BÉLANGER-HARDY, «La notion de choix éclairé en droit médical canadien », (1997) 5 *Health Law Journal* 67]. ¹⁵

[...]

L'on sait que la violation de l'obligation de renseigner engage la responsabilité du médecin. Ainsi, « le seul manquement à cette obligation peut être suffisant pour entraîner la responsabilité du médecin, indépendamment d'une exécution compétente et irréprochable du médecin » [note 28: Suzanne PHILIPS-NOOTENS, Pauline LESAGE-JARJOURA et Robert KOURI, *Éléments de responsabilité civile médicale, le droit dans la pratique quotidienne de la médecine*, 3e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2007, p. 239.]. À ce propos, les auteurs Baudouin et Deslauriers précisent que « la faute se situe en regard de l'obligation d'information et non à celui de l'administration du traitement » [Note 29: Jean-Louis BAUDOIN et Patrice DESLAURIERS, préc., note 24, p. 61.] ¹⁶

En l'espèce, pour les deux fautes retenues pour le consentement de Mark Levine et ses parents, la Cour n'a pas accordé de dommages-intérêts, même nominaux, ou de dispense du paiement des frais de justice. La Cour condamne plutôt les demandeurs à ces derniers, à l'exception des frais d'expertise de la défense, auxquels la défense avait renoncé volontairement...

De façon générale, le consentement est le talon d'Achille des médecins. Peut-être est-ce là un vestige d'une époque pas si lointaine où le médecin décidait seul pour son patient ce qui était bon pour lui, au motif qu'il détenait le savoir et la science. L'Association canadienne de protection médicale (ACPM), qui assure la responsabilité professionnelle de la presque totalité des médecins canadiens, publie de temps à autre des fiches d'information ou des guides au sujet du consentement. Ces publications se retrouvent sur le site www.cmpa-acpm.ca. Dans une fiche mise en ligne en janvier 2016 intitulée « En action pour des soins sécuritaires - le consentement éclairé », l'ACPM a recensé les dossiers médico-légaux et les plaintes au Collège des médecins, en lien avec le consentement des cinq années précédentes et a identifié que 65 % de ces dossiers étaient en lien avec le consentement chirurgical (35 % pour d'autres types de consentement médical) dont 79 % ont eu un résultat favorable à la victime.

CONCLUSION

En terminant, cette cause illustre les nombreuses difficultés que présente un recours en responsabilité médicale. L'issue repose largement sur la preuve d'expertise, d'où l'importance de bien identifier l'expert à retenir, de le préparer et de l'encadrer et de s'assurer de pouvoir rivaliser avec les experts de la partie adverse.

Au terme de cette saga judiciaire, on ne peut que se désoler que la Cour conclue à deux fautes professionnelles relatives au consentement et que l'atteinte à ce droit fondamental n'appelle pas de compensation, contrairement à ce que permet le droit en vigueur. C'eût été une mince consolation pour les demandeurs, mince mais concrète.

* M^e Étienne Giasson, est avocat spécialisé dans la défense des victimes d'erreurs médicales et de blessures corporelles catastrophiques au cabinet Tremblay Bois Mignault Lemay à Québec.

1. [EYB 2018-292378](#) (C.S.).

2. Par. 186 et 187 de la décision commentée.

3. À ce sujet, l'auteur cite ses commentaires dans la chronique : É. GIASSON, « Quarante ans plus tard, le plafond des dommages corporels non pécuniaires : compromis social acceptable ou source d'injustices ? », dans *Repères*, janvier 2018, *La référence*, [EYB2018REP2408](#).

4. Par. 158 de la décision commentée.

5. Tel que par ailleurs prévu par la Loi : voir art. 13 al. 1 C.c.Q.

6. Par. 164 de la décision commentée.

7. *Ibid.*

8. Par. 180 de la décision commentée.

9. Par. 191 de la décision commentée.

10. François TÔTH, « Le droit du patient d'être informé : un droit protégé par la *Charte des droits et libertés de la personne* », (1989) 20 *R.D.U.S.* 161, p. 168, 169, 171 et 172.

11. *M.G. c. Pinsonneault*, 2014 QCCS 1222, [EYB 2014-235223](#), confirmé en appel par 2017 QCCA 607, [EYB 2017-278291](#).

[12.](#) 2012 QCCS 2666, [EYB 2012-207830](#).

[13.](#) *Ibid.*, par. 185.

[14.](#) *Ibid.*, par. 176.

[15.](#) *Ibid.*, par. 180.

[16.](#) *Ibid.*, par. 191.

Date de dépôt : 15 mai 2018

Éditions Yvon Blais, une société Thomson Reuters.
©Thomson Reuters Canada Limitée. Tous droits réservés.