

Contrat et non-contrat : scolies sur l'indétermination en jurisprudence québécoise

Pierre Legrand, jr

Volume 23, Number 2, June 1992

URI: <https://id.erudit.org/iderudit/1057471ar>

DOI: <https://doi.org/10.7202/1057471ar>

[See table of contents](#)

Publisher(s)

Éditions Wilson & Lafleur, inc.

ISSN

0035-3086 (print)

2292-2512 (digital)

[Explore this journal](#)

Cite this article

Legrand, P. (1992). Contrat et non-contrat : scolies sur l'indétermination en jurisprudence québécoise. *Revue générale de droit*, 23(2), 235–278.
<https://doi.org/10.7202/1057471ar>

Article abstract

According to the civil law, each party must consent to the agreement for a valid contract to exist. Once the contract has been formed, the civil law permits the judge to revise its terms provided the revision remains within the boundaries set by the *Civil Code*. The civil law also states that the ascription of contractual liability requires a pre-existing fault on the part of the debtor. A recent Quebec Court of Appeal decision, in *Lapointe v. Hôpital Le Gardeur*, nonetheless derogates from each of these three fundamental propositions. It thus offers a singular opportunity for a reflexion on contract and contractual liability in Quebec civil law.

Contrat et non-contrat : scolies sur l'indétermination en jurisprudence québécoise

PIERRE LEGRAND JR*

Lecturer in Law
Lancaster University (Royaume-Uni)

RÉSUMÉ

Le droit civil retient que la formation d'un contrat valide passe par l'existence d'un consentement de chacune des parties à l'accord. Une fois le contrat conclu, le droit civil permet au juge d'en réviser le contenu, pour autant qu'il opère en-deçà des limites portées au Code civil. Le droit civil dit encore que l'imputation d'une responsabilité

ABSTRACT

According to the civil law, each party must consent to the agreement for a valid contract to exist. Once the contract has been formed, the civil law permits the judge to revise its terms provided the revision remains within the boundaries set by the Civil Code. The civil law also states that the ascription of contractual liability requires a pre-

* S'agissant des fondements du droit du contrat, le discours juridique au Québec me paraît, vu le caractère devenu *incontournable* de sa contribution, devoir d'abord se définir par rapport aux idées de monsieur le professeur Paul-André Crépeau. Dans deux textes que j'ai fait paraître en 1981, j'ai repris à mon compte, comme on pouvait s'y attendre chez l'étudiant écrivant sous l'empire de l'enseignant, plusieurs des points de vue défendus par monsieur Crépeau: voir ainsi « Pour une théorie de l'obligation de renseignement du fabricant en droit civil canadien », (1981) 26 *R.D. McGill* 207 et « Vaccination par l'État : droit de la santé et théorie des obligations juridiques », (1981) 26 *R.D. McGill* 880. Sans qu'il ne soit pour moi question de remettre en cause le nœud des thèses que j'ai alors soutenues, j'adopte aujourd'hui des opinions qui, eu égard à la notion de contrat et au rôle du juge dans la sphère contractuelle, se démarquent, à certains égards, de celles que j'ai précédemment fait valoir et donc, de celles avancées par monsieur Crépeau. J'aime à croire que les arguments que je présente aujourd'hui sont plus riches de la réflexion à laquelle m'ont convié les textes publiés par monsieur Crépeau. Et je fais miens, *mutatis mutandis*, les propos de Derrida qui écrit que « la conscience du disciple, quand celui-ci commence, je ne dirai pas à disputer, mais à dialoguer avec le maître, ou plutôt à proférer le dialogue interminable et silencieux qui le constituait en disciple, la conscience du disciple est alors une conscience malheureuse » : Jacques DERRIDA, *L'écriture et la différence*, Paris, Seuil, 1967, p. 51.

Je suis reconnaissant à monsieur le professeur John E.C. Brierley qui, le 7 décembre 1990, m'a convié à une présentation de ma recherche dans le cadre des « Civil Law Workshops » qu'il anime à la Faculté de droit de l'Université McGill. J'ai pu ainsi tirer profit des observations critiques de mes collègues, auxquels je suis redevable des suggestions qu'ils m'ont faites. Il demeure que les opinions que j'exprime ici me sont propres et ne sauraient engager que ma seule responsabilité.

contractuelle requiert une faute préalable du débiteur. Une récente décision de la Cour d'appel du Québec, dans Hôpital c. Centre hospitalier Le Gardeur, déroge pourtant à chacun de ces trois préceptes fondamentaux. Elle offre, dès lors, un point d'ancrage singulièrement opportun à une réflexion sur le contrat et la responsabilité contractuelle dans le droit civil du Québec.

existing fault on the part of the debtor. A recent Quebec Court of Appeal decision, in Lapointe v. Hôpital Le Gardeur, nonetheless derogates from each of these three fundamental propositions. It thus offers a singular opportunity for a reflexion on contract and contractual liability in Quebec civil law.

SOMMAIRE

Prolégomènes	236
I. La notion de contrat en droit civil	238
II. Salle d'urgence et bénéficiaire : le contrat imaginaire	250
A. Le cas du médecin	250
B. Le cas du centre hospitalier	252
III. Soins médicaux et centre hospitalier : l'obligation contractuelle inventée	262
A. L'article 1024 du Code civil tel qu'en lui-même	263
B. L'article 1024 du Code civil et l'hypothétique « contrat » hospitalier	265
IV. La reconnaissance d'une responsabilité civile sans égard à la faute	267
V. Solutions de remplacement et sous-entendus : les discours invisibles	272
Conclusion	276

Les seuls engagements qui méritent [le nom de contractuel] sont ceux qui ont été voulus par les individus et qui n'ont pas d'autre origine que cette libre volonté. Inversement, toute obligation qui n'a pas été mutuellement consentie n'a rien de contractuel.¹

PROLÉGOMÈNES

Dans *La guerre de Troie n'aura pas lieu*, Giraudoux fait s'interroger les Troyens : faut-il permettre aux Grecs de débarquer afin de négocier la paix ? Busiris, un spécialiste du droit des peuples de passage à Troie, avise les Troyens que les Grecs ont manqué à trois reprises vis-à-vis de Troie aux règles internationales. Busiris en conclut que Troie, ayant ainsi été outragée, n'a d'autre choix

1. Émile DURKHEIM, *De la division du travail social*, 11^e éd., Paris, Presses universitaires de France, 1986, p. 189 [d'abord paru en 1930].

que de refuser d'accueillir les Grecs. Mais le Troyen Hector, partisan de la négociation, voit la chose autrement : « Busiris, apprendis que notre ville n'entend d'aucune façon avoir été insultée par les Grecs. [...] Tu vas donc, et sur-le-champ, me trouver une thèse qui permette à notre Sénat de dire qu'il n'y a pas eu manquement de la part de nos visiteurs, et à nous, hermines immaculées, de les recevoir en hôtes ». Busiris s'étonne : « C'est contre les faits, Hector ». Le Troyen ne voit pas là d'objection qui tienne : « Mon cher Busiris, nous savons tous ici que le droit est la plus puissante des écoles de l'imagination. Jamais poète n'a interprété la nature aussi librement qu'un juriste la réalité »². Il n'empêche. Lorsque la Cour d'appel du Québec fait passer l'instrumentalisme par la dénaturation de la notion de contrat même, il faut conclure, avec étonnement, qu'il n'est guère d'institution issue de l'héritage conceptuel civiliste qui soit à l'abri des exercices de re-formulation judiciaire. Alors qu'on croyait, à tout le moins, pouvoir compter sur certains repères — Foucault parlait du « jeu consolant des reconnaissances »³ — l'on constate qu'il n'en est rien et que la plasticité conceptuelle ne connaît apparemment plus de bornes.

Dans son arrêt *Lapointe c. Hôpital Le Gardeur*⁴, la Cour d'appel du Québec imprime ainsi à la notion de contrat une ductilité de mauvais aloi. Que cette notion ait été marquée, dans ses assises, au coin d'une intangibilité séculaire n'empêche pas la Cour de saper ce qui demeure l'un des trois piliers de l'ordre juridique⁵. Ce contrat, dont Carbonnier pouvait dire qu'il constitue « une adhésion, un acte de foi, un acte de confiance »⁶, paraît être devenu, aux mains de la Cour d'appel du Québec, un outil qu'on choisit d'affûter au gré des circonstances pour atteindre à des objectifs de justice distributive du reste mal précisés. L'avènement de tel relativisme conceptuel, de telle fluidité fait peu de cas de la quintessence de l'institution de contrat.

S'agissant de l'affaire *Le Gardeur*, le litige puise d'abord sa source dans un accident survenu le 1^{er} mars 1975, au cours duquel une enfant de quatre ans se blesse grièvement au coude. Transportée à la salle d'urgence du Centre hospitalier Le Gardeur, la fillette est reçue par un médecin qui, au-delà de l'arrêt de l'hémorragie et de l'injection d'un soluté afin de compenser pour la perte de sang, ne s'estime pas en mesure de lui venir en aide. Sur ses instructions et après qu'il fût entré en communication avec un hôpital spécialisé, l'enfant se voit donc acheminée vers cette institution. Peu après son arrivée, la jeune fille souffre d'un arrêt cardio-respiratoire entraînant une anoxie cérébrale. Tant la fillette, par l'entremise de ses parents, que ces derniers en leur nom personnel, intentent un recours en dommages-intérêts compensatoires à l'encontre du médecin ayant prodigué les soins d'urgence et du centre hospitalier où il exerce sa profession.

2. Jean GIRAUDOUX, *La guerre de Troie n'aura pas lieu*, Paris, Grasset, 1935, acte II, scène 5.

3. Michel FOUCAULT, « Nietzsche, la généalogie, l'histoire », dans *Hommage à Jean Hyppolite*, Paris, Presses universitaires de France, 1971, p. 160.

4. [1989] R.J.Q. 2619 (C.A.) [ci-après *Le Gardeur*], inf., C.S. Joliette, n° 705-05-001017-76, 21 mai 1980. La décision de la Cour suprême du Canada, vu son silence sur les questions que je soulève ici, ne fait pas l'objet d'observations dans le contexte de cette étude; voir *Lapointe c. Hôpital Le Gardeur* (N° 2), 13 février 1992 (C.S.C.).

5. Voir Jean CARBONNIER, *Flexible droit*, 6^e éd., Paris, L.G.D.J., 1988, pp. 179 et 267-77.

6. *Id.*, p. 273.

Le juge de première instance retient que le médecin n'a pas commis de faute. Dès lors, la responsabilité du centre hospitalier ne se soulève pas. En appel, une majorité de la Cour infirme cette décision et juge le médecin fautif. Une majorité de la Cour estime, en outre, qu'il existe un contrat entre le centre hospitalier et le bénéficiaire, en vertu duquel tel bénéficiaire détient un recours contractuel à l'encontre du centre hospitalier pour manquement à son obligation de fournir des soins médicaux adéquats. C'est cet aspect du raisonnement de la Cour qui retiendra principalement mon attention⁷.

Selon moi, la Cour d'appel du Québec se démarque, avec l'arrêt *Le Gardeur*, de trois des acquis les plus fondamentaux du droit civil canadien en matière contractuelle : l'inéluctabilité du consentement comme condition de formation du contrat, la considération du juge pour le contrat et la suprématie du principe de responsabilité civile pour faute. En effet, la Cour découvre un contrat là où les règles interdisent d'en trouver un (II); pis, elle retient l'existence d'une obligation à ce soi-disant « contrat » là où ses pouvoirs ne lui permettaient pas tant de témérité (III); enfin, elle conclut à une violation de cette obligation apparemment contractuelle en l'absence de toute faute que ce soit du débiteur (IV). C'est sous chacun de ces trois chefs que la décision de la Cour d'appel commande l'analyse. À la lumière des observations que cet examen me suggérera, je me permettrai quelques réflexions sur le raisonnement judiciaire qui, ayant relégué d'autres discours potentiels à l'arrière-plan, paraît avoir dicté à la Cour ses conclusions en l'espèce (V). Si l'arrêt *Le Gardeur* doit me servir de point d'appui tout au long de mon étude, il demeure que mon propos s'étend au-delà du seul contexte médico-hospitalier pour soulever des questions dont l'intérêt théorique et pratique dépasse ce cadre même. Avant toute chose, il convient toutefois de s'accorder sur ce qu'on veut signifier par « contrat » (I). Car ce n'est qu'à l'aube de cet entendement qu'il sera ensuite possible de jauger l'intervention de la Cour d'appel.

I. LA NOTION DE CONTRAT EN DROIT CIVIL

Avec Rouhette, l'on s'interroge d'emblée : « la notion de contrat, très ancienne, est aussi l'une des plus étudiées; avec quelle certitude, alors, doit-on présumer que l'art du juriconsulte, si continûment appliqué à un tel objet, en a fait apparaître dans une totale clarté les contours et le relief! [...] Que reste-t-il à dire que, déjà, l'on n'ait, à coup sûr, écrit bien souvent sur le contrat? »⁸. Ainsi Gounot rapportait-il le mot de Jules Aubry qui tenait l'idée de contrat pour « la plus transparente qu'on puisse concevoir »⁹.

La question se veut, somme toute, aussi capitale qu'elle n'est simple : quand se trouve-t-on en présence d'un contrat? En d'autres termes, comment savoir

7. Or, cette problématique ne réapparaît pas en Cour suprême du Canada puisqu'on y juge, comme en première instance, que le médecin s'est montré négligent. Pour cette raison, la question de la responsabilité civile du centre hospitalier ne retient pas l'attention de la Cour. Voir *Lapointe c. Hôpital Le Gardeur* (N° 2), 13 février 1992 (C.S.C.).

8. Georges ROUHETTE, *Contribution à l'étude critique de la notion de contrat*, t. I (thèse Paris, 1965), p. 4 [inédicté].

9. Jules AUBRY, « Le domaine de la loi d'autonomie en droit international privé », (1896) *Clunet* 465 et 721, p. 728, cité dans Emmanuel GOUNOT, *Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé [.] Contribution à l'étude critique de l'individualisme juridique*, Paris, Rousseau, 1912, p. 32, not. 1.

si telle transaction constitue un contrat, si telle autre n'en est pas un? Quel est le *critère* du contrat? Renvoyant au *De officiis* cicéronien¹⁰, Rouhette rappelle à bon droit que « toute question que l'on entreprend de traiter méthodiquement doit partir d'une définition destinée à faire comprendre quel est l'objet dont on dispute »¹¹. Si l'on accepte avec Atias que « [l]e théoricien ne travaille pas pour inventer [mais] préfère retrouver »¹², il convient d'abord d'opérer un survol chronologique de la pensée juridique civiliste, tant française que canadienne. Celle-ci révélera, dans ses jalons les plus marquants, l'adoption, sous diverses formulations, de l'accord de volontés pour tenir lieu de critère du contrat¹³. Qu'on en juge.

Domat

« Ce mot de convention est un nom général, qui comprend toutes sortes de contrats, traités et pactes de toute nature ».

