

La réforme de la responsabilité médicale : responsabilité ou assurance ?

Jean-Louis Baudouin

Volume 22, Number 1, March 1991

URI: <https://id.erudit.org/iderudit/1058172ar>

DOI: <https://doi.org/10.7202/1058172ar>

[See table of contents](#)

Publisher(s)

Éditions Wilson & Lafleur, inc.

ISSN

0035-3086 (print)

2292-2512 (digital)

[Explore this journal](#)

Cite this article

Baudouin, J.-L. (1991). La réforme de la responsabilité médicale : responsabilité ou assurance ? *Revue générale de droit*, 22(1), 151–180.
<https://doi.org/10.7202/1058172ar>

Article abstract

The author, the general reporter of the XIIIth Congress of the International Academy of Comparative Law, presents, in two parts, the current law of medical responsibility as viewed by the participating countries.

This is presently an important subject of discussion — as the court cases and cost of insurance premiums are continually rising — medical responsibility is difficult to define. As underlined by the author, even if the problem is theoretical in socialist countries, the question is still relevant in other countries, especially in cases where the patient did not consent to his treatment. Responsibility may lie in tort or other law, civil or administrative law, or in civil as opposed to criminal law (in where the degree of fault involved becomes important). However, whether the «classic liability», i. e. not subject to a particular exception, is contractual or statutory, three elements are always required: a fault, objectively found, a causal connection (which itself poses complex problems of determination) and a damage caused to the claimant.

The author analyses different systems of responsibility, and deals with liability for others, found most often in the case of medical assistants who also act under the order of doctors or hospitals and the responsibility for the malpractice of health care technology, a problem of the growing reliance on technology for diagnosis and treatment. The author continues with a study on how to put this into effect and moves on to compare and criticize the different options for legal compensation.

**La réforme de la responsabilité médicale :
responsabilité ou assurance ?**

JEAN-LOUIS BAUDOIN

Juge à la Cour d'appel du Québec, Montréal

RÉSUMÉ

L'auteur, rapporteur général au XIII^e Congrès de l'Académie internationale de droit comparé, présente, en deux parties, le droit positif actuel en matière de responsabilité médicale et les perspectives d'avenir qui se dégagent du rapport final des différents pays participants.*

Grand sujet d'actualité et de préoccupations, puisque faisant l'objet d'une augmentation sensible des poursuites et des primes d'assurances de façon générale malgré une évolution marquée dans les progrès accomplis dans ce domaine, la responsabilité médicale demeure toujours difficile à être qualifiée. Comme l'auteur le souligne, bien que le problème n'est que théorique...dans les pays

ABSTRACT

The author, the general reporter of the XIIIth Congress of the International Academy of Comparative Law, presents, in two parts, the current law of medical responsibility as viewed by the participating countries.*

This is presently an important subject of discussion — as the court cases and cost of insurance premiums are continually rising — medical responsibility is difficult to define. As underlined by the author, even if the problem is theoretical in socialist countries, the question is still relevant in other countries, especially in cases where the patient did not consent to his treatment. Responsibility may lie in tort or other law, civil or administrative law, or in civil

* Tenu à Montréal, du 19 au 24 août 1990.

N.D.L.R. : La diversité des langues et des systèmes juridiques mis en reliefs dans la présente étude, ainsi que et sa proportionnelle richesse bibliographique (tirée en partie des rapports nationaux), nous ont empêché de faire, dans tous les cas, les vérifications d'usage des notes infrapaginales, à cause de l'état des collections en bibliothèque; en particulier cela s'est produit dans les cas du droit allemand, tchèque, turc, polonais, italien, hollandais, suédois et finlandais.

socialistes, la question reste entière dans les autres pays le plus souvent dans la mesure où le traitement subi par le patient n'a fait l'objet d'aucun consentement de sa part. La responsabilité peut alors être délictuelle ou légale, de droit civil ou administratif, ou bien civile opposé à pénale (le degré de la faute devient alors important). Cependant, qu'elle soit contractuelle ou légale, la responsabilité « classique », c'est-à-dire non soumise à un régime particulier d'exception, requiert partout trois éléments: une faute, appréciée objectivement, un lien de causalité, posant en lui-même de complexes problèmes de déterminations, et un préjudice.

L'auteur analyse ensuite les différents régimes de responsabilité, passant par la responsabilité pour autrui, retrouvé le plus souvent dans le cadre de la subordination effective d'auxiliaires médicaux au médecin lorsqu'ils agissent sous leurs ordres ou de l'hôpital lui-même, et la responsabilité du fait des choses. Il enchaîne avec une étude de la mise en oeuvre de cette responsabilité pour terminer avec les différentes options de régime de compensation qui sont alors comparées et critiquées.

as opposed to criminal law (in where the degree of fault involved becomes important). However, whether the « classic liability », i.e. not subject to a particular exception, is contractual or statutory, three elements are always required: a fault, objectively found, a causal connection (which itself poses complex problems of determination) and a damage caused to the claimant.

The author analyses different systems of responsibility, and deals with liability for others, found most often in the case of medical assistants who also act under the order of doctors or hospitals and the responsibility for the malpractice of health care technology, a problem of the growing reliance on technology for diagnosis and treatment. The author continues with a study on how to put this into effect and moves on to compare and criticize the different options for legal compensation.

SOMMAIRE

Introduction	153
I. Le droit positif actuel: un bilan	156
A. La nature de la responsabilité	156
1. Responsabilité contractuelle — responsabilité légale	157

2. Responsabilité de droit civil — responsabilité de droit administratif	159
3. Responsabilité civile — responsabilité pénale	161
B. Les éléments de la responsabilité	162
1. La faute	162
2. Le lien de causalité	166
3. Le préjudice	167
C. Les régimes de responsabilité	168
1. La responsabilité pour autrui	168
2. La responsabilité du fait des choses	170
D. La mise en œuvre de la responsabilité	171
II. Le droit de l'avenir: les perspectives	172
A. Les modèles existants: la Suède et la Finlande	173
1. L'assurance contre les accidents médicaux	173
2. L'assurance contre les accidents pharmaceutiques	175
B. Les réformes souhaitées	175
C. Les options de réformes	178
Conclusion	178

INTRODUCTION

La responsabilité médicale est devenue, dans tous les pays, un sujet d'actualité et de préoccupations¹. À des degrés fort divers on constate, en effet, trois phénomènes principaux.

Le premier est *l'augmentation des poursuites* en responsabilité civile contre les médecins, le personnel médical et les hôpitaux. Celle-ci est particulièrement sensible aux États-Unis², en Allemagne fédérale³, en Italie⁴

1. Nous citerons dans les notes de renvois qui suivent un certains nombre de références d'information ou bibliographiques contenues dans les différents rapports nationaux.

2. Glen O. ROBINSON, «The Medical Malpractice Crisis of the 1970's: a Retrospective», (1986) 49 *L. and C.P.* (no. 2) 5; Stephen ZUCKERMAN, Christopher F. KOLLER et Randall R. BOUVJERG, «Information on Malpractice: a Review of Empirical Research on Major Policy Issues», (1986) 49 *L. and C.P.* no. 2) 85; GELLHORN, «Medical malpractice Litigation (U.S.) — Medical Mishap Compensation (N.Z.)», (1988) 73 *Cornell L.R.* 170.

3. Le rapporteur allemand estime à environ 6 000 le nombre annuel des causes pendantes devant les tribunaux de son pays.

4. Le rapporteur italien constate depuis 1971 une augmentation constante des décisions de la Cour de Cassation italienne sur la question. La moyenne, jusqu'au début des années 80 était de 16 arrêts par an, alors que dans les années 60, elle n'était que de 0,8 %.

et en France⁵. Elle est plus modérée au Québec⁶, en Grande-Bretagne⁷, en Hollande⁸, en Suisse⁹, en Turquie¹⁰, en Argentine¹¹ et en Australie¹². Ces variations s'expliquent par des phénomènes soit culturels (par exemple, la plus ou moins grande réticence à poursuivre un médecin, en raison de sa position dans l'échelle sociale), soit sociaux (la disparition plus ou moins accentuée des relations personnalisées et intimistes entre le médecin et le patient), soit par des données propres au système juridique lui-même (le pourcentage plus ou moins favorable de réussites des poursuites intentées et l'augmentation des octrois). Aux É.-U. pour prendre un autre exemple, la possibilité qu'ont les avocats de toucher des *contingency fees*, considérés dans d'autres pays comme contraires à l'éthique, est directement liée à l'augmentation du contentieux.

Le second est la nette *augmentation du coût économique* des soins de santé pour l'ensemble de la population. C'est en partie pour cette raison que certains pays comme la Suède et la Finlande ont adopté une politique réaliste et rejeté carrément le modèle classique de la responsabilité basée sur la faute, au profit d'un régime de collectivisation du risque et d'assurance. Le contentieux de la responsabilité médicale peut, en effet, constituer parfois un facteur déterminant de l'augmentation des coûts des services de santé.

Le troisième est *l'impact* que, dans certains pays, l'augmentation du contentieux de la responsabilité médicale a eu *sur l'assurance*. Le rapporteur américain signale, pour en donner un exemple extrême, que les primes d'assurance-responsabilité de certaines catégories de médecins aux É.-U. ont

5. La France, elle, connaît une situation plus rassurante comme le signale le rapporteur français: voir Jean PENNEAU, « La réforme de la responsabilité médicale: responsabilité ou assurance? », rapport national publié dans (1990) 42 *R.I.D.C.* 525.

6. Pour le Canada en entier voir: Michael J. TREBILCOCK et autres, *Canadian Medical Malpractice Liability: An Empirical Analysis of Recent Trends*, Toronto, Université de Toronto, 1989; pour le Québec, voir les statistiques fort complètes compilées par le Centre de recherche en droit privé et comparé. On enregistre en 1971, 0,76 poursuite par 100 médecins. Ce chiffre en 1984 était de 1,24 pour 100 médecins.

7. Le rapport britannique constate que la Medical Protection Society, qui assure les médecins travaillant en milieu hospitalier, a reçu 5 800 demandes d'aide en 1983 et 9 000 en 1987.

8. Aux Pays-Bas, l'augmentation semble être demeurée relativement mesurée: HUBBEN et ANBENENT, « De afwikkeling van medisch schadeclaims », *Rechtsbijstand in de Gezondheidszorg* (1988).

9. Le rapporteur suisse note aussi une augmentation du nombre absolu de poursuites, mais que celle-ci reste très modeste.

10. Le rapporteur turc estime aussi que la progression des poursuites en responsabilité civile médicale est sensible depuis 20 ans mais reste limitée.

