

ANALYSE CRITIQUE DE LA JURISPRUDENCE RÉCENTE EN MATIÈRE DE RESPONSABILITÉ MÉDICALE ET HOSPITALIÈRE CRITIQUE DE LA THÉORIE DES OBLIGATIONS DE MOYEN ET DES OBLIGATIONS DE RÉSULTAT

Louis Perret

Volume 3, Number 1, 1972

URI: <https://id.erudit.org/iderudit/1059725ar>

DOI: <https://doi.org/10.7202/1059725ar>

[See table of contents](#)

Publisher(s)

Éditions de l'Université d'Ottawa

ISSN

0035-3086 (print)

2292-2512 (digital)

[Explore this journal](#)

Cite this article

Perret, L. (1972). ANALYSE CRITIQUE DE LA JURISPRUDENCE RÉCENTE EN MATIÈRE DE RESPONSABILITÉ MÉDICALE ET HOSPITALIÈRE : CRITIQUE DE LA THÉORIE DES OBLIGATIONS DE MOYEN ET DES OBLIGATIONS DE RÉSULTAT. *Revue générale de droit*, 3(1), 58–99.
<https://doi.org/10.7202/1059725ar>

Droits d'auteur © Faculté de droit, Section de droit civil, Université d'Ottawa, 1972

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/>

ANALYSE CRITIQUE DE LA JURISPRUDENCE RÉCENTE ¹ EN MATIÈRE DE RESPONSABILITÉ MÉDICALE ET HOSPITALIÈRE.

CRITIQUE DE LA THÉORIE DES OBLIGATIONS DE MOYEN ET DES OBLIGATIONS DE RÉSULTAT.

par Louis PERRET,
assistant à la Faculté de Droit de l'Université d'Ottawa.

SYNOPSIS

Introduction: Analyse du contexte sociologique du problème.

I — Analyse des obligations de l'hôpital et du médecin envers le patient.

A. Nature et étendue des obligations.

1. Le cas de l'hospitalisation du client privé d'un médecin:
 - a) la coexistence de deux rapports contractuels;
 - b) le contenu obligationnel de chaque contrat.
2. Le cas d'un client propre à l'hôpital:
 - a) analyse du rapport contractuel unique du client et de l'hôpital;
 - b) le rapport extra contractuel du patient et du médecin.

B. L'objet de ces diverses obligations.

1. La détermination de l'objet de ces diverses obligations par l'application de la distinction des obligations de moyen et des obligations de résultat:
 - a) le fondement de la distinction;
 - b) la distinction permet de déterminer l'objet des obligations.
2. La distinction ne saurait en fait déterminer l'objet de l'obligation:
 - a) il ne s'agit que d'une classification a posteriori;
 - b) la classification n'a pas grande signification.

II — L'établissement des responsabilités respectives.

A. Nécessité de prouver la faute causale du dommage.

1. La répartition du fardeau de la preuve selon la distinction des obligations de moyen et des obligations de résultat.
2. La distinction ne détermine pas la charge de la preuve, elle confond celle-ci avec l'objet de l'obligation.

¹ Jusqu'en juin 1971.

B. Domaine d'exercice des responsabilités respectives.

1. L'unité théorique fondamentale de la responsabilité (critique de la théorie classique).
2. La dualité technique de la responsabilité civile.

Conclusion.

INTRODUCTION

ANALYSE DU CONTEXTE SOCIOLOGIQUE DU PROBLÈME.

Que le médecin se rassure :

« Tant que les hommes pourront mourir
et qu'ils aimeront à vivre [il] sera
rayé et bien payé. »

LA BRUYÈRE, XIV, 65.

L'évolution doctrinale et jurisprudentielle québécoise en matière de responsabilité médicale semble être le reflet dans le domaine juridique de l'affrontement de deux concepts différents, l'un traditionaliste, l'autre plus libéral, du droit aux soins médicaux et des relations patient-médecin, que l'on trouve dans le contexte sociologique contemporain en pleine mutation.

Selon la tendance traditionnelle, la médecine est une vocation qui doit s'exercer d'une façon quasi sacerdotale² selon les principes contenus dans le serment d'Hippocrate qui proclame un idéal de morale en tous points remarquable³. Ce serait en raison de ce désintéressement et de ce dévouement dans l'exercice de

² *Le sacerdoce du médecin rural in Droits et devoirs de la médecine et des médecins canadiens-français*, Montréal, 1926, p. 106, où l'on trouve cette citation extraite du *Médecin de campagne* de H. DE BALZAC: « Il faut que j'aille voir ce malade, dit Benanis, ma digestion n'est pas faite et je n'aime pas monter à cheval en cet état surtout par un temps froid. Il y a de quoi tuer un homme. » Cependant il partit...

³ Citons ici quelques extraits de ce serment que les médecins prononcent encore de nos jours avant de pouvoir exercer leur art:

« Je dirigerai le régime des malades à leur avantage suivant mes forces et mon jugement et je m'abstiendrai de tout mal et de toute injustice...

« Dans quelque maison que j'entre, j'y entrerai pour l'utilité des malades, me préservant de tout méfait volontaire et corrupteur, et surtout de la séduction des femmes et des garçons, libres ou esclaves. Quoi que je voie ou entende dans la société pendant l'exercice de ma profession, je tairai ce qui ne doit jamais être divulgué, le regardant comme un secret. Si je remplis ce serment sans l'enfreindre, qu'il me soit donné de jouir heureusement de la vie et de ma profession, honoré à jamais parmi les hommes et si je le viole et que je me parjure, puissé-je avoir un sort contraire. »

la profession ⁴ que la faute médicale ne saurait engager la responsabilité du praticien que d'une façon restrictive; la jurisprudence a d'ailleurs jugé que « le médecin qui agit dans les limites de son art avec la conscience de son opinion et de la bonté de son système n'encourt aucune responsabilité ⁵ ». Cette conception qui accorde une certaine immunité au médecin est ancrée dans les traditions de la médecine et se trouve traduite non sans humour dans ce vieux proverbe: « Les fautes des médecins sont heureuses d'autant qu'elles sont payées et si couvertes de la terre. » Cette sorte de privilège concédé aux praticiens selon cette tendance serait la contrepartie d'un acte de foi du patient envers son médecin en qui il a mis toute sa confiance et auquel il voue une reconnaissance profonde pour l'avoir délivré du mal: « un fort honnête médecin, écrivait Molière, dont j'ai l'honneur d'être le malade, me promet et veut s'obliger de me faire vivre encore trente ans ⁶ »; le même sentiment se trouve exprimé dans la langue de Shakespeare sous la forme d'une prière à l'adresse du médecin:

You are my physician.

I come to you because I believe in you; in your ability and your honesty. I believe that in coming to you I will get the best that money can buy in skill and purity of drugs.

Not being acquainted with medical matters, I put myself in your hands, relying upon your judgment and your fairness to give me only the best and the most efficient treatment.

I am the patient, but I believe that you will do unto me as you would have others do unto you if you were the patient ⁷.

⁴ « Le véritable médecin ne s'appartient pas, il est l'esclave du public. Le client ne choisit pas son heure pour être malade; il appelle le médecin à tout instant du jour et de la nuit » (*Médecine et médecins canadiens-français*, op. cit., p. 12).

⁵ *Caron c. Gagnon*, 1930 C.S. 155, p. 157 et 164.

⁶ MOLIÈRE, *Tartuffe*, 3^e Placet au Roi.

⁷ *The Canadian Clinic* du 2 juin 1924; à cette prière du patient correspond celle du médecin:

I am your physician.

I need your cooperation; I desire your appreciation of my efforts.

I want to hold your friendship and to have you cherish my good will.

I aim to progress with my profession so as to give to you the most efficient treatment.

I desire to do good unto the poor and treat without financial reimbursement, deserving, needful patients; this is the commandment of all physicians.

It should be our mutual desire to give to each other our best efforts.

I am human.

I subsist not on praise nor mutual admiration.

The most sincere appreciation you can show me is to re-

Comment pourrait-on d'ailleurs envisager la responsabilité du praticien lorsque la médecine est-elle même considérée par certains « comme la sœur presque jumelle de la métaphysique par son incertitude⁸ », d'ailleurs ceux qui cherchaient la pierre philosophale ne recherchaient-ils pas également la médecine universelle ?

Face à cette conception traditionnelle de la profession, un esprit nouveau tend à s'instaurer progressivement dans les relations patient-médecin, à en juger par le nombre sans cesse croissant des litiges qui naissent dans ce domaine, ce qui correspondrait, comme le fait fort justement remarquer le professeur P.-A. Crépeau, aux « conditions nouvelles dans lesquelles s'exerce aujourd'hui dans notre milieu l'art de guérir⁹ ».

En effet, si les immenses progrès de la médecine et de ses techniques ne peuvent encore assurer dans tous les cas la guérison, du moins l'aléa du résultat est-il devenu des plus faibles dans une grande quantité de cas, à tel point que les patients se font aujourd'hui opérer de façon beaucoup plus courante que par le passé, les risques ayant très largement disparu. La médecine serait ainsi passée du stade de l'exercice d'un art à celui de la technique pure, de telle sorte que la faute médicale devrait pour certains être traitée sur le même plan que toute autre faute technique. Cette tendance a eu un écho en jurisprudence dès 1957 dans l'affaire *X. c. Mellen* : « La règle est donc que la faute professionnelle est une faute comme une autre et qu'elle s'apprécie in abstracto¹⁰. »

Cette évolution se trouve d'autre part être accentuée par un phénomène de collectivisation et de dépersonnalisation de la médecine. Les progrès scientifiques de celle-ci imposent le fractionnement de son exercice en différentes spécialisations, au détriment de la médecine générale telle que pratiquée jusqu'ici par le médecin de famille qui en était à la fois l'omnipraticien et le confident. D'un autre côté l'évolution technique de la science médicale impose au médecin spécialiste un appareillage coûteux dont il ne

imburse me as my services are rendered.

Thus I am better enabled to carry on fitly; to progress, to give you and your fellow men my best endeavors.

I am your physician, so I ask that you do unto me as you would have others do unto you were you the physician.

⁸ DALEMBERT, lettre au roi de Prusse, 17 septembre 1764.

⁹ P.-A. CRÉPEAU, *Les transformations de l'établissement hospitalier et les conséquences sur le droit de la responsabilité*, in *Le droit dans la vie économique-sociale*, Livre du centenaire du Code civil, II, Montréal, 1970, p. 193.

¹⁰ *X c. Mellen*, 1957 B.R. 389, à la page 413.

peut la plupart du temps assumer seul l'investissement, d'où la nécessité d'un regroupement des différents spécialistes en associations médicales, ou en polycliniques (privées ou publiques). Il en résulte un changement dans la mentalité du patient qui a de moins en moins le sentiment de se confier à un médecin de famille connu et estimé, mais plutôt de consulter un technicien qui devra répondre de ses fautes en cas de résultat malheureux. Le patient sera d'autant plus incité à en demander réparation qu'il aura cotisé pour un régime d'assurance-maladie et que les soins médicaux sont devenus pour lui un droit et non plus le fruit de la pure bonté du médecin. Celui-ci ne sera bientôt plus considéré que comme un simple débiteur dont on sait que l'acte qu'on lui reproche sera en définitive assumé financièrement par une société d'assurance.

C'est donc dans ce contexte sociologique contemporain en pleine évolution que nous analyserons la jurisprudence québécoise récente en la matière. Nous étudierons tout d'abord les différentes obligations de l'hôpital et du médecin envers le patient avant d'établir leur responsabilité respective dans différentes espèces.

I. — ANALYSE DES OBLIGATIONS DE L'HÔPITAL ET DU MÉDECIN ENVERS LE PATIENT.

L'analyse de ces différentes obligations consistera d'une part à déterminer leur nature et leur étendue, et d'autre part à en examiner l'objet.

A. NATURE ET ÉTENDUE DE CES OBLIGATIONS.

Ainsi que nous venons de le souligner la médecine dans sa forme moderne d'exercice s'est en grande partie collectivisée et dépersonnalisée tant et si bien qu'il est courant aujourd'hui pour le malade de s'adresser directement à l'hôpital afin d'y être hospitalisé et que cette institution lui fournisse le médecin spécialiste que nécessite son état, sans qu'il ait auparavant consulté ce praticien. Il nous apparaît nécessaire de prendre ici en considération cet état de fait et de distinguer dans notre analyse le cas où le patient a passé un accord préalable avec le médecin (client privé de celui-ci) et le cas où cet accord préalable n'a existé qu'avec l'hôpital (client propre à l'établissement).

1. *Le cas de l'hospitalisation du client privé d'un médecin.*

L'on observe dans cette hypothèse l'existence de deux rapports contractuels dont nous analyserons le contenu.

a) *La coexistence de deux rapports contractuels.*

Il existe ici d'une part un contrat médical entre le médecin et son patient, d'autre part un contrat hospitalier entre l'établissement et le patient.