« La convention est le consentement de deux ou plusieurs personnes pour former entr'eux quelque engagement, ou pour en résoudre un précédent, ou pour y changer »¹⁴.

Pothier

« Un contrat est une espèce de convention. Pour savoir ce que c'est qu'un contrat, il est donc préalable de savoir ce que c'est qu'une convention. Une convention ou un pacte (car ce sont termes synonymes), est le consentement de deux ou de plusieurs personnes, pour former entre elles quelque engagement, ou pour en résoudre un précédent, ou pour le modifier [...]. L'espèce de convention qui a pour objet de former quelque engagement, est celle qu'on appelle Contrat ».

« Le contrat renferme le concours des volontés de deux personnes »¹⁵.

Code civil français

Article 1101 : Le contrat est une convention [...].

Article 1108 : Quatre conditions sont essentielles pour la validité d'une convention : Le consentement de la partie qui s'oblige [...].

Code civil du Bas-Canada

Article 984 : Quatre choses sont nécessaires pour la validité d'un contrat : Des parties ayant la capacité légale de contracter; leur consentement donné légalement [...].

10. I.2.7, dans CICÉRON, *Les devoirs*, t. I, éd. par Maurice Testard, Paris, Les Belles Lettres, 1974, p. 107.

11. G. ROUHETTE, *op. cit.*, note 8, p. 99.

12. Christian ATIAS, *Théorie contre arbitraire*, Paris, Presses universitaires de France, 1987, n° 34, p. 88.

13. Comme le révèle la présentation très fouillée de Rouhette, il ne paraît pas utile de remonter jusqu'au droit romain; voir G. ROUHETTE, *op. cit.*, note 8, pp. 111-320-1.

14. Jean DOMAT, *Les lois civiles dans leur ordre naturel*, t. I, Nyon, éd. par de Héricourt, Paris, 1777, Prem. part., Liv. prem., Tit. I, Sect. I, I et II, respectivement [d'abord paru en 1689]. Voir aussi *id.*, Sect. II, II et III.

15. Robert-Joseph POTHIER, dans BUGNET, *Œuvres de Pothier*, t. II : *Traité des obligations*, 2^e éd., Paris, Cosse et Marchal, 1861, n°s 3 et 4, respectivement [d'abord paru en 1761].

Aubry et Rau

« Tout contrat exige le concours du consentement des parties ».

« Le consentement [...] constitu[e] [...] [un] élémén[t] de fai[t] indispensable à l'existence de toutes conventions ».

Les auteurs ajoutent, renvoyant notamment au consentement, qu'il y va, « comme on le dit communément, de l'essence du contrat »¹⁶.

Larombière

« Une convention n'a de valeur réelle, de même qu'elle n'a d'existence légale, que comme expression et résumé de volontés unanimes. Pour contracter, il faut donc convenir, consentir, *animo contrahendae obligationis*, dans la ferme intention de s'obliger. Sans cette intention il n'y a pas de contrat, et la convention n'est pas seulement annulable, elle est réputée inexistante »¹⁷.

Mignault

« Le consentement, qui est la base de toute convention, est l'accord de deux ou plusieurs volontés (*cum sentire*, s'entendre avec quelqu'un) »¹⁸.

Demogue

Parlant des conditions de formation du contrat mentionnées à l'article 1108 du Code civil français — dont le consentement — l'auteur écrit : « Ces éléments nécessaires pour tout acte juridique sont irréductibles »¹⁹.

Planiol

« Le consentement des parties, c'est-à-dire l'accord des volontés, est l'élément essentiel de tout contrat. Il doit toujours exister, alors même qu'il ne suffirait pas à lui seul pour former le contrat et que cette formation exigerait le concours d'un autre élément »²⁰.

Kelsen

« La convention est un accord des volontés de deux (ou plusieurs sujets). Cet accord implique deux (ou plusieurs) manifestations de volontés concordantes »²¹.

16. C. AUBRY et C. RAU, *Cours de droit civil français*, t. IV, 4^e éd., Paris, Marchal et Billard, 1891, n° 342, pp. 288-89 [ce sont les auteurs qui soulignent].

17. L. LAROMBIÈRE, *Théorie et pratique des obligations*, t. I, Paris, Pedone-Lauriel, 1885, n° 3, p. 3 [c'est l'auteur qui souligne].

18. Pierre-Basile MIGNAULT, *Le droit civil canadien*, t. V, Montréal, Théoret, 1901, p. 197.

19. René DEMOGUE, *Traité des obligations en général*, t. I, Paris, Rousseau, 1923, n° 26bis, p. 79.

20. Marcel PLANIOL, *Traité élémentaire de droit civil*, t. II, 10^e éd., Paris, L.G.D.J., 1926, n° 945, pp. 341-42.

21. Hans Kelsen, « La théorie juridique de la convention », dans *Archives de philosophie du droit et de sociologie juridique*, Paris, Sirey, 1940, n° 4, p. 37.

Carbonnier

« C'est l'aspect le plus élémentaire de l'autonomie de la volonté qu'un individu ne puisse se trouver dans les liens d'un contrat sans l'avoir voulu ».

« Ne contracte qui ne veut, c'est le *principe* du droit civil, libéral et individualiste »²².

Marty et Raynaud

« Acte juridique, le contrat suppose nécessairement une manifestation de volonté. Acte bilatéral, il implique non moins nécessairement la volonté des deux parties »²³.

Weill et Terré

« La formation du contrat exige l'adhésion individuelle de chacune des parties »²⁴.

Baudouin

« Le consentement est la condition la plus importante de la formation du contrat, car s'engager c'est consentir par un acte de volonté non équivoque à assumer certaines obligations. Il est indispensable que le consentement existe »²⁵.

Flour et Aubert

« Le consentement est un *accord de deux volontés*. [...] Sans le consentement ainsi caractérisé, aucun contrat ne se forme. [...] En valeur, cette condition prime toutes les autres : *contracter, c'est d'abord vouloir*. Aussi le premier principe à poser est-il celui de la liberté de contracter »²⁶.

Ghestin

« [M]algré leur diversité, les contrats ont en commun de se former par un accord de volonté. Lorsqu'un tel accord n'est pas à l'origine de la situation juridique considérée, celle-ci ne peut être qualifiée de contrat »²⁷.

L'auteur ajoute que l'accord de volontés, en tant que mode de formation ou procédure « est à la fois le trait commun de tous les contrats et le critère de cette qualification »²⁸.

22. Jean CARBONNIER, *Droit civil*, t. IV : *Les obligations*, 14^e éd., Paris, Presses universitaires de France, 1990, n^o 26, p. 64.

23. Gabriel MARTY et Pierre RAYNAUD, *Droit civil [.] Les obligations*, t. I : *Les sources*, 2^e éd., Paris, Sirey, 1988, n^o 101, p. 93.

24. Alex WEILL et François TERRÉ, *Droit civil [.] Les obligations*, 4^e éd., Paris, Dalloz, 1986, n^o 75, p. 71.

25. Jean-Louis BAUDOUIN, *Les obligations*, 3^e éd., Montréal, Les Éditions Yvon Blais Inc., 1989, n^o 91, p. 91.

26. Jacques FLOUR et Jean-Luc AUBERT, *Droit civil [.] Les obligations*, t. I : *L'acte juridique*, Paris, Armand Colin, 1975, n^o 129, p. 91 [ce sont les auteurs qui soulignent].

27. Jacques GHESTIN, *Traité de droit civil*, t. II : *Les obligations [.] Le contrat : formation*, 2^e éd., Paris, L.G.D.J., 1988, n^o 178-1, p. 188.

28. *Id.*, n^o 178-5, p. 191. Voir également *id.*, « La notion de contrat », *D.1990.Chr.* 147, pp. 150-52.

Dictionnaire de droit privé

Les auteurs disent du contrat qu'il s'agit d'un « [a]cte juridique résultant d'un accord de volontés, entre deux ou plusieurs personnes, en vue de produire des effets de droit »²⁹.

Rouhette résume bien la position du droit civil classique lorsqu'il écrit que :

L'accord des volontés est l'élément moteur, le centre de gravité, la trame ou le *substratum*, le nœud ou le noyau, le fondement, la moelle, l'essence, l'âme — enfin — du contrat; élément de droit naturel, pour ainsi parler, en l'absence duquel aucun contrat ne saurait jamais se former, en aucun lieu, en aucun temps, à défaut duquel un contrat est, à proprement parler, inconcevable. Depuis sa première formulation [il renvoie ici à Pothier], l'accord — ou la convention, ou le consentement — est au cœur de la doctrine classique du contrat; il ne joue pas un moindre rôle dans les doctrines qui se veulent modernes : l'accord, c'est le contrat-même, ou peu s'en faut.³⁰

Certes, l'article 1108 du Code civil français, comme l'article 984 du *Code civil du Bas-Canada* traite également, au titre des conditions requises pour la formation d'un contrat valide, de la capacité, de l'objet et de la cause. Mais, au fond, ces trois conditions interviennent également en matière d'obligations non contractuelles — les débiteurs de ces obligations devant être capables, celles-ci portant sur quelque chose et ayant une raison d'être. Seule l'exigence du consentement est, dès lors, *typiquement* contractuelle. Car, s'agissant des obligations non contractuelles, le débiteur n'a pas la liberté de les refuser; son consentement est superflu.

Il convient d'insister que l'identification du consentement comme élément *essentiel* et *caractéristique* du contrat n'implique en rien l'adoption du dogme de l'autonomie de la volonté comme principe explicatif exclusif des règles prévalant en matière contractuelle. Ainsi Gounot, malgré la critique qu'il fait de cette doctrine, n'en maintient pas moins pour l'accord de volontés la qualité de condition nécessaire du contrat³¹. C'est une distinction qu'a bien rendue Waline :

Le consentement est une condition nécessaire de la formation du lien contractuel. Mais il n'est que cela.³²

Si l'on accepte la position classique selon laquelle il n'y aurait pas de contrat sans accord de volontés et que l'on admet, avec Rouhette, que « [l']accord suppose que toutes les parties entre lesquelles il doit se nouer aient manifesté leur consentement »³³, l'on en arrive à se demander dans lesquels des divers contextes

29. CENTRE DE RECHERCHE EN DROIT PRIVÉ ET COMPARÉ DU QUÉBEC, *Dictionnaire de droit privé*, Montréal, Centre de recherche en droit privé et comparé du Québec, 1985 *sub* contrat.

30. G. ROUHETTE, *op. cit.*, note 8, p. 349.

31. E. GOUNOT, *op. cit.*, note 9, pp. 146-47.

32. Marcel WALINE, *L'individualisme et le droit*, 2^e éd., Paris, Domat Montchrestien, 1949, n° 117, p. 214.

33. G. ROUHETTE, *op. cit.*, note 8, p. 367. L'auteur précise à bon droit que l'accord de volontés dont question doit s'entendre comme relevant de la symbiose d'intérêts distincts. Il écrit ainsi que « l'offre et l'acceptation, loin d'être toutes pareilles, sont non seulement différentes mais encore contraires, une partie par exemple déclarant acheter et l'autre vendre. L'accord est accord entre l'offre et l'acceptation, c'est-à-dire complémentarité, harmonie, convenance » : *id.*, p. 368.

contemporains, il est encore possible de parler de contrat³⁴. Peut-on, par exemple, parler de contrat dans une situation où le contenu de l'entente est déterminé par l'État — c'est le cas du contrat réglementé — ou encore lorsque l'une des parties ne dispose d'aucun pouvoir de négociation — ce qu'on a appelé le contrat d'adhésion? Et qu'en est-il des circonstances où intervient un contrat imposé, c'est-à-dire des cas où l'une des parties est contrainte, par exemple législativement, d'être partie à l'accord? Toute la question est de savoir, s'il m'est permis de paraphraser Rouhette³⁵, si l'on reste fondé à prêter à ces situations la qualification de contrat alors que la réalité qu'elles recouvrent exclut le modèle classique (du reste sans doute mythique) de la négociation de gré à gré sur l'entier contenu de l'accord.

Entendons-nous pour exclure de suite du débat la problématique posée par les cas où le contenu du contrat est prédéterminé par l'État. Il y a ici nettement, malgré tout, consentement des parties. Aussi les contrats réglementés — Josserand parlait de contrats *dirigés*³⁶ — constituent-ils véritablement des contrats. Certes, Morin n'a pas tort de souligner que « dans ces formules l'adjectif se rebelle contre le substantif qui est pour ainsi dire vidé de son contenu habituel »³⁷. Et sans doute a-t-il raison de dire qu'il y a là, au vrai, « *soumission volontaire à un statut ou un règlement préétabli* »³⁸. Mais cette soumission est justement volontaire, c'est-à-dire consentie. Or, dans la mesure où le critère du contrat reste le consentement, il est indéniable qu'il est ici question de contrat³⁹.

Que penser des circonstances où la négociation n'est pas possible? Il ne fait pas de doute, selon moi, que ce que l'on dénomme « contrat d'adhésion » constitue un véritable contrat⁴⁰. Il y a, en effet, consentement de chacune des

34. Voir, pour une typologie détaillée des principales situations qui retiennent l'attention, Gérard FARJAT, *L'ordre public économique*, Paris, L.G.D.J., 1963, n^{os} 242-326, pp. 191-263, où l'auteur substitue d'ailleurs la désignation d'« activités contractuelles » à celle de « contrat ». Gomaa, pour sa part, traite d'« opérations » : Nooman M.K. GOMAA, *Théorie des sources de l'obligation*, Paris, L.G.D.J., 1968, n^{os} 48-56, pp. 66-85.

35. Voir G. ROUHETTE, *op. cit.*, note 8, p. 4.

36. Voir Louis JOSSERAND, « Le contrat dirigé », *D.H.1933.Chr.89*. Voir aussi, généralement, *id.*, « L'essor moderne du concept contractuel », dans *Recueil d'études sur les sources du droit en l'honneur de François Gény*, t. II, Paris, Sirey, s.d., p. 333; *id.*, « Aperçu général des tendances actuelles de la théorie des contrats », [1937] *Rev. trim. dr. civ.* 1.

37. Gaston MORIN, *La révolte du droit contre le Code*, Paris, Sirey, 1945, p. 24.

38. *Id.*, p. 24 [c'est l'auteur qui souligne].

39. Voir J. GHESTIN, *op. cit.*, note 27, n^o 178-3, p. 189. Voir également *id.*, n^o 178-2, p. 189. La « post-réglementation » soulève d'autres questions. Qu'en est-il, par exemple, lorsque le juge, au moment de l'adjudication, élimine une clause sur laquelle les parties s'étaient entendues (et au sujet de l'élimination de laquelle elles ne s'entendent évidemment pas)? Qu'en est-il encore de l'adjonction d'une clause au contrat au sujet de laquelle les parties ne s'entendent pas? Durkheim a bien vu que « tout n'est pas contractuel dans le contrat » : *op. cit.*, note 1, p. 189. Certes, ces clauses ne sont pas contractuelles au sens où l'on doit comprendre le terme, et c'est soutenir une fiction que de prétendre le contraire. Mais reste-t-il alors un contrat ou l'intervention du judiciaire a-t-elle carrément supplanté celui-ci en s'y substituant ni plus ni moins? Si Morin a raison d'écrire que « [n]e sont donc pas contractuelles les obligations qui sont imposées par la loi ou les tribunaux », il paraît verser dans l'excès lorsqu'il dit que « les actes juridiques qui contiennent de telles obligations ne sont pas des contrats au sens du droit romain et du Code civil » : *op. cit.*, note 37, p. 23. L'on peut, à tout le moins, parler d'un contrat *révisé* sans que la formule ne paraisse indûment antinomique.