11. MOSSET-ITURRASPE et ALTERINI, « La reforma de la responsabilidad médica: ¿ Responsabilidad o Seguro? », 1990.

12. *South Australian Task Force on No Fault Compensation*, South Australia — 1989. *Sax Report: Enquiry Into Hospital Services in South Australia*, Adelaïde — 1983; Medical Defence Association of Victoria, Annual Reports 1987 et 1989, pp. 6 et 11.

décuplé entre 1960 et 1972 et que la prime payée en 1984 par un obstétricien pratiquant dans l'État de New York était de 68 000 \$U.S. En plus, ce chiffre, entre 1984 et 1989, a augmenté de 345 %¹³. En Allemagne fédérale, il est à l'heure actuelle de 20 000 D.M.¹⁴ La montée des primes d'assurance reste cependant également sensible dans d'autres pays comme le Québec¹⁵ et la Grande-Bretagne, mais à une échelle encore relativement raisonnable. Cette préoccupation se traduit d'une double façon. Lorsque l'assurance est obligatoire ou généralement répandue, le professionnel peut être tenté d'abandonner tout simplement certaines spécialités à risque élevé. Pour éviter ensuite les poursuites et l'augmentation consécutive des primes, le médecin peut être enclin à pratiquer une médecine dite « défensive » pour mieux se protéger et multiplier tests et analyses souvent non nécessaires au détriment finalement du patient et d'une compression nécessaire des coûts sociaux.

De nombreux facteurs expliquent cette tendance à l'expansion de la responsabilité médicale et hospitalière et tous les rapports en font état. Deux d'entre eux méritent d'être notés plus spécifiquement. Le premier est la dépersonnalisation des rapports entre le patient et le médecin et l'émergence d'une attitude consumériste du premier à l'endroit du second : le patient peut être prêt à pardonner bien des erreurs à celui qu'il considérerait comme un ami ou une sorte d'*alter ego*. Cette attitude change lorsqu'il le voit, dans une relation quasi anonyme, comme un strict dispensateur de services.

Le second est l'image que la médecine moderne projette d'elle-même, image de scientisme, d'infailibilité et de haute technicité. C'est au fond le tribut d'une transition de la médecine d'antan considérée davantage comme un art et comportant donc ses doses d'incertitude et ses parts d'imprévisibilité, à la médecine d'aujourd'hui, médecine scientifique, sûre, précise et offrant un haut degré de prévisibilité. On pardonne difficilement l'erreur lorsque les attentes de miracles de précision et d'exactitude sont déçues¹⁶.

C'est donc un changement de mentalité, de perception et d'attitude à l'endroit de la médecine et des médecins qui est le principal responsable de l'évolution constatée. Le passage du fatalisme (*Weltanschauung*) au réalisme,

13. PROSSER et KEETON, *Torts*, Supp. 1988, 5^e éd., 1989, p. 31; James R. POSNER, « Trends in Medical Malpractice Insurance, 1970-1985 », (1986) 49 *L. and C.P.* (no. 2) 37; voir aussi: QUIAM, DINEWALL et FENN, « Medical Malpractice in Perspective: the American Experience », (1987) 294 *Br. Med. J.* 1529.

14. HERBRAND, « Fortschritte des Röntgendiagnostik », 1979, 3; REICHENBACH, *VersR* 1981, 807; *Arztezeitung Vom* 21.2. 1989; *Zahl der Schadensersatzansprüche*.

15. Le chiffre serait de 14 % par an, en dollars constants par année pour la période entre 1971 et 1987: chiffres du Canadian Medical Protective Association rapportés dans TREBILCOCK & al., *op. cit.*, *supra* note 6.

16. Jean-Louis BAUDOIN, « La responsabilité professionnelle médicale: pathologie et thérapie » dans Bartha M. KNOPPERS (éd.), *La responsabilité civile des professionnels au Canada*, Cowansville, Les Éditions Yvon Blais, 1988, p. 99.

de l'accidentel au prévisible, de la résignation à la revendication. Cette évolution de la responsabilité civile médicale montre donc bien, d'une part l'interdépendance étroite entre le droit et les phénomènes sociaux et le conditionnement du premier par les seconds et, d'autre part, au plan de la réforme la nécessité comme le souligne surtout le rapporteur québécois de posséder une vue claire analytique et objective des données économiques et statistiques du phénomène.

Il est particulièrement difficile comme rapporteur général de rendre un compte à la fois fidèle et détaillé de l'ensemble des droits nationaux tant la précision et la haute qualité des rapports reçus sont élevées¹⁷. Nous avons cru bon, afin de mieux animer la discussion, de reprendre l'examen de la question à partir des deux grands axes sur lesquels le questionnaire était fondé soit, dans un premier temps, l'examen du droit actuel ou comme l'a intitulé le rapporteur français le « bilan » (I) puis, dans un deuxième temps, l'aperçu des réformes possibles ou « les perspectives » (II).

I. LE DROIT POSITIF ACTUEL: UN BILAN

Il est impossible d'espérer donner une analyse complète de l'ensemble des droits nationaux dans le cadre limité de ce rapport général tant est grande la variété de leurs règles. Il reste toutefois possible d'en dégager certaines grandes lignes à partir de quatre questions précises soit: l'examen de la nature de la responsabilité, la définition de ses éléments constitutifs, l'identification du régime applicable et enfin l'étude des règles touchant sa mise en œuvre.

A. LA NATURE DE LA RESPONSABILITÉ

Dans beaucoup de pays, la qualification de la nature de la responsabilité médicale continue à soulever des problèmes délicats. De cette qualification, en effet, dépend l'identification du régime juridique qui lui est applicable. Dans tous les pays, le problème le plus évident est de savoir si la responsabilité médicale est contractuelle ou légale. En outre, dans certains pays (par exemple, en France), la coexistence de deux systèmes l'un public et l'autre privé de médecine, pose la question de savoir si ce sont les règles du droit civil ou celles du droit administratif qui doivent s'appliquer. Enfin,

17. *Pour l'Allemagne*: professeur Erwin Deutsh; *pour l'Argentine*: M^e Mosset-Iturraspe et Alteri; *pour l'Australie*: professeur Sappideen; *pour la Finlande*: professeur Modeen; *pour la France*: professeur Jean Penneau; *pour la Grande-Bretagne*: professeur Hodgins; *pour la Hollande*: professeur Sluyters; *pour l'Italie*: professeur De Vita; pour le Québec: professeur Jutras; *pour la Suède*: M^e Oldertz; *pour la Suisse*: professeur Gauch et M^e Hürlimann; *pour la Tchécoslovaquie*: M^e Drgonec; *pour la Pologne*: professeur Lewaszkiwicz-Petrykowska; *pour la Turquie*: professeur Ozsunay; *pour les États-Unis*: professeur Herzog.

dans certains autres cas, les relations juridiques entre la faute pénale et la faute civile soulèvent des difficultés importantes dont il convient de faire état.

1. Responsabilité contractuelle — responsabilité légale

Le problème de la qualification de la responsabilité civile médicale ne se pose pas, bien évidemment, dans l'hypothèse où le traitement subi par le patient n'a fait l'objet d'aucun consentement de sa part, ni de l'un de ses représentants légaux. L'absence de consentement est, en effet, la négation même de la possibilité de l'existence d'un contrat. La responsabilité alors ne peut être que délictuelle ou légale. Il en est ainsi lorsque le médecin est obligé de traiter un patient inconscient dans un cas d'urgence, ou dans les hypothèses de médecine de contrôle¹⁸.

Il ne se pose pas non plus dans les pays comme la Pologne¹⁹ et la Tchécoslovaquie²⁰ qui connaissent un régime de médecine socialisée ne laissant que ou peu de place à la création d'un lien contractuel quelconque. Par contre, le problème reste entier lorsque le patient a exprimé ou a au moins pu exprimer sa volonté de consentir à l'intervention médicale. Certains y voient alors le signe de la formation d'une convention entre le médecin et le patient, convention qualifiée soit de contrat innommé²¹, soit de contrat de mandat (*Auftrag*)²², soit de contrat de service²³, soit de contrat de prestation d'œuvre intellectuelle²⁴.

D'autres, au contraire, analysent le consentement exprès ou tacite du patient comme une simple renonciation de sa part au principe de l'inviolabilité de sa personne, principe protégé soit par la loi civile²⁵, soit par certains textes constitutionnels²⁶.

La France et la Suisse, du moins pour ce qui est du secteur médical privé, qualifient la responsabilité du médecin de contractuelle. Au Québec,

18. Pour la France, voir Cons. d'État, 22 mars 1967 (Centre Hospitalier Universitaire de Montpellier), Lebon, p. 146.

19. A. REMBIELINSKI, "Odpowiedzialność cywilna za skode wyrządzona, przy leczeniu", *La* (1973) p. 2.

20. Art. 421 (2) C. civ.

21. *En France: Cass. Civ., 20 mai 1936, D.P. 1936.I.88 (note E.P.); S. 37.1.321 (note BRETTON).*

22. *En Turquie: Haluk TANDÖGAN, "Borçlar Hukuku-Ozel Borç İlişkileri", Ankara, Vol. 2, 1987, pp. 355 et s.; Cour de Cass., 6 juillet 1964, E 964/37, K 40; Cour de Cass., 20 mai 1966, E 161, K165; Cour de Cass., 14 octobre 1974, E 2637, K 2492. En Suisse: BUCHER, *Obligationenrecht-Besonder Tiel*, Zürich, 1988, pp. 223 et s.; articles 394 et s. C.O.*

23. LAUFS, "Arztrecht", (1986) *Nz.* 66; "Medicus, Schuld recht", 113, sect. 98.

24. *En Italie: articles 2230 et s. Code civil italien.*

25. Par exemple les articles 19 et s. *Code civil du Québec.*

26. Par exemple l'article 32(2) de la Constitution italienne.

la question divise la doctrine²⁷, et la jurisprudence actuelle ne permet pas, semble-t-il, de dégager encore une règle bien ferme sur le sujet. L'Allemagne fédérale reconnaît aussi la nature contractuelle de la relation médicale, même dans l'hypothèse où le système de sécurité sociale paye pour les services médicaux²⁸. L'enfant incapable de consentir est aussi considéré comme tiers bénéficiaire d'une stipulation pour autrui faite par ses parents à son propos²⁹. La qualification contractuelle de l'acte juridique n'est plus remise en question en Italie. En Argentine, un peu d'ailleurs à l'image du Québec, il semble que le droit jurisprudentiel ait évolué et soit passé d'un régime extracontractuel à un régime fondé davantage sur le contrat. Le rapporteur hollandais, pour sa part, fait remarquer que dans son pays la responsabilité est considérée tantôt comme contractuelle, tantôt comme délictuelle, mais que l'enjeu est de peu d'importance, les règles des deux régimes étant pratiquement identiques sauf pour ce qui est de la responsabilité pour l'acte d'autrui et pour le fait des choses.

Pour les pays de la famille de common law c'est-à-dire le Royaume-Uni³⁰, l'Australie³¹ et les États-Unis³², la tendance paraît plutôt de considérer, sauf cas exceptionnel c'est-à-dire lorsqu'il y a la promesse ferme d'un résultat, la responsabilité médicale comme délictuelle (*action in torts*)³³.

La violation du principe de l'inviolabilité de la personne sans son consentement est une *battery* alors que la responsabilité, lorsqu'il y a eu consentement, obéit au délit de *negligence* et requiert la preuve des trois éléments classiques : le devoir d'agir, l'inexécution de ce devoir et la réalisation d'un dommage causal.