L'existence d'un *contrat médical* ne saurait aujourd'hui faire de doute, il est admis tant en doctrine¹¹ qu'en jurisprudence¹² que la convention par laquelle un médecin s'oblige à donner, au patient qui les a requis, les soins de son art, « n'est contraire ni aux bonnes mœurs, ni à l'ordre public: elle n'est prohibée par aucune loi¹³ ». Monsieur Crépeau fait en outre observer que « les « choses » que l'article 984 C.C. juge nécessaire à la validité d'un contrat: capacité, consentement, objet, cause ou considération, peuvent aisément s'y retrouver¹⁴ » et monsieur le juge Bissonnette affirme également à ce sujet dans l'arrêt *X. c. Mellen*: « Dès que le patient pénètre dans le cabinet de consultation du médecin, prend naissance entre celui-ci et le malade, par lui-même ou pour lui-même, un contrat de soins professionnels¹⁵. »

De la même façon « on ne saurait non plus douter de l'existence d'un semblable contrat entre *le malade et l'établissement hospitalier*. Les règles qui s'appliquent au contrat médical s'appliquent avec une égale force au contrat hospitalier¹⁶. » Il nous faut cependant souligner qu'en pratique le contrat de soins hospitaliers n'a pas encore devant les tribunaux la même vogue que le contrat médical, la responsabilité des hôpitaux étant envisagée

¹¹ P. AZARD, *L'évolution actuelle de la responsabilité médicale au Canada*, 1958 *Rev. Int. Dr. Comp.* 16; P.-A. CRÉPEAU, *La responsabilité civile du médecin et de l'établissement hospitalier*, Thèse, Montréal, 1956, p. 54; *La responsabilité médicale et hospitalière dans la jurisprudence québécoise récente*, 1960, R. du B. 434, à la page 452; A. MAYNARD, *Permis d'opérer et clause d'exonération*, 1953 *Can. Bar Rev.* 150; W. C. J. MEREDITH, *Malpractice liability and hospitals*, Toronto, 1956; A. LAROUCHE, *Les obligations, recueil de doctrine*, Université d'Ottawa, 1970, t. I, p. 266.

¹² La jurisprudence québécoise avait consacré dès 1900 le caractère contractuel des relations patient-médecin dans la cause *Griffith c. Harwood*, 1900 B.R. 299; *Laurier c. Berthiaume*, 1933 B.R. 457, confirmé par la Cour suprême: 1934 (2) D.L.R. 797; *Brodier c. S.* 1934 C.S. 316; *X. c. Rajotte*, 1938 B.R. 484; *Vezina c. D.* 1961 C.S. 245; G. c. C.. 1960 B.R. 161; *Dufresne c. X.*, 1961 C.S. 119; *Beausoleil c. La communauté des Sœurs de la Charité de la Providence*, 1965 B.R. 37; *X. c. Mellen* (précitée).

¹³ *Feuchère c. Mojon*, Chambre des requêtes, 21 août 1839, S.1839.1.663.

¹⁴ P.-A. CRÉPEAU, *La responsabilité médicale et hospitalière dans la jurisprudence québécoise récente*, précité.

¹⁵ *X. c. Mellen*, précité.

¹⁶ P.-A. CRÉPEAU, *La responsabilité médicale et hospitalière dans la jurisprudence québécoise récente*, précité, à la page 454.

sur le plan délictuel. L'existence d'un tel contrat a été soulignée à plusieurs reprises en jurisprudence, notamment dans l'affaire *Beausoleil c. La communauté des Sœurs de la Charité de la Providence* (précitée) dans laquelle monsieur le juge Casey affirme: « The patient contracted with the hospital for all necessary services »; et plus récemment par un arrêt de la Cour suprême (*Martel c. Hôtel St-Vallier*¹⁷) dans lequel monsieur le juge Pigeon s'exprime ainsi: « Il ne s'y trouve rien qui modifie la nature juridique du contrat entre le demandeur (patient) et l'hôpital. Celui-ci est clairement une convention par laquelle l'établissement s'est engagé à fournir des soins au demandeur. » Cependant la Cour n'en a pas moins conclu à la responsabilité quasi délictuelle de l'hôpital, en dépit de l'inexécution de cette obligation, ce qui ne manque pas de nous étonner.

Cette situation juridique est sans nul doute celle qui existe dans la cause *Lefebvre c. Lamontagne*¹⁸; la patiente avait été suivie par le docteur Thuot lors de sa grossesse, ainsi d'ailleurs que pour les trois précédents accouchements: il existait donc un accord entre eux constituant un contrat de soins médicaux. D'un autre côté, la patiente avait également contracté avec l'hôpital afin d'y être admise dans le service de maternité. Tels sont les différents contrats existants dans cette hypothèse dont il importe de déterminer le contenu afin d'établir les responsabilités respectives.

b) *Le contenu obligationnel de chaque contrat.*

Le *contrat médical* est le contrat innommé le plus usuel dont les clauses, en général implicites, sont déterminées par l'application de l'article 1024 C.C., selon lequel « les obligations d'un contrat s'étendent non seulement à ce qui est exprimé mais encore à toutes les conséquences qui en découlent, d'après sa nature, et suivant l'équité, l'usage et la loi ». Les tribunaux québécois, bien que très réticents à admettre l'existence de clauses contractuelles implicites¹⁹, ont cependant reconnu leur réalité en matière médi-

¹⁷ *Martel c. Hôtel Dieu St-Vallier*, 1969 R.C.S. 745, à la page 752.

¹⁸ *Lefebvre c. Lamontagne*, 1970 C.A. 471.

¹⁹ Voir par exemple en matière de contrat de loisirs organisés *Griego c. Externat classique Ste-Croix*, 1962 R.C.S. 519 ou également en matière de transport de personne: *Montreal Tramways Cie c. Pistchick*, 1926 B.R. 324; *Duval c. Gagnon*, 1930 B.R. 202; *Montreal Tramways Cie c. Paquin*, 1957 B.R. 58; *Transport urbain de Hull Ltée c. Daly*, 1959 B.R. 773; voir à ce propos: P.-A. CRÉPEAU, *Réflexions sur le fondement juridique de la responsabilité des transporteurs de personnes*, 1960-61, 7 *McGill Law Journal* 225-241.

cale notamment dans l'arrêt *X. c. Mellen* (précité). La Cour d'appel, après avoir observé que le malade confie sa personne, sa vie, à la conscience et à la compétence professionnelle du médecin, a estimé qu'il n'est dès lors rien de plus raisonnable que le médecin assume, en raison même de ce lien, l'obligation de veiller à la sécurité du malade, en dehors même de toute stipulation expresse, et qu'il doit lui prodiguer « des soins consciencieux, attentifs et, réserve faite des circonstances exceptionnelles, conformes aux données acquises de la science ²⁰ ».

Selon monsieur Crépeau, « le contrat médical impose au médecin d'une manière générale quatre obligations: l'obligation de renseigner le malade, l'obligation au secret professionnel, l'obligation de donner des soins, l'obligation de donner des soins attentifs et consciencieux ²¹ ».

En conséquence et si l'on s'en tient aux conclusions des débats exposés par monsieur le juge Brossard dans la cause *Lefebvre c. Lamontagne* (précitée), l'administration du vaccin B.C.G. est un acte médical qui nécessite la recommandation du médecin et constitue l'usage courant pour les nouveau-nés; cependant, selon un autre usage, la vaccination ne ferait partie du contrat de soins médicaux que dans la mesure où elle a été approuvée par les parents. Ainsi la vaccination ne constituerait pas en l'espèce une obligation contractuelle. Il en résulte donc que la responsabilité éventuelle du médecin ne pourra être envisagée que sur le plan quasi délictuel.

Le contenu du contrat hospitalier s'analyse selon les mêmes principes, par l'application de l'article 1024 C.C. Les obligations générales de l'hôpital, déterminées par l'usage, la loi et la nature du contrat, comprennent: la constitution d'un dossier, le respect du secret professionnel, les services d'hôtellerie et enfin l'exercice de soins hospitaliers qui soulève quelques difficultés de délimitation par rapport aux soins médicaux. Ce problème se retrouve dans l'arrêt *Lefebvre c. Lamontagne*, où il peut apparaître délicat de déterminer si la vaccination des nouveau-nés est un usage créé par les hôpitaux et constitue pour eux une obligation contractuelle,

²⁰ Cette formule est également reprise dans les causes *Gendron c. Dupré*, 1964 C.S. 617; *Beausoleil c. La communauté des Sœurs de la Charité de la Providence*, précitée.

²¹ P.-A. CRÉPEAU, *La responsabilité médicale et hospitalière dans la jurisprudence québécoise récente*, précité, à la page 454.

sous réserve de l'approbation par les parents. Il s'agit là d'un problème de frontière et il nous apparaît raisonnable de considérer la vaccination comme un acte médical puisqu'elle nécessite la recommandation d'un médecin. Elle ne saurait par conséquent être comprise parmi les soins hospitaliers, surtout dans l'hypothèse où la prescription émane du médecin traitant. Il nous semble par ailleurs que, lorsqu'il s'agit d'un patient privé, l'hôpital doit être dégagé de toute responsabilité en ce qui concerne les actes médicaux et que la notion de soins hospitaliers doit être limitée aux soins courants qui ne nécessitent pas l'approbation préalable du médecin, cette formalité étant suffisante pour en mettre la réalisation sous l'autorité de ce dernier. La situation sera nettement différente dans les cas où le patient n'est pas un client privé du médecin, c'est-à-dire lorsqu'il n'a contracté qu'avec l'hôpital.

2. *Dans le cas d'un client propre à l'hôpital.*

Cette situation mérite d'être étudiée attentivement, car elle se présente de plus en plus fréquemment de nos jours du fait de la collectivisation et de la dépersonnalisation de la médecine, ainsi que nous l'avons fait observer dans notre introduction générale. Du point de vue juridique, il existe une grande différence entre cette hypothèse et la précédente, car il n'existe plus qu'un rapport contractuel unique entre le client et l'hôpital, dont le contenu obligationnel sera beaucoup plus étendu; les rapports patient-médecin se situant sur le plan extra contractuel.

a) *Analyse du rapport contractuel unique du client et de l'hôpital.*

L'existence même du contrat hospitalier ne saurait faire plus de doute que dans l'hypothèse précédente. C'est cependant au niveau de son contenu que la situation va être changée.

En effet, dans l'hypothèse antérieure l'hôpital ne pouvait être tenu responsable de la faute d'un médecin traitant ou du chirurgien, parce que l'hôpital n'avait jamais promis à ses malades des soins médicaux et chirurgicaux, car ceux-ci ne faisaient pas partie des obligations que devait assumer l'établissement.

Dans la situation présente, le contenu obligationnel du contrat hospitalier est infiniment plus étendu. En effet, le patient s'est adressé directement et uniquement à l'hôpital, qui a accepté de le prendre en charge non seulement pour l'hospitaliser, mais également pour lui prodiguer tous les soins médicaux et chirurgicaux que nécessitera son état, afin d'assurer sa guérison. L'article 1024

C.C. nous permet ici également d'analyser le contenu obligationnel de ce contrat en y englobant les obligations qui résultent de l'usage et de la loi. *Les règlements de la Loi de l'assurance-hospitalisation* mettent en effet à la charge de l'établissement: « III. Les travaux de laboratoire, de radiologie ou d'autres procédés de diagnostic avec les interprétations nécessaires pour maintenir la santé, prévenir la maladie et aider au diagnostic et au traitement de toute blessure, maladie ou infirmité; . . . V. L'usage des salles d'opération, des salles d'accouchement et des installations d'anesthésie, avec l'équipement et le matériel nécessaire; VI. Le matériel de chirurgie courante ²². » De même il apparaît certain, selon la *Loi de l'assistance publique du Québec*, que les établissements hospitaliers habilités à soigner les indigents offrent des services proprement médicaux dans les salles d'assistance publique, ainsi que dans leur service d'urgence au dispensaire ²³. Le législateur a par ailleurs expressément accordé à certains établissements, dans leur loi d'incorporation, le pouvoir de fournir des soins médicaux, chirurgicaux ou autres soins professionnels; ne retenons ici que celles se rapportant à deux établissements dont nous aurons à analyser ultérieurement la responsabilité dans un conflit les opposant à leurs clients.

La charte de l'hôpital « Hôtel Dieu St-Vallier » de Chicoutimi détermine l'objet de la corporation de la façon suivante: « a) Établir, maintenir, organiser, agrandir, développer et administrer, en la cité de Chicoutimi, un hôpital général avec *services de médecine, de chirurgie, d'obstétrique, de puériculture, de pédiatrie, et généralement tous les services organisés, nécessaires ou utiles au bon fonctionnement d'un hôpital général; . . . b) recevoir, hospitaliser, soigner, soulager et pensionner, moyennant rémunération ou gratuitement, les malades, les accidentés; . . . c) hospitaliser et soigner les malades et blessés indigents suivant les dispositions de la loi de l'assistance publique de Québec* ²⁴. »

²² Règlements de la Loi de l'assurance-hospitalisation, S.Q. 1960-61, ch. 78, art. 1, K III, V, VI.

²³ Loi de l'assistance publique de Québec, S.R.Q. 1941, ch. 187. Voir, par exemple, l'article 3, al. 4: « Les mots institution d'assistance » signifient toute institution qui reçoit, garde, soigne ou hospitalise gratuitement des indigents, et qui est reconnue comme telle par le lieutenant-gouverneur en conseil.

²⁴ Nous citons ici la *loi modifiant la charte de « L'hôtel-Dieu Saint-Vallier »* de Chicoutimi, S.Q. 1952-53, ch. 143, art. 3 a), b), c), qui était en vigueur lors du litige. Ces mêmes principes sont cependant repris par l'article 1 de la *loi réfondant la charte de l'Hôtel-Dieu St-Vallier* de Chicoutimi, L.Q. 1969, ch. 114.