40. J. GHESTIN, *op. cit.*, note 27 n^o 178-4, pp. 189-90. Voir également *id.*, *loc. cit.*, note 28, pp. 151-52, où l'auteur écrit que « [l]a négociation n'est pas de l'essence du contrat ».

parties à conclure le contrat. Toutes deux manifestent leur volonté d'adhérer au régime contractuel proposé. Il se trouve que l'un des co-contractants n'a pas la possibilité de participer à l'élaboration de son contenu; cela n'affecte en rien la présence d'un consentement à l'acte. Ainsi que l'écrit Jossierand :

Il est urgent de [...] s'en tenir à la conception civiliste moderne, si simple, si claire, si libérale et si souple, qui voit un contrat dans tout accord de volontés intervenu en vue de créer des obligations juridiques, sans distinguer, ni d'après la part prise effectivement par chacune des parties dans les tractations, dans la préparation de l'acte, ni d'après l'ampleur et la persistance des effets produits par l'opération.⁴¹

Mais attardons-nous à une forme de dirigisme contractuel plus marquée encore, soit « l'obligation légale de contracter »⁴². L'on songe, par exemple, à l'obligation de souscrire une assurance automobile, une assurance responsabilité professionnelle ou encore à l'obligation que fait la municipalité aux propriétaires de faire ramoner leur cheminée. Il faut bien constater qu'il y a, dans toutes ces instances de contrats « imposés », un authentique contrat liant les parties en cause. C'est que l'État laisse au justiciable une certaine autonomie, si ténue soit-elle : pour conduire un véhicule automobile ou encore pour pratiquer telle profession — ce qu'on n'est pas obligé de faire — il faut s'assurer. Ainsi l'assujettissement éventuel à l'obligation reste compatible avec le principe selon lequel le contrat repose sur un libre échange de consentements. Si les intéressés cèdent à la pression légale et concluent le contrat, le fondement du rapport juridique se trouve alors dans la manifestation de cette volonté privée (comme c'est le cas pour tout autre contrat). La décision du juge prononçant, le cas échéant, sur les droits et obligations des parties en cause se fondera sur la constatation de ce contrat. Si, par contre, le justiciable, choisissant l'autarcie, se refuse à contracter, il empêchera la formation du rapport juridique prévu par la loi : il n'y aura pas de contrat⁴³. C'est de cette manière que les parties « restent, en général, maîtresses de former le rapport contractuel »⁴⁴. Savatier opine dans le même sens :

Il faut remarquer, en effet, que les contrats dont il vient d'être parlé portent sur des prestations dont les usagers ne peuvent se passer. Ils sont donc pratiquement obligés de contracter. L'ouvrier est obligé de chercher du travail. Tout le monde est, plus ou moins, obligé de voyager et d'expédier des colis, de sorte que le pouvoir économique va, en réalité, imposer moralement le contrat façonné par lui, à des gens pour qui le contrat est une nécessité; mais l'obligation de contracter n'y est encore que morale.⁴⁵

Rudden, énonçant les caractéristiques essentielles du contrat, retient que l'une de celles-ci a trait au fait que « people have the choice whether or not to assume a particular contractual obligation. It will be objected that life may force

41. Louis JOSSEIERAND, *Cours de droit civil positif français*, t. II, 2^e éd., Paris, Sirey, 1933, n° 15, p. 9.

42. Paul DURAND, « La contrainte légale dans la formation du rapport contractuel », [1944] *Rev. trim. dr. civ.* 73, n°s 5-16, pp. 76-86.

43. Voir *id.*, n° 16, p. 86.

44. *Id.*, n° 13, p. 84.

45. René SAVATIER, *Les métamorphoses économiques et sociales du droit civil d'aujourd'hui*, Première série : *Panorama des mutations*, 3^e éd., Paris, Dalloz, 1964, n° 76, p. 89.

us to contract: but even the pauper whose last pence go on bread is choosing not to buy cheese »⁴⁶. C'est ce qui fait dire à Farjat que :

En toute rigueur, lorsque l'intéressé a une option entre deux possibilités, dont l'une consiste à contracter, on ne peut parler de contrat imposé. Nombreux sont les cas où un individu est matériellement obligé de contracter sans que pour autant on songe à parler de contrat imposé. Pourquoi n'en serait-il pas de même lorsque la contrainte est d'origine légale, alors surtout qu'une autre voie est laissée à l'intéressé?⁴⁷

C'est ainsi que Durand trace une distinction entre ce qu'il appelle « l'obligation légale de contracter » — dont il vient d'être question — et ce à quoi il réfère du nom de « rapport contractuel d'origine légale »⁴⁸. Durand renvoie ici, par exemple, au cas de prorogation par la loi d'un contrat en existence⁴⁹. Le droit franchit alors, selon l'auteur, la frontière entre le contrat et le non-contrat. Si, dans le cas de la conclusion obligatoire d'un contrat, le consentement reste présent, il n'en va pas de même de la prorogation, où l'accord de volontés — et donc le contrat — fait défaut. Selon Durand, cette situation — dont il parle comme d'« une obligation légale suppos[ant] donc une intervention légale assez forte, qui dicte à l'intéressé la conclusion du contrat »⁵⁰ — est toutefois à distinguer d'un autre cas où le déterminisme étatique pèse toujours davantage :

Encore faut-il que la contrainte ne soit pas si puissante que le rapport juridique naisse sans un échange de consentements. Le moyen intermédiaire d'un contrat, conclu sous la pression légale, est alors négligé : l'État crée lui-même le rapport d'obligation. Il n'y a pas de contrat quand la loi supplée ainsi la volonté privée.⁵¹

Ce passage pose déjà le cas — et c'est précisément celui qui m'intéresse ici — de l'acte auquel l'une des parties est contrainte d'adhérer, par exemple par le biais de la législation ou de la réglementation. En l'absence de liberté d'adhésion, c'est-à-dire en l'absence de consentement, il ne saurait y avoir contrat. Ni la pensée doctrinale civiliste ni les Codes civils de France et du Bas-Canada ne laissent planer quelque doute que ce soit en la matière. Ayant à connaître d'une situation où le centre hospitalier est contraint par la loi de souscrire à un acte donné et se voit ainsi privé de toute liberté d'adhésion⁵², la Cour d'appel du Québec, dans l'arrêt *Le Gardeur*, répond pourtant en sanctionnant l'existence d'un contrat. Au-delà de l'étonnement qu'elle suggère naturellement, cette décision est le lieu d'appliquer à la pensée juridique la formule que Valéry faisait valoir en songeant à la pensée politique alors qu'il la stigmatisait pour son incapacité à se renouveler. « Obéissant à une sorte de loi de moindre action, répugnant à créer, à répondre par l'invention à l'originalité de la situation », disait-il, « la pensée hésitante tend à se rapprocher de l'automatisme; elle sollicite les précédents et se livre à l'esprit

46. Bernard RUDDEN, « The Domain of Contract », dans Donald HARRIS et Denis TALLON, éd., *Contract Law Today [.] Anglo-French Comparisons*, Oxford, Oxford University Press, 1989, n° 9, p. 84.

47. G. FARJAT, *L'ordre public économique*, op. cit., note 34, n° 315, p. 255.

48. P. DURAND, « La contrainte légale dans la formation du rapport contractuel », loc. cit., note 42, n° 17-28, pp. 87-96. Voir aussi, quant au « rapport contractuel d'origine légale », G. FARJAT, id., n° 319, p. 259.

49. Voir P. DURAND, id., n° 18, p. 97.

50. Id., n° 7, p. 78.

51. Ibid.

52. Voir *infra*, sub II.

historique qui l'induit à *se souvenir d'abord*, même quand il s'agit de disposer pour un cas tout à fait nouveau »⁵³.

Comme on a pu le relever, l'on se trouve ici face à l'une de ces propositions — l'existence d'un contrat — qui prennent « un certain air d'évidence » du fait qu'on se dispense de les démontrer⁵⁴. Aux yeux de la Cour d'appel, le contrat serait de ces notions auxquelles, dit Atias, on ne saurait renoncer « sans craindre d'ouvrir un gouffre béant dans l'édifice juridique »⁵⁵. Il paraît toutefois impératif, à l'instar de Morin, de « mettre en lumière les solutions véritables des lois nouvelles et de la jurisprudence [*sic*] en les dépouillant des formules dont elles sont affublées, et qui en dérobent le vrai sens; puis, ne pas enregistrer purement et simplement ces solutions, mais les soumettre à un jugement de valeur; et, si elles doivent être retenues, proposer des concepts qui les révéleront [*sic*] au lieu de les masquer »⁵⁶.

L'analyse passe d'abord par la résolution d'une controverse eu égard aux conséquences qu'il convient de tirer de la rencontre du bénéficiaire et du centre hospitalier. Peut-on prétendre que la visite du bénéficiaire au centre hospitalier suffirait pour constituer cette rencontre de volontés dont on a vu qu'elle représentait la condition *sine qua non* à la reconnaissance du contrat? Ainsi cette exigence serait satisfaite dans l'espèce qui nous retient — et un contrat se serait dès lors formé — du seul fait que le bénéficiaire se serait bel et bien amené au centre hospitalier. À mon avis, cette lecture de la situation ne saurait emporter l'adhésion. L'on ne peut, en effet, parler de « rencontre de volontés » qu'au sens le plus basement factuel en ce que l'expression ne renvoie qu'à une mise en présence géographique qui ne nous autorise en rien à déduire l'existence de l'*animus contrahendi* dont parlait Larombière⁵⁷. Car il faut bien voir qu'au-delà de cette interaction spatiale, tout se déroule d'après les règles que commande le statut légal auquel se voit assujetti le centre hospitalier. En d'autres termes, la rencontre physique des parties agit comme l'acte déclencheur de l'obligation juridique dont la source est ailleurs — en l'espèce, dans la législation et la réglementation. L'application de cet ordre légal est subordonnée à une condition purement factuelle, c'est-à-dire à l'interaction d'un bénéficiaire en situation d'urgence et d'un centre hospitalier. Ce qui démontre bien que l'on retrouve, à la base du statut légal, non pas un contrat, mais plutôt une relation factuelle objective de bénéficiaire à centre hospitalier. Qu'il se trouve matériellement dans une situation d'urgence et qu'il se retrouve sur les lieux d'un centre hospitalier et le bénéficiaire verra, du coup, « se déclencher » l'application d'obligations légales à son profit⁵⁸.

Si l'on s'entend pour dire que l'accord de volontés est le critère du contrat, n'est-il pas abusif de recourir à cette même notion de contrat pour renvoyer à une réalité, tant factuelle que juridique, fondamentalement différente? On emploierait un même signifiant pour décrire deux signifiés distincts. Ce qu'on

53. Paul VALÉRY, *Regards sur le monde actuel*, Paris, Stock, 1931, p. 20 [c'est l'auteur qui souligne].

54. G. ROUHETTE, *op. cit.*, note 8, p. 14.

55. C. ATIAS, *op. cit.*, note 12, n° 43, p. 157.

56. G. MORIN, *op. cit.*, note 37, p. 7.

57. L. LAROMBIÈRE, *op. cit.*, note 17, n° 3, p. 3 [c'est l'auteur qui souligne].

58. Voir généralement G. FARJAT, *op. cit.*, note 34, n°s 325-26, pp. 262-63.

qualifie de « crise » du contrat se résumerait plutôt à une « qualification inexacte, [à une] doctrine inconséquente »⁵⁹. Savatier n'en pense pas moins :

Là où il y avait, autrefois, un contrat et où, nécessairement, pour la création du droit, il fallait qu'il y eût un contrat, aujourd'hui, le droit se passe de contrat. [...] Ici, à la vérité, le contrat disparaît. Il périt. On met autre chose à sa place. Et pourtant, le [sic] relation de fait paracontractuelle se couche, pour ainsi dire, dans le lit du contrat; elle en prend les prérogatives; et on lui en donne la vigueur: elle crée des obligations comparables à celles du contrat. [Mais cette comparaison ne peut se résoudre en identité]. Tel est l'éclatement du contrat.⁶⁰

L'on aurait subsumé sous la notion de contrat des réalités à ce point disparates qu'elles donneraient l'image d'une distension de celle-ci. Le vrai serait plutôt que, s'agissant de son critère fondamental, la notion de contrat reste ce qu'elle a toujours été et que les variations sur le thème qui prétendent écarter ce critère fondamental sortent alors du thème. On parle plutôt d'autre chose. Savatier renvoie ainsi à ce qu'il dénomme « la relation de fait paracontractuelle ». Comme l'explique l'auteur, « [u]ne suite de faits matériels se substitue au contrat lui-même, et produit des effets systématiquement voisins, car ils ne peuvent, tout de même, être identiques »⁶¹.

Cet argument ne convainc pas Rouhette lequel conclut sa thèse en ces mots : « le Contrat n'est pas Volonté »⁶². Il écrit encore qu'« il n'[est] pas permis de voir dans la volonté l'âme et le signe distinctif du contrat »⁶³. Rouhette appuie largement cette conclusion sur le fait qu'il est des accords auquel le droit civil confère le statut de contrat alors que la volonté de l'une des parties, si on la reflétait fidèlement, entraînerait une autre conclusion. Un exemple de la préoccupation de l'auteur aurait trait à l'erreur qui porterait sur une qualité qui n'est pas jugée substantielle par la Cour. Il y a tout de même, du point de vue du co-contractant, une erreur, en ce que l'objet du contrat n'est pas celui auquel il s'attendait. Le droit civil se refusant à sanctionner ce type d'erreur, il y aura conclusion d'un accord auquel on renvoie sous le nom de contrat, et ce malgré, au fond, l'absence de volonté de l'une des parties. Si le contrat peut exister, aux yeux du droit civil, en l'absence de la volonté de l'une des parties (comme dans l'exemple proposé), cette volonté ne saurait dès lors être le critère du contrat⁶⁴.

Je ne vois pas que l'argument de Rouhette mérite l'approbation. La volonté est une notion polysémique s'il en est. Alors que cet auteur semble considérer que la dimension qui « vaut » dans la volonté, c'est d'abord la volonté interne, le droit civil, pour sa part, adopte un autre point de vue. Pour le droit civil, compte d'abord la volonté exprimée. Kelsen l'a bien vu : « La volonté en tant qu'acte psychique à l'intérieur du sujet ne suffit pas. Il faut que la volonté des sujets soit manifestée; car il faut que la volonté puisse être constatée par les

59. G. ROUHETTE, *op. cit.*, note 8, p. 4. Voir, sur cette question, Henri BATIFFOL, « La "crise du contrat" et sa portée », dans *Archives de philosophie du droit, Sur les notions du contrat*, t. XIII, Paris, Sirey, 1968, p. 13.