Dans les pays qui appliquent ou favorisent un régime contractuel, l'éternelle question de l'option et du cumul entre les régimes reste ouverte. Le demandeur peut-il, à son choix, se prévaloir du régime délictuel (parfois plus avantageux pour lui) lorsque l'existence d'un contrat médical n'est non seulement pas en cause, mais en évidence? Le droit français et la doctrine

27. Pour la thèse contractuelle : P.-A. CRÉPEAU, *La responsabilité civile du médecin et l'établissement hospitalier*, Montréal, Wilson et Lafleur, 1956; pour la thèse délictuelle : Andrée LAJOIE, Patrick A. MOLINARI et Jean-Louis BAUDOUIN, « Le droit aux services de santé : légal ou contractuel? », (1983) 43 *R. du B.* 675.

28. ALLEN, BGHZ 105, 160; RGRK - Nügens 12 S. 823 Ankl II. Nr. 9. *Contra* OLG Frankfurt, VersR. 1988, 305.

29. BGHZ 89, 263; OLG. Düsseldorf VersR. 1986, 474; BAPPERT, "Arzt und Patient als Rechtssuchende", (1980), p. 33.

30. *Thake c. Maurice*, [1986] 1 All. E.R. 497; *Eyre c. Measday*, [1986] 1 All. E.R. 488.

31. *Pekienic c. Barnes*, [1988] Aust. Torts Rep. 80; *Hawkins c. Clayton*, (1988) 78 Aust. Law Rep. 69.

32. David W. LOUISELL et Harold W. WILLIAMS, *Medical Malpractice*, New York, Matthew Bender, 1970.

33. Voir la position de P.S. ATIYAH, "Medical Malpractice and the Contract/Tort Boundary", (1986) 49 *L. and C.P.* (no. 2) 287.

québécoise majoritaire sont contre le système d'option de régime. Par opposition, les droits allemand, hollandais, italien, suisse, polonais prennent une position plus pragmatique et probablement plus réaliste, en admettant non pas le cumul des règles des deux ordres de responsabilité, mais que la faute médicale puisse donner naissance soit à une action en responsabilité contractuelle, soit à une action en responsabilité délictuelle.

2. Responsabilité de droit civil — responsabilité de droit administratif

Un certain nombre de pays, tels la Pologne et la Tchécoslovaquie, ne connaissent pas ou très peu de secteur privé de santé. La médecine y est socialisée et le médecin y est donc un fonctionnaire. Ce sont alors les organismes d'État qui répondent des dommages causés par les fautes médicales. Ainsi, en Pologne, même si les règles générales de l'article 415 du Code civil établissant l'obligation de réparation s'appliquent, la responsabilité reste celle du Trésor public qui indemnise donc les victimes des fautes médicales, hospitalières et de celles du Service National de Santé. Notons quand même que ce sont les règles du Code et du droit civil (art. 417 à 420 Code civil) et non celles du droit administratif qui s'appliquent³⁴. Au terme d'une évolution, la jurisprudence de la Cour suprême a statué que les médecins en milieu hospitalier, les employés, les membres du personnel et des organismes relevant du Service National de la Santé doivent tous être considérés comme fonctionnaires au sens de l'article 417(2) C.c. et engagent donc la responsabilité de l'État³⁵. La jurisprudence polonaise ne distingue donc plus la faute commise à propos d'actes d'administration hospitalière de celle résultant d'un acte thérapeutique.

En Tchécoslovaquie, l'obligation de réparation retombe aussi sur les épaules de l'État aux termes de l'article 421(2) du Code civil qui rend celui-ci responsable des dommages causés par le fonctionnaire dans l'exécution de ses fonctions. Un arrêt de la Chambre civile de la Cour suprême³⁶ a précisé qu'est dans l'exécution de ses fonctions, le travailleur qui poursuit objectivement et subjectivement les devoirs imposés par son travail.

En Finlande, une *Loi sur la responsabilité civile* de 1974 avait étendu les règles de la responsabilité pour autrui au secteur public en gardant cependant la faute et en n'imposant la responsabilité stricte ou objective qu'en de rares occasions. Par la suite, la Finlande, à la lumière de l'expérience suédoise, fit en 1987 une importante réforme de son système et instaura un

34. L'article 417(1) C. civ. est à l'effet suivant: « Le Trésor d'État est responsable du dommage causé par un fonctionnaire d'État dans l'exécution de l'acte qui lui a été confié ».

35. Arrêt de la Cour suprême de Pologne, 8 janvier 1965, *Ospika* 1967, texte 220 (note SZPUNAR); P.I.D. 1967, Nr. 10, p. 633 (note SOŚNIAK) et Résolution de la Chambre civile de la Cour suprême du 15 février 1971, OSNCP 1971, texte 59.

36. Cour suprême, Chambre civile, 18 novembre 1970, C.P.J. 87/70, n° 55.

système d'assurance obligatoire pour compenser les dommages reliés à l'administration d'un traitement médical s'appliquant aux hôpitaux, cliniques, centres d'accueil pour vieillards, etc.³⁷ La Finlande, même si le système reste administré par des compagnies privées, a donc opéré une objectivisation et une sorte de publicisation du régime de compensation. On peut faire une remarque semblable pour la Suède qui avait précédé la Finlande en 1975, même si certaines différences importantes séparent les deux régimes³⁸. En Suède, en effet, du moins pour le régime d'indemnisation médicale, le système de compensation reste volontaire et contractuel.

À côté de ce premier groupe de pays, on retrouve un second groupe qui connaît à la fois un secteur public et un secteur privé de santé. À l'intérieur de ce second groupe, une importante distinction doit cependant être faite. Dans certains pays comme l'Allemagne fédérale, le Québec, la Hollande, les États-Unis et la Grande-Bretagne entre autres, le fait que les dommages aient été causés dans le secteur public de la santé n'a pas pour effet de changer les règles du régime applicable, qui reste donc celui de la responsabilité civile traditionnelle.

La situation est, par contre, infiniment plus complexe en France. Le secteur privé est, en effet, soumis au régime général de la responsabilité du droit civil alors que le secteur public dépend lui des règles du droit administratif³⁹, qui comme on le sait, sont dans ce pays, distinctes et séparées tant sur le plan des règles de fond que sur le plan juridictionnel. La France a donc deux systèmes parallèles de responsabilité avec des conséquences fort importantes et qui contribuent à singulièrement compliquer les recours du patient. D'abord sous le régime de droit privé, la faute simple suffit à permettre de retenir la responsabilité, alors qu'au contraire, sous le régime de droit public, la faute lourde est exigée lorsqu'il s'agit d'un acte médical⁴⁰. Ensuite, alors qu'en droit privé le préposé reste personnellement responsable de sa faute, en droit administratif français, sauf faute personnelle détachable des fonctions, seule la personne morale de droit public peut être recherchée devant les juridictions administratives⁴¹. Il existe aussi d'autres différences. Comme les médecins hospitaliers publics peuvent aussi avoir une certaine pratique privée, il y a, en droit français, des situations où il est particulièrement difficile d'identifier le régime applicable⁴² et dans lesquelles le patient est contraint à un choix qui peut, dans certains cas, aboutir au rejet d'une demande formulée

37. *Patient Injury Act* du 25 juillet 1986.

38. *Patient Insurance Act* du 1^{er} janvier 1975.

39. Jean PENNEAU, *La responsabilité médicale*, Paris, Sirey, 1977, n° 202 et s. (pp. 222 et s.); Jean MONTADOR, *La responsabilité des services publics hospitaliers*, Paris, Berger-Levrault, 2^e éd., 1979.

40. *Cons. d'État 26 juin 1959*, Lebon, p. 405; *D.* 1960. 112 (note ROBERT).

41. TRUCHET, *La responsabilité médicale*, Encyclopédie Dalloz, Paris, Dalloz.

42. *Cons. d'État 10 oct. 1973*, Lebon, p. 556; *Soc. 8 déc. 1960*, *D.* 1961.314; *Rouen 6 oct. 1964*, *J.C.P.* 65.II.14139 (note René SAVATIER).

devant la mauvaise juridiction. La victime d'une faute thérapeutique est donc soumise en France à deux régimes différents selon que les soins ont été reçus dans le cadre d'une institution privée ou publique. On retrouve aussi cette distinction entre droit public et droit privé de la responsabilité civile, en Turquie, mais avec des effets différents. Le médecin-fonctionnaire engage, en effet, en plus de sa propre responsabilité celle de l'administration, de la même façon que celui qui œuvre en pratique hospitalière privée engage celle de l'hôpital⁴³.

L'Italie, par contre, rejoint la France⁴⁴ au moins sur un point. La faute légère ne suffit pas à rendre personnellement responsable le médecin-employé œuvrant dans le système public. Le patient peut cependant recourir contre l'administration publique qui, par voie récursoire, pourra à son tour exiger de son employé la réparation du préjudice⁴⁵. En outre, dans le système privé, comme nous le verrons par la suite, l'Italie par le biais de l'article 2236 C.civ. connaît un régime original exemptant le professionnel de sa responsabilité pour faute professionnelle légère, lorsque le problème technique faisant l'objet du litige est complexe.

Pour la Suisse, la division entre régime privé et régime public se traduit par une conséquence pratique fort importante. S'agissant du régime privé, c'est le droit fédéral qui s'applique⁴⁶. S'agissant au contraire du régime public, ce sont les lois publiques cantonales qui régissent la situation.

3. Responsabilité civile — Responsabilité pénale

Les pays de common law, Australie, Grande-Bretagne, É.-U. ainsi que le Québec (probablement en raison de son emprunt du droit criminel britannique) séparent nettement la responsabilité civile et la responsabilité pénale. La seconde n'a pas d'influence sur la première et le « pénal » n'y tient pas le « civil » en état. Il existe, en outre, une très grosse différence entre le degré de négligence requis au civil et au pénal pour entraîner la responsabilité. C'est ce qui explique, sans doute, que dans ces pays les poursuites pénales contre des membres du corps médical pour négligence criminelle sont extrêmement rares. Telle n'est cependant pas la situation dans d'autres pays. En France, on constate une interférence très notable entre responsabilité pénale et responsabilité civile pour deux raisons. D'abord, l'article 3 du *Code de*

43. Article 55 C.O.; *Cour de Cass.*, 13^e chambre, 14 mars 1983, E 1982/7237, K 1983/1783.

44. Voir; Décret n° 761 de 1979, art. 28. Celui-ci établit que l'employé civil de l'État répond directement de sa faute solidairement avec l'employeur.

45. T.U. 10 janvier 1957, n° 3, art. 78 et 19.

46. C'est-à-dire les dispositions du Code suisse des obligations. GROSS, *Haftung für medizinische behandlung*, Berne, 1987; WIEGAND, in: *Arzt und recht*, Bern 1984, pp. 81 et seqq.; OTT, *Voraussetzungen der zivilrechtlichen Haltung des Arztes*, Zürich, 1978; pour la jurisprudence de la Cour fédérale helvétique, voir la compilation à propos de l'art. 398 C.O. dans GAUCH, AEPLI, CASANOVA, *Schweizerisches Obligationenrecht*, Besonderer Teil, 2^e éd., Zürich, 1990.

procédure pénale français permet à la victime civile d'exercer son recours en dommage devant la juridiction pénale en se constituant partie civile. Elle met ainsi automatiquement en action l'action publique, d'après la jurisprudence de la Cour de Cassation⁴⁷. Ensuite, la jurisprudence depuis le début du siècle a consacré l'unité de la faute civile et de la faute pénale⁴⁸. Comme le juge pénal ne peut octroyer une compensation civile sans trouver faute, il devra donc, s'il estime que la victime y a droit, prononcer une condamnation pénale⁴⁹.