Tout en abrogeant les précédentes *lois concernant la charte de l'hôpital Notre-Dame*, la dernière en date (en vigueur lors du litige dans lequel se trouvait impliqué l'établissement) réaffirme « toutes les prérogatives médicales et scientifiques qui lui avaient été conférées par les lois ainsi abrogées²⁵ »; l'une de ces prérogatives était, dès son incorporation en 1881, « l'administration directe, le contrôle et la régie du service *médical* et *chirurgical* de la pharmacie, ainsi que le choix et la nomination des médecins de service », qui était confiée au Bureau médical²⁶. Notons enfin que l'article 19 de la *Loi des hôpitaux* interdit à tout « directeur d'hôpital, à ses préposés et à tout médecin de requérir d'un patient ou de ses représentants une renonciation à la responsabilité résultant de son hospitalisation, d'examen médicaux, de traitements ou d'interventions chirurgicales²⁷ ». Voilà des textes qui nous paraissent précis, dans lesquels les fonctions et les responsabilités sont clairement indiquées. L'établissement qui s'est engagé à fournir au patient (ainsi que lui en confèrent le pouvoir les différentes lois que nous venons d'analyser) des soins et traitements par l'entremise de médecins, chirurgiens, pharmaciens ou autres spécialistes, doit répondre à l'exécution de ces obligations contractuelles à l'égard du malade.

Cette situation semble être celle de l'établissement hospitalier dans la cause *Hôpital Notre-Dame et Docteur Turcot c. Dame Villemure*²⁸ ainsi que le fait observer M. le juge Choquette (dissident): « le but évident du docteur Brassard et de la demanderesse était d'obtenir l'hospitalisation du malade et non de fournir un patient privé à l'appelant, qu'ils ne connaissaient pas. Dans sa fonction et ses implications, l'appelant agissait à mon avis comme préposé de l'hôpital, spécialement à l'égard d'un malade admis dans la section publique du service de psychiatrie. » Ce point de vue est également partagé par le professeur Popovici²⁹: « Il semble bien,

²⁵ *Loi concernant la charte de l'Hôpital Notre-Dame*, S.Q. 1954-55, ch. 151, art. 1.

²⁶ *Acte pour incorporer « l'Hôpital Notre-Dame » à Montréal*, S.Q. 1881, ch. 48, art. 6; cette prérogative du Bureau médical est réaffirmée expressément dans la loi actuellement en vigueur à l'article 21: « L'exécutif du Bureau médical a le contrôle de l'administration médicale, chirurgicale et scientifique de l'hôpital »; la composition de ce « Bureau » est elle-même révélatrice: art. 19, « le Bureau médical est composé de médecins et chirurgiens attachés aux différents services de l'hôpital »...

²⁷ *Loi des hôpitaux*, S.R.Q., 1964, ch. 164, art. 19.

²⁸ *Hôpital Notre-Dame et Docteur Turcot c. Dame Villemure*, 1970 C.A. 538.

²⁹ A. POPOVICI, *La responsabilité médicale et hospitalière lors du suicide d'un malade mental*, 1970 R. du B. 490.

dit-il, que c'est plutôt avec l'hôpital — lequel a fourni le nom et les services du docteur Turcot — plutôt qu'avec ce dernier que le malade (ou sa famille) a eu l'intention de contracter. » En l'espèce, cette opinion n'a pas été celle de la majorité qui semble avoir considéré le patient comme un client privé du médecin en dépit des circonstances.

La Cour suprême dans l'arrêt *Martel c. Hôtel Dieu St-Vallier* s'est prononcée sur la question et après avoir souligné que l'anesthésie avait été pratiquée sans que soit intervenue aucune relation contractuelle entre le patient et l'anesthésiste, pas plus d'ailleurs qu'avec le médecin ou le chirurgien de l'hôpital, la Cour a décidé que le contrat entre le patient et l'hôpital « est clairement une convention par laquelle l'établissement s'est engagé à fournir des soins au demandeur. C'est, conclut-elle, en exécution de ce contrat que l'anesthésie a été pratiquée ³⁰. » Cet arrêt se trouve donc confirmer une décision de la Cour d'appel dans l'affaire *Beausoleil c. La communauté des Sœurs de la Charité de la Providence* ³¹ qui a retenu la responsabilité d'un établissement hospitalier pour la faute préjudiciable d'un médecin qui avait pratiqué l'anesthésie, non pas en vertu d'un contrat passé avec le malade lui-même mais au nom de l'hôpital avec lequel avait contracté le patient. « In this case, dit monsieur le juge Casey, the patient contracted with the hospital for all necessary services, of these one was the giving of anesthetic on this premise and, since for the purpose of the action I see no essential difference between the position of Dr. (X) and that of any other employee, the hospital must answer for his fault ³². »

Cependant, si nous partageons le point de vue de la Cour suprême dans l'arrêt *Martel* et de M. Popovici quant au contenu du contrat hospitalier, en le considérant comme un pas en avant dans le sens de la réalité tant juridique que contemporaine, nous devons au contraire dénoncer les conclusions pour le moins étranges qu'ils déduisent de cette relation juridique. En effet, la Cour suprême en tire comme conséquence la responsabilité *quasi délictuelle* de l'institution [*sic*], après avoir présumé la faute de l'anesthésiste considéré comme un *préposé* de l'hôpital. De son côté, M. Popovici considère également le médecin comme un *préposé* chargé d'exécuter le contrat passé entre le malade et l'hôpital.

³⁰ *Martel c. Hôtel-Dieu St-Vallier*, 1969 R.C.S. 745, à la page 752.

³¹ *Beausoleil c. La communauté des Sœurs de la Charité de la Providence*, précité.

³² *Ibid.*, à la page 41.

C'est là retomber dans l'erreur commune de la jurisprudence dominante en la matière qui, fortement imprégnée de principes de Common Law, place le plus souvent, et à tort, la responsabilité de l'établissement sur le plan extra-contractuel.

Dans le contexte contractuel, dans lequel nous nous situons, le recours au lien de préposition entre le médecin et l'hôpital nous paraît inutile et juridiquement inacceptable; de plus il conduit ceux qui y font appel à de lourdes contradictions.

L'application de l'article 1054 al. 7 C.C. nous paraît *inutile*³³, tout simplement parce que l'établissement ayant promis contre rémunération, ou même parfois gratuitement, des soins médicaux, chirurgicaux ou pharmaceutiques, la faute de la personne, auteur du dommage, qui a été introduite dans l'exécution du contrat, devient la faute de l'établissement et constitue la violation d'une obligation contractuelle assumée par l'hôpital envers le malade. Ainsi que le fait remarquer M. Crépeau³⁴ à propos de la décision de monsieur le juge Casey³⁵: « En matière de responsabilité contractuelle, le débiteur d'une obligation, dont l'exécution est confiée à un auxiliaire, assume la responsabilité de la faute préjudiciable de ce dernier, non pas comme en régime extra-contractuel sous l'empire de l'article 1054 al. 7 du Code civil, parce que l'auxiliaire est un préposé, au sens technique du terme, mais bien et uniquement parce que l'établissement n'a pas rempli l'obligation assumée à l'égard du malade. *La faute de l'auxiliaire, qu'il soit un préposé ou un spécialiste, devient la faute de l'établissement qui doit alors en répondre en justice.* »

En ce qui concerne les médecins et les chirurgiens qui ont la charge d'exécuter le contrat de soins passé entre l'hôpital et le patient, il nous paraît *juridiquement inacceptable de les considérer comme des préposés de l'établissement*. En effet, ce qui caractérise le rapport de préposition n'est pas le fait de travailler pour le compte d'autrui ou d'être son salarié, mais le fait d'être subordonné à ses ordres dans l'exécution de son ouvrage. La caractéristique du lien de préposition se situe au niveau du droit de surveillance et de direction de l'employeur sur l'employé, qui doit l'exercer de façon directe et immédiate³⁶.

³³ Cf. *infra*.

³⁴ P.-A. CRÉPEAU, *La responsabilité civile, médicale et hospitalière, évolution récente* in *Futura Santé* 2, éd. intermonde, Montréal, 1968, p. 24.

³⁵ *Beausoleil c. La communauté des Sœurs de la Charité de la Providence*, précité, notes 31 et 32.

³⁶ *Central Vermont Ry. c. Bain*, 1919, R.C.S. 433.

Ainsi, d'après le critère de la subordination, le médecin ou le chirurgien affecté au service de l'hôpital ne saurait en aucun cas être considéré comme le préposé de l'établissement, car il est le seul maître dans l'exercice de sa profession, qu'il exerce selon sa conscience, son jugement et au meilleur de ses connaissances scientifiques, sans que la direction de l'hôpital puisse interférer et lui donner des ordres directs dans ce domaine. Le médecin dans la prescription d'un traitement ou le chirurgien dans sa salle d'opération « est en quelque sorte indépendant, de par son caractère professionnel ³⁷ ».

Comment dès lors expliquer que le praticien puisse engager la responsabilité de l'établissement, s'il en est indépendant, et qu'il ne peut être considéré comme son préposé ? M. Nadeau soutient en effet que « le médecin d'hôpital ne peut engager la responsabilité de l'institution qui l'emploie à raison de sa faute professionnelle. Il traite d'égal à égal avec les autorités hospitalières et s'il accepte d'elles de l'ouvrage, il exerce sa profession à ses risques et périls ³⁸. » En fait, il ne s'agit ici, semble-t-il, pour M. Nadeau, que d'affirmer que le médecin ne peut être le préposé de l'hôpital et qu'il ne saurait donc à *ce titre* engager la responsabilité de celui-ci. En réalité, dans l'hypothèse où l'hôpital s'est contractuellement engagé auprès du patient à lui fournir tous les soins nécessaires à son état pour le conduire à la guérison, qu'il s'agisse de soins hospitaliers, médicaux ou chirurgicaux, la solution est différente, car l'établissement, en confiant l'exécution de ses obligations à des « substituts », se trouve en quelque sorte dans la situation d'un entrepreneur qui a confié la réalisation de son contrat à des intermédiaires. Dans ces conditions, et d'après ce que nous avons précédemment établi ³⁹, la faute de l'auxiliaire qui a été introduit dans l'exécution du contrat « devient la faute de l'établissement qui doit alors en répondre en justice ⁴⁰ ». Dans cette hypothèse, l'hôpital serait *responsable contractuellement de la faute d'autrui*.

Notons enfin que le recours au lieu de préposition dans ce cadre conduit ceux qui y font appel à *de lourdes contradictions*. Il est inutile d'insister sur celle que l'on relève dans l'arrêt Martel,

³⁷ A. NADEAU, *Traité de droit civil du Québec*, t. 8, n° 406, p. 353 et n° 409, p. 356 et 357.

³⁸ *Ibid.*, n° 406, p. 353.

³⁹ Cf. *supra*.

⁴⁰ P.-A. CRÉPEAU, précité, cf. note 34.

tellement elle est évidente dans le contexte civiliste: la responsabilité de l'hôpital est *quasi délictuelle* du fait de la violation par l'établissement de son *obligation contractuelle* . . . parce que la faute présumée aurait été commise par le médecin que l'on a considéré en l'espèce comme un préposé ⁴¹ . . . M. Popovici n'échappe pas plus à cet écueil ⁴². En effet, après avoir souligné que c'est plutôt avec l'hôpital qu'avec le médecin que le malade a eu l'intention de contracter, l'auteur soutient qu'« il ne semble pas illogique de conclure qu'un contrat a été conclu entre le malade et l'hôpital dont le D^r Turcot ne serait que le préposé ⁴³ ». Même en admettant un instant que le praticien est un préposé en l'espèce, nous ne voyons pas où est la logique du raisonnement, car l'auteur n'a pas conclu à la responsabilité de l'établissement, alors que, dans un premier temps, il avait établi une faute causale « contre le simple bon sens ⁴⁴ » de la part du médecin, considéré comme préposé ! . . . En outre, nous ne voyons pas comment l'on peut dans ces conditions parler « d'obligation [contractuelle] » du médecin à l'égard du patient ⁴⁵; un contrat se conclut-il avec le préposé ou avec le commettant ? . . .

Nous devons donc dénoncer cette confusion, ainsi que la jurisprudence dominante, *qui, fortement imprégnée de principes de Common Law*, se refuse à placer la responsabilité hospitalière dans son véritable domaine pour se situer sur le plan extra-contractuel.

Ainsi dans l'affaire *Petit c. Hôpital Ste-Jeanne d'Arc* ⁴⁶ dans laquelle il s'agissait d'une demande en dommages intérêts, formée contre les autorités hospitalières pour préjudice résultant des soins et traitement donnés dans une salle publique par un chirurgien chargé par l'hôpital de soigner le demandeur, monsieur le juge McDougall, s'appuyant expressément sur des principes de Common Law anglais contenus dans l'arrêt *Hillyer* ⁴⁷, rejeta l'action du demandeur, au motif que d'une part le médecin n'était pas le préposé de l'établissement, et que, d'autre part, celui-ci ne s'engageait qu'à choisir un personnel médical et auxiliaire compétent, et non à répondre de leurs erreurs ou négligences. Les motifs de cette dé-

⁴¹ Cf. *supra*, note 28 et *infra*.

⁴² Cf. *supra*, note 29.

⁴³ *Ibid.*, à la page 498.

⁴⁴ *Ibid.*, à la page 497.

⁴⁵ *Ibid.*, à la page 497.

⁴⁶ *Petit c. Hôpital Ste-Jeanne d'Arc*, 1940 C.S. 564.