60. R. SAVATIER, *op. cit.*, note 45, n° 23, pp. 30-31 [l'auteur place les mots encadrés en note infrapaginale dans le texte original].

61. *Id.*, n° 70, p. 82.

62. G. ROUHETTE, *op. cit.*, note 8, p. 641.

63. *Id.*, p. 631.

64. *Ibid.*

instances qui sont compétentes pour appliquer le droit »⁶⁵. Ainsi même si la volonté manifestée ne reflète pas la volonté interne (le désir secret), expression de volonté il y a. Par « consentement », il faut, dès lors, entendre l'expression non équivoque par une personne de sa volonté d'assumer une obligation contractuelle. Le droit civil se montre prêt à déroger à ce système dans certains cas, mais pas dans d'autres. Le droit, par exemple, ne contreviendra pas à ce système en cas d'erreurs qu'il juge mineures. Est-ce à dire pour autant que le contrat ne repose plus sur la volonté? L'argument est trop simple. Ce qui est plus vrai, c'est de reconnaître que le contrat se fonde bel et bien sur la volonté, plus précisément sur la volonté *exprimée* par les parties à l'entente. Il y a accord de ces volontés exprimées, et c'est là l'entente que sanctionne le droit.

On n'en sort pas : il faut bien constater que la procédure de formation de la norme juridique contractuelle est unique. En ce qu'elle procède d'un accord des parties en cause, elle se distingue foncièrement d'autres procédures de formation de normes juridiques, où c'est l'État (c'est-à-dire la loi ou le juge) qui intervient. Accepter cette distinction, c'est reconnaître que la notion d'accord de volontés — c'est-à-dire de consentement — est au cœur de la notion de contrat. Nier cette distinction à l'étape de la procédure de formation, c'est nécessairement ramener le contrat à la loi, c'est-à-dire, en dernière analyse, nier au contrat son existence comme source autonome de droits subjectifs⁶⁶. Il paraît plus exact de ne pas hypertrophier le rôle de la loi en limitant son intervention dans le contrat à la sanction de l'accord, à l'octroi, en quelque sorte, d'un « visa »⁶⁷. Que cette volonté sur laquelle se fonde le contrat soit la volonté interne ou exprimée — la volonté *réelle* ou la volonté *juridique* — l'accord de volontés ou consentement reste un processus de formation de la norme juridique qui demeure unique⁶⁸.

Et c'est pourquoi les contrats réglementés sont vraiment des contrats — il y a consentement au contenu contractuel, quoique celui-ci soit fixé par d'autres que les parties elles-mêmes — et c'est pourquoi les contrats d'adhésion sont, eux aussi, véritablement des contrats. Ici également, un consentement est donné. Il en va de même s'agissant de contrats dits « imposés ». Avec les situations légales aux termes desquelles on *contraint* — au sens juridique du terme — une partie à tisser une relation juridique, on franchit la frontière. Il n'y a pas alors consentement de cette partie; du reste, cette question ne se pose même pas. La loi est nette : la relation juridique est obligée. Il n'y a pas de contrat qui tienne dans ce cas. L'accord de volontés — le consentement — est absent. « [Le législateur] fait naître quelque chose qui ressemble à un contrat, mais qui n'est qu'un contrat artificiel; car le

65. H. KELSEN, « La théorie juridique de la convention », *loc. cit.*, note 21, n° 4, p. 37.

66. C'est, par ailleurs, la critique que Ghestin adresse à Rouhette, dont il retient que ce dernier ne croit tout simplement pas à la notion de contrat : voir *op. cit.*, note 27, n° 168, pp. 174-75.

67. Marcel PLANIOL, « Classification des sources des obligations », (1904) 33 *Rev. crit. lég. jur.* 224, p. 226 [c'est l'auteur qui souligne].

68. Il faut bien, du reste, que la notion de volonté à laquelle il est fait appel consiste en une volonté juridique si l'on veut accommoder la conclusion d'ententes contractuelles par des personnes morales : voir B. RUDDEN, *loc. cit.*, note 46, n° 2, p. 81. À cet égard, l'on note cependant que, selon Kelsen, il s'agira toujours, même en matière de personnalité juridique, de droits et obligations imputés à des individus, ayant pour objet la conduite humaine : H. KELSEN, *loc. cit.*, note 21, n°s 27-28, pp. 68-71. Voir aussi, sur la notion de représentation, J. GHESTIN, *op. cit.*, note 27, n° 178-2, p. 189.

nœud même du contrat, la rencontre des volontés, manque, en tout ou partie »⁶⁹. L'on pourra vouloir parler, avec Savatier, de « pseudo-contrats »⁷⁰. Mieux encore, l'on acceptera le passage dans le domaine du *non-contrat*. Car il n'y a tout simplement pas ici, de la part de la partie obligée — par exemple, le centre hospitalier — d'*animus contrahendi*.

Revenons-en ainsi à l'arrêt *Le Gardeur*. C'est un lieu commun que de rappeler comment l'article 1054, paragraphe 7 du *Code civil du Bas-Canada* ne permet de sanctionner une responsabilité civile pour le fait d'autrui que dans le cadre d'un rapport juridique de commettant à préposé⁷¹. Aussi cette disposition se révèle-t-elle indisponible, en l'espèce, vu la nature de la relation juridique entre le centre hospitalier et le médecin affecté au service d'urgence⁷². L'inaptitude de règles existantes entraîne la recherche de nouvelles règles⁷³. Celles-ci ont tendance, trop paresseusement⁷⁴, à se mouler dans le cadre contractuel établi. Traitant du droit du contrat, Durand relève « les penses nouveaux qui s'y introduisent sous d'antiques concepts »⁷⁵. Encore faut-il que la notion de contrat soit suffisamment vaste qu'elle puisse accommoder le « penser nouveau » mis de l'avant par la Cour d'appel en l'espèce, c'est-à-dire un engagement sans liberté aucune. De nouvelles règles? Certes, mais encore leur revient-il de s'harmoniser à l'ordre conceptuel au cœur duquel elles doivent nécessairement s'inscrire. Il vaut de répéter le mot de Baudouin qui, parlant du contrat, écrit : « [i] est indispensable que le consentement existe »⁷⁶.

Il importe maintenant d'élaborer sur les éléments qui commandent, s'agissant du centre hospitalier, de situer les circonstances de l'arrêt de la Cour d'appel qui nous occupe plus particulièrement à l'enseigne du déni de liberté d'adhésion.

69. R. SAVATIER, *op. cit.*, note 45, n° 68, p. 81.

70. *Id.*, n° 28, p. 35.

71. Voir Jean-Louis BAUDOUIN, *La responsabilité civile délictuelle*, 3^e éd., Montréal, Les Éditions Yvon Blais Inc., 1990, n°s 503-47, pp. 260-78.

72. Voir *id.*, n° 514, p. 266; Alain BERNARDOT et Robert P. KOURI, *La responsabilité civile médicale*, Sherbrooke, Éditions Revue de Droit, 1980, n°s 534-54, pp. 350-63; Paul-André CRÉPEAU, « La responsabilité civile de l'établissement hospitalier en droit civil canadien », (1981) 26 *R.D. McGill* 673, pp. 717-19; Andrée LAJOIE, Patrick A. MOLINARI et Jean-Louis BAUDOUIN, « Le droit aux services de santé : légal ou contractuel? », (1983) 43 *R. du B.* 675, p. 730. Voir *infra*, note 207. *Contra* : Raymond BOUCHER *et al.*, « La responsabilité hospitalière », (1974) 15 *C. de D.* 219, pp. 343-55; François TÔTH, « Contrat hospitalier moderne et ressources limitées : conséquences sur la responsabilité civile », (1990) 20 *R.D.U.S.* 313, p. 338, not. 106, où l'auteur, renvoyant à la *Loi sur les services de santé et les services sociaux*, L.R.Q., c. S-5 [ci-après *L.S.S.S.*], suggère d'y voir la « création implicite [d'un] lien de préposition ».

73. Voir Thomas S. KUHN, *The Structure of Scientific Revolutions*, 2^e éd., Chicago, University of Chicago Press, 1970, p. 68 : « Failure of existing rules is the prelude to a search for new ones ».

74. Cette observation nous ramène à la réflexion de P. VALÉRY, *Regards sur le monde actuel*, *op. cit.*, note 53.

75. P. DURAND, « La contrainte légale dans la formation du rapport contractuel », *loc. cit.*, note 42, n° 29, p. 96.

76. J.-L. BAUDOUIN, *op. cit.*, note 25, n° 91, p. 91.

II. SALLE D'URGENCE ET BÉNÉFICIAIRE : LE CONTRAT IMAGINAIRE

Dans la langue foucaultienne⁷⁷, on dirait que la Cour d'appel, s'étant astreinte à faire l'archéologie de la relation juridique entre le centre hospitalier et le bénéficiaire⁷⁸, en conclut à l'existence d'un contrat entre ces parties. Il convient de préciser le contexte juridique dans lequel s'est opéré cette détermination. Deux situations retiennent l'attention à cet égard soit, d'une part, la relation du bénéficiaire avec le médecin œuvrant en salle d'urgence (A) et, d'autre part, sa relation avec le centre hospitalier (B). Il y a lieu d'aborder chacune de ces questions à tour de rôle.

A. LE CAS DU MÉDECIN

À l'exception de monsieur le juge Beauregard⁷⁹, tous les juges de la Cour d'appel, de même que les juges de la Cour suprême du Canada⁸⁰, s'entendent pour conclure à une faute du médecin en l'espèce. Pour monsieur le juge Jacques, cette faute — ce que Viney appelle le « fait générateur de la responsabilité »⁸¹ — réside dans l'omission par le médecin de procéder à la transfusion sanguine⁸². Monsieur le juge LeBel, dont la décision reçoit l'appui de monsieur le juge Monet et de madame le juge Mailhot⁸³, voit une seconde faute dans le défaut par le médecin d'avoir clairement communiqué au centre hospitalier spécialisé la gravité de la condition de l'enfant⁸⁴.

Quelle est, dès lors, la qualification qu'il convient de donner à ces omissions du médecin? Selon monsieur le juge LeBel, la responsabilité civile de celui-ci est de nature non contractuelle et, plus précisément, de caractère délictuel :

[L'obligation d'indemniser du médecin] paraît en effet s'être créée sur une base strictement délictuelle en l'absence de tout contrat avec les parents de [la fillette], dans la situation d'anonymat et l'absence de choix du fonctionnement d'un service d'urgence.⁸⁵

Ici encore, madame le juge Mailhot souscrit aux motifs de monsieur le juge LeBel⁸⁶. Monsieur le juge Monet, allant dans le même sens, traite de « la res-

77. Voir, par exemple, Michel FOUCAULT, *L'archéologie du savoir*, Paris, Gallimard, 1969.

78. La désignation de « bénéficiaire » renvoie à la fillette blessée par le biais d'une stipulation pour autrui. Ce sont, en l'espèce, les parents qui ont fait office d'interlocuteur du point de vue du centre hospitalier, et ce au bénéfice de leur enfant. Voir Paul-André CRÉPEAU, « Le consentement du mineur en matière de soins et traitements médicaux ou chirurgicaux selon le droit civil canadien », (1974) 52 *R. du B. can.* 247, p. 249; Pierre LEGRAND, « Vaccination par l'État : droit de la santé et théorie des obligations juridiques », (1981) 26 *R.D. McGill* 880, pp. 885-88.

79. Voir *Le Gardeur*, *supra*, note 4, pp. 2623-24.

80. Voir *Lapointe c. Hôpital Le Gardeur*, *supra*, note 7.

81. Geneviève VINEY, *Traité de droit civil*, t. IV : *Les obligations* [...] *La responsabilité : conditions*, Paris, L.G.D.J., 1982, n° 438, p. 526.

82. Voir *Le Gardeur*, *supra*, note 4, pp. 2629 et 2630 *in fine*.

83. Voir *id.*, pp. 2624-25 et 2645, respectivement.

84. Voir *id.*, p. 2637.

85. *Id.*, p. 2642.

86. Voir *id.*, pp. 2643-44.

pensabilité extracontractuelle du [médecin] »⁸⁷. Quant à monsieur le juge Jacques, il estime, pareillement, que « [l]a faute reprochée au [médecin ...] est située dans le cadre de la responsabilité délictuelle »⁸⁸. Ainsi tous les juges retenant une faute du médecin se montrent d'avis que cette faute ne saurait participer de la responsabilité contractuelle. Par son insistance sur l'« anonymat » et l'« absence de choix » auxquels se voit confronté le bénéficiaire, la Cour rappelle que la formation d'un contrat valide implique l'existence d'un consentement par chacune des parties en présence. Tel consentement, selon la formule consacrée, doit être « libre et éclairé »⁸⁹. En l'espèce, la Cour conclut à l'absence de consentement de la part du bénéficiaire. Dès lors, il ne saurait y avoir contrat liant ce bénéficiaire et le médecin. Quoique l'on pourrait débattre de la justesse de conclusions qui refusent de voir dans les agissements du bénéficiaire un consentement à l'acte médical posé par un médecin donné, il reste que le point de vue de la Cour est net : le consentement du bénéficiaire est nécessaire à la formation d'un contrat.

Il est toutefois une autre façon d'en arriver à conclure à l'absence de contrat. Plutôt que d'analyser la relation juridique à travers la lorgnette du bénéficiaire, l'on peut aborder celle-ci du point de vue du médecin. Qu'en est-il de son consentement? La législation pertinente nous enseigne que le droit québécois contraint, de nos jours, le médecin à offrir les soins d'urgence, tels les soins envisagés en l'espèce. Certes, la L.S.S.S. reconnaît le principe de la liberté professionnelle du médecin. Mais, elle subordonne son application à la législation pertinente :

Sous réserve de l'article 5 [relatif à la non-discrimination] et de toute autre disposition législative applicable, rien dans la présente loi ne limite la liberté qu'a [...] un professionnel d'accepter ou non de traiter [une personne qui réside au Québec].⁹⁰

Or, le renvoi à ces « disposition[s] législative[s] applicable[s] » dont il est question entraîne que la liberté du professionnel ne peut s'exercer en matière de fourniture de services d'urgence⁹¹. Ainsi il est superflu, dans ces circonstances, de poser la problématique du consentement. Le professionnel n'a pas à consentir : il est obligé d'aller de l'avant. L'obligation est légale et résulte de la conjonction de diverses interventions législatives. Aussi faut-il, indépendamment de la perspective du bénéficiaire, conclure à l'absence de contrat du seul point de vue du médecin. En effet, si l'on accepte, d'une part, que le contrat implique une rencontre de deux consentements et si l'on reconnaît, d'autre part, que la fourniture de services par le médecin en salle d'urgence, requis qu'il est de l'opérer, ne saurait relever du consentement, il faut accepter que la relation juridique entre ce médecin et le bénéficiaire doit, pour cette seule raison, être autre chose qu'un contrat. Ne se soulève donc pas ici la problématique du contrat dit « imposé » : l'État n'avise pas le justiciable qu'il devra, s'il choisit d'être médecin, s'astreindre à telle ou telle autre obligation préalable. Plutôt, on lui impute, vu son statut de médecin, une obligation à laquelle il ne peut se dérober. La nuance, fine, reste réelle. Dès

87. *Id.*, p. 2625.