Enfin, dans le reste des pays dont le droit a fait l'objet d'un rapport, en dépit de certains particularismes nationaux, il ne semble pas que la faute pénale et faute civile soient indissociablement liées. La Hollande, par exemple, ne permet pas à une autre partie civile d'instituer des procédures pénales et surtout ne reconnaît pas l'unité de la faute pénale et de la faute civile. Le rapporteur italien insiste pour sa part sur les différences qui séparent les deux ordres de responsabilité tant sur le plan de la faute requise pour les engager⁵⁰ que sur l'obligation d'agir en cas de danger.

B. LES ÉLÉMENTS DE LA RESPONSABILITÉ

Qu'elle soit contractuelle ou légale, la responsabilité de type classique requiert partout trois éléments: un acte ou une omission fautive, un préjudice et un lien causal entre ces derniers.

1. La faute

Tous les rapporteurs s'entendent sur le postulat que le médecin n'est pas, en principe, tenu à une obligation de résultat, mais à une simple obligation de moyens⁵¹. La responsabilité médicale, du moins dans le régime traditionnel général n'est donc pas une responsabilité stricte ou objective.

47. *Crim.*, 12 déc. 1946, *J.C.P.* 47.II.3621 (note René RODIÈRE); 22 janv. 1953, *D.* 1953.109 (rapport PATIN).

48. *Civ.*, 18 déc. 1917, *S.* 17.1.249 (note MOREL).

49. Voir Jean PENNEAU, *Faute civile et faute pénale en matière de responsabilité médicale*, Paris, P.U.F., 1975; voir aussi Antoine PIROVANO, *Faute civile et faute pénale*, Tome 70, Paris, L.G.D.J., 1966.

50. *Cass. Crim.*, 21 oct. 1970. (1973) *Riv. It. Dir. Proc. Pen.* 255; *Cass. Crim.*, 26 janvier 1968. (1969) *Riv. It. Dir. Proc. Pen.* 1077.

51. Il peut cependant exister certains cas où le médecin assume une obligation de résultat. *Pour la France*, en matière de chirurgie esthétique, voir: *Civ.*, 1^{re}, 4 janv. 1974, (1974) *R.T.D. C.* 822 (observation DURRY); *Lyon, Civ.*, 1^{re}, 8 janv. 1981, *D.* 1982.IR 274. *Pour les États-Unis*, s'il y a promesse explicite: Jeffrey F. GHENT, "Homicide: Modern Statute of Rules as to Burden and Quantum of Proof to Show Self-Defense", (1972) 43 *A.L.R.* 3rd, 221. *Pour l'Italie*, sur l'obligation du dentiste: *Trib. Naples*, 1^{er} juillet 1972, (1973) *Dir. e. giur.* 302.

Partant, et sous réserve pour certains pays des effets de la division entre le système privé et public, le standard applicable pour déterminer s'il y a faute est celui d'un médecin raisonnablement prudent et diligent, de la même spécialité, placé dans les mêmes circonstances. C'est donc pour la France, la Suisse, l'Italie, le Québec, la Hollande, l'Allemagne, la Turquie, l'application de la règle classique. Ce standard a été approuvé en Turquie par une décision de la Cour de Cassation du 14 octobre 1974⁵² et défini par la Cour de Cassation française comme requérant de la part du professionnel « *des soins [...] consciencieux, attentifs [...] et conformes aux données acquises de la science* »⁵³.

On retrouve la même appréciation objective dans les pays de common law. Le médecin doit posséder l'habileté et la connaissance d'un médecin ordinaire (ou spécialisé selon le cas), placé dans les mêmes circonstances. La Grande-Bretagne⁵⁴ et surtout l'Australie⁵⁵, par la bouche des plus hautes instances judiciaires de ces deux pays, ont réaffirmé que l'évaluation du standard des soins appropriés devait être laissée à l'appréciation souveraine des tribunaux. Ceux-ci peuvent tenir compte, sans cependant y être tenus, de la pratique médicale courante⁵⁶. Les tribunaux refusent toutefois de considérer comme non fautive une pratique dangeureuse ou négligente, qui rencontrerait malgré tout l'approbation du corps médical en général. Aux É.-U., jusqu'à récemment, la comparaison se faisait par rapport à un médecin pratiquant dans la même localité (*locality rule*) ce qui avait pour effet d'abaisser le standard pour les petites communautés. Cette règle paraît de plus en plus délaissée par les tribunaux, du moins pour ce qui est des médecins spécialistes⁵⁷.

Par contre on sent dans certains pays, sur le plan de la politique judiciaire, le désir de ne pas tenir le médecin responsable pour ce qu'on pourrait appeler la simple erreur de bonne foi. En France, la Cour de Cassation semble résister à la suggestion d'une certaine partie de la doctrine⁵⁸ de distinguer faute et erreur⁵⁹.

52. Cass. civ. 13^e chambre, 14 oct. 1974; Yargitay Kararlari dergisi, (1976) 2, p. 79.

53. *Civ.*, 20 mai 1936, D.P. 1936.I.88 (Conclusions MATTER, rapport JOSSERAND, note E.P.); S.37.1.321 (note BRETON).

54. *Bolam c. Friern Hospital Management Committee*, [1957] 2 All. E.R. 188 (Q.B.); *Sidaway c. Bethlem Royal Hospital*, [1985] 1 All. E.R. 643 (H. of L.).

55. *F. c. R.*, (1984) 33 South Aus. S.R. 189 (S.C.)

56. *Sidaway c. Bethlem Royal Hospital*, [1985] 1 All E.R. 643 (H. of L.); *Gover c. South Australia*, (1985) 39 South Aus. S.R. 524; *Ellis c. Wallsend District Hospital*, [1989] Aust. Torts Rep. 80. Voir Nicholas ILES, "Curial Inconsistencies in the Doctor's Duty of Care", (1987) II *Adel. L. R.* 88.

57. *Brune c. Bellinkoff*, (1968) 354 Mass. 102, 235 N.E. 2d 793 (S.C. Mass.).

58. Jean PENNEAU, *Faute et erreur en matière de responsabilité médicale*, Tome 133, Paris, L.G.D.J., 1973

59. *Civ.*, 1^{re}, 5 nov. 1985, D.1987.26 (note Jean PENNEAU).

L'Italie sur cette question a une position très originale. En premier lieu, le rapport italien souligne que le milieu juridique emploie l'expression « *erreur professionnelle* » de préférence à celle de « *faute professionnelle* ». En second lieu, il signale que la jurisprudence et la doctrine contemporaines rejettent la conception de l'erreur excusable pour s'en tenir à la conception et au standard de la faute classique. En troisième lieu, le *Code civil italien* à l'article 2236 C.c. contient une règle que l'on ne retrouve dans aucun autre pays, à l'effet que le professionnel est exempt de responsabilité civile en cas de faute légère lorsqu'il a dû affronter des problèmes techniques complexes, en d'autres termes, lorsque les circonstances étaient telles qu'elles exigeaient une habileté supérieure à la normale⁶⁰. La Cour de Cassation italienne a étendu l'application de la règle à la faute extra-contractuelle. Depuis un arrêt de 1968 en outre, elle a introduit la notion de faute grave de l'article 2236 C.c. en matière pénale⁶¹. Un arrêt récent semble avoir mis la règle en doute⁶². On note toutefois un revirement jurisprudentiel contemporain qui fait de la règle de l'article 2236 une règle de nature exceptionnelle et l'applique en principe uniquement à la faute d'inhabileté (*perizia*) et non à la faute d'imprudence ou de manque de diligence⁶³. Le tribunal tient compte à la fois des progrès de la science et du devoir du professionnel de se recycler⁶⁴.

On peut d'ailleurs s'interroger sur la réalité conceptuelle de ces différences entre les standards de faute. Il semble bien, en effet, que dans tous les pays (l'Argentine en est un exemple frappant) la jurisprudence, en raison de l'évolution des mœurs sociales, soit passée, de l'existence d'une faute sinon lourde du moins très caractérisée pour retenir la responsabilité civile du professionnel, à celle d'une faute ordinaire. Au fond, dans tous les pays, le professionnel est de moins en moins soumis à un régime spécial et c'est la jurisprudence et elle seule qui fixe les standards de comportement par rapport à ce qui semble sociologiquement et culturellement acceptable selon l'état de la médecine et l'avancement de la science. Le droit jurisprudentiel paraît donc être le reflet de ce qui est socialement admissible.

Un phénomène intéressant, en matière de faute, est l'émergence, dans tous les pays, à côté de la faute dite technique (erreur de diagnostic ou de traitement) de la faute basée sur le défaut d'information du patient ou encore sur la non-obtention, de la part du médecin, d'un consentement libre et éclairé de sa part. On peut y voir, sur le plan sociologique, une sorte de répudiation par le Droit du paternalisme médical traditionnel. Dans certains

60. CATTANEO, *La responsabilità del professionista*, Milano, Giuffrè, 1958, p. 79.

61. *Cass. Crim.*, 26 janv. 1968, (1969) *Giust. pen.* II - 212.

62. *Cass. Crim.* 9 juin 1981, (1982) *Foro It.* 269.

63. *Cass. Civ.* 18 juin 1975, no. 2439, (1976) *Giur. It.* I.1.953. Torino, 11 mars 1985, (1986) *Giur. It.* I.2.681 et *Cour constitutionnelle*, 28 nov. 1973, n° 166, *Giur. const.* 1973.1775.

64. *Cass. Civ.* 15 déc. 1972, n° 3616, (1973) *Foro It.* I.1474 et art. 23 du Code de déontologie (1989). *Pour la Turquie*, voir: B.G.E. 64.II.207; 66.II.36.

pays comme les États-Unis⁶⁵, l'Allemagne et le Québec⁶⁶, le nombre des poursuites basées seulement sur le défaut d'obtenir un consentement éclairé a considérablement augmenté. Ce n'est, au contraire, pas le cas en Turquie (où le phénomène est d'apparition récente), en Hollande (où on note une absence quasi totale de jurisprudence) et en Australie qui a refusé de suivre à cet égard les tendances de la jurisprudence américaine. Deux problèmes principaux se posent à cet égard. Le premier est de savoir quelle est l'intensité du devoir d'information. Sous des formules variées, la France⁶⁷, l'Italie⁶⁸, le Québec⁶⁹, la Pologne⁷⁰ paraissent avoir adopté le même test : le médecin est tenu de dévoiler de manière compréhensible et loyale les *risques normalement prévisibles*, qu'un médecin raisonnable aurait dévoilé, eu égard aux circonstances. On se reporte donc à ce qu'un médecin raisonnablement prudent et diligent aurait divulgué à son patient dans les circonstances particulières de l'espèce. Celles-ci peuvent varier (degré d'intelligence et de compréhension, âge, situations sociale et médicale antérieures, nature de l'opération, prévisibilité du pronostic, risque inhérent à l'opération, etc.). Ce sont donc les risques normalement prévisibles et non les risques exceptionnels dont il s'agit. L'Allemagne paraît plus sévère puisque, selon le rapporteur de ce pays, le médecin doit divulguer l'information qui répondait *aux attentes du patient* eu égard aux circonstances⁷¹. Ce même test semble être celui utilisé dans les provinces de common law canadiennes⁷². Aux États-Unis toutefois, le rapporteur américain signale que la jurisprudence hésite encore entre deux standards : celui des pays civilistes du médecin raisonnable et celui centré sur le patient selon le modèle allemand. En Grande-Bretagne, le rapporteur note la décision de *Sidaway c. Bethlem Royal Hospital*⁷³ qui a en fait refusé

65. L'arrêt-type aux É.-U. est l'affaire *Canterbury c. Spence*, (1972) 464 F. 2d 772.

66. Louise POTVIN, *L'obligation de renseignement du médecin : étude du droit québécois, français et du common law canadien*, Cowansville, Les Éditions Yvon Blais, 1984 et *Chouinard c. Landry*, [1987] R.J.Q. 1954 (C.A.); *Dodds c. Schierz*, [1986] R.J.Q. 2623 (C.A.).