⁴⁷ *Arrêt Hillyer*, 1909, 2 K.B. 820.

cision furent également repris dans l'arrêt *Mellen c. Nelligan* ⁴⁸, ainsi que dans la cause *Cité de Verdun c. Thibault* ⁴⁹. Dans cette dernière affaire où il s'agissait d'une erreur commise par une infirmière dépendant du bureau de santé de la ville, monsieur le juge Létourneau, tout en reconnaissant l'existence d'un contrat ou d'une entente entre la ville et le patient, considéra le problème uniquement en fonction du régime délictuel de responsabilité, acceptant la distinction faite à l'époque par le droit anglais entre les actes professionnels et les actes courants d'une infirmière. Considérant en l'espèce qu'il s'agissait d'un acte professionnel, il rejeta l'action contre l'hôpital.

Ainsi, non contents de placer le problème de la responsabilité du fait d'autrui en dehors de son véritable terrain, ces arrêts accusent une tendance regrettable à introduire, dans le droit civil de la province de Québec, des principes de la Common Law. En effet, si les solutions apportées par les deux systèmes à ce même problème peuvent être identiques, c'est le plus souvent au moyen de techniques juridiques fort différentes.

En l'occurrence, la solution apportée par l'arrêt *Hillyer* est d'autant moins admissible que les circonstances de fait qui entourent les espèces auxquelles on le rapporte sont sensiblement différentes: dans l'arrêt *Hillyer*, le patient était un client privé du chirurgien avec lequel il avait préalablement contracté, tandis que, dans l'affaire *Petit*, au contraire, le malade était un client de l'hôpital, traité et soigné par un chirurgien qui avait été désigné par l'établissement.

Ceci nous montre les dangers qu'il y a à appliquer les solutions de la Common Law avant même d'analyser les principes du droit civil, qui en l'espèce sont suffisants pour solutionner le litige. Ceci, nous dit le professeur A. Larouche, « ne peut qu'altérer, sans raison valable, le caractère propre du code civil de la province de Québec et pose de graves problèmes d'interprétation ⁵⁰ ».

Si, donc, dans cette hypothèse, selon les principes du Code civil, la responsabilité de l'hôpital du fait du médecin ou des infirmières doit être placée sur le plan contractuel, en raison du contenu obligationnel du contrat, qu'en est-il de celle du médecin

⁴⁸ *Mellen c. Nelligan*, 1956 R.L. (C.S.) 129.

⁴⁹ *Cité de Verdun c. Thibault*, 1940 B.R. 1.

⁵⁰ A. LAROCHE, *précité*, t. III, p. 162.

à l'égard du patient, quel lien juridique existe-t-il entre eux, en pareil cas ?

b) Le rapport extra-contractuel du patient et du médecin.

Nous avons vu précédemment que l'on reconnaît maintenant d'une façon générale l'existence du contrat médical⁵¹, mais encore faut-il pour cela que les conditions d'existence et de validité du contrat soient réalisées. Il est bien évident qu'il ne pourra exister de relation contractuelle entre le médecin et le patient lorsqu'il n'y a pas eu d'échange de consentement valable entre ces deux personnes. Tel est le cas lorsque le blessé est inconscient, ou que le malade est incapable⁵² ou encore lorsque le médecin est affecté au service de l'hôpital et qu'il est imposé au malade. Le litige devra en conséquence être placé dans le domaine extra-contractuel, ainsi que le souligne fort justement la Cour suprême dans l'arrêt *Martel* à propos de l'anesthésiste⁵³ et contrairement à ce qu'affirme M. Popovici, en ce qui concerne l'arrêt *Hôpital Notre-Dame c. Dame Villemure*, compte tenu de l'étendue qu'il donne au contrat hospitalier⁵⁴. Il est regrettable par ailleurs que la Cour d'appel n'ait pas, dans cette affaire, envisagé le problème d'une façon plus précise et systématique et qu'elle n'ait pas eu à se prononcer, en raison de son appréciation des faits, sur les régimes de responsabilité du médecin et de l'hôpital.

Avec le phénomène actuel de collectivisation et de dépersonnalisation de la médecine, il nous apparaît que les rapports contractuels des médecins et des patients iront en régression dans le cadre de l'exercice de cette médecine collective et que les contrats de soins médicaux se concluront de plus en plus à l'avenir avec la polyclinique ou l'établissement hospitalier. En conséquence les relations médecin-patient, si cette évolution se poursuit, se situeront désormais très souvent sur le plan extra-contractuel. La jurisprudence devra s'adapter à la situation mieux qu'elle ne le fait actuellement si elle veut respecter les principes du Code civil.

Après avoir ainsi déterminé la nature et l'étendue de ces diverses obligations, encore nous faut-il selon certains auteurs en analyser leur objet avant de pouvoir établir les responsabilités

⁵¹ Cf. *supra*, note 12.

⁵² P.-A. CRÉPEAU, Thèse, précitée, p. 69.

⁵³ *Martel c. Hôtel-Dieu St-Vallier*, précité.

⁵⁴ A. POPOVICI, précité, p. 497. *Hôpital Notre-Dame c. Dame Villemure*, précité.

respectives. Cet objet consistera-t-il en un simple comportement de bon père de famille avec l'espoir d'un résultat ou consistera-t-il au contraire uniquement en l'obtention de ce résultat ?

B. L'OBJET DE CES DIVERSES OBLIGATIONS.

La doctrine moderne a élaboré la distinction des obligations de moyen et des obligations de résultat dont l'un des intérêts, à en croire ses partisans, est de déterminer l'objet des obligations. Nous ferons donc dans un premier temps application de cette théorie, avant d'en critiquer la portée dans un deuxième temps.

1. *La détermination de l'objet de ces diverses obligations par l'application de la distinction des obligations de moyen et des obligations de résultat.*

« Introduite par Démogue dans la doctrine française moderne, modifiée par MM. Henri et Léon Mazeaud, et envisagée par eux comme une *summa divisio* de toutes les obligations, tant délicieuses que contractuelles, la distinction des obligations de résultat et des obligations de moyen a trait à l'objet de l'obligation ⁵⁵. »

a) *Cette distinction est en effet fondée* sur une constatation : tantôt le débiteur est tenu d'accomplir un fait déterminé, l'obligation est strictement précisée et le débiteur devra atteindre ce résultat; tantôt au contraire le débiteur est seulement tenu de faire diligence, de se conduire avec prudence pour tenter de parvenir au résultat souhaité, mais non promis. L'objet de l'obligation est donc différent : tandis que le transporteur est tenu de livrer la marchandise au jour et au lieu convenus, le médecin est seulement tenu de se conduire avec prudence et diligence en vue d'obtenir la guérison souhaitée du malade ⁵⁶.

La différence entre ces deux catégories d'obligations résulte, selon M. Tunc, des circonstances, et non en principe d'une différence de degré de l'intensité de l'obligation, contrairement à l'exposé de M. Crépeau ⁵⁷. En effet, l'obligation a pour objet le résultat lorsqu'on peut présumer que la diligence du débiteur y conduira, car dans les circonstances, l'aléa de celui-ci est suffisamment faible pour être négligé et permettre de présumer la faute du débiteur

⁵⁵ A. TUNC, *La distinction des obligations de résultat et des obligations de diligence*, *Sem. jur.* 1945.I.449; n^{os} 2 à 6.

⁵⁶ MM. MAZEAUD et TUNC, *Leçons de droit civil*, t. 2, n^o 21.

⁵⁷ P.-A. CRÉPEAU, *Le contenu obligationnel d'un contrat*, 1965, *Can. Bar Rev.* 1, cf. plan et pages 29 à 48.

s'il n'est pas atteint; au contraire, l'obligation aura pour objet la diligence lorsque l'aléa du résultat est suffisamment important pour que l'on ne puisse plus le négliger et conclure à la faute du débiteur du seul fait que celui-ci n'a pas été atteint. Dans ce contexte, il serait inexact de penser qu'à une obligation de résultat correspond un degré de diligence très élevé, alors qu'à une obligation de moyen correspond un degré de diligence plus faible. Un exemple suffit à le démontrer: la prudence et la vigilance que nécessite de la part du chirurgien une opération cardiaque (obligation de moyen) sont infiniment supérieures à celles qu'exige le transport d'une marchandise (obligation de résultat).

La différence d'objet des obligations, selon M. Tunc, dépendra donc des circonstances, c'est-à-dire du caractère aléatoire ou non du résultat et non pas de leur différence de degré ou d'intensité ⁵⁸.

b) L'un des intérêts de cette distinction est précisément, selon M. Tunc, de *déterminer l'objet exact* de l'obligation de l'une des parties lorsque celle-ci n'apparaît pas clairement. Ainsi, M. Tunc pense que la solution au problème de la détermination de l'objet de l'obligation du banquier en ce qui concerne la location de coffre-fort, analysé de façon contradictoire par MM. Demogue et Capitant ⁵⁹, peut être trouvée grâce à l'application du critère de la distinction: « l'aléa du résultat souhaité par les parties ».

En effet, souligne M. Tunc, si l'on recourt à ce critère, l'on s'aperçoit que, dans le cas de la location d'un coffre-fort dans une banque, l'aléa du résultat voulu par les parties est très minime, car, selon toute vraisemblance, il y a toutes les chances, si la banque ne commet aucune faute, pour que le client puisse reprendre les biens qu'il a placés dans son coffre. Il compte sur la possibilité d'exercer cette reprise et il a le droit de compter sur elle. L'obligation de la banque n'est donc pas seulement de surveiller mais de permettre la reprise des biens apportés. Si le client vient à établir que certains biens manquent ou ont subi des dommages,

⁵⁸ Cf. A. TUNC, précité, et *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, 6^e éd., n^o 103-104, p. 118.

⁵⁹ DEMOGUE (*Traité des obligations*, t. VI, n^o 599) soutenait que la banque qui loue des coffres, par opposition à celle qui accepterait des titres en dépôt ne s'engagerait qu'à une simple *obligation de moyen*, c'est-à-dire à faire diligence pour que les biens qui sont mis dans ce coffre ne soient pas volés. CAPITANT (*Les effets des obligations*, *Rev. Trim. droit civil*, 1932, p. 724-725) conclut pour la même obligation, à une *obligation de résultat*, car la banque s'engage, dit-il, à faire en sorte que les clients qui ont loué le coffre puissent reprendre les biens qu'ils y ont déposés.

la banque doit être présumée responsable, sauf si elle a établi un cas de force majeure exceptionnel. L'objet de l'obligation du banquier sera donc d'assurer ce résultat, qui doit normalement être atteint si cette obligation est exercée avec diligence du fait de son caractère non aléatoire ⁶⁰.

Nous devons observer avec le professeur A. Larouche ⁶¹ que cet intérêt reconnu à la classification par MM. Mazeaud et Tunc est traité par ces auteurs d'une façon superficielle, et qu'ils ne lui accordent qu'une place très minime au sein du développement de la théorie. Nous pensons qu'il en est mieux ainsi, car il nous apparaît erroné de voir dans la distinction un moyen de déterminer l'objet de l'obligation.

2. *La distinction ne saurait déterminer l'objet de l'obligation.*

La distinction apparaît, en effet, comme une classification a posteriori qui n'a pas grande signification.

a) Ce n'est qu'une fois que l'on analyse l'objet de l'obligation que l'on peut la qualifier, c'est cette analyse qui permet de classer l'obligation et non la classification qui permet l'analyse de l'obligation !

b) Quant à la classification elle-même, elle n'apporte pas grand-chose à la solution du litige, puisque l'analyse de l'obligation suffit pour nous permettre de déterminer si le débiteur l'a exécutée d'une façon convenable ou non ⁶². En outre dans la perspective d'une classification des obligations en deux catégories d'objets que prétend effectuer la distinction, celle-ci n'a pas grande signification, car, en fait, toutes les obligations ne présentent qu'un seul et même objet, car l'on peut prétendre aussi aisément que celui-ci consiste en un résultat ou au contraire en une certaine diligence.

M. Eismein ⁶³ considère, en effet, qu'il est fallacieux de parler d'obligations de moyen d'une part, et d'obligation de résultat d'autre part, puisqu'au fond, en les analysant de près, toutes les obligations, quelles qu'elles soient, sont de résultat. L'on peut, en effet, concevoir une obligation qui n'ait pas d'objet et cet objet est forcément le résultat que les parties ont escompté ou en vue duquel elles ont contracté.

⁶⁰ Cf. A. TUNC, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, précité, n°s 103-105, p. 119.

⁶¹ Cf. A. LAROCHE, précité, t. III, p. 235.

⁶² *Ibid.*

⁶³ EISMEIN, 1933 *Rev. Trim. droit civil*, n°s 3 et 16, p. 627.

Au contraire, pour certains auteurs⁶⁴ toute obligation serait de diligence, en ce sens que l'obligation impose toujours au débiteur une certaine diligence et que le débiteur qui a fait preuve de la diligence voulue ne peut légitimement être condamné si un événement étranger a empêché la réalisation du résultat escompté. M. Tunc⁶⁵ a lui-même montré comment toute obligation comporte un fond de diligence, cependant, par application du critère de l'aléa du résultat il distingue les obligations dans lesquelles le résultat sera presque sûrement atteint si l'obligation est exécutée avec diligence (obligation de résultat) de celle où l'aléa causé par les circonstances le rend imprévisible en dépit de toute la prudence déployée par le débiteur (obligation de moyen).