88. *Id.*, p. 2629.

89. J.-L. BAUDOUIN, *op. cit.*, note 25, n° 91, p. 91.

90. Art. 6.

91. Voir ainsi *Charte des droits et libertés de la personne*, L.R.Q., c. C-12, art. 2; *Loi sur la protection de la santé publique*, L.R.Q., c. P-35, art. 43; *Code de déontologie des médecins*, R.R.Q. 1981, r. 4, art. 2.03.47. Voir également *St-Germain c. R.*, [1976] C.A. 185.

lors, qu'on analyse la problématique sous l'angle du bénéficiaire — comme le fait la Cour d'appel dans *Le Gardeur* — ou sous celui du médecin, le consentement fait défaut et le contrat avec lui.

Il y a donc lieu de conclure, si l'on veut fidèlement refléter l'évolution législative en la matière, à l'existence d'une relation légale, et non plus contractuelle, entre le médecin en salle d'urgence et le bénéficiaire. Faut-il le répéter : la Cour d'appel n'a toutefois pas eu à se lancer dans cette analyse car la présence d'un contrat était niée dès lors que l'une des parties — par exemple, le bénéficiaire — ne consentait pas. Il est vrai, comme on l'a vu, que contrats réglementés, contrats d'adhésion et contrats dits « imposés » restent de véritables contrats : l'impossibilité pour l'une des parties, ou pour les deux, de négocier l'objet du contrat, par exemple en ce qu'il serait prédéterminé par la loi, ne change rien au fait que l'adhérent reste libre de consentir, ou non, à l'entente. Mais on sait que même les contrats réglementés ou les contrats d'adhésion les plus contraignants laissent encore aux parties la liberté de ne pas contracter : nul n'est obligé de s'abonner au téléphone ou de se brancher à l'électricité. Ainsi quiconque souscrit ces obligations reste, au sens véritable (quoique sans doute amoindri) du terme, quelqu'un qui *consent*. Et c'est là la différence avec le médecin : il n'a même plus la liberté de contracter ou de ne pas contracter. Il n'y a plus aucune place pour l'expression d'un choix de sa part. Il est contraint d'agir. « [L]orsque l'une des deux parties à la relation juridique ne peut pas refuser de s'y trouver, la frontière est franchie et le domaine contractuel exclu »⁹². Comment, en effet, parler de contrat? Comment parler de contrat devant la contrainte qui ne laisse aucun choix, qui force à donner le service? La seule différence d'avec la violence — dont on sait qu'elle empêche la formation du contrat⁹³ — c'est que la contrainte est ici légitime en ce qu'elle relève de l'intervention législative. Or, la légitimité de la contrainte ne suffit pas à convertir en contrat une réalité juridique *autre*.

B. LE CAS DU CENTRE HOSPITALIER

Qu'en est-il de la relation du bénéficiaire avec le centre hospitalier? Dans un premier temps, la Cour d'appel ne paraît pas douter que le bénéficiaire a consenti à une relation contractuelle. Apparemment, les obstacles relatifs à l'anonymat et à l'absence de choix — dont on peut croire qu'ils se soulèvent pourtant avec autant d'acuité — ne paraissent pas faire difficulté aux yeux de la Cour. Sans appuyer son énoncé en aucune manière, monsieur le juge Monet écrit : « Il est incontestable que [le centre hospitalier] a assumé un contrat de soins »⁹⁴. Selon monsieur le juge Jacques, « [i]l est maintenant établi que lorsqu'une personne se présente dans un hôpital pour y obtenir des soins, il se crée

92. A. LAJOIE, P.A. MOLINARI et J.-L. BAUDOUIN, *loc. cit.*, note 72, p. 715. Ces auteurs donnent la décision *Covet c. The Jewish General Hospital*, [1976] C.S. 1390 comme un exemple d'une reconnaissance judiciaire de ce que l'absence de consentement du prestataire de services situe la relation juridique ayant ces services pour objet hors du cadre contractuel. Il s'agissait, dans cette affaire, de prononcer sur la responsabilité d'un anesthésiste fautif. La Cour retient qu'il n'y a pas de contrat entre le médecin et son patient vu l'absence de consentement de ce dernier et sanctionne ainsi une responsabilité délictuelle, c'est-à-dire non contractuelle : voir *id.*, pp. 709-10.

93. Art. 994-999 du *Code civil du Bas-Canada*.

94. *Le Gardeur*, *supra*, note 4, p. 2624.

un contrat hospitalier »⁹⁵. Il est notable que la Cour procède ici par simple affirmation plutôt que par démonstration⁹⁶. Faut-il comprendre que le bénéficiaire est à ce point un familier du centre hospitalier que l'obstacle de l'anonymat ne se pose plus? Faut-il entendre que le bénéficiaire avait à sa disposition une panoplie d'options, parmi lesquelles il a choisi de retenir *ce* centre hospitalier même? La Cour ne se livre pas à cette analyse, se contentant de nous informer, par la plume de monsieur le juge LeBel, que « [l]e bénéficiaire choisit, en définitive, de contracter avec telle institution »⁹⁷. Le savant juge précise sa pensée en ces termes : « La situation ne diffère guère de celle que l'on rencontre dans certains cas, comme celui des transports publics ou de services comme la câblodistribution ou le téléphone »⁹⁸. Arrêtons-nous brièvement à considérer l'analogie du point de vue du *récepteur* de services.

Est-il exact de dire que le bénéficiaire en situation d'urgence jouit d'une faculté de choisir telle celle qu'il peut exercer s'agissant du transport en commun, de la location de services de câblodistribution ou de services téléphoniques? N'y a-t-il pas plutôt, du point de vue de la personne *raisonnable* (qui succède en titre au *bonus paterfamilias*), une contrainte, nécessairement impérative, qui se fait jour dans un contexte d'urgence et qui reste absente des autres situations auxquelles il est fait allusion⁹⁹? Alors qu'on n'est pas requis de voyager en métro — on peut se déplacer à pied, en bicyclette ou en taxi — je vois mal qu'on puisse échapper aux soins médicaux en cas d'urgence. Monsieur le juge LeBel écrit encore : « Lorsque [le patient] se présente à un hôpital dans un cas d'urgence, le plus souvent, il ignore parfaitement l'identité du médecin et des employés auxquels il sera confié. Il s'adresse cependant à une institution bien déterminée »¹⁰⁰. L'argument me paraît spécieux. Dans la mesure où il est question de centres hospitaliers de première ligne, il semble irréaliste de présumer, comme le fait apparemment la Cour, d'une décision arrêtée du bénéficiaire de choisir tel centre hospitalier plutôt que tel autre. N'intervient-il pas, en cas d'urgence, un *état de nécessité* dont on sait que le droit civil a depuis longtemps reconnu qu'il était susceptible d'interroger la présence d'un consentement pouvant fonder une relation contractuelle¹⁰¹? Curieusement, cette réalité est reconnue par monsieur le juge LeBel lui-même, qui ne paraît toutefois pas vouloir en tirer toutes les conclusions qui s'imposent. Le savant juge concède ainsi que « [c]ertes, le choix du bénéficiaire est fréquemment limité. Le plus souvent, en pratique, surtout lorsqu'il fait face à une urgence, il s'adressera à l'hôpital qu'il connaît le mieux ou qui est le plus proche de chez lui »¹⁰².

95. *Id.*, p. 2631.

96. Voir, en ce sens, F. TÔTH, *loc. cit.*, note 72, p. 321.

97. *Le Gardeur*, *supra*, note 4, p. 2640.

98. *Ibid.*

99. Le recours à la notion de raisonabilité paraît ici s'imposer afin d'éviter que le débat ne se déplace sur le terrain, peu amène, des allégeances irrémédiablement marginales.

100. *Le Gardeur*, *supra*, note 4, p. 2640.

101. Voir J. GHESTIN, *op. cit.*, note 27, n° 448, pp. 495-96; J.-L. BAUDOUIN, *Les obligations*, *op. cit.*, note 25, nos 173-74, p. 137. Voir également, pour une récente application en droit civil canadien, *Sicai Ltée c. Lalonde*, C.P. Montréal, n° 500-02-029651-770, 28 juin 1978, J.E. 78-652. Quoique cette décision n'y renvoie pas, l'on peut croire que l'article 995 du *Code civil du Bas-Canada* permettrait de fonder la reconnaissance de l'état de nécessité comme instance de violence.

102. *Le Gardeur*, *supra*, note 4, p. 2640.

Mais plaçons-nous maintenant du point de vue du centre hospitalier, comme nous nous sommes précédemment situés dans la perspective du médecin. Il faut relever, d'entrée de jeu, que la *L.S.S.S.S.* reconnaît, de nos jours, un droit aux services de santé au profit de la personne. Ainsi cette loi énonce que :

Toute personne a droit de recevoir des services de santé et des services sociaux adéquats sur les plans à la fois scientifique, humain et social, avec continuité et de façon personnalisée, compte tenu de l'organisation et des ressources des établissements qui dispensent ces services.¹⁰³

Or, il ne fait pas de doute que le Centre hospitalier Le Gardeur constitue un « établissement » au sens où l'entend la *L.S.S.S.S.*¹⁰⁴.

Dire qu'il est des services de santé strictement exigibles de l'établissement par la personne, en vertu de la loi, revient à affirmer qu'il existe pour l'établissement — c'est là le corollaire hohfeldien¹⁰⁵ — une obligation légale d'offrir ces services de santé sur requête. Dans tous ces cas de services exigibles, la notion de consentement du prestataire de services est, dès lors, exclue. Ce serait, à mon avis, verser dans la fiction que de tenter de réconcilier ce développement législatif avec l'orthodoxie civiliste, en se rabattant sur des présomptions de consentement *et tutti quanti*. Le consentement n'est plus requis : voilà qui est plus clair, plus honnête. Dans *Berlinguette c. Construction J.R.L. Ltée*¹⁰⁶, une affaire relative à la responsabilité professionnelle de l'ingénieur, monsieur le juge Chouinard, de la Cour d'appel du Québec, établit un parallèle avec le régime de services de santé et services sociaux. Renvoyant aux « services hospitaliers que le législateur impose à un organisme [...] quant aux soins et services à fournir aux bénéficiaires », il énonce, à bon droit, qu'« [u]ne telle prestation place le débiteur dans une situation qui lui est imposée par la loi et non par un contrat »¹⁰⁷. De même, dans *Drouin c. Commission scolaire Mont-Fort*, la Cour retient que « [l]'étudiant d'une école primaire ayant un droit absolu à l'instruction publique et à cette activité extra-curriculaire [la gymnastique] empêche un consentement qui engendre une entente contractuelle »¹⁰⁸. La consécration d'une obligation légale entraîne l'évacuation des mécanismes contractuels d'appoint auxquels on se serait autrement cru contraint de recourir à titre de palliatifs, d'ailleurs de manière plus ou moins heureuse. Il n'est plus requis, par exemple, de se replier sur l'image selon laquelle le centre hospitalier serait en état d'« offre permanente »¹⁰⁹ — dont Farjat démontre bien qu'il s'agit là d'une construction de l'esprit à laquelle le droit civil français a dû

103. Art. 4. Voir, en ce sens, *Poirier c. Hôpital du Haut-Richelieu*, [1982] C.S. 511. Voir, pour un développement historique, Andrée LAJOIE, « L'émergence d'un droit social : le droit aux services », dans Andrée LAJOIE et al., *Pour une approche critique du droit de la santé*, Montréal, Presses de l'Université de Montréal, 1987, p. 21.

104. Art. 1 (a), (h).

105. Voir Wesley Newcomb HOHFELD, *Fundamental Legal Conceptions*, éd. par Walter Wheeler Cook, New Haven, Yale University Press, 1919, pp. 36-38.

106. [1988] R.J.Q. 2126 (C.A.).

107. *Id.*, p. 2135. Madame le juge Tourigny affiche sa dissidence sur la question de la qualification de la responsabilité civile de l'ingénieur. Elle ne discute toutefois pas le cas des services de santé et services sociaux : voir *id.*, pp. 2128 et 2131.

108. [1989] R.R.A. 365 (C.S.), p. 368 (M. le juge LÉVESQUE).

109. François LAJOIE, « Rapport général [:] L'établissement hospitalier et le droit de la responsabilité », dans Jacques BOUCHER et André MOREL, éd., *Libre du Centenaire du Code civil*, t. II : *Le droit dans la vie économique-sociale*, Montréal, Presses de l'Université de Montréal, 1970, p. 221.

s'astreindre, faute de mieux, pour la « réglementation du pouvoir de monopole »¹¹⁰. L'idée d'une méga-stipulation pour autrui, que suggérerait la *Loi sur l'assurance-hospitalisation*¹¹¹, apparaît pareillement surabondante. Cette figure ne fait qu'évoquer un attachement apparemment irrécusable à un rôle central pour la notion de contrat en matière de droit de la santé, et ce en dépit de l'évolution législative constatée¹¹². Encore reste-t-il à déterminer en quoi consistent, au vu de ces développements, les services exigibles dont question.

Depuis le 8 novembre 1972, la réglementation en vertu de la *L.S.S.S.S.* fait l'obligation au centre hospitalier d'offrir un service d'urgence. Ainsi dans sa dernière formulation, le *Règlement sur l'organisation et l'administration des établissements* porte que :

À l'exception des centres hospitaliers mentionnés à l'annexe VI [le Centre hospitalier Le Gardeur n'est pas de ceux-là], le plan d'organisation d'un centre hospitalier de soins de courte durée doit prévoir la formation d'un département clinique de médecine générale.

Ce département doit notamment assumer la responsabilité des soins primaires fournis aux services d'urgence et de consultations externes de soins généraux.¹¹³

Toujours au *Règlement sur les établissements*, le législateur énonce que :

Un centre hospitalier de soins de courte durée doit s'assurer qu'une personne qui nécessite des soins d'urgence les reçoive.¹¹⁴

Eu égard à la définition des « centres hospitaliers de soins de courte durée » que donne le *Règlement sur les établissements*¹¹⁵, il ne fait pas de doute que le Centre hospitalier Le Gardeur est assujéti à ces dispositions. Il est à noter que la réglementation en vigueur au 1^{er} mars 1975 — date de l'accident de la demanderesse dans l'affaire *Le Gardeur* — était, dans ses éléments pertinents, formulée de même manière et imposait donc pareillement au centre hospitalier de prévoir la mise sur pied d'un service d'urgence et d'assurer la dispensation des soins d'urgence requis¹¹⁶.