67. *Civ.*, 9 mai 1983, D.1983.121 (note Jean PENNEAU).

68. *Cass. Civ.* 29 mars 1976, n° 1132, (1976) *Giur. It.* 1980; *Cass. Civ.*, 16 juin 1973, n° 2439, (1975) *Foro. It.* I.745; *Cass. Civ.*, 6 déc. 1968, n° 3906, (1970) *Resp. civ. prev.* 390.

69. *Chouinard c. Landry*, [1987] R.J.Q. 1959 (C.A.) et Robert P. KOURI, «L'influence de la Cour suprême sur l'obligation de renseigner en droit médical québécois», (1984) 44 *R. du B.* 851.

70. Cour suprême, 28 août 1972, OSNCP 1973, texte 86; *Ospika* 1974, texte 123; 11 janvier 1974, *Ospika* 1975, texte 6.

71. BVerf GE 52, 131; LAUFS, *Artrechet* 4 NR. II et s..

72. Margareth A. SOMMERVILLE, "Structuring the Issues in Informed Consent", (1981) 26 *McGill L.J.* 740. Voir *Reibl c. Hughes*, [1980] 2 R.C.S. 880; *Hop c. Lepp*, [1980] 2 R.C.S. 192.

73. *Sidaway c. Bethlem Royal Hospital*, [1985] 1 All E.R. 643 (H. of L.).

de suivre la tendance américaine majoritaire et d'appliquer en la matière le *Bolam test*⁷⁴. Il en est de même en Australie⁷⁵.

Le second problème qui est, au fond, plus un problème de causalité, est de déterminer jusqu'où s'étend la responsabilité du praticien pour défaut d'information. Est-il automatiquement et toujours responsable du préjudice résultant de la seule réalisation du risque inhérent à l'intervention? N'est-il, au contraire, responsable que, si le patient démontre, que l'information obtenue, il n'aurait pas consenti à celle-ci? N'est-il responsable que s'il est prouvé qu'un patient raisonnable, placé dans les mêmes circonstances, aurait refusé l'intervention? La question ne semble pas résolue d'une façon certaine dans les pays qui ont soumis un rapport, même si certains comme l'Allemagne⁷⁶, le Québec⁷⁷ penchent pour la seconde solution. La France semble moduler l'intensité de l'obligation en se basant sur le caractère indispensable ou non de l'intervention⁷⁸.

2. Le lien de causalité

Les problèmes de détermination du lien de causalité sont extrêmement complexes et constituent un sujet d'étude en eux-mêmes. Les quelques brèves remarques qui suivent seront donc limitées à signaler certains problèmes touchant spécifiquement le lien de causalité dans les actions en responsabilité professionnelle médicale.

Le premier se rapporte au degré de preuve requis pour établir le lien de causalité. En Pologne, selon l'article 361(1) C.c., c'est le système de la causalité adéquate qui est appliqué⁷⁹. Dans la plupart des pays toutefois, la jurisprudence refuse de se laisser enfermer dans une perspective théorique trop étroite. Les tribunaux recherchent en général non une certitude, mais simplement une probabilité raisonnable eu égard à l'ensemble des circonstances. Dans certains cas, soit par l'application des présomptions de fait dans les pays civilistes, soit par l'extension de la règle du *res ipsa loquitur* dans les pays de common law, on assiste, en pratique, à une sorte de renversement

74. *Bolam c. Friern Hospital Management Committee*, [1957] 2 All E.R. 118 (Q.B.)

75. *F. c. R.*, (1983) 33 South Aus. S. R. 189; *Grover c. South Australia*, (1985) 39 South Aus. S. R. 5431; Desmond MENDERSON, "Following Doctors' Orders: Informed Consent in Australia", (1988) 62 *Aust. L. J.* 430.

76. La Cour suprême allemande a récemment décidé que même si le risque qui s'est matérialisé était improbable, le médecin demeure responsable si un autre risque du même type n'a pas été dévoilé lorsqu'il y avait obligation de le faire: B.G.H. Versr 1989, 514 (note HAUB); NJW 1989, 1533 (note DEUTSCH); NJW 1989, 2313.

77. Robert P. KOURI, « La causalité et l'obligation de renseigner en droit médical québécois », (1987) 17 *R.D.U.S.* 493.

78. *Paris*, 17 nov. 1983, *D.* 1984.IR 459 (note Jean PENNEAU); *Civ.*, 27 mars 1985, *D.* 1986.390 (note Jean PENNEAU); *Civ.*, 11 fév. 1986, *Bull.* n° 24, *D.* 1987.25 (note Jean PENNEAU).

79. Cour suprême, 17 juin 1969, *Ospika* 1970, texte 115 (note SOŚNIAK).

du fardeau de la preuve lorsque le demandeur démontre que les conséquences dommageables qu'il a subies ne se produisent pas ordinairement lorsque ce genre d'intervention est bien pratiquée⁸⁰ ou, comme en Turquie, s'il démontre que le dommage est le résultat typique de ce qui survient lorsque le traitement est fautif. Le Chambre des Lords d'Angleterre a cependant imposé une fin de non-recevoir très ferme à tout renversement du fardeau de la preuve, en estimant que celui-ci doit entièrement reposer sur les épaules du demandeur⁸¹.

Signalons enfin que dans au moins deux pays, la France⁸² et le Québec⁸³, se pose, à propos du lien de causalité et de l'évaluation du préjudice, le difficile problème de l'admissibilité de la perte de chance. Il serait malheureusement trop long ici de le traiter en détail.

3. Le préjudice

Sur cette question encore, nous nous bornerons à ne signaler que certains points généraux et originaux à certains droits. Aux États-Unis, les montants accordés par les tribunaux sont fort élevés d'après les standards des autres pays. Plusieurs phénomènes sont à la source de ce qui, dans les autres pays passerait pour un phénomène remarquable d'inflation judiciaire. Le premier est la possibilité pour les tribunaux américains d'accorder des dommages punitifs lesquels se chiffrent souvent en millions de dollars ajoutés aux dommages compensatoires déjà généreux⁸⁴. Le second est l'existence de jurys civils probablement plus favorables à la victime qu'au médecin, qui se montrent aussi très libéraux dans la fixation des dommages pour préjudice corporel et pour les souffrances. Le troisième est la permission donnée aux avocats américains de pratiquer les *contingency fees*⁸⁵. L'avocat est alors

80. Pour l'Italie: *Cass. Civ.*, 16 nov. 1988, (1988) *Riv. It. Med. Leg.* 144; pour le Québec, voir: *Parent c. Lapointe*, [1952] S.C.R. 376 (C.S.C.).

81. *Wilsher c. Essex Area Health Authority*, [1988] 1 All E.R. 871 (H. of L.).

82. Voir: René SAVATIER, « Une faute peut-elle engendrer la responsabilité d'un dommage sans l'avoir causé? », D.1970.Chr.123; François CHABAS, « Vers un changement de nature de l'obligation médicale », J.C.P. 73.I.2541; Jacques BORÉ, « L'indemnisation pour les chances perdues: une forme d'appréciation quantitative de la causalité d'une faute dommageable », J.C.P. 74.I.2620; Gérard MEMETEAU, « Perte de chance en droit médical français », (1986) 32 *McGill L.J.* 125.

83. Voir: NOOTENS, *La perte de chance*, Congrès du Barreau du Québec, 1990, p. 195; *Laferrrière c. Lawson*, [1989] R.J.Q. 27 (C.A.); commentaires de Isabelle PARIZEAU, « Le lien de causalité... au bord du gouffre », (1989) 49 *R. du B.* 514; *Lapointe c. Hôpital Le Gardeur*, [1989] R.J.Q. 2619 (C.A.).

84. Par exemple dans *Boyd c. Bulala*, (1986) 647 F. supp. 781 (U.S Dist. ct. Virginia); (1989) 877 F.2d 1191 (U.S.C.A.) le jury a accordé à la victime 8,3 millions de dollars dont 2 millions constituèrent des dommages punitifs.

85. Voir J. Robert S. PRITCHARD, "A Systemic Approach to Comparative Law: the Effect of Cost, Fee and Financing Rules on the Development of Substantive Law", (1988) 17 *J. Leg. Stud.* 451.

rémunéré en cas de succès selon un pourcentage (qui va parfois jusqu'à 55 %) du montant total de l'indemnité accordée au demandeur.

Le rapporteur allemand signale que dans son pays, qui ne partage pas toutefois la tradition américaine, les octrois ont aussi tendance à augmenter. Cette tendance, depuis certains arrêts de la Cour suprême du Canada en 1978, est également perceptible au Québec. L'Australie et l'Angleterre, pourtant dans la famille de common law, semblent quant à elles avoir toutes deux résisté au phénomène inflationniste américain.

C. LES RÉGIMES DE RESPONSABILITÉ

En matière de responsabilité médicale, trois types de régime sont successivement à considérer soit la responsabilité du fait personnel, celle du fait d'autrui et enfin celle du fait des choses. Le premier régime, celui du fait personnel, a déjà été étudié de façon générale. Nous traiterons donc maintenant uniquement de la responsabilité du fait d'autrui et de celle du fait des choses.

1. La responsabilité pour autrui

L'éventail des solutions légales et jurisprudentielles touchant la responsabilité du fait d'autrui est extrêmement varié. Il dépend, dans certains pays, soit de la qualification de la responsabilité comme contractuelle ou délictuelle⁸⁶, soit de sa qualification comme responsabilité publique ou privée⁸⁷. D'une façon générale, en premier lieu, tous les pays admettent l'application de la responsabilité du médecin pour le fait des auxiliaires médicaux (infirmiers, par exemple) lorsqu'il y a subordination effective et que ceux-ci agissent sous les ordres et le contrôle du professionnel⁸⁸. Le fait que la responsabilité soit contractuelle ou délictuelle ne paraît pas, dans ce cas, avoir beaucoup d'importance pratique sur les solutions.

Pour ce qui est des équipes médicales en second lieu, en France, si chaque médecin a contracté avec le patient, chacun ne répond que de sa propre faute⁸⁹. En Italie, la responsabilité est en principe solidaire⁹⁰. En

86. Ainsi en France et au Québec, l'établissement est contractuellement responsable de la faute du médecin, mais non en principe sur le plan délictuel, l'existence d'un lien de préposition entre médecin et hôpital n'étant pas reconnue en raison de l'indépendance d'action du premier.