Cette utilisation du critère de l'aléa dans la détermination de l'objet de l'obligation nous paraît très critiquable, car celui-ci peut certes varier d'une obligation à l'autre mais sans modifier pour autant l'objet de l'obligation qui sera toujours de diligence. En effet, si l'on reprend l'idée de départ de M. Tunc, l'on peut dire que dans toute obligation le débiteur ne s'engage qu'à apporter les soins d'un bon père de famille (à moins qu'il n'ait contracté une obligation de garantie). Mais l'on doit bien remarquer que, lorsque l'aléa varie d'une obligation à l'autre, ceci ne saurait modifier l'objet de l'obligation qui demeure toujours de diligence, car dans cette perspective lorsque le débiteur a pris toutes les mesures nécessaires pour parvenir au résultat, son obtention ne dépend plus du débiteur, mais des circonstances extérieures, c'est-à-dire en définitive de l'aléa qu'elles créent. L'on doit conclure que le critère de l'aléa ne peut permettre de distinguer ou de classer les obligations quant à leur objet, puisqu'il ne le détermine pas⁶⁶.

Il nous apparaît donc inutile de classer ou d'analyser les obligations d'après ce que certains auteurs appellent leur objet ou d'autres leur intensité puisque toute obligation a le même et que chacune est susceptible de plus ou de moins, la diligence pouvant être plus ou moins grande et le résultat plus ou moins bon, selon que l'on se place d'un point de vue de diligence ou de résultat !

⁶⁴ Schlossmann et Szaszy-Schwartz, cités par MARTON, 1935 *Rev. Trim. droit civil*, n° 3 et 4, p. 499 et s., JULIOT DE LA MORANDIÈRE, *Traité de droit civil de Colin et Capitant*, t. II, n° 833, p. 465.

⁶⁵ A. TUNC, 1945 *Sem. jur.* I, p. 449, n° 14, note 33.

⁶⁶ *Ibid.*, p. 263. Voir cependant les observations de A. T. MECS, *Medical Liability and the Burden of proof*, 1970 *McGill L.J.*, p. 163.

L'élément important qu'il s'agit d'analyser dans l'étude d'une obligation avant de pouvoir établir les responsabilités apparaît donc la détermination de son contenu, afin de pouvoir juger si elle a été exécutée ou non.

II. — ÉTABLISSEMENT DES RESPONSABILITÉS RESPECTIVES.

Il s'agit tout d'abord de *prouver* que l'obligation dont nous avons étudié la nature et le contenu a été exécutée de façon fautive, pour ensuite la placer dans son *domaine propre*, auquel sont rattachées certaines règles particulières qui pourront avoir une incidence sur l'établissement des responsabilités respectives.

A. NÉCESSITÉ DE PROUVER LA FAUTE CAUSALE DU DOMMAGE.

A côté de la détermination de l'objet de l'obligation, la distinction des obligations de moyen et des obligations de résultat, nous disent ses partisans, offre l'*intérêt capital* d'opérer une répartition du fardeau de la preuve; il nous apparaît que c'est là donner à la distinction une portée qu'elle n'a pas en réalité.

1. *La répartition du fardeau de la preuve selon la distinction des obligations de moyen et des obligations de résultat.*

Suivons ici le raisonnement de M. Crépeau qui, après avoir dissipé l'erreur commune selon laquelle la charge de la preuve dépend du régime de responsabilité, démontre qu'elle est en fait reliée à l'objet de l'obligation.

M. Crépeau commence en effet par dénoncer une erreur encore fréquente dans la jurisprudence selon laquelle le régime contractuel ou extra-contractuel de responsabilité commanderait la charge de la preuve. En matière contractuelle, le débiteur serait présumé responsable chaque fois que le résultat promis n'a pas été atteint, il lui appartiendrait dès lors de s'exonérer en prouvant un cas de force majeure ou la faute de la victime; en matière délictuelle, au contraire, aucune faute ne pourrait être présumée, car aucun résultat n'était promis; en conséquence, c'est au demandeur qu'il appartiendrait de prouver la faute du défendeur. Ainsi, à une obligation contractuelle correspondrait une obligation de résultat et à une obligation extra-contractuelle une obligation de moyen.

Cette conception, selon M. Crépeau ⁶⁷, repose sur une interprétation erronée de l'article 1071 C.C., car pour obtenir réparation du préjudice qu'il a subi le débiteur doit prouver non seulement l'existence mais également l'inexécution de l'obligation du défendeur. Or, ce fardeau sera plus ou moins lourd selon l'intensité de l'obligation du débiteur, la *charge de la preuve dépendrait en fait selon cette théorie de l'objet de l'obligation*.

Lorsque l'objet de l'obligation est la diligence, le créancier doit supporter tout le fardeau de la preuve, car pour prouver l'inexécution de l'obligation du débiteur il lui faut prouver que ce dernier n'a pas pris tous les moyens raisonnables qu'exigeaient les circonstances et qu'aurait pris un bon père de famille.

Lorsque l'objet de l'obligation consiste en un résultat à atteindre, le fardeau du demandeur qui doit toujours prouver l'inexécution de l'obligation du débiteur en vertu de l'article 1203 C.C. se trouve cependant considérablement allégé, car il lui suffit pour prouver cette inexécution de démontrer que le résultat n'a pas été atteint et qu'il existe un lien de causalité entre le fait et le préjudice qu'il a subi, pour faire peser sur le débiteur une présomption de responsabilité dont celui-ci ne pourra s'exonérer qu'en prouvant la cause étrangère ou le cas fortuit.

Cependant, pour aussi séduisant qu'apparaisse ce raisonnement, nous ne pouvons l'accepter, car la distinction ne détermine pas en fait la charge de la preuve, elle ne fait que confondre celle-ci et l'objet de l'obligation.

2. *La distinction ne détermine pas la charge de la preuve elle confond celle-ci avec l'objet de l'obligation.*

Il apparaît en effet, à l'analyse, que le fardeau de la preuve n'est pas relié à l'objet de l'obligation, celui-ci est en fait fixé au moyen du critère de l'aléa, qui ne détermine pas l'objet de l'obligation.

a) *Le fardeau de la preuve n'est pas relié à l'objet de l'obligation.*

Il existe en effet certaines hypothèses dans lesquelles le débiteur, bien que n'ayant à sa charge qu'une obligation de moyen (selon la terminologie mise en place par la théorie), voit cependant

⁶⁷ P.-A. CRÉPEAU, *Le contenu obligationnel d'un contrat*, précité, p. 37 et 38. Voir critique *infra*, p. 31.

le fardeau de la preuve reposer sur ses épaules. Nous pouvons prendre ici l'exemple d'une distinction importante faite par la jurisprudence entre les articles 1629 C.C. et 1071 C.C.

Lorsque l'article 1071 C.C. s'applique (par exemple dans le cadre d'un contrat de dépôt, ou de prêt, et qu'un incendie détruit l'objet ainsi confié), le débiteur ne pourra s'exonérer de sa responsabilité qu'en prouvant la cause exacte de son inexécution, c'est-à-dire, ici, la cause précise de l'incendie. Par contre, lorsque l'article 1629 C.C. s'applique, le locataire peut s'exonérer par la preuve de son absence de faute, sans qu'il soit tenu de prouver la cause exacte de l'incendie qui a ravagé la maison du propriétaire. Dans ces deux hypothèses la charge de la preuve repose sur les épaules du débiteur, bien que l'objet de chacune de ces obligations soit différent du point de vue de la distinction. L'on ne peut, en effet, prétendre qu'il s'agit dans les deux cas d'une obligation de résultat, car ce serait faire fi de la différence de moyen d'exonération; l'on ne peut pas non plus prétendre que l'obligation du locataire est une obligation de moyen, car ce serait nier l'intérêt principal de la distinction qui est de répartir le fardeau de la preuve de façon différente selon que l'obligation est de moyen ou de résultat.

Peut-on aller plus loin dans la distinction et prétendre la situer au niveau des moyens d'exonération du débiteur? Cela nous semble difficile, tout d'abord pour une *raison pratique*. En effet, alors que la jurisprudence est unanime à admettre que lorsque l'article 1071 C.C. s'applique il s'agit d'une obligation de résultat, elle est au contraire divisée quant à l'exigence de la preuve que doit rapporter le débiteur, une tendance exigeant la preuve de la cause exacte de l'inexécution, l'autre se satisfaisant de la preuve de l'absence de faute. Or ne se satisfaire en tout hypothèse, dans le champ d'application de l'article 1071 C.C., que de la preuve de l'absence de faute revient à enlever tout son sens à la distinction, car toute obligation devient de moyen, de diligence, sans qu'il existe de rapport avec la charge de la preuve. En fait, la solution relative au moyen d'exonération d'un débiteur à qui incombe le fardeau de la preuve dans le cadre de l'article 1071 C.C. se trouve dans l'interprétation de cet article en relation avec les autres articles du code et non dans la distinction des obligations de moyen et de résultat⁶⁸. Par ailleurs, lorsqu'en principe (comme dans le cas de l'article 1629 C.C.) le débiteur peut s'exonérer par la preuve de l'absence de faute,

⁶⁸ Cf. A. LAROCHE, précité, t. III, p. 260.

l'on exigera le plus souvent en pratique la preuve de la cause exacte de l'inexécution. En effet, la preuve de l'absence de faute constituant une preuve négative ne saurait suffire à exonérer un débiteur parce qu'elle omet d'établir de façon suffisamment convaincante la non-causalité entre l'activité du débiteur et l'inexécution de l'obligation, car l'absence générale de faute n'exclut pas la possibilité d'un manque de diligence, si temporaire soit-il. Dans cette optique, le moyen d'exonération tient plus à la qualité de la preuve exigée qu'à l'obligation du débiteur de se conduire en bon père de famille, de sorte que, pour cette raison pratique, la distinction des obligations de moyen et de résultat perd toute signification même quant aux moyens d'exonération⁶⁹. Ainsi dans l'arrêt Martel la Cour suprême a fait reposer la charge de la preuve sur les épaules du médecin et exigé de sa part qu'il rapporte la cause exacte du dommage pour qu'il puisse s'exonérer de sa responsabilité alors que le médecin n'est généralement débiteur que d'une obligation de moyen. Enfin si l'on veut demeurer sur le plan de la *théorie pure*, en regrettant les déformations apportées par la pratique à l'application des textes, pour accorder crédit à ceux qui exigent que le débiteur puisse s'exonérer tantôt par la preuve de la cause exacte de l'inexécution (art. 1071 C.C.), tantôt par la preuve de l'absence de faute (art. 1629 C.C.) prétendant ainsi situer la distinction au niveau des moyens d'exonération, l'on doit reconnaître qu'ils la placent dans sa vraie perspective, mais l'on doit du même coup conclure à son inutilité, car elle ne devient qu'une qualification à une solution dictée uniquement par le code civil et ne sert en conséquence qu'à qualifier les obligations à raison des moyens d'exonération qu'elles exigent d'après les textes⁷⁰.

Il apparaît donc que le fardeau de la preuve n'est pas relié à l'objet de l'obligation comme le prétendent les partisans de la distinction. C'est en fait le caractère aléatoire de la réalisation de ce résultat qui commande le fardeau de la preuve, sans que l'on soit obligé pour autant de parler d'obligation de diligence ou d'obligation de résultat, puisque le critère de l'aléa ne détermine pas l'objet de l'obligation.

b) *Le fardeau de la preuve est déterminé par le critère de l'aléa qui ne détermine pas l'objet de l'obligation.*

⁶⁹ *Ibid.*, p. 263, voir les observations de A. T. Mecs, précité, note 66.

⁷⁰ *Ibid.*, p. 260.

Selon MM. Planiol et Ripert ⁷¹, ainsi que pour M. Larouche ⁷², *c'est le critère de l'aléa qui détermine la répartition du fardeau de la preuve*; cette différence « est justifiée dans certains cas, soutiennent les premiers auteurs, par le caractère aléatoire du résultat que le créancier demande au débiteur de s'efforcer de lui procurer ». Il nous apparaît en effet logique qu'il revienne au débiteur d'expliquer pourquoi, dans le cas où une diligence normale aurait dû en principe entraîner le résultat escompté, celui-ci ne l'a pas été; et que dans le cas inverse, c'est-à-dire lorsque la diligence n'a pas par elle-même l'effet d'entraîner normalement ce résultat, en raison de l'inexistence d'un lien aussi étroit entre l'absence de résultat et un défaut de diligence, du fait du nombre de facteurs qui peuvent intervenir (et être la cause de sa non-obtention), la preuve de la diligence du défendeur, causale de l'inexécution de son obligation, soit à la charge du demandeur.

Il s'agit donc en quelque sorte d'une question de relation entre la diligence et le résultat escompté, dans laquelle l'on fait intervenir une analyse de probabilités en tenant compte de l'expérience traditionnelle et de l'évolution technique; l'article 1071 C.C. ne ferait à notre avis qu'exprimer ce rapport.

Ainsi la pratique nous enseigne qu'en général l'objet d'un dépôt est rendu; ce fait est d'ailleurs dans l'ordre normal des choses, car une diligence raisonnable doit conduire à ce résultat; en conséquence, lorsque celui-ci n'est pas atteint, le débiteur devra s'en expliquer et aura la charge de la preuve. Au contraire, l'expérience nous montre que les malades ne sont pas toujours guéris en dépit de la diligence normale de leur médecin; il résulte de l'étude des probabilités dans ce domaine que l'on ne pourra présumer la négligence du praticien lorsque le résultat voulu par les parties n'a pas été atteint. C'est au malade qu'il reviendra alors de prouver la faute du médecin.