110. Gérard FARJAT, *Droit privé de l'économie*, t. II : *Théorie des obligations*, Paris, Presses universitaires de France, 1975, p. 126 [c'est l'auteur qui souligne]. Voir, retenant l'inapplicabilité de la notion d'« offre permanente » en l'espèce, A. LAJOIE, P.A. MOLINARI et J.-L. BAUDOUIN, *loc. cit.*, note 72, p. 717, not. 113. Voir aussi, *dubitante*, J. GHESTIN, *op. cit.*, note 27, n° 144, p. 138, not. 131.

111. L.R.Q., c. A-28, art. 2.

112. Voir, pour cette explication, P.-A. CRÉPEAU, *loc. cit.*, note 72, p. 700. Voir aussi, *dubitante*, F. LAJOIE, *loc. cit.*, note 109, pp. 220-21.

113. D. 1320-84, 6 juin 1984, *G.O.Q.* 1984.II.2745, art. 67 [ci-après *Règlement sur les établissements*].

114. Art. 28. Voir, dans le même sens, *Loi sur la protection de la santé publique*, L.R.Q., c. P-35, art. 43 : « Un établissement ou un médecin doit voir à ce que soient fournis des soins ou traitements à toute personne dont la vie est en danger; il n'est pas nécessaire, si la personne est mineure, d'obtenir le consentement du titulaire de l'autorité parentale ». Voir aussi *Règlement d'application de la Loi sur l'assurance-hospitalisation*, R.R.Q. 1981, r. 1, art. 3 (b) (iii).

115. Art. 2.

116. Voir *Règlement en vertu de la Loi sur les services de santé et les services sociaux*, A.C. 3322-72, 8 novembre 1972, *G.O.Q.* 1972.II.10566, art. 3.2.1.6 (devenu *Règlement d'application de la Loi sur les services de santé et les services sociaux*, R.R.Q. 1981, c. S-5, r. 1, art. 53) [ci-après *Règlement sur la L.S.S.S.S.*]. Voir généralement A. LAJOIE, P.A. MOLINARI et J.-L. BAUDOUIN, *loc. cit.*, note 72, p. 693.

Que faut-il en retenir sinon constater, comme le font Andrée Lajoie, Molinari et Baudouin, que « [t]out contrat est visiblement impossible à conclure dans ce contexte, puisque le consentement du prestataire, légalement obligé de fournir les services, ne peut être alors donné et n'est d'ailleurs pas requis »¹¹⁷. Comme nous le savons¹¹⁸, le fait que la relation juridique avec le prestataire de services se présente, du point de vue de l'utilisateur, comme un rapport d'adhésion n'empêche pas celle-ci de prétendre au titre de contrat. En effet, l'utilisateur, en dernière analyse, n'en consent pas moins à l'accord. Mais l'on ne saurait oublier qu'un contrat implique la rencontre de deux consentements. Chacune des parties qui s'obligent doit consentir. Or, si l'on reprend l'analogie établie par monsieur le juge LeBel avec les situations de transports publics et les services de câblodistribution ou de téléphone¹¹⁹, il faut admettre, si l'on se place du point de vue du centre hospitalier — c'est-à-dire du point de vue du *prestataire de services* — que la comparaison, quoique valable, ne doit pas entraîner la conclusion suggérée par la Cour. Les services publics mentionnés, pas plus que le centre hospitalier, ne sont sollicités dans leur consentement : il leur est fait, comme au centre hospitalier en matière de soins d'urgence, l'obligation légale de fournir le service qui relève de leur compétence. Ces services publics doivent ainsi nouer une relation juridique avec l'utilisateur : la question de la volonté de conclure, fut-elle considérée dans son aspect purement juridique, n'entre aucunement en ligne de compte¹²⁰. Dans tous les cas où « le droit positif [impose] à l'organisme prestataire [*sic*] une obligation expresse visant la fourniture même d'un service déterminé ou déterminable à des bénéficiaires spécifiques, auxquels il attribue un droit exigible à ces services »¹²¹, la relation juridique en cause repose alors sur un fondement qui n'est autre que légal.

Monsieur le juge LeBel ne donne pas d'autorités à l'appui de son affirmation selon laquelle ces relations juridiques auxquelles il renvoie « [sont] habituellement considérée[s] comme contractuelle[s] »¹²². Si tant est qu'il ait raison, il y a là une erreur de qualification. Car, en l'absence du consentement volontaire de l'une des parties — en l'occurrence, le prestataire de services — il n'y a tout simplement pas lieu de parler de contrat. Et il importe peu que le débiteur soit un centre hospitalier, un transporteur public ou une entreprise de fourniture de services téléphoniques. « Quand le prestataire [*sic*] ne peut plus légalement refuser un service déterminé ou déterminable, il ne peut plus contracter »¹²³. C'est également là le point de vue défendu par Lemieux. Ayant constaté que « lorsque

117. *Id.*, p. 711. *Contra* : P.-A. CRÉPEAU, *loc. cit.*, pp. 698-726; Suzanne NOOTENS, « La remise en cause du contrat hospitalier », (1984) 44 *R. du B.* 625, pp. 630-31. Voir également, pour un récent appui à la thèse contractuelle, F. TÔTH, *loc. cit.*, note 72, pp. 322-32.

118. *Supra*, au texte accompagnant la note 39.

119. *Supra*, note 98.

120. Voir, par exemple, *Loi sur Hydro-Québec*, L.R.Q., c. H-5, art. 23, eu égard aux ventes d'énergie aux municipalités et coopératives d'électricité. Voir, toutefois, pour des situations où il n'y a pas d'obligation statutaire de fournir une prestation de services, A. LAJOIE, P.A. MOLINARI et J.-L. BAUDOUIN, *loc. cit.*, note 72, pp. 718-20. Cf., sur la fourniture d'électricité en général, Pierre LEMIEUX, *Les contrats de l'Administration fédérale, provinciale et municipale*, Sherbrooke, Éditions Revue de Droit, 1981, pp. 65-66.

121. A. LAJOIE, P.A. MOLINARI et J.-L. BAUDOUIN, *loc. cit.*, note 72, p. 718.

122. *Le Gardeur*, *supra*, note 4, p. 2640.

123. A. LAJOIE, P.A. MOLINARI et J.-L. BAUDOUIN, *loc. cit.*, note 72, p. 720.

nous sommes en présence d'une convention entre l'utilisateur et le service public, la liberté de décider n'existe plus pour le service »¹²⁴, l'auteur conclut :

Donc, tout service public étant régi par des lois et des règlements, l'utilisateur ou le candidat usager se trouve dans une situation réglementaire de *caractère objectif* dont il peut se prévaloir. La situation juridique va se trouver désormais réglementaire et non contractuelle.¹²⁵

S'agissant du centre hospitalier, François Lajoie retient de même l'impossibilité du contrat dans la situation qui nous occupe :

si vraiment la responsabilité est contractuelle, l'hôpital doit avoir le droit de refuser de donner des soins et de ne les donner que lorsque le patient et l'hôpital sont d'accord pour les recevoir et les fournir.¹²⁶

Il est à noter que, quoique la décision de la Cour d'appel ait trait tout particulièrement à des soins d'urgence, ce type de services de santé n'est pas le seul qui soit dorénavant exclu de la sphère contractuelle. Car la loi et la réglementation imposent également au centre hospitalier la fourniture d'une gamme fort étendue de services, hospitaliers comme médicaux, en laboratoire, en clinique et pendant les heures de garde¹²⁷. Dès lors, les seuls services médicaux donnés en milieu hospitalier qui restent du domaine contractuel sont ceux qu'offrent les médecins traitants ou consultants choisis ou acceptés par les bénéficiaires avant ou au moment de leur admission¹²⁸.

Par ailleurs, l'argument selon lequel le bénéficiaire doit formuler une demande de services lors de son arrivée au centre hospitalier ne se fait pas pertinent¹²⁹. Car cette exigence n'a pas davantage pour effet de transformer la relation légale en relation contractuelle que le fait pour le travailleur blessé de réclamer l'indemnité à laquelle il a droit en vertu de la *Loi sur les accidents du travail et les maladies professionnelles*¹³⁰. L'on ne saurait voir là la conclusion d'un contrat avec la Commission de la santé et de la sécurité du travail¹³¹. Comme l'indiquent Andrée Lajoie, Baudouin et Molinari, la signature, par le bénéficiaire, de la formule de consentement aux soins requis n'implique pas de ces consentements qui ont pour effet de transformer la relation juridique des parties en contrat. Plutôt, il s'agit de s'assurer que l'entente est légale eu égard au texte de l'article 19 du *Code civil du Bas-Canada*¹³². Quant à l'argument du contrat dit

124. P. LEMIEUX, *Les contrats de l'Administration fédérale, provinciale et municipale*, *op. cit.*, note 120, p. 64.

125. *Id.*, p. 65.

126. F. LAJOIE, *loc. cit.*, note 109, p. 221.

127. Voir, pour une description détaillée des services exigibles du centre hospitalier, André LAJOIE et Anik TRUDEL, « Le droit aux services, évolution 1981-1987 », dans Andrée LAJOIE, Patrick A. MOLINARI et Louise-Hélène RICHARD, *Le droit des services de santé et des services sociaux : évolution 1981-1987*, Québec, Commission d'enquête sur les services de santé et les services sociaux, 1987, pp. 51-59.

128. Voir *id.*, p. 705.

129. Voir *Règlement sur les établissements*, art. 26 et 52.1 et, pour la version antérieure, *Règlement sur la L.S.S.S.*, art. 3.2.1.11 et 3.2.3.1 (devenus R.R.Q. 1981, c. S-5, r. 1, art. 58 et 66).

130. L.R.Q., c. A-3.001.

131. Voir, pour d'autres exemples, A. LAJOIE, P.A. MOLINARI et J.-L. BAUDOUIN, *loc. cit.*, note 72, pp. 712-13.

132. Voir *id.*, pp. 713-14.

« imposé », qu'on pourrait vouloir faire valoir, celui-ci paraît devoir être écarté plus facilement encore que ce n'était le cas s'agissant du médecin. En effet, la *L.S.S.S.S.* pose nettement qu'« aucun détenteur de permis ne peut cesser d'exploiter l'établissement en tout ou en partie sans avoir obtenu l'autorisation préalable du gouvernement »¹³³.

Il est, par ailleurs, une constatation sur laquelle il me paraît essentiel d'insister : la Cour d'appel du Québec n'était en rien empêchée, dans l'arrêt *Le Gardeur*, de rendre une décision à l'encontre de la thèse contractuelle, comme pourraient le laisser supposer les affirmations péremptoires qu'on retrouve, par exemple, dans les jugements de messieurs les juges Monet et Jacques¹³⁴. D'emblée, il convient de retenir qu'il y a lieu d'éliminer du réservoir des précédents toutes les décisions relatives à des causes d'action antérieures au 8 novembre 1972, date qui marque l'entrée en vigueur du *Règlement sur la L.S.S.S.S.* consacrant l'exigibilité des services d'urgence et donnant ainsi son effet au droit aux services de santé qu'avait antérieurement proclamés la *L.S.S.S.S.*¹³⁵. Cette évolution législative conduit d'ailleurs monsieur le juge LeBel, dans l'arrêt *Le Gardeur*¹³⁶, à écarter les décisions de la Cour suprême du Canada dans les affaires *Martel c. Hôtel-Dieu St-Vallier*¹³⁷, *Villemure c. L'Hôpital Notre-Dame*¹³⁸ et *Hôpital Notre-Dame de l'Espérance c. Laurent*¹³⁹. Il faut encore retrancher les décisions qui, quoique concernant des faits postérieurs au 8 novembre 1972, prêtent un fondement contractuel à la relation juridique entre le bénéficiaire et le centre hospitalier par voie de simple affirmation, sans s'attarder aux dispositions pertinentes de la

133. *Id.*, p. 690. Voir *L.S.S.S.*, art. 72, parag. 1 et, sur cette question, A. LAJOIE et A. TRUDEL, *loc. cit.*, note 127, p. 45.

134. *Supra*, au texte accompagnant les notes 93 et 94.

135. Voir ainsi, par exemple, *Bernard c. Cloutier*, [1982] C.A. 289, p. 292 (Mme le juge L'HEUREUX-DUBÉ), *conf.* (*sub nom. Cloutier c. Hôpital St-Joseph de Beauceville*) [1978] C.S. 943, p. 952 (M. le juge MOISAN); *Asselin c. Gagnon*, [1977] C.P. 452, p. 454 (M. le juge CHASSÉ); *Rizzo c. Hôpital Notre-Dame*, [1975] C.S. 425, p. 428 (M. le juge NICHOLS); *Richard c. Hôtel-Dieu de Québec*, [1975] C.S. 223, p. 224 (M. le juge JACQUES); *Little c. St. Michel Hospital*, C.S. Montréal, n° 786,120, 22 novembre 1973, p. 25 (M. le juge ROTHMAN); *Boudreault c. Hôpital général de Baie-Comeau Inc.*, C.S. Hauterive, n° 7,321, 5 janvier 1978; *Daigle c. Hôpital Ste-Croix*, C.S. Drummond, n° 405-05-000084-76, 13 juin 1977; *Langevin c. Hôpital de l'Enfant-Jésus*, C.S. Québec, n° 200-05-000597-745, 16 janvier 1977; *Labrie-Collerette c. Hôpital St-Luc*, C.S. Montréal, n° 500-05-000993-73, 15 décembre 1976; *Assurance royale c. Hôpital St-Joseph de Rimouski*, C.S. Rimouski, n° 100-05-000321-76, 23 juillet 1976; *Chagnon-Bouchard c. Parent*, C.S. Chicoutimi, n° 150-05-000737-74, 9 juin 1976; *Kritikos c. Laskaris*, C.S. Montréal, n° 809,732, 3 mai 1974; *Pontbriand c. Doucet*, C.S. Richelieu, n° 19,532, 21 octobre 1971; *Marcoux c. Hôpital Notre-Dame*, C.S. Montréal, n° 709,904, 27 février 1969; *Hôpital Ste-Justine c. Filion*, C.S. Montréal, n° 9,371, 30 décembre 1968; *Beausoleil c. La Communauté des Sœurs de la Charité de la Providence*, [1965] B.R. 37 (C.A.), p. 43 (M. le juge CASEY). Voir aussi *Lapierre c. P.G. Québec*, [1979] C.S. 907, *conf.* par [1983] C.A. 631, *conf.* par [1985] 1 R.C.S. 241 [ci-après *Lapierre* cité aux R.C.S.]. Voir, pour des observations relatives à cette décision, P. LEGRAND, *loc. cit.*, note 78, pp. 882-88; Jean PINEAU et Monique OUELLETTE, *Théorie de la responsabilité civile*, 2^e éd., Montréal, Thémis, 1980, pp. 11-12.

136. Voir *Le Gardeur*, *supra*, note 4, pp. 2639-40.

137. [1969] S.C.R. 745.

138. [1973] R.C.S. 716.

139. [1978] 1 R.C.S. 605.