87. Ainsi en France, dans le secteur public, la faute de service entraîne la responsabilité de la personne morale publique. Dans les pays socialistes (Pologne et Tchécoslovaquie), la responsabilité publique est toujours engagée. Il en est de même en Turquie.

88. *Pour la France*: Civ., 4 fév. 1959, D.1959.153 (note Paul ESMEIN), J.C.P. 59.II.11046 (note René SAVATIER); Paris, 15 avril 1986 et 20 mars 1987, S.87.1.418 (note Jean PENNEAU). *Pour l'Italie*: Cass. Civ., 24 oct. 1955, (1956) Resp. civ. prev. 359.

89. Civ., 27 mai 1970, J.C.P. 71.II.16833 (note René SAVATIER).

90. Arts. 1128, 2232, 2044 et 2055 C.civ.

France lorsque l'un d'entre eux n'a pas personnellement contracté, avec le patient, le chef d'équipe répond alors de la faute de celui-ci⁹¹. Cette dernière solution est aussi retenue par le droit italien⁹² lorsqu'il y a de sa part défaut de direction ou de coordination.

Par contre, en troisième lieu, la responsabilité de l'hôpital pour le dommage causé par le médecin varie beaucoup et est sujette à controverse. Dans certains pays (la France, mais uniquement dans le secteur public, la Tchécoslovaquie et la Pologne), l'hôpital peut être, selon les cas, contractuellement ou légalement tenu responsable de l'acte fautif du médecin. Dans d'autres, (le Québec⁹³ par exemple, et la France dans le secteur privé) cette responsabilité ne peut être engagée que sur le plan contractuel, un lien de préposition ne pouvant exister sur le plan de la responsabilité légale, vu l'indépendance d'action du médecin. Plus modernes paraissent être les droits italiens et néerlandais qui reconnaissent désormais une responsabilité délictuelle pour autrui basée non sur le lien de préposition mais bien plus sur la reconnaissance de l'intérêt réalisé ou poursuivi par l'activité ou sur l'intégration à l'entreprise⁹⁴. Ces droits considèrent donc comme dépassée la traditionnelle querelle entourant la non-existence d'un lien de préposition en matières professionnelles et le droit néerlandais impose une responsabilité stricte (*Ondergeschikten*).

L'Allemagne, en cas de responsabilité légale, reconnaît la responsabilité pour autrui sur la base d'une faute présumée dans le choix ou la surveillance du médecin par l'hôpital, laissant donc la possibilité pour ce dernier de faire une preuve contraire⁹⁵. En Suisse, dans le secteur privé, en vertu des articles 55, 101 et 399(2) C.O., la responsabilité pour autrui est admise tant en matière contractuelle que délictuelle, alors qu'elle varie dans le secteur public de la santé selon le droit particulier à chaque canton. En Turquie, dans le cas d'une obligation légale, la responsabilité de l'hôpital n'est engagée que sur l'une ou l'autre des bases suivantes⁹⁶: celle de l'article 55, qui permet à l'employeur de dégager sa responsabilité en prouvant absence de faute dans le choix ou la surveillance du médecin, soit celle de la responsabilité organisationnelle qui oblige l'entrepreneur à prévoir un

91. *Ass. Plén.*, 30 mai 1986, D.1987.109 (note Jean PENNEAU); *Civ.*, 19 oct. 1960, J.C.P. 60.II.11846 (note René SAVATIER); *Civ.*, 18 juillet 1983, D.1984.149 (note Jean PENNEAU).

92. *Firenze*, 25 mai 1981, (1981) *Dir. Prat. Assic.* 698.

93. *Supra*, note 27 et *Ouellet c. Schatz*, [1989] R.R.A. 652 (C.S.); *Boyer c. Grignon*, [1988] R.J.Q. 829 (C.S.).

94. C'est d'ailleurs la solution préconisée par une partie de la doctrine québécoise: Danielle CHALIFOUX, « Vers une nouvelle relation commettant-préposé », (1984) 44 *R. du B.* 815.

95. Articles 278 et 831 B.G.B.; O.L.G. Köln VersR. 1989. 708.

96. Cour de Cass., 14 mars 1983, E 1982/7237, K 1983/1783. Cette décision est d'ailleurs vivement critiquée par le rapporteur turc.

système de travail adéquat et sûr. Dans ce dernier cas, la responsabilité est alors objective.

L'Australie⁹⁷ et l'Angleterre⁹⁸ connaissent toutes deux la responsabilité pour autrui (*vicarious responsibility*), même dans le cas de l'*independent contractor* (contrat d'entreprise), au contraire des États-Unis qui appliquent eux la maxime *respondeat superior*, sauf précisément dans le cas de l'*independent contractor*⁹⁹.

Les conséquences principales de la possibilité de retenir la responsabilité de l'hôpital pour les actes des médecins sont doubles. D'une part, sauf les quelques exceptions déjà mentionnées, c'est une responsabilité objective de l'hôpital qui est alors imposée : si la faute du médecin est prouvée, l'hôpital ne peut donc plus désormais dégager la sienne en prouvant simplement son absence de faute. D'autre part, elle élimine les difficultés très concrètes que peut éprouver le patient quand il s'agit pour lui de déterminer contre qui il doit diriger son recours surtout dans l'hypothèse d'un acte médical collectif ou encore lorsque l'origine exacte du préjudice demeure inconnue.

2. La responsabilité du fait des choses

Le problème de la responsabilité du fait des choses prend de plus en plus d'importance en droit médical eu égard à la technicisation accrue des méthodes de diagnostic et de traitement et aux développements importants connus de tous les pays quant à la responsabilité du fabricant. La France présente, à cet égard, des solutions intéressantes puisque suite à certains arrêts récents de la Cour de Cassation¹⁰⁰, la jurisprudence y a développé une responsabilité *contractuelle* du fait des choses¹⁰¹, basée sur l'obligation de sécurité. En Hollande également, le nouveau Code civil¹⁰² rend en principe l'utilisateur responsable, dans le cadre contractuel (sauf si une rétention de responsabilité ne paraît pas raisonnable dans les circonstances) et le possesseur responsable sur le plan délictuel (sauf dans l'hypothèse où une responsabilité

97. *Albrighton c. Royal Prince Alfred Hospital*, [1980] 2 N.S. Wales L.R. 542; William P. WHIPPY, "A Hospital's Personal and Non-Delegable Duty of Care for its Patients — Novel Doctrine or Vicarious Liability Disguised?", (1989) 63 *Aust. L.J.* 182.

98. *Cassidy c. Minister of Health*, [1951] 1 All E.R. 574 (C.A.). Le *National Health Services Act*, 1971, prévoit à l'article 3 la possibilité d'une responsabilité directe d'un hôpital public.

99. Aux États-Unis, jusqu'en 1942, les institutions hospitalières charitables bénéficièrent aussi d'une immunité complète : *President and Directors of Georgetown College c. Hughes* (1942) 130 F.2d 810.

100. *Civ.*, 1 avril 1968, D.1968.653 (note René SAVATIER), *J.C.P.* 68.II.15547 (note Albert RABUT); *Civ.*, 25 mai 1971, D.1972.534 (note Jean PENNEAU); *Gaz. Pal.* 1971.2.646 (note DOLL).

101. *Rouen*, 7 fév. 1984, *Gaz. Pal.* 1984.1.262 (note François CHABAS); D.1985.IR 408 (note Jean PENNEAU); *Paris*, 12 janv. 1989, D.1989 (note Jean PENNEAU) [à paraître].

102. Arts. 6.1.8.3.a et 6.3.2.5 du Projet.

peut être retenue contre le fabricant). Le droit tchécoslovaque paraît controversé quant à la portée exacte de l'article 238 C.c. et la question de savoir si la responsabilité du fait des choses¹⁰³ est une responsabilité objective ou non. Les choses dangereuses, elles, sont soumises à un régime particulier¹⁰⁴.

D. LA MISE EN OEUVRE DE LA RESPONSABILITÉ

La lecture des différents rapports nationaux montre que chacun d'eux offre de nombreux particularismes quant à la mise en œuvre de la responsabilité civile médicale. Ainsi, pour n'en prendre que quelques exemples, le rapporteur français signale les grandes difficultés de l'accès par le patient à son dossier médical ou hospitalier, droit reconnu, au contraire depuis fort longtemps au patient en droit américain, québécois et allemand.

Il est évidemment impossible de rendre compte ici de la très grande variété des règles nationales en la matière. Cette variété rendrait, en effet, pratiquement impossible toute comparaison entre les systèmes et leurs règles de droit. Nous avons cru donc préférable, (une comparaison restant en la matière non seulement possible mais intéressante), de faire un bilan rapide sur le seul problème de l'assurance de responsabilité.

Il est surprenant de constater qu'à part la Finlande et la Suède, en raison du modèle spécial d'indemnisation retenu chez eux d'une part et, d'autre part, l'Allemagne et le Québec, aucun autre pays n'oblige le médecin ou l'hôpital à détenir une assurance de responsabilité permettant de garantir une solvabilité à la victime. Par contre, dans beaucoup de pays comme la Suisse (où le rapporteur signale que 100 % des hôpitaux et praticiens sont assurés), les États-Unis, la Hollande, on constate qu'une très forte majorité des médecins possède effectivement une assurance de responsabilité. Ce n'est cependant pas le cas en Turquie où le rapporteur signale, au contraire, la grande rareté du phénomène.

L'Australie, du moins dans l'État de l'Australie du Sud, est cependant en train d'adopter un système d'assurance obligatoire¹⁰⁵. La Grande-Bretagne pour sa part discute de la possibilité de rendre l'État responsable en tout état de cause, éliminant ainsi les problèmes d'insolvabilité potentielle et d'en faire ainsi, en quelque sorte, l'assureur public des victimes¹⁰⁶. Le rapport américain donne une excellente idée des vicissitudes que connaît, dans ce pays, l'assurance responsabilité médicale en raison de

103. Trib. Ostrava n° 11 Co. 493-79; Trib. Sup. décisions R-77; aussi 1 Cz-110-74. Le rapporteur fait état d'une controverse sur ce point opposant la doctrine et les autorités étatiques.

104. Articles 427 à 431 C.c.

105. *South Australian Task Force Report on No Fault Compensation*, South Australia, 1989, p. 36.

106. Il s'agit d'une étude gouvernementale de mars 1989.

l'augmentation énorme des primes et de la crise que vit actuellement cette industrie en Amérique. Cette crise a eu toutefois des effets intéressants, puisqu'elle a poussé certains États américains à mettre sur pied des systèmes d'arbitrage préalable, soit volontaires (comme dans l'État de New York), soit obligatoires (comme en Caroline du Nord)¹⁰⁷. Il serait intéressant, en outre, de savoir en matière d'assurance, si dans les divers pays le recours direct contre l'assureur est admis (comme au Québec) ou au contraire refusé à la victime (comme en Suisse).

En conclusion de cette rapide analyse du droit comparé positif, certaines constatations peuvent être faites.

La première est que, de plus en plus, les différents pays s'efforcent de *simplifier* le régime de responsabilité en tentant d'éviter des dualités de régime, les dualités de règles, voire même les dualités de juridiction qui compliquent inutilement la tâche de la victime et qui risquent de lui faire perdre son recours.