Cependant, pour certains auteurs ⁷³ les progrès scientifiques de la médecine contemporaine, en particulier dans certains domaines précis (anesthésie, appendicite, amygdalites), sont parvenus à diminuer considérablement l'aléa du résultat voulu, à tel point que l'utilisation de ces techniques modernes ajoutées à la diligence

⁷¹ PLANIOL et RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, 2^e éd., t. 6, n^o 378, p. 495.

⁷² A. LAROUCHE, précité, t. III, p. 265.

⁷³ A. LAROUCHE, précité, t. III, p. 270, et la tendance moderne soulignée dans notre introduction.

appropriée doivent normalement apporter un résultat de façon aussi certaine que dans d'autres domaines considérés comme statistiquement sûrs (architectes, construction, dépôt). Tel a été, semble-t-il, le raisonnement des juges de la Cour suprême dans l'arrêt Martel ⁷⁴.

Cependant, tout en reconnaissant cette évolution technique de la médecine, qui améliore grandement ses résultats, nous n'irons pas jusqu'à partager ce point de vue et à considérer celle-ci comme une technique infaillible car, d'une part, il est prouvé qu'il subsiste encore de nos jours certaines inconnues même dans le cas des opérations chirurgicales bénignes, pratiquées avec des « soins consciencieux et attentifs, conformes aux données acquises de la science ⁷⁵ » dont on ne tiendrait pas compte du fait de cette généralisation; et que, d'autre part, ce risque imprévisible serait en définitive supporté par le médecin, dans la mesure où celui-ci se trouverait dans l'impossibilité de rapporter la preuve (très difficile à établir) de la cause exacte du préjudice, car même si l'on admet en théorie que le médecin pourra s'exonérer de sa responsabilité en prouvant son absence de faute, l'on exigera en pratique, de sa part, la preuve positive de la cause précise du dommage. Il est vrai que dans ces conditions la preuve de la faute du médecin par le patient sera également difficile à rapporter, mais il nous semble que ce dernier doive en supporter les risques du fait de l'aléa du résultat toujours existant en dépit des énormes progrès techniques accomplis dans le domaine médical qui rendent la guérison toujours plus probable, mais qui demandent encore un certain acte de foi de sa part, en raison des inconnues qui demeurent. Dans ces circonstances, il nous apparaît encore prématuré de considérer le médecin comme mieux placé du point de vue de la preuve, pour lui en faire supporter la charge et les risques ⁷⁶. Ainsi l'on devrait, à notre avis, dans le domaine médical n'appliquer que la règle édictée par l'article 1203, à l'exclusion de celle contenue dans l'article 1071, car il demeure certains facteurs extérieurs imprévisibles qui peuvent s'immiscer dans le rapport diligence-résultat, et que cet article ne s'appliquerait qu'en l'absence de tout aléa, car il constituerait l'expression abstraite de présomptions de fait.

⁷⁴ Arrêt Martel, précité, voir le raisonnement de monsieur le juge Pigeon à la page 749.

⁷⁵ X c. Mellen, précité, à la page 416.

⁷⁶ Cette appréciation subjective est fonction de la conception personnelle classique ou moderne que l'on a de la médecine.

Il nous semble en effet possible de voir dans l'article 1071 C.C. une application du critère de l'aléa qui expliquerait la répartition du fardeau de la preuve tant en matière contractuelle qu'en matière délictuelle, sans qu'il soit nécessaire de recourir, ainsi que le fait M. Crépeau, à l'analyse de l'intensité dans l'obligation⁷⁷. L'on peut en effet prétendre, en s'appuyant sur les notes des codificateurs, que l'article 1071 C.C. s'applique aussi bien en matière contractuelle qu'extra-contractuelle. Cet article se situe dans le chapitre particulier consacré aux effets des obligations, qui fait suite au chapitre traitant des différentes sources d'obligations (contrat, quasi-contrat, délit et quasi-délict). Les rédacteurs du Code civil québécois ont ainsi corrigé une erreur de plan qu'ils ont reproché au Code civil français, qui traite sous des titres différents les obligations contractuelles et les obligations extra-contractuelles, n'analysant leurs effets que sous le premier titre; cette correction est motivée, disent-ils, car l'effet des obligations s'applique à toutes les obligations et non seulement aux obligations contractuelles. C'est ainsi qu'en principe l'article 1071 est destiné à s'appliquer tant aux délits qu'aux contrats et que son application ne dépendrait que de l'aléa du résultat escompté par les parties⁷⁸.

Ainsi l'on peut prétendre, sans avoir à analyser l'objet ou l'intensité de l'obligation, que son débiteur devra se justifier par application de l'article 1071 C.C., chaque fois qu'il est rapporté par le créancier qu'elle n'a pas été exécutée (en vertu de l'article 1203 C.C.) et que l'expérience ou le niveau de perfectionnement technique nous enseigne que la diligence d'un bon père de famille aurait dû normalement entraîner le résultat envisagé par les parties, c'est-à-dire en définitive lorsque l'opération ne présente aucun aléa. Tel est le cas, semble-t-il, de tous les contrats nommés, dans lesquels de l'avis même du législateur la diligence du débiteur doit normalement entraîner le résultat escompté par les parties. Dans le cas des contrats innommés et dans le domaine extra-contractuel, c'est au juge qu'il appartiendra d'apprécier l'aléa

⁷⁷ P.-A. CRÉPEAU, *Le contenu obligationnel d'un contrat*, précité, p. 37 et s., cf. *supra*.

⁷⁸ L'on doit cependant constater que la plupart des règles que l'on trouve sous le titre de l'effet des obligations, comme celles que l'on retrouve d'ailleurs sous le titre de l'objet des obligations, s'appliquent aux obligations contractuelles et n'ont pas d'application en matière extra-contractuelle. L'on ne saurait donc à partir de cet argument de plan du Code civil nier l'existence de deux régimes distincts de responsabilité civile et conclure à son unité, cf. *infra*.

de l'entreprise et de fixer en conséquence la charge de la preuve, en faisant application ou en écartant l'article 1071 C.C.

L'idée que nous exprimons ici au sujet du critère de l'aléa et de son incidence sur le fardeau de la preuve n'est pas nouvelle, elle n'est rien d'autre que l'application du jeu des présomptions de fait appliqué de façon abstraite d'après les résultats de la pratique. Ainsi, quand dans le cours normal des choses l'expérience et le degré de développement technique nous enseignent que le résultat doit être atteint, l'on peut créer une sorte de présomption de fait abstraite applicable à tous les cas dans un même domaine; il suffira dès lors au créancier dans cette hypothèse de rapporter la preuve du défaut de résultat escompté pour obliger le débiteur à s'expliquer, l'article 1071 C.C. ne ferait qu'affirmer cette vérité et, ainsi que le fait observer le professeur A. Larouche, « à moins de les vider de tout sens, il faut admettre que les présomptions légales, dont est celle de l'article 1071 C.C. constituent une application de cette maxime » (*Res ipsa loquitur*)⁷⁹, ou plus exactement l'application abstraite de présomptions de fait aux hypothèses qu'elles recouvrent, pour demeurer dans un contexte purement civiliste.

L'application de ce critère n'est cependant pas sans présenter certaines difficultés, car il laisse une place importante à l'appréciation subjective tant des parties que des juges⁸⁰, ce qui peut donner lieu à des appréciations différentes des circonstances surtout dans ce domaine en pleine mutation scientifique, psychosociale et jurisprudentielle. Notons cependant que ce problème se retrouve dans le droit positif chaque fois que l'appréciation des circonstances est laissée à l'interprétation du tribunal.

L'on trouve dans la jurisprudence se rapportant au domaine médical des applications concrètes de l'une et de l'autre conception de la médecine. La plus répandue est encore la tendance traditionaliste selon laquelle l'exercice de la profession repose sur une science dont certaines données demeurent inconnues même dans les domaines les plus courants, laissant ainsi la place à des réactions physiologiques imprévisibles de la part du patient⁸¹. En conséquence, la source de la responsabilité du médecin ne saurait

⁷⁹ A. LAROCHE, précité, t. III, p. 265.

⁸⁰ A. T. MÈCS, précité, 1970 *McGill L.J.* 170.

⁸¹ Rappelons ici l'arrêt *X. c. Mellen*, précité, en particulier à la page 413.

être l'échec du traitement, mais une faute personnelle de diligence ou de prudence, que l'on ne peut présumer en raison des différents facteurs étrangers qui peuvent intervenir dans la réalisation du dommage subi par la victime. Au contraire, selon une tendance récente, la médecine aurait atteint dans certains domaines un tel degré de perfectionnement que si l'intervention ne réussit pas l'on pourra présumer la faute causale du praticien jusqu'à preuve par celui-ci du contraire. Cette nouvelle conception a trouvé son application dans la jurisprudence récente au niveau le plus élevé⁸². Nous estimons pour notre part que c'est là faire abstraction des réactions imprévisibles du patient que l'on sait statistiquement — aussi faible soit-elle — toujours possible, et mettre ce risque à la charge du médecin auquel l'on fait appel, en dépit de ses moyens que l'on sait limités, en l'état actuel de la science médicale. L'on estimera peut-être cette position trop traditionaliste; elle ne fera alors que souligner davantage la difficulté que nous relevions précédemment quant à la subjectivité de l'appréciation de l'aléa dans certains domaines particuliers en pleine évolution. Ce critère nous apparaît cependant être fort utile dans la détermination du fardeau de la preuve, qui n'est pas relié, contrairement à ce que soutiennent les partisans de la théorie des obligations de moyen et des obligations de résultat, à l'objet de l'obligation.

En effet, le critère de l'aléa vise uniquement à expliquer et à déterminer la charge de la preuve et non à créer une nouvelle distinction à raison de l'objet de l'obligation ainsi que nous l'avons précédemment établi⁸³. Prétendre faire une telle distinction fondée sur ce critère ne peut qu'engendrer confusion et erreur. Ainsi, par exemple, M. Crépeau⁸⁴ ne soutient-il pas que l'obligation de l'emprunteur et celle du dépositaire constituent des obligations de résultat, après avoir affirmé une page plus tôt avec la même assurance que ces obligations sont de moyen ! Cette confusion est normale mais éloquente au sujet de la distinction, ainsi que le souligne le professeur A. Larouche⁸⁵, car si l'on envisage « l'objet » de l'obligation l'on doit conclure que l'obligation de conserver est une obligation de moyen puisqu'elle n'engage le débiteur qu'à apporter à la chose tous les soins d'un bon père de famille. Par

⁸² *Arrêt Martel*, précité.

⁸³ Cf. *supra*.

⁸⁴ P.-A. CRÉPEAU, *Le contenu obligationnel d'un contrat*, précité, p. 34-35.

⁸⁵ A. LAROCHE, précité, t. III, p. 258.

ailleurs, si l'on considère la charge de la preuve et que l'on confond celle-ci avec l'objet de l'obligation, l'on doit obligatoirement conclure au contraire qu'il s'agit d'une obligation de résultat. Cette confusion est significative, car en réalité l'objet de toute obligation est identique; il est donc impossible de les distinguer ainsi⁸⁶. En fait, le problème de la répartition du fardeau de la preuve est solutionné par le critère de l'aléa, qui ne saurait avoir d'autre rôle que celui-là, sans qu'il soit nécessaire de recourir à une classification qui apparaît comme inutile et mal fondée.

En vérité, nous devons reconnaître que nos solutions en dépit de nos critiques demeurent identiques à celles basées sur la distinction des obligations de moyen et des obligations de résultat quant aux obligations principales de sécurité et quant aux obligations accessoires de sécurité, mais ceci n'a rien de surprenant, car la distinction n'est en fait qu'une application du critère de l'aléa dans la détermination du fardeau de la preuve. Cependant, l'on ne peut admettre qu'elle qualifie faussement ce problème de preuve en prétendant le relier à l'objet de l'obligation. Cet objet est unique et ne saurait être déterminé d'après ce critère, qui ne saurait lui-même permettre de distinguer ainsi les différentes obligations.

Il résulte en définitive de cette analyse qu'il n'est pas nécessaire de recourir à la distinction pour établir les responsabilités respectives. La charge de la preuve de la faute causale du dommage (ou de son absence) est déterminée à l'aide du critère de l'aléa du résultat escompté par les parties, et non d'après l'objet de l'obligation.

Il ne nous apparaît pas utile dans le cadre de cette étude d'insister sur l'objet même de cette preuve (faute et lien de causalité entre celle-ci et le dommage), car il ne présente pas dans le domaine médical de problème très différent des autres.

Il nous semble par contre plus intéressant d'analyser le domaine d'exercice des diverses responsabilités en jeu, en raison de l'incertitude jurisprudentielle en la matière.

B. DOMAINE D'EXERCICE DES RESPONSABILITÉS RESPECTIVES.

Il nous apparaît en effet indispensable de distinguer chacun des deux régimes de responsabilité, car s'il existe entre eux une

⁸⁶ Cf. *supra*.

unité théorique fondamentale, ils se différencient au contraire par certaines règles techniques dont les conséquences pratiques qui en découlent, justifient le respect de leur domaine respectif.