*L.S.S.S.S.*¹⁴⁰. Au-delà de ce qui survit à l'élagage, il faut faire sa place à un courant jurisprudentiel non négligeable ayant choisi d'ignorer — voire de rejeter implicitement — la thèse contractuelle¹⁴¹. Mais il faut surtout compter avec des décisions s'étant expressément réclamées de la thèse non contractuelle. Ainsi dans une récente affaire *Saucier c. Wise*, monsieur le juge Lagacé affirmait que :

L'hôpital ne saurait [...] être tenu contractuellement responsable pour les actes médicaux du [médecin] faute de preuve que l'hôpital aurait contracté l'obligation de soigner le demandeur.¹⁴²

De même, dans *Cloutier c. Hôpital Le Centre hospitalier de l'Université Laval (CHUL)*, monsieur le juge Lesage écrivait :

Le rapport entre le patient et l'établissement n'est plus en premier lieu un rapport contractuel [...]. [...] Les obligations de l'établissement envers le patient découlent maintenant de la loi et non d'un contrat, même si un contrat peut exister sur les modalités de délivrance des services ou pour lier un professionnel plutôt qu'un

140. Voir, par exemple, *Houde c. Côté*, [1987] R.J.Q. 723 (C.A.), pp. 726-27 (M. le juge MONET) et 739-40 (M. le juge CHOUINARD); *Gravel c. Hôtel-Dieu d'Amos*, [1984] C.S. 792, p. 815 (M. le juge LETARTE); *Richard-Thibault c. Hôpital St-Michel Archange, C.A. Québec*, n° 200-09-000203-783, 20 juillet 1981, p. 5 (M. le juge MAYRAND), J.E. 81-855; *Cloutier c. Ahad*, C.S. Montréal, n° 500-05-003404-751, 2 juin 1980, p. 9 (M. le juge BIRON), J.E. 80-514; *Cannon-Callaghan c. Mercier*, C.S. Montréal, n° 500-05-001629-748, 7 février 1978, p. 22 (M. le juge MACKAY), J.E. 78-210; *Phillips c. Julius Richardson Convalescent Hospital Inc.*, C.S. Montréal, n° 500-05-002870-754, 25 janvier 1977, p. 13 (M. le juge MACKAY; résumé à [1977] C.S. 283).

141. Voir, par exemple, *Thomassin c. Hôpital de Chicoutimi*, [1990] R.J.Q. 2275 (C.S.), p. 2291 (M. le juge LAFLAMME); *Boyer c. Grignon*, [1988] R.J.Q. 829 (C.S.), p. 840 (M. le juge ROULEAU); *Girouard c. Hôpital Royal Victoria*, C.S. Montréal, n° 500-05-002339-834, 10 septembre 1987, p. 14 (M. le juge RYAN), J.E. 87-1090; *Ouellette c. Shatz*, [1987] R.R.A. 652 (C.S.), pp. 656-57 (M. le juge GRATON); *Dufour c. Centre hospitalier Robert Giffard*, [1986] R.R.A. 262 (C.S.), pp. 276-77 (M. le juge LETARTE); *Gburek c. Cohen*, C.S. Montréal, n° 500-05-005143-837, 30 mai 1985, p. 10 (M. le juge MARQUIS); *Jablonski c. Marosi*, C.S. St-François, n° 450-05-000313-80, 16 mai 1985, p. 26 (M. le juge FORTIN), J.E. 85-657; *Roy c. Hôpital Notre-Dame*, C.S. Montréal, n° 500-05-000730-794, 1^{er} mars 1984, p. 8 (M. le juge COUSINEAU); *Jolin c. Doire*, C.S. Valleyfield, n° 760-05-000245-78, 11 octobre 1983, pp. 12-13 (M. le juge MARQUIS); *Pépin c. Hôpital du Haut-Richelieu*, [1983] C.A. 292, p. 294 (M. le juge BISSEAU) et p. 296 (M. le juge MCCARTHY, dissident); *Travenol Laboratories Inc. c. Crawford*, C.A. Montréal, n° 500-09-001330-802, 25 mai 1982, p. 3 (M. le juge OWEN); *Drapeau-Gourd c. Power*, C.S. Montréal, n° 500-05-004294-755, 16 mars 1982, pp. 6-8 (M. le juge MACEROLA), J.E. 82-424; *Cloutier c. Ahad*, *supra*, note 140, pp. 9 et 16 (M. le juge BIRON); *Crawford c. Centre hospitalier universitaire de Sherbrooke*, C.S. St-François, n° 450-05-000671-78, 6 octobre 1980, p. 4 (M. le juge PÉLOQUIN), J.E. 80-967; *Stacey c. Plante*, [1979] C.S. 665, p. 669 (M. le juge PHELAN); *Morrow c. Hôpital Royal Victoria*, C.S. Montréal, n° 500-05-738-532, 18 septembre 1978, pp. 125-26 (M. le juge BOURGEOIS), J.E. 78-824; *Dussault c. Hôpital Maisonneuve Inc.*, [1976] C.S. 791, p. 808 (M. le juge REEVES); *Hôpital St-Louis de Windsor Inc. c. Leclerc-Richard*, [1966] B.R. 80, p. 83 (résumé). Voir, en outre, pour des décisions retenant l'existence de deux ordres médical et hospitalier distincts, par exemple, *Dineen c. Queen Elizabeth Hospital*, C.A. Montréal, n° 500-09-000458-828, 14 septembre 1988; *Parent c. Dagenais*, C.S. Québec, n° 200-14-055, 22 avril 1980, p. 10 (M. le juge TROTTIER), J.E. 80-470.

142. [1990] R.R.A. 283 (C.S.), pp. 285-86. Il est d'intérêt de noter que cette décision a été rendue postérieurement à l'arrêt de la Cour d'appel du Québec dans *Le Gardeur*. Voir, déjà, *Favre c. Hôpital Notre-Dame*, [1984] C.S. 182, p. 186 (M. le juge DURAND).

autre à leur délivrance. [...] on ne peut plus chercher le contenu des obligations de l'établissement dans un contrat inexistant.¹⁴³

La conclusion qui se dégage de l'étude circonstanciée de la jurisprudence ne laisse planer aucun doute : la thèse contractuelle ne s'imposait nullement à la Cour d'appel du Québec, appelée à connaître de l'affaire *Le Gardeur*. Il était ainsi loisible à la Cour, à la lumière des précédents jurisprudentiels, de situer sans ambages la relation juridique entre le centre hospitalier et le bénéficiaire dans la sphère non contractuelle.

Ainsi quoique l'on ait pu, par le passé, juger opportun de qualifier la relation juridique entre l'hôpital et le patient de contractuelle — je songe tout particulièrement à la position soutenue par Crépeau¹⁴⁴ — il paraît incontestable que tout contrat qui aurait ainsi eu droit de cité a maintenant été exproprié par l'État relativement à diverses catégories de soins qui incluent ceux faisant l'objet du litige dans l'affaire *Le Gardeur*. En vertu de la structure législative et réglementaire actuelle, l'option contractuelle ne reste ouverte, outre les instances de services de santé non exigibles, que dans les cas où un choix est possible entre diverses modalités de services de santé exigibles. Si tel choix ne se pose pas au vu des faits à l'origine de la décision de la Cour d'appel dans l'arrêt *Le Gardeur*, il surgira toutefois en d'autres circonstances. Ainsi « le droit à l'admission dans un centre hospitalier ne donne pas droit à telle chambre déterminée et le droit à une appendicectomie, lorsqu'elle est médicalement requise en état d'urgence, ne préjuge pas du choix du type d'anesthésie utilisé »¹⁴⁵.

Que je me résume (au risque de me répéter). Parce que les traitements impératifs s'imposant dans une situation d'urgence sont exigibles des centres hospitaliers, ces institutions ne sont pas à même de consentir ou de refuser de les fournir. Le législateur les contraint à les rendre à ceux qui les requièrent. La problématique du consentement à la prestation ne se posant pas, l'une des conditions essentielles pour la formation d'un contrat valide posées à l'article 984 du *Code civil du Bas-Canada* fait défaut¹⁴⁶. Sans compter les indéniables implications conceptuelles, les conséquences de l'absence de contrat sont d'importance pratique considérable. Au-delà de l'incidence du choix du régime de responsabilité civile sur un ensemble de règles plus ou moins techniques¹⁴⁷, j'insisterai sur deux retombées précises.

Premièrement, en l'absence de contrat entre le centre hospitalier et le bénéficiaire, il n'y a pas de responsabilité contractuelle pour le fait d'autrui qui tienne. Dès lors, l'arrêt *Cinépix Inc. c. J.K. Walkden Ltd.*¹⁴⁸ et le principe qu'il

143. [1986] R.J.Q. 615 (C.S.), p. 630. Confirmant la décision de première instance, la Cour d'appel refusait toutefois, dans un arrêt rendu subséquemment à sa décision dans *Le Gardeur*, de se prononcer sur cette question même : voir [1990] R.J.Q. 717, pp. 720-21 (M. le juge LEBEL).

144. Voir ainsi P.-A. CRÉPEAU, *loc. cit.*, note 72, pp. 698-726.

145. A. LAJOIE, Patrick A. MOLINARI et J.-M. AUBY, *Traité de droit de la santé et des services sociaux*, Montréal, Presses de l'Université de Montréal, 1981, n° 536, p. 326.

146. Voir A. LAJOIE, P.A. MOLINARI et J.-L. BAUDOUIN, *loc. cit.*, *supra*, note 72, pp. 703 et 715.

147. Voir, pour un relevé récent de ces règles dans le contexte particulier de la responsabilité civile médico-hospitalière, F. TÔTH, *loc. cit.*, note 72, p. 318, not. 17-18.

148. [1980] C.A. 283.

pose — auquel il est notamment renvoyé par la Cour d'appel, dans un contexte médico-hospitalier, dans *Bernard c. Cloutier*¹⁴⁹ — n'a pas lieu de trouver application. Le seul régime de responsabilité civile pour le fait d'autrui qui demeure disponible reste donc celui prévu à l'article 1054, paragraphe 7 du *Code civil du Bas-Canada* — dont on a déjà noté qu'il n'était pas pertinent en l'espèce¹⁵⁰. D'aucuns estiment d'ailleurs que cet aboutissement doit être élevé au rang d'objection dérimante à l'encontre de la thèse de la relation juridique non contractuelle entre le centre hospitalier et le bénéficiaire. À lui seul, cet argument justifierait la qualification contractuelle à la relation juridique entre ces parties. Ainsi Nootens écrit que « [l']affirmation d'un régime légal de responsabilité présente en effet l'inconvénient majeur de réintroduire la notion de lien de préposition, si controversé [*sic*] lorsqu'il s'agit d'actes médicaux »¹⁵¹. Mais l'auteur me paraît verser ici dans un opportunisme de mauvais aloi. Serait-ce qu'on a le choix des thèses au vu des inconvénients et avantages respectifs de chacune? Ce n'est pas ainsi que les choses se présentent : l'état de la législation et de la réglementation positives ne laisse pas l'option à ceux qui le désirent de retenir la thèse contractuelle parce qu'elle leur permettrait, par exemple, d'éviter ce qu'ils perçoivent comme étant les rigueurs indues de la doctrine délictuelle du lien de préposition.

Deuxièmement, en l'absence de contrat entre le centre hospitalier et le bénéficiaire, il n'y a pas de renvoi possible à l'article 1024 du *Code civil du Bas-Canada* étant entendu que cette disposition a trait au « contenu obligationnel » du contrat¹⁵². Dès lors, la discrétion judiciaire se trouve des plus limitées : le juge ne peut que renvoyer aux textes législatifs et, notamment, à la *L.S.S.S.S.* et à la réglementation qui en découle. Si responsabilité civile il y a, celle-ci sera ainsi statutaire¹⁵³. Il s'agit alors pour l'interprète de la loi et du règlement de déterminer si l'obligation du centre hospitalier se limite à la mise sur pied d'une structure de services d'urgence adéquate ou si celle-ci englobe la prestation des soins médicaux mêmes. À cet égard, le *Règlement sur les établissements* fait l'obligation au centre hospitalier, non pas d'exécuter la prestation médicale, mais bien de « s'assurer qu'une personne qui nécessite des soins d'urgence les reçoive »¹⁵⁴. Il est ainsi, à tout le moins, un sérieux argument de texte selon lequel le centre hospitalier n'est pas le débiteur de l'obligation médicale proprement dite, fut-ce en cas d'urgence. C'est, du reste, le point de vue que reprend expressément monsieur le juge Jacques, dissident sur cette question, dans l'arrêt *Le Gardeur*¹⁵⁵. L'on comprend, dans ces

149. *Supra*, note 137, p. 292 (Mme le juge L'HEUREUX-DUBÉ).

150. *Supra*, au texte accompagnant les notes 71-72.

151. S. NOOTENS, *loc. cit.*, note 117, p. 631.

152. J'emprunte la formule à P.-A. CRÉPEAU, « Le contenu obligationnel d'un contrat », (1965) 43 *R. du B. can* 1. Voir, par ailleurs, *Banque de Montréal c. P.G. du Québec*, [1979] 1 R.C.S. 565, p. 572 (M. le juge PRATIE), où la Cour insiste sur la nécessité d'un contrat pour l'application de l'article 1024 du Code civil.

153. Il ne s'agira donc pas d'une responsabilité quasi délictuelle comme paraît le retenir Tôth lorsqu'il écrit que la publicisation du droit aux services de santé aurait eu « comme conséquence immédiate l'application du seul régime de responsabilité quasi délictuelle (arts 1053 à 1056 C.c.) » : *loc. cit.*, note 72, p. 320.

154. Art. 28 [reproduit intégralement *supra*, au texte accompagnant la note 114]. Voir, pour l'emploi du même langage, la version antérieure du règlement, en vigueur au moment de l'accident à la source de l'affaire *Le Gardeur* : *Règlement sur la L.S.S.S.S.*, art. 3.2.1.6 (devenu R.R.Q. 1981, c. S-5, r. 1, art. 53).

155. Voir *Le Gardeur*, *supra*, note 4, pp. 2631-32.

circonstances, pourquoi la Cour d'appel, apparemment soucieuse de ménager un recours à la demanderesse, s'est montrée, dans l'affaire *Le Gardeur*, tellement anxieuse de rester au sein du régime de responsabilité contractuelle, dut-elle triturer au passage la notion de contrat pour arriver à ses fins.

Il demeure que l'état du droit positif, qu'il s'agisse du droit en vigueur au 1^{er} mars 1975 ou de celui prévalant quelque quinze années plus tard, n'autorisait pas la Cour d'appel à qualifier de contractuelle la relation juridique liant le centre hospitalier au bénéficiaire. Alors qu'on croyait avoir cerné la notion de contrat, à tout le moins dans ses fondements les plus inaliénables, elle se ferait maintenant vague et imprécise au point où elle engloberait des relations juridiques a-consensuelles. Mais il est un autre reproche qu'il convient d'adresser à la Cour d'appel. Celle-ci a, en effet, malencontreusement choisi de voir dans le contrat qu'elle a cru pouvoir identifier dans l'affaire *Le Gardeur* une obligation de fourniture de soins médicaux à la charge du centre hospitalier. Cette détermination passe par une lecture du Code civil que l'on n'attendait pas et sur laquelle il importe maintenant de se pencher.