La seconde est que la plupart des pays soit par le biais de leurs règles de droit positif, soit par celui du droit jurisprudentiel, s'efforce *d'assurer* aux victimes une indemnisation adéquate du préjudice subi et une plus grande *responsabilité financière*. Parfois on imposera donc une assurance obligatoire; parfois les règles de la jurisprudence permettront d'aller rechercher directement en responsabilité le débiteur le plus solvable.

La troisième est que *l'accroissement* quantitatif du contentieux de la responsabilité médicale semble évident dans la plupart des pays. À l'heure actuelle cependant, dans aucun autre pays, ne semble-t-il avoir atteint les proportions dramatiques des É.-U. Dans beaucoup de cas cependant, cette augmentation du contentieux (et donc sur le plan économique de la masse monétaire des indemnités payées aux victimes) a eu une influence très nette sur le droit positif et a poussé de nombreux juristes à rechercher des solutions plus économiques que le système classique actuellement en vigueur.

II. LE DROIT DE L'AVENIR: LES PERSPECTIVES

La seconde partie de ce rapport porte sur la réforme possible des différents systèmes nationaux de compensation pour les victimes d'accidents iatrogéniques. C'est probablement d'ailleurs sur cette question que la vocation du droit comparé est la plus intéressante, mais aussi la plus difficile.

Il paraîtrait mal à propos de faire état des différents courants de pensée sur la question sans auparavant décrire deux systèmes en place à l'heure actuelle et qui servent inévitablement de point de référence et de comparaison à tous les autres pays, soit le système suédois et le système finlandais.

107. N.Y. Judic. L. sect. 148-a (McKinney 1983 and Supp. 1989).

A. LES MODÈLES EXISTANTS: LA SUÈDE ET LA FINLANDE

Le modèle suédois est antérieur au modèle finlandais qui s'en est d'ailleurs largement inspiré, même s'il diffère de lui par certains aspects.

1. L'assurance contre les accidents médicaux

Le système d'assurance pour les accidents iatrogéniques est entré en vigueur, en Suède, le 1^{er} janvier 1975 et celui touchant la compensation pour les dommages causés par les produits pharmaceutiques le 1^{er} juillet 1978 en Suède. La mise sur pied des deux systèmes résulte d'une négociation, puis d'une entente conventionnelle entre les services publics de santé et l'industrie de l'assurance. Par la suite, des contrats sont intervenus avec les représentants du secteur privé pour couvrir ainsi l'ensemble du réseau. La victime peut désormais obtenir compensation dans les cas prévus par le texte selon les règles et modalités prévues, mais garde toutefois la possibilité de se pourvoir devant les tribunaux réguliers.

Le système ne compense pas tous les cas d'accidents iatrogéniques, mais uniquement ceux énumérés aux articles 2 et suivants de l'entente. Tombe dans la catégorie des cas admissibles en premier lieu le préjudice qui est une conséquence directe d'un diagnostic ou traitement médical, à la double condition qu'il ne constitue pas, d'une part, une complication médicale inévitable ou que, d'autre part, cette complication ait été acceptée comme un risque calculé dicté par la gravité de la maladie. Est également assuré le préjudice qui est la conséquence inévitable d'un diagnostic obtenu par l'utilisation de méthodes défectueuses ou qui est la conséquence d'une erreur médicale.

La seconde hypothèse couverte est celle du préjudice causé par une infection transmise au patient dans le cadre d'un diagnostic ou d'un traitement. Le texte fait exception cependant pour certains types d'opérations (par exemple, les opérations abdominales).

Enfin, est indemnisé en troisième lieu le dommage résultant d'un accident survenu à l'occasion d'un diagnostic ou d'un traitement (par exemple, le patient qui chute de son lit). Là encore, cependant, certaines exceptions particulières sont prévues. Sont de toute façon exclus les dommages psychologiques qui ne sont pas directement reliés à un problème physiologique. En outre, les incidents mineurs sont aussi écartés par la convention et pour pouvoir prétendre à ses bénéfices, le demandeur doit avoir été malade pour au moins 30 jours avec incapacité d'au moins 50 % ou avoir été hospitalisé pour au moins 10 jours ou avoir subi, à un degré quelconque, une incapacité permanente ou être décédé.

La compensation est évaluée en fonction des normes de la responsabilité civile classique et comprend donc la perte de revenu (dommages économiques) et les douleurs, souffrances et inconvénients (dommages non

économiques). La victime n'a pas à faire la démonstration de l'existence d'une faute et le système fait preuve d'un assouplissement notable dans la recherche du lien de causalité.

Ce système d'assurance reste contractuel et volontaire, solution privilégiée par la Suède pour lui conserver une grande souplesse et une faculté accrue d'adaptation aux circonstances nouvelles. Son financement est assuré par les primes payées par les hôpitaux et les médecins. Le rapporteur suédois note qu'une analyse économique des coûts a fait paraître le grand avantage du système.

Les principaux problèmes résultant de l'administration du système paraissent être ceux touchant les conditions générales d'admissibilité au régime. Le dommage doit, en effet, avoir été la conséquence directe d'un traitement médical au sens large donné à ce terme par la convention. Une fois une réponse affirmative apportée à cette première question, il s'agit alors, en second lieu, de déterminer si le traitement qui a causé le dommage était médicalement fondé ou non. Si la réponse à cette seconde question est négative, la victime ne reçoit cependant compensation que dans la mesure où le dommage aurait quand même pu être évité, par un autre traitement médical adéquat.

Le rapporteur suédois indique que l'identification du lien de causalité (donc la réponse à la première question) ne soulève pas en pratique de difficultés sérieuses. Par contre, la seconde question semble poser plus de problèmes. Si, en effet, la décision médicale de choisir tel traitement plutôt que tel autre est scientifiquement justifiée, la victime n'aura pas droit à une indemnité pour les complications, mêmes sérieuses, pouvant en résulter.

La victime qui n'est pas satisfaite du montant alloué par la Régie administrative (composée de 6 membres) peut demander l'arbitrage et se pourvoir devant les tribunaux réguliers. Le rapporteur suédois note à cet égard un très haut degré de satisfaction du fonctionnement du régime depuis sa création.

La Finlande, pour sa part, a suivi dans les grandes lignes le modèle suédois mais avec certaines différences importantes. La plus notable est que le système n'y est pas volontaire et contractuel mais bien imposé par le législateur, dans une loi spéciale.

Le système finlandais couvre le préjudice causé et relié à un traitement ou à un diagnostic médical sans qu'il soit nécessaire de prouver faute. Il s'applique non seulement aux hôpitaux et cliniques, mais à toutes les autres institutions sociales (par exemple les hospices de vieillards et les centres de désintoxication). Comme en Suède, sont exclues cependant les conséquences négatives d'un traitement médical approprié dans les circonstances. Comme en Suède également les critères d'admissibilité des dommages sont ceux du droit commun et une exclusion est prévue pour le préjudice de peu d'importance.

Le système est administré par un regroupement des compagnies d'assurances privées. La réclamation de la victime doit être faite dans les trois ans, à une Commission de 7 membres. La victime insatisfaite de la décision

du tribunal peut aussi se pourvoir devant les tribunaux réguliers en vertu des règles ordinaires de la responsabilité civile.

2. L'assurance contre les accidents pharmaceutiques

À ce premier ensemble est venu s'ajouter en Suède en 1978 un système visant à compenser les accidents pharmaceutiques, lui aussi sur base volontaire. Étant donné les difficultés majeures d'établir le lien de causalité, les règles classiques de preuve ont été considérablement assouplies. Il suffit, en effet, qu'il ne soit pas évident qu'une prédisposition individuelle ait pu, à elle seule, causer le dommage pour justifier l'application du système. La convention suédoise garde cependant une importante soupape de sûreté en exigeant que l'octroi d'une compensation paraisse raisonnable eu égard à la nature et à la sévérité de la maladie pour laquelle le traitement pharmaceutique a été prescrit, aux conditions de santé générale de la victime, à la sévérité des dommages et la possibilité scientifique de prévoir les effets négatifs du médicament.

La convention prévoit en outre des plafonds monétaires maximaux pour chaque cas, par année, et pour l'ensemble des préjudices reliés à un seul et même médicament.

La Finlande a adopté, elle aussi, un schéma d'indemnisation des victimes d'accidents pharmaceutiques en 1985, en collaboration avec les fabricants de médicaments et les importateurs.

Comme on peut le constater à partir de cette très brève analyse de ces deux modèles, ni l'un, ni l'autre ne sont universels, comme l'est par exemple celui de Nouvelle-Zélande¹⁰⁸. L'un et l'autre continuent à susciter certaines difficultés d'application, notamment quant à l'identification du type de situation, qui peut donner lieu à une indemnisation selon le régime prévu. Cependant, tant le rapporteur suédois que le rapporteur finlandais sont d'avis, chiffres à l'appui que, dans l'ensemble, la réforme a bien fonctionné, qu'elle paraît plus juste pour le patient et moins coûteuse économiquement et socialement que le régime traditionnel de responsabilité civile.

B. LES RÉFORMES SOUHAITÉES

La lecture des divers rapports nationaux révèle que l'insatisfaction éprouvée par certains pays à l'endroit du maintien du système traditionnel de responsabilité médicale dépend d'un certain nombre de facteurs généraux, mais aussi de certains éléments particuliers qui leur sont propres.

Au niveau général tout d'abord, le système classique, dit-on, est injuste pour les victimes. Il les soumet, en effet, aux aléas d'un procès

108. *Accident Compensation Act*, 1972, no. 43; *Accident Compensation Act*, 1982, no. 181 (Nouvelle-Zélande).

traditionnel avec des risques élevés d'insuccès, puisque la charge de prouver tant la faute que le lien de causalité repose entièrement sur les épaules de la demande. Bien souvent, le préjudice ne résulte pas d'un seul et unique fait, mais d'une multiplicité de causes. La preuve en est d'autant plus difficile. En outre, il est souvent fort compliqué pour les tribunaux de choisir entre les différents scénarios ou hypothèses proposées comme cause du préjudice subi. Lorsque l'on ajoute à ceci les effets de la conspiration du silence des médecins et la difficulté, dans beaucoup de pays, d'obtenir des expertises véritablement neutres et impartiales de la part d'autres médecins, force est de constater, selon certains, que la victime qui s'adresse aux tribunaux pour faire valoir ses droits, part nettement désavantagée et se trouve plongée dans un processus lent, long, coûteux et très aléatoire. De nombreuses victimes abdiquent ou abandonnent ainsi tout simplement leur réclamation et restent donc privées d'une compensation à laquelle elles auraient normalement droit. Le système classique est en outre inefficace puisqu'il a tendance à mal compenser les victimes de dommages sérieux et de surcompenser, au contraire, les victimes de dommages plus bénins.

Ces critiques sont reprises, sous une forme ou sous une autre, par la grande majorité des rapporteurs nationaux et indiquent donc un certain degré d'insatisfaction universelle par rapport au régime actuel de responsabilité classique fondée sur la faute.