1. *L'unité théorique fondamentale de la responsabilité civile (critique de la doctrine classique).*

La tradition classique fait état de deux ordres très distincts de responsabilité civile: la responsabilité délictuelle et la responsabilité contractuelle qui constituent selon cette théorie une distinction fondamentale. Alors que la responsabilité contractuelle est *l'effet* d'un contrat, c'est-à-dire le résultat de l'inexécution d'une obligation préexistante, voulue par les parties, prévoyant des dommages et intérêts à titre de sanction ou de transformation de l'obligation sous cette forme particulière d'exécution, la responsabilité délictuelle ne résulte au contraire de la violation d'aucune obligation préexistante, elle est la conséquence d'un simple fait, qui est *la source* d'une obligation, sans qu'intervienne l'intention ou la volonté des parties. Ainsi la théorie classique rejette l'idée selon laquelle la responsabilité délictuelle naîtrait d'un fait fautif qui serait un manquement à une obligation préexistante, refusant de confondre l'obligation générale (*lato sensu*) de ne pas nuire à autrui, avec l'obligation déterminée (*stricto sensu*) d'un contrat qui serait la seule à préexister. Selon les auteurs classiques, la responsabilité contractuelle n'est que l'effet du contrat, alors que la responsabilité délictuelle fait œuvre de source d'obligations.

Cette théorie a fait l'objet de vives critiques de la part de la *doctrine moderne*⁸⁷. Il nous apparaît en effet que cette thèse a posé inexactement le problème, car en fait les deux régimes de responsabilité sont à la fois source et effet d'obligation; étudier la responsabilité délictuelle du seul point de vue des sources de l'obligation revient à ne voir qu'un aspect de la question. Il est certes exact que dans la responsabilité délictuelle l'obligation naît d'un fait illicite, mais, ainsi que le font observer fort justement MM. Mazeaud et Tunc, encore reste-t-il à en préciser l'effet, c'est-à-dire à déterminer ce à quoi le débiteur sera tenu et comment le créancier pourra le contraindre. Ce deuxième problème doit en toute logique être étudié non pas accessoirement au premier, mais dans un développement spécial traitant de l'effet des obligations. La responsabilité délictuelle comporte donc l'étude de la source et celle des effets des obligations.

⁸⁷ MM. MAZEAUD et TUNC, précités, n^{os} 98 à 100.

Il est également inexact de ne voir dans la responsabilité contractuelle qu'un effet de l'obligation préexistante voulue par les parties et contenue dans le contrat, pour lui refuser tout rôle créateur, car l'obligation qu'il crée n'est en fait que de l'exécuter et lorsqu'une des parties refuse de le faire et qu'un préjudice en résulte pour l'autre, alors naît une obligation nouvelle qui se substitue à l'obligation préexistante: l'obligation de réparer le préjudice causé par l'inexécution du contrat. Il existe ainsi successivement deux obligations, la première née du contrat, la seconde de son inexécution mettant à la charge du débiteur l'obligation de réparer le préjudice causé au créancier. La situation est donc la même qu'en cas de responsabilité délictuelle où existait avant la réalisation du dommage une première obligation (*lato sensu*) de ne pas nuire à autrui, créée cette fois par la loi et non par le contrat. De même, la source de cette obligation nouvelle étant précisée, encore faut-il en indiquer les effets, comme dans le cas de la responsabilité délictuelle.

Certains auteurs ont voulu par ailleurs voir, dans la modification de plan apportée à l'agencement du Code Napoléon par nos codificateurs dans un souci de logique rigoureuse, un argument en faveur de la thèse de l'unité de la responsabilité civile. Cependant, si l'on doit reconnaître que le code civil québécois, contrairement à son homologue français⁸⁸, contient un chapitre général consacré à l'effet des obligations s'appliquant théoriquement aux deux régimes de responsabilité, l'on doit également reconnaître que la plupart des règles qu'il contient s'appliquent essentiellement en matière contractuelle et ne trouvent pas d'application dans le domaine délictuel, ce qui semble à toute fin pratique être à l'avantage de la thèse dualiste classique⁸⁹. Cependant, il ne s'agit là en fait que de simples différences techniques qui ne sauraient nous faire perdre de vue l'unité théorique fondamentale des deux régimes de responsabilité civile. Le Code civil, même dans sa forme québécoise, nous permet de soutenir, avec MM. Mazeaud et Tunc, « que la responsabilité délictuelle et la responsabilité contractuelle sont deux institutions en quelque sorte parallèles, placées sur le même plan. On ne saurait faire de la responsabilité délic-

⁸⁸ Rappelons que les codificateurs français ont distingué les obligations conventionnelles en général, des engagements qui se forment sans convention et qu'ils traitent la responsabilité contractuelle accessoirement aux contrats, distinguant ainsi — techniquement du moins — l'un et l'autre des régimes de responsabilité.

⁸⁹ Cf. *supra* et note 78.

tuelle une source d'obligation pour ne voir dans la responsabilité contractuelle qu'un effet de l'obligation. Dans les deux cas, on voit naître une obligation et on voit cette obligation produire des effets⁹⁰. » Cette unité fondamentale dans la responsabilité n'entraîne cependant pas nécessairement une unité technique de la responsabilité civile.

2. *La dualité technique de la responsabilité civile.*

Le problème de la différenciation des régimes de responsabilité sur le plan technique a également soulevé une controverse doctrinale. Certains auteurs soutiennent, en effet, l'unité totale de la responsabilité, tant sur le plan théorique que pratique, tandis que d'autres défendent au contraire le principe de sa division sur le plan technique en raison des conséquences pratiques qui les distinguent et que nous soulignerons dans la jurisprudence médicale récente.

Les partisans de la tendance unitaire absolue appliquent l'article 1053 C.C. tant à l'inexécution des contrats qu'aux délits et quasi-délits, puisque, écrit notamment M. Grandmoulin⁹¹, « l'obligation initiale, née in contractu ou in lege, est éteinte par la perte ou l'impossibilité de son objet, l'obligation de réparer, qui naît alors, n'est pas la dette primitive issue du contrat, mais une obligation qui prend sa source dans les articles 1382 et suivants » (1053 et s. du Code civil québécois). De son côté, M. Lefebvre⁹² affirme: « L'évidence pour nous est que l'expression responsabilité contractuelle est une forme vicieuse, une forme erronée de langage, et que la responsabilité est nécessairement délictuelle. »

Selon MM. Mazeaud et Tunc, défenseurs de la théorie de la dualité technique de la responsabilité civile, « c'est là aller trop loin et sous l'influence de considérations purement théoriques perdre de vue la réalité des choses⁹³ », car même si l'obligation nouvelle née de l'inexécution du contrat est distincte de celle née du contrat l'on ne peut ignorer qu'il existe entre elles un lien extrêmement étroit, car la nouvelle est en fait le prolongement

⁹⁰ MM. MAZEAUD et TUNC, précités, note 90, n° 100.

⁹¹ M. GRANDMOULIN, *De l'unité de la responsabilité, ou nature délictuelle de la responsabilité pour violation des obligations contractuelles avec application à la combinaison de la responsabilité et de l'incapacité*, Thèse, Rennes, 1892, livre II, p. 4.

⁹² M. LEFEBVRE, *De la responsabilité délictuelle et contractuelle*, *Rev. int. legis. et juris.*, 1886, p. 485.

⁹³ MM. MAZEAUD et TUNC, précités, n° 101.

de la première et ce serait refuser de reconnaître cette dépendance que de faire régir cette nouvelle obligation par l'article 1053 C.C. MM. Marty et Raynaud expriment la même idée en affirmant que « ce serait tomber dans l'excès et méconnaître toute une partie de la réalité que de faire abstraction du lien contractuel qui pré-existait au problème de la responsabilité et sert de base à la solution. La faute se définit en matière contractuelle par référence à l'obligation née du contrat, l'obligation contractuelle continue aussi à définir le dommage ⁹⁴. » L'on ne peut ignorer totalement l'obligation née du contrat, car ce serait là refuser de respecter la volonté des parties. Par ailleurs, nous avons déjà souligné que si le changement du Code civil québécois pouvait constituer un argument en faveur de l'unité de la responsabilité civile, celui-ci n'était pas très solide, car malgré ces modifications apportées par nos codificateurs, ceux-ci n'ont sans doute pas voulu abolir la distinction traditionnelle qui ressort du Code civil français, entre la responsabilité contractuelle et la responsabilité délictuelle, tout au moins sur le plan technique, car selon le professeur A. Larouche, si tel avait été le cas « ils l'auraient sans doute dit plus clairement ⁹⁵ ».

La solution de cette controverse ne peut par ailleurs être trouvée dans la jurisprudence, car ce problème n'a pas retenu son attention. Toutefois en appliquant l'article 1053 à des domaines apparemment contractuels, elle semble prôner l'unité théorique et même technique de la responsabilité civile, « tout en croyant théoriquement, ainsi que le souligne M. Larouche, à la dualité technique de la responsabilité, ce qui est assez paradoxal ⁹⁶ ». C'est donc dans l'analyse des articles du Code que l'on découvrira les différences techniques qui distinguent un régime de responsabilité de l'autre; cependant, nous nous limiterons dans cette étude à celles qui ont en fait une portée pratique dans la jurisprudence médicale récente, c'est-à-dire en définitive aux présomptions légales et à sa solidarité ⁹⁷.

⁹⁴ MM. MARTY et RAYNAUD, *Droit civil*, 1956, t. II, vol. 1, n° 364.

⁹⁵ A. LAROCHE, précité, t. V, p. 815, note 2.

⁹⁶ *Ibid.*

⁹⁷ Pour une analyse plus complète des différentes règles techniques qui permettent ou qui ne permettent pas de distinguer les deux régimes de responsabilité, nous ne pouvons mieux faire que de renvoyer le lecteur à l'article de M. P.-A. CRÉPEAU, *Des régimes contractuels et délictuels de responsabilité civile en droit civil canadien*, 1962 R. du B 501, et l'excellente analyse critique du professeur A. LAROCHE, *Les obligations : recueil de doctrine*, vol. V, précité, p. 217 et s.

En ce qui concerne tout d'abord les présomptions légales, l'on doit souligner à nouveau les raisonnements pour le moins curieux de M. Popovici à propos de l'affaire *Hôpital Notre-Dame c. Dame Villemure*, ainsi que de la Cour suprême dans l'arrêt Martel⁹⁸ qui reflètent d'ailleurs fidèlement une erreur commune de la jurisprudence. Celle-ci, pour engager la responsabilité de l'employeur du fait de l'employé dans l'exécution d'un contrat dont elle a auparavant reconnu l'existence ainsi que la violation des obligations qu'il contient, se placera cependant sur le plan délictuel en faisant appel au lien de préposition afin d'appliquer l'article 1054 C.C. et les présomptions qu'il édicte. Cette attitude est flagrante dans le cas de l'arrêt Martel et, si elle confirme par là même le caractère strictement délictuel de cet article, et partant le bien-fondé de la distinction technique des régimes de responsabilité à partir notamment des présomptions, elle n'en doit pas moins être critique, en raison de ce passage d'un régime de responsabilité à l'autre. Dans cette perspective, le raisonnement de M. Popovici ne fait qu'ajouter à la confusion, car s'il reconnaît l'existence d'un contrat hospitalier englobant les services médicaux, il éprouve également la nécessité de considérer le médecin comme un préposé de l'établissement (on ne voit d'ailleurs pas comment⁹⁹), mais il omet de conclure à la responsabilité de l'employeur (ni sur un plan, ni sur l'autre) en dépit d'une faute relevée à la charge du médecin dans l'exécution du contrat de l'hôpital dont il serait soi-disant le « préposé » ! . . .

Cette attitude générale de la jurisprudence nous paraît devoir être critiquée tant du point de vue de l'éthique juridique que des conséquences pratiques qui peuvent en résulter, notamment quant à la solidarité.

Selon le premier point de vue, ce passage d'un régime de responsabilité à l'autre est d'autant plus critiquable que l'on peut atteindre tout aussi sûrement l'employeur par la simple application des principes de responsabilité contractuelle. L'employeur peut en effet être contractuellement responsable du fait d'autrui, dès lors qu'il y a inexécution de l'obligation et que le contractant s'est substitué un tiers dans l'exécution du contrat. « Personne ne peut

⁹⁸ A. POPOVICI, *La responsabilité médicale et hospitalière lors du suicide d'un malade mental*, précité, note 29; *Hôpital Notre-Dame c. Dame Villemure*, précité, note 28; *Martel c. Hôtel-Dieu St-Vallier*, précité, note 30.

⁹⁹ Cf. *supra*.

oser prétendre qu'un employeur peut, pour s'exonérer, plaider le fait de son employé », affirme le professeur A. Larouche¹⁰⁰. L'employé s'identifie à l'employeur qui s'est fait « remplacer » dans l'exécution du contrat. Sa responsabilité découle de la théorie générale de la responsabilité contractuelle et non de l'article 1054 al. 7¹⁰¹. Par ailleurs, même si l'on réussit dans un cas comme dans l'autre à engager la responsabilité de l'employeur, du moins a-t-on, en situant le problème dans le domaine contractuel, la satisfaction de placer le litige dans son véritable contexte légal et de respecter les principes du Code civil. L'attitude inverse peut entraîner des conséquences pratiques importantes, dont peut dépendre l'issue du procès, notamment quant à l'application des règles de la solidarité.