Ce n'est cependant pas le cas de tous les pays. Ainsi les rapports suisse, turc, polonais, hollandais font état d'un indice de satisfaction élevé dans l'application du droit classique. Ils estiment tous qu'il existe des moyens d'améliorer le système, mais ne sont pas pour autant partisans d'une réforme globale et radicale. C'est là qu'on constate combien la performance de chaque système national est directement fonction des données économiques et sociologiques propres à chaque pays.

Trois remarques préliminaires générales peuvent être faites. La première est que dans certains pays (les États-Unis surtout et, selon le rapporteur national, le Québec, mais à un degré moindre), pour des raisons nationales particulières, il est effectivement possible de parler d'une « crise » de la responsabilité civile médicale traditionnelle. Aux États-Unis, cette crise a été provoquée par des facteurs qui n'existent pas nécessairement dans d'autres pays, notamment par l'existence des procès par jury lequel a, en général, des préjugés favorables à la victime, par la possibilité qu'il a d'octroyer des dommages punitifs, par le rôle négatif des avocats qui ont tendance à multiplier les poursuites en raison de la possibilité de toucher des honoraires à pourcentage (*contingency fees*) et enfin par l'élargissement jurisprudentiel considérable des normes touchant la faute et le consentement éclairé. Le modèle américain ne saurait cependant servir de point de comparaison universelle ou même de référence, même si certains pays comme l'Allemagne semblent redouter un certain risque de contagion.

D'autres pays ensuite font face à des difficultés particulières à leur propre système juridique de droit positif. C'est le cas clair de la France qui,

comme le signale son rapporteur, a à résoudre les redoutables complications de l'association de la faute pénale et de la faute civile, de la dualité des contentieux privé et administratif et aussi des contradictions relatives aux conséquences de l'application des régimes contractuel et délictuel, notamment sur la prescription.

La seconde remarque est que, sauf exceptions, comme le cas de l'Australie¹⁰⁹, de certains États américains¹¹⁰, de la Grande-Bretagne¹¹¹ et du Canada¹¹², le mouvement de réforme radical de la responsabilité médicale semble être exclusivement l'œuvre de doctrine¹¹³. En d'autres termes, les suggestions visant à remplacer le système actuel soit par un système de responsabilité objective, soit par un système d'assurance, quel qu'en soit le modèle, paraissent pour l'instant restreintes à des études théoriques d'auteurs et d'universitaires.

La troisième remarque est que de nombreux pays traditionnellement attachés au schéma de responsabilité basée sur la faute ont cependant déjà adopté un système de compensation fondé sur le risque pour certains pays d'actes médicaux ou certains types de dommages. Il en est aussi au Québec¹¹⁴

109. N.S.W. *Indemnity Insurance Discussion Paper*: New South Wales Department of Health, The Complaint Unit, *Professional Indemnity Insurance for Medical Practitioners, A Discussion Paper* (august 1988); *Pearson Report: Royal Commission on Civil Liability and Compensation for Personal Injury* (Cmnd 7054, 1978); *South Australian Taskforce Report on No Fault Compensation*: Report of the Task Force on Patients' Rights, *No Fault compensation for Medical Misadventure* (March 1989, South Australia): Sidney SAX (chairman), *Sax Report: Inquiry into Hospital Services in South Australia*, Adelaide 1983; WOODHOUSE, J. (chairman), *Woodhouse Report: Compensation and Rehabilitation in Australia*, Report of the National Committee of Inquiry (July 1974), A.G.P.S. Canberra, 1974.

110. Par exemple, l'État de New York, N.Y. Judic. L. Sect. 148a (McKinney 1983 and Supp. 1989); N.Y. C.P.L.R. #3017, 4111 (McKinney Supp. 1989); N.Y. Ins. L.R., art. 56 (McKinney Supp. 1989); N.Y. C.P.L.R. #3101(d) (McKinney Supp. 1984).

111. *Royal Commission on Civil Liability and Compensation for Personal Injuries*, London, Queen's Printer 1978 (Pearson Report).

112. *Au Canada*: le rapport « Pritchard » qui est le résultat d'un groupe de travail fédéral-provincial sur la question a été rendu public en octobre 1990, trop tard pour que le présent rapport puisse en tenir compte: *La responsabilité et l'indemnisation dans les soins de santé*, Rapport à la Conférence des sous-ministres de la Santé de l'Étude fédérale-provinciale-territoriale sur les problèmes de la responsabilité et de l'indemnisation dans le secteur des soins de la santé, 1990.

113. Voir à titre d'exemple, *pour l'Argentine*: "Jornadas sobre responsabilidad y seguros", Mar del Plata, 1989; "Jornadas de Derecho Civil", San Juan, 1989. *Pour l'Allemagne*: voir HIPPEL, ZRP 1976, 252 et Sq. Cf. v. MARSHALL, Festschrift für Klingmüller, (1974), p. 258; GLÜCKMANN, ZRP 1977, 128; DEUTSCH, *Arzthaftung, Arztversicherung, Arzneimittelversicherung*, 1982; *Pour la France*: André TUNC, « Vers un système fondé sur l'assurance du risque » (1987) *C. de D.* 125; Jean PENNEAU, *op. cit.*, *supra*, note 58, p. 33. *Pour les États-Unis*: MOORE et O'CONNELL, "Forclosing Medical Malpractice Claims by Prompt Tender of Economic Loss", (1984) 44 *La. L. Rev.* 1267; POLLACK, "Medical Mal Occurrence Insurance, A First Party No-Fault Insurance Proposal for Resolving the Medical Malpractice Controversy", (1988) 23 *Tort and Ins. L.J.* 552.

114. *Loi sur la protection de la santé publique*, L.R.Q., c. P-35.

et dans la majorité des pays¹¹⁵ pour les dommages résultant des vaccinations : en France pour les conséquences néfastes des transfusions sanguines¹¹⁶. La même solution a été proposée dans certains États américains¹¹⁷ pour les dommages neurologiques causés aux enfants lors de la naissance. On semble donc parfois fort bien entrevoir la coexistence d'un système général classique de responsabilité civile avec des exceptions ponctuelles prévoyant une indemnisation sur le fondement du risque ou de la garantie.

C. LES OPTIONS DE RÉFORME

Quatre grandes avenues de réforme sont possibles. Un premier modèle est celui qui, conformément à ce qui existe en Nouvelle-Zélande, consiste à substituer purement et simplement au régime de responsabilité civile un système d'indemnisation universelle basée sur la sécurité sociale. Tout accident donc, qu'il soit médical ou autre, donnerait droit à compensation suivant un barème fixé d'avance et des tables d'indemnité rappelant en partie le schéma de certaines lois sur les accidents du travail. La réforme est alors radicale, elle abolit complètement l'ensemble du système de droit classique de la responsabilité civile. Il est malheureux que nous n'ayons pas eu de rapport néo-zélandais pour faire part d'une façon directe de l'évaluation du fonctionnement de ce système. Ce premier système est endossé par le rapporteur australien qui y voit, pour son pays, un idéal souhaitable.

Un second modèle est représenté par un système semblable à celui de la Suède ou de la Finlande. Ce système est à base d'assurance volontaire ou imposée et élimine, en grande partie, la recherche de la faute. Il paraît voir d'incontestables avantages pour les victimes, notamment celui d'éviter des délais prolongés et des coûts élevés. Il ne semble pas toutefois à l'abri de certains reproches en ce sens qu'il n'offre pas une protection universelle, oblige à séparer les cas « admissibles » de ceux qui ne le sont pas et donc à maintenir, dans un certain sens, mais à un degré beaucoup moindre, un certain contentieux. C'est cette seconde option (sous réserve de certaines modifications de base) qui semble obtenir les faveurs des rapporteurs allemand et français.

Un troisième système est celui qui, tout en conservant dans l'ensemble le système de responsabilité civile traditionnel, vise à assurer une

115. *Par exemple la France : Code de Santé publique*, LL-10-1 ; *Pour les États-Unis : N.E. Gen. Stat. Sect. 130-A-422-434.*

116. *Code de Santé publique*, art. L-667.5.

117. *Virginia Birth Related Neurological Injury compensation Act.*, VA, Code #38-2-8000-5021 (supp. 1987). Voir : "Innovative No-Fault Tort Reform for a Endangered Speciality", (1988) 74 *Virginia L.R.* 1487. *Florida Birth Related Neurological Compensation Plan*, Fla. Stat. Ann. #766-301 (1988).

plus grande solvabilité du ou des responsables en imposant au moins une assurance obligatoire. Ce système est en vigueur au Québec. Il rencontre les faveurs des rapporteurs italien, turc et argentin, entre autres.

Enfin, la dernière possibilité est, à l'intérieur du système traditionnel, de procéder à des réformes ponctuelles visant à améliorer le système en place, à en augmenter l'efficacité, à en éliminer les irritants, sans toutefois en changer la philosophie de base. C'est la solution préconisée par les rapporteurs tchécoslovaque, polonais, suisse et hollandais. Ces réformes sont extrêmement variées et vont de celle portant sur les règles fondamentales du droit substantif à celle de simple procédure comme, par exemple, la mise en place de comités d'arbitrage obligatoire ou même des règles de preuve.

CONCLUSION

Pour permettre, en terminant, de mieux orienter la discussion, il paraît utile en guise de conclusion, de poser un certain nombre de grandes questions générales autour desquelles le débat pourrait être conduit.

La première, qui a d'ailleurs été abordée par beaucoup de rapporteurs nationaux, est de savoir si la disparition de la faute comme condition de la responsabilité médicale aurait un effet négatif sur la pratique médicale, en déresponsabilisant le médecin qui ne serait désormais plus comptable de ses erreurs de conduite ou de jugement? Certains estiment que non, eu égard au développement potentiel des sanctions disciplinaires; d'autres, au contraire, argumentent pour l'affirmative et signalent en plus que précisément dans leur pays le contrôle disciplinaire de la profession est un échec complet et que l'exemplarité de la faute civile dans ce cas demeure donc bien réelle.

La seconde est de savoir, sur un plan d'analyse économique, quel est le système qui paraît être le moins coûteux dans une perspective sociale d'ensemble? Ici aussi, les avis sont partagés. D'aucuns pensent qu'une déviation du système traditionnel aurait un impact significatif et vaudrait une augmentation sensible des réclamations et donc des sommes versées et provoquerait donc une augmentation des coûts généraux de santé. D'autres, au contraire, croient que le coût important lié au contentieux une fois éliminé, un système d'assurance collective, de sécurité sociale ou même de responsabilité objective serait de loin plus économique.

La troisième est de savoir quel régime pour les victimes est au fond le plus juste et le plus avantageux. Est-ce un système qui garantit la possibilité d'obtenir une pleine et entière compensation, tout en lui laissant assumer le risque judiciaire de n'en avoir aucune à défaut de prouver la faute et le lien de causalité? Est-ce au contraire celui qui supprime ce risque, mais par contre n'octroie qu'une indemnité forfaitaire et partielle? Les deux formules ont leurs adeptes.

La quatrième question enfin, pour reprendre l'une des conclusions du rapporteur québécois, est de savoir si l'ensemble du problème posé au

lieu d'être seulement instrumentaliste (indemniser le plus de victimes possible à un coût social raisonnable et sans trop menacer le débiteur de l'obligation de soins) n'est pas plus au fond un problème de nature épistémologique.