En effet, selon l'article 1106 du Code civil la responsabilité solidaire des coauteurs d'un préjudice n'a lieu de plein droit que s'il s'agit d'un délit ou d'un quasi-délit; en matière contractuelle au contraire, la solidarité n'existe que si elle a été expressément stipulée et elle ne se présume pas en vertu de l'article 1105 C.C.¹⁰². L'on saisit dès lors l'intérêt de ces règles techniques différentes d'un régime de responsabilité à l'autre, notamment dans le domaine de la responsabilité médicale et hospitalière, lorsque l'action est dirigée à la fois contre l'établissement et contre le médecin. Il ne pourra, semble-t-il, dans cette hypothèse n'y avoir que relativement peu de cas de responsabilité solidaire de plein droit en vertu de l'article 1106 C.C., car cela suppose qu'il n'existe aucun contrat ni avec l'hôpital, ni avec le médecin, ce qui signifie en pratique que ni le patient, ni la famille n'étaient en mesure de donner un consentement à l'hospitalisation et aux soins médicaux. Cette situation ne se présentera en fait que dans des cas d'urgence où le patient est hospitalisé inconscient, ou en état de démence, et que la famille est éloignée. Par ailleurs, dès lors que le patient a contracté avec l'hôpital seulement, l'on ne pourra dire que l'établissement et le médecin ont participé au même délit ou quasi-délit et faire application de l'article 1106 C.C., puisque seul le médecin se situe dans cette hypothèse sur le plan délictuel et que

¹⁰⁰ A. LAROCHE, précité, vol. V, p. 828.

¹⁰¹ Voir en ce sens le jugement de la cour provinciale *Hale c. McLean*, 1969 R.L. (C. Prov.) 287.

¹⁰² P.-A. CRÉPEAU, *Des régimes contractuel et délictuel de responsabilité civile en droit civil canadien*, précité, note 94, p. 505; A. NADEAU, *Traité de droit civil du Québec*, t. 8, n° 40 et 609 et s.; L. FARIBAUT, *Traité de droit civil du Québec*, t. 8^{bis}, n°s 239 à 256; A. LAROCHE, précité, t. V, p. 821 et s.

si l'hôpital n'a pas expressément stipulé sa solidarité avec celui-ci dans son contrat avec le patient, celle-ci ne saurait exister en vertu de l'article 1105 C.C. et du principe du respect de la volonté des parties dans le domaine contractuel. C'est, nous semble-t-il, pour ces motifs que l'action en responsabilité solidaire n'aurait pas été recevable si elle avait été soumise aux juges de la Cour d'appel dans l'affaire *Hôpital Notre-Dame c. Dame Villemure*, compte tenu de la nature juridique que nous avons attribuée précédemment aux différentes obligations reliant les diverses parties entre elles ¹⁰³. C'est également, à notre avis, la raison pour laquelle la Cour suprême aurait dû rejeter la solidarité entre l'établissement hospitalier et le médecin, car si la responsabilité de ce dernier devait certes se situer sur le plan délictuel en raison de l'absence de contrat entre lui et le patient, celle de l'hôpital aurait dû au contraire être placée dans le domaine contractuel, conséquence logique de la violation d'une obligation contenue dans son contrat avec le malade, telle que reconnue d'ailleurs par les juges de la Cour suprême, qui n'en ont pas moins pour autant conclu à sa responsabilité délictuelle contredisant ainsi leur première proposition ¹⁰⁴. L'on constate donc que si la Cour avait respecté le domaine propre à chaque régime de responsabilité, celle-ci aurait dû écarter l'action en responsabilité solidaire par application des articles 1105 et 1106 C.C., l'issue du procès en aurait été radicalement changée pour le médecin (du moins si l'on accepte de considérer comme semble le faire la Cour suprême que l'article 2232 C.C. n'est pas applicable en l'espèce), car les conclusions qu'elle tirait de l'établissement de cette solidarité perdent alors tout leur sens. En effet, la Cour n'aurait pu faire application de l'article 2231 C.C. selon lequel « tout acte qui interrompt la prescription contre l'un des débiteurs solidaires, l'interrompt contre tous », et la prescription d'un an pour « lésion ou blessure corporelle » de l'article 2262 al. 2 C.C., interrompue à l'égard de l'hôpital, ne l'aurait pas été à l'égard du médecin. En conséquence, l'action n'aurait pu normalement être portée que contre l'hôpital puisqu'elle était prescrite à l'égard du médecin. L'on mesure donc dans cette hypothèse tout l'intérêt qu'il y a à respecter les régimes propres de responsabilité en raison de leur différence de portée technique.

Dans l'hypothèse inverse, c'est-à-dire lorsque l'article 2232 C.C. est applicable, ce qui en toute déférence nous semble être le

¹⁰³ Cf. *supra*.

¹⁰⁴ Cf. *supra* et l'arrêt *Martel*, précité, aux pages 752 et 753.

cas dans l'arrêt Martel, l'issue du procès ne varie pas en fonction du régime de responsabilité dans lequel l'on situe le litige, car cet article s'applique à chacun d'eux. Il nous semble, en effet, que la prescription était interrompue en l'espèce en raison de l'impossibilité absolue de fait d'agir pour le patient (demandeur) causée par l'erreur de l'hôpital qui lui a communiqué un mauvais renseignement concernant le nom du médecin (défendeur) et du fait qu'il ressort, des circonstances de l'affaire, qu'en l'absence de cette erreur le véritable défendeur aurait été poursuivi dans les délais requis.

Il résulte donc de cette analyse que la Cour suprême aurait dû en tout état de cause rejeter la solidarité, en premier lieu parce qu'elle serait arrivée au même résultat par l'application de l'article 2232 C.C. (qu'elle a ignoré) tout en respectant les régimes propres de responsabilité; en second lieu par respect de ce principe et de leurs règles techniques propres, en l'occurrence les articles 1105 et 1106 C.C., dont les conséquences pratiques peuvent être importantes quant à l'issue du procès.

Par ailleurs, les circonstances de l'arrêt *Lefebvre c. Lamontagne*¹⁰⁵ nous donnent un autre exemple dans lequel il y aura lieu de respecter le principe de la dualité technique des régimes de responsabilité. Nous avons en effet établi précédemment¹⁰⁶ que le patient avait en l'espèce conclu deux contrats différents, l'un avec le médecin, l'autre avec l'hôpital; il en résulte donc, en vertu des articles 1105 et 1106 C.C., que la solidarité entre les deux défendeurs ne pourra exister que dans la mesure où ceux-ci l'ont expressément stipulé dans leur contrat.

Ces différents exemples précis, tirés de situations juridiques concrètes, démontrent l'intérêt qu'il y a à placer le litige dans son véritable domaine en raison de certaines règles particulières qui s'y rattachent ainsi que par respect pour la volonté du législateur et des parties au contrat. L'attitude inverse est à dénoncer tant sur le plan théorique que pratique, car elle peut dans certains cas entraîner des conséquences regrettables pour l'une ou l'autre des parties quant à l'issue du procès, que celle-ci résulte d'une simple erreur juridique involontaire, ou d'une « option », ou d'un « cumul »

¹⁰⁵ *Lefebvre c. Lamontagne*, précité, note 18.

¹⁰⁶ Cf. *supra*.

délibéré dans le choix du régime de responsabilité et des différentes règles applicables ¹⁰⁷.

CONCLUSION.

Nous avons pu observer au cours de cette étude l'évolution du contexte sociologique dans lequel s'exerce la médecine et son influence sur le droit de la responsabilité. Le problème est donc pour les tribunaux de trouver « un juste équilibre entre les deux réalités profondément humaines qu'implique l'œuvre de guérison: une confiance humaine et une conscience professionnelle ¹⁰⁸ ».

Si l'on doit en effet se réjouir de l'évolution de la science et des techniques médicales, encore doit-on en reconnaître ses limites en l'état actuel de son évolution, et si l'on doit également se féliciter du fait que les soins médicaux et hospitaliers soient devenus un droit pour tout citoyen, encore doit-on en préciser la portée et ne pas le confondre avec un droit à la guérison, en présumant la responsabilité du médecin si celle-ci n'est pas atteinte. C'est donc avec une grande prudence que la justice et le droit doivent entériner cette évolution sociologique, car « il ne faudrait pas que la hantise de l'erreur et de la négligence réduise à néant l'audace des médecins et des administrateurs, entrave les progrès de la médecine et de l'administration hospitalière, et finisse par desservir ceux que nous avons mission de secourir ¹⁰⁹ ». « En conscience, les médecins ne devraient-ils pas avoir en tout pays, vis-à-vis de l'État une situation professionnelle, non certes privilégiée, mais équitable, une situation conforme à la somme des services rendus ¹¹⁰ ? »

En conséquence si les litiges récents concernant la responsabilité médicale ou hospitalière ont fourni aux tribunaux l'occasion de faire évoluer le droit, encore ceux-ci doivent-ils se garder de créer ici un secteur particulier (privilégié ou défavorisé) dans le droit de la responsabilité. En effet, nous avons démontré au

¹⁰⁷ Concernant le problème de « l'option » et du « cumul » dans la jurisprudence québécoise, nous référons le lecteur à l'excellente analyse du professeur P.-A. CRÉPEAU, *Des régimes contractuels et délictuels de responsabilité en droit civil canadien*, précité, note 97.

¹⁰⁸ P.-A. CRÉPEAU, *Les transformations de l'établissement hospitalier et les conséquences sur le droit de la responsabilité* in *Le droit dans la vie economico-sociale* (Livre du centenaire du code civil II), Montréal, 1970, p. 206.

¹⁰⁹ Gilbert BLAIN, *Problèmes actuels de responsabilité médico-hospitalière* in *Le droit dans la vie economico-sociale*, précité, p. 214.

¹¹⁰ Professeur L. LAUDOZI dans ses aperçus de médecine sociale.

cours de cette étude que ce domaine précis est régi par les principes généraux du Code civil et que les solutions aux différents problèmes qui se posent en cette matière doivent être recherchés dans le contexte civiliste afin de garder toute sa pureté au système, notamment en ce qui concerne la responsabilité des hôpitaux.

Il nous apparaît en effet que les tribunaux doivent, sous peine d'incohérence, reconnaître la nature contractuelle de la responsabilité de l'établissement, comme ils l'ont fait en matière médicale, chaque fois que le préjudice résulte aux termes des articles 1022, 1024 et 1065 du Code civil, de la violation des obligations contractuelles assumées expressément ou implicitement à l'égard du patient. Ceci suppose bien entendu que nos juges renoncent à leur attitude quasi instinctive de ne concevoir « la faute » ayant provoqué un préjudice corporel, qu'en matière de délit et de quasi-délit.

Cette attitude est d'autant moins pardonnable de nos jours que c'est précisément grâce à l'application de la théorie des obligations de moyen et des obligations de résultat en matière médicale, que les tribunaux ont renoncé à cette attitude dans ce domaine et ont compris l'erreur de la théorie classique relative au fardeau de la preuve. Ceci constitue d'ailleurs à notre avis le seul mérite de cette distinction qui nous paraît devoir être rejetée en raison de la confusion qu'elle crée entre la preuve et l'objet de l'obligation, ainsi que du fait de son manque d'utilité pratique. Nous avons en effet démontré que la charge de la preuve dépend en réalité du degré d'aléa du résultat escompté déterminé d'une façon abstraite par une analyse des probabilités dans tel ou tel domaine et que cette présomption de fait ainsi créée peut être repoussée par les circonstances particulières de l'espèce. Les tribunaux ont donc dans ce domaine un très large pouvoir d'appréciation et doivent, nous semble-t-il, se garder de considérer la science médicale comme infaillible même dans les branches les mieux connues. Ce n'est donc à notre avis que dans des circonstances de fait assez exceptionnelles que l'on pourra faire reposer la charge de la preuve sur les épaules du médecin. La conception inverse reviendrait à considérer le praticien comme mieux placé du point de vue de la preuve, ce qui est inexact d'un point de vue pratique ainsi que nous l'avons démontré et aurait pour résultat de lui faire supporter le risque des réactions imprévisibles de la part du malade. Ceci nous semblerait injuste en considération de la somme des services rendus par la médecine à la société et

risquerait en définitive d'avoir pour effet d'entraver ses initiatives, ce qui finirait par desservir ceux qui ont besoin de ses services.

Enfin, la responsabilité contractuelle nous paraît devoir être réhabilitée et chaque litige placé dans son propre domaine, car « l'ordre prime l'équité ¹¹¹ » en raison de la différence de portée pratique des règles particulières à chaque régime de responsabilité, ainsi que par respect pour la volonté du législateur et des parties au contrat.

Terminons sur une note humoristique en rappelant aux médecins leurs « commandements » dont le respect (à n'en pas douter) ne manquera pas de leur assurer l'impunité au prétoire !

Ta devise, tu le sauras,
Docteur, doit être: dévouement.
A chaque appel, tu te rendras,
Jour et nuit plein d'empressement.
Comme un vrai Sphinx, tu répondras,
Sans te prononcer nettement.
Dans le doute, tu prescriras,
De l'eau claire fort savamment
Les voiles ne soulèveras,
Que sur le point en traitement.
Les ulcères cultiveras,
Tout comme un jardin d'agrément.
Nulle veine ne saigneras,
Ni bourse trop profondément.
De tes clients point ne feras,
La nécrologie ouvertement.
A ton tour, hélas ! tu seras,
Sur ta fin, traité doctement.
Et d'un confrère recevras,
Le coup fatal directement ¹¹².

¹¹¹ M. HAURIOU, *L'ordre social, la justice et le droit*, 1927 Rev. Trim. droit civil, p. 795.

¹¹² Cité dans *Droits et devoirs de la médecine et des médecins canadiens-français*, précité, note 2, p. 119.