III. SOINS MÉDICAUX ET CENTRE HOSPITALIER : L'OBLIGATION CONTRACTUELLE INVENTÉE

Dans l'arrêt *Le Gardeur*, monsieur le juge LeBel, dont les notes sur cette question représentent le point de vue de la majorité, écrit :

Dans le cadre mis en place par la législation sur l'assurance hospitalisation, la Loi sur l'assurance maladie et la Loi sur l'organisation des services sociaux, l'institution est devenue le véritable organisateur de certaines catégories de soins, au moins à l'égard de services particuliers comme l'urgence ou la clinique externe. Elle n'est pas chargée seulement de construire et d'entretenir le cadre physique de la pratique médicale. Elle voit à la mise sur pied, à la coordination et au maintien de tous les services nécessaires pour que la prestation médicale puisse être organisée. Vis-à-vis le bénéficiaire qui s'adresse à elle, l'institution fournit véritablement le service d'urgence. La prestation médicale n'apparaît alors que comme l'un des éléments du service global auquel elle est tenue envers le patient.¹⁵⁶

Le savant juge poursuit :

À l'urgence, l'obligation de l'institution à l'égard de [la demanderesse-appelante] ne s'arrêtait pas à la mise à la disposition d'un médecin autorisé à exercer. Elle comportait *implicitement* la fourniture de services de soins compétents dans tous les domaines. Tenu de fournir des services d'urgence compétents en vertu des *obligations implicites* au contrat hospitalier intervenu, l'hôpital répondait des fautes commises par le [médecin] dans l'exécution des actes médicaux posés à l'urgence.¹⁵⁷

Quoiqu'il ne renvoie pas expressément à l'article 1024 du *Code civil du Bas-Canada*, monsieur le juge LeBel, en ayant recours au vocabulaire qu'il emploie, ne laisse planer aucun doute sur ce qu'il considère être la source de l'obligation de fourniture de soins médicaux dont il traite.

156. *Id.*, p. 2641.

157. *Id.*, p. 2643 [nos italiques].

L'on sait que monsieur le juge Jacques enregistre sa dissidence à cet égard. Il écrit d'abord que :

[Les appelants] n'ont pas [...] établi que l'hôpital avait l'obligation de fournir les soins médicaux eux-mêmes proprement dits.

Prenant pour acquis que l'hôpital avait l'obligation de maintenir une salle d'urgence, rien ne l'obligeait dans le règlement à structurer cette salle d'une façon plutôt que d'une autre.¹⁵⁸

Puis, il ajoute :

L'obligation de l'hôpital de fournir des services de santé est donc limitée à la structure qu'elle a donnée à son service d'urgence. Cette limite est valable. Les appelants n'ont pas démontré qu'elle était fautive en ce qu'elle rendait la fourniture de services de soins d'urgence inadéquate. L'hôpital ne peut donc être tenu responsable [...].¹⁵⁹

D'emblée, il importe de préciser que le recours à l'article 1024 du *Code civil du Bas-Canada* ne paraît pas autorisé par la lettre de la disposition. Aussi l'on ne s'étonne pas que la décision de la Cour d'appel du Québec, sur ce point précis, ne se révèle pas conforme à l'interprétation faite de cet article par la jurisprudence dominante. Sans doute est-il permis de soutenir, à la lecture de l'article 1024, qu'il est loisible au juge de réviser le contrat (A). Il ne saurait toutefois être question d'initiative jurisprudentielle qui aille aussi loin qu'en l'espèce (B).

A. L'ARTICLE 1024 DU CODE CIVIL TEL QU'EN LUI-MÊME

Comme je l'ai montré dans une récente étude, la version anglaise doit primer le texte français de l'article 1024 eu égard au fait qu'elle reflète plus fidèlement l'intention originale des Commissaires à la codification¹⁶⁰. Il convient de rappeler ici qu'une interprétation fidèle du texte de cette disposition par les tribunaux, eu égard à la primauté de la version anglaise, impose dès lors qu'une obligation fondée sur l'équité, l'usage ou la loi ne soit ajoutée au contrat que si elle a le caractère d'une obligation accessoire et qu'elle découle de la nature de celui-ci¹⁶¹.

La conclusion à laquelle j'en arrive relativement à la primauté de la version anglaise de l'article 1024 se trouve confortée par la jurisprudence dominante¹⁶². Un examen des décisions judiciaires permet, en effet, de confirmer que les juges, lorsqu'ils précisent le contenu obligationnel du contrat sur le fondement de l'article 1024 du Code civil, se confinent, règle générale, à définir la portée d'une obligation principale *qui se trouve déjà au contrat*, restant par là fidèles à la nature de celui-ci. À leur plus interventionniste, les juges ne vont pas au-delà de la conceptualisation d'une obligation *accessoire* au contrat. De manière exceptionnelle, la Cour insère ainsi à l'entente contractuelle une obligation qui, accessoire à l'obligation principale, vient en quelque sorte se greffer à celle-ci afin, ici

158. *Id.*, p. 2631.

159. *Id.*, p. 2632.

160. Voir P. LEGRAND, « L'obligation implicite contractuelle : aspects de la fabrication du contrat par le juge », (1991) 22 *R.D.U.S.* 109, pp. 111-23.

161. Voir *id.*, pp. 112 et 115.

162. Voir *id.*, pp. 123-32.

encore, de donner son plein effet à cette obligation principale même. À une époque où il est sans doute vrai d'affirmer que les juges se sentent davantage libres d'intervenir dans la sphère contractuelle que ce n'était jadis le cas, ce sont là les limites de l'interventionnisme judiciaire en matière d'obligations implicites. Cette lecture de la jurisprudence signifie nettement que la Cour se refuse à ajouter au contrat une obligation qui aurait elle-même le statut d'obligation principale : ce serait là, en effet, indûment modifier l'entente des parties, intervenir sans autorité. Ainsi l'on constate que les juges se servent du contrat tel que conclu par les parties elles-mêmes comme d'une charte ou d'une constitution : c'est le point de départ, la référence obligée, le pivot autour duquel s'organise l'intervention judiciaire. Celle-ci se situe nécessairement par rapport à ce que les parties ont elles-mêmes déterminé sans qu'il ne soit question de modifier la substance de leur entente.

Il ne saurait faire de doute, selon moi, que, même dans le cadre des limites posées par le texte de l'article 1024 du Code civil, celui-ci confère aux tribunaux un pouvoir de révision judiciaire¹⁶³. Il est certain, en effet, que l'obligation faisant l'objet de l'intervention judiciaire ne reflète pas l'expression de volontés « parallèles » des parties. Il serait, par exemple, fantaisiste pour la Cour d'imputer à un centre hospitalier une intention de fournir des soins médicaux. Comment, en effet, prêter à un débiteur une intention, au moment de la formation du contrat, de sciemment alourdir son fardeau obligationnel lorsque, par ailleurs, les circonstances ne révèlent l'existence d'aucune contrepartie qui le justifierait de procéder ainsi ? Il n'y a pas *consonance* des volontés relativement à cette obligation.

Cette constatation nous montre combien la sanction d'une obligation contractuelle par la Cour d'appel, au vu de la configuration factuelle de l'arrêt *Le Gardeur*, s'accorde mal avec l'économie générale du droit civil. Après tout, la *dissonance* des volontés ne constitue-t-elle pas, comme le rappelle l'article 992 du *Code civil du Bas-Canada*, une cause d'annulation de l'entente des parties précisément parce qu'il ne saurait être question de voir un accord là où fait défaut la consonance des volontés¹⁶⁴ ? La même idée d'une nécessaire consonance des volontés ne sous-tend-elle pas, par exemple, la règle de droit civil qui veut qu'en matière de choses de genre, le transfert de propriété n'intervienne que lorsque l'objet du contrat a été individualisé¹⁶⁵ ? Ici encore, le droit civil se préoccupe d'un parallélisme des volontés. Il faut donc bien constater l'exercice par le juge d'un pouvoir de révision judiciaire qui trouve sa source dans l'article 1024 du Code civil ; et c'est ce pouvoir qui lui permet de remanier le contrat malgré l'absence d'un parallélisme des volontés des parties.

Revenons-en au cas de l'éventuel « contrat » hospitalier de l'affaire *Le Gardeur*. Lorsque la Cour d'appel laisse entendre qu'on peut apercevoir dans l'accord dont elle promouvoit la reconnaissance, une intention « implicite » de fournir des soins médicaux de la part du centre hospitalier, elle entend ajouter à celui-ci une obligation que l'une des parties au moins — le centre hospitalier — n'a jamais eu l'intention d'y insérer. Monsieur le juge LeBel ne renvoie-t-il pas expressément, en effet, à ce à quoi s'« attend » le seul bénéficiaire¹⁶⁶ ? Or, il est loisible de se demander comment ces attentes sont venues à l'attention de la Cour d'appel. En effet, la question de la responsabilité du centre hospitalier n'a tout

163. Voir *id.*, pp. 133-50.

164. Voir J.-L. BAUDOUIN, *op. cit.*, note 25, n^{os} 128-38, pp. 112-17.

165. Art. 1026 du *Code civil du Bas-Canada*.

166. *Le Gardeur*, *supra*, note 4, p. 2641 *in fine*.

simplement pas été discutée en première instance¹⁶⁷. Vu l'absence de témoins en appel, il paraît curieux que les juges puissent ainsi renvoyer aux attentes du patient face au centre hospitalier. Il reste, en outre, à voir dans quelle mesure, sur le plan empirique, les attentes du patient ne se manifestent pas plutôt envers le médecin qu'à l'endroit du centre hospitalier. Quant aux attentes de l'établissement même, l'on peut penser que si le centre hospitalier avait voulu s'engager à l'obligation que lui impute la Cour d'appel, il eut pris garde de confirmer, au préalable, que le langage de son contrat d'assurance lui donnât clairement droit de prétendre à une indemnité au cas de responsabilité civile contractuelle pour fourniture de soins médicaux inadéquats. Or, au 1^{er} mars 1975 — date de l'accident dans *Le Gardeur* — les contrats d'assurance des institutions hospitalières québécoises participaient toujours de l'assurance responsabilité civile et pas encore de l'assurance responsabilité professionnelle. À la lumière de la jurisprudence de l'époque, c'est dire qu'ils s'articulaient autour de la notion de négligence. Celle-ci, connotant le langage des articles 1053 et 1054 du Code civil, doit donc être entendue, au premier abord, comme ne renvoyant qu'à des situations de responsabilité civile délictuelle. Est-il excessif de poser que le centre hospitalier aurait cherché, étant donné ce contexte juridique, à préciser — c'est-à-dire à étendre — la portée de cette clause s'il avait manifesté l'intention de se porter débiteur d'une obligation de fourniture de soins médicaux ou s'il s'était attendu à se voir conférer cette qualité de débiteur par la Cour¹⁶⁸? Un recours à l'article 1024 du Code civil dans les circonstances de l'arrêt *Le Gardeur* illustre — on le voit — une vision franchement *expédiente* du droit.

Il demeure que l'article 1024 du Code civil, s'il autorise, sur le plan du droit positif, la révision judiciaire du contrat, n'en circonscrit pas moins la portée des initiatives qui peuvent être légitimement entreprises par la Cour. Aussi reste-t-il à situer l'intervention de la Cour d'appel du Québec dans l'affaire *Le Gardeur* eu égard à ces balises.

B. L'ARTICLE 1024 ET L'HYPOTHÉTIQUE « CONTRAT » HOSPITALIER

Comme il l'avait fait une première fois en 1960¹⁶⁹, Crépeau donne, dans un article paru en 1981, des exemples d'obligations générales contenues au soi-disant « contrat » hospitalier. En raison de l'évolution législative dont elles affirment tenir compte, celles-ci valent d'être mentionnées : « admission obligatoire d'un malade en cas d'urgence »; « choix d'un personnel professionnel, administratif et auxiliaire suffisant et compétent »; « constitution et [...] conservation des dossiers médicaux »; « respect du secret professionnel »; « soins infirmiers »; « sécurité du malade »; « mise en place et [e]ntretien des appareils, des instruments et du mobilier »; « mesures d'hygiène »; « surveillance [...] du malade »; « services d'hôtellerie »; « garde [...] des effets [...] du patient »; « bon fonctionnement

167. Voir *id.*, *passim* et spéc. p. 24 (M. le juge VALLÉRAND).

168. Je suis redevable à M^e Marie-Josée Bélainky d'une enrichissante conversation sur certaines questions d'assurance. Voir généralement, sur l'importance des attentes de l'assuré dans un contexte d'interprétation du contrat d'assurance, K.S. ABRAHAM, *Distributing Risk [.] Insurance, Legal Theory, and Public Policy*, New Haven, Yale University Press, 1986, pp. 101-32.

169. Voir P.-A. CRÉPEAU, « La responsabilité médicale et hospitalière dans la jurisprudence québécoise récente », (1960) 20 *R. du B.* 433, pp. 459-66.

des services, de même que des organes et mécanismes de contrôle de la qualité des soins et services offerts »¹⁷⁰. Puis, Crépeau réitère, parallèlement à ces obligations générales, l'existence d'obligations spéciales :

il peut arriver qu'à ces obligations générales viennent s'ajouter, dans le cadre des régimes réglementaires, notamment celui de l'assurance-hospitalisation, et des statuts et règlements internes de l'établissement, des obligations spéciales comportant prestation de soins ou de services professionnels. Ainsi, l'établissement, devenu « entrepreneur de soins », assume souvent des devoirs particuliers en ce qui concerne, notamment, le devoir d'information, l'établissement du diagnostic, et l'application et le contrôle du traitement : médication et autres soins ou services para-médicaux, *soins médicaux*, anesthésie et chirurgie.¹⁷¹

Une première interrogation surgit de suite : comment, si l'obligation de fourniture de soins médicaux est une obligation « spéciale », c'est-à-dire une obligation qu'on ne retrouve généralement pas au soi-disant « contrat » hospitalier, parler d'une obligation découlant de la « nature » de ce « contrat » au sens où l'entendent l'article 1024 et la jurisprudence ayant interprété cette disposition ? Par ailleurs, il paraît clair que si l'obligation de fourniture de soins médicaux doit être intégrée à un éventuel contrat hospitalier, elle ne saurait être alors autre chose que l'objet principal d'un tel « contrat ». Il serait, en effet, pour le moins curieux qu'on prête à une obligation aussi capitale un statut accessoire à d'autres obligations à la charge du centre hospitalier comme l'hôtellerie, la sécurité, la confidentialité ou les services infirmiers¹⁷². Cette conclusion est d'ailleurs commandée par la logique du droit du contrat porté au Code civil :

- l'article 1024 n'a vocation à intervenir que s'il existe un contrat valide entre les parties;
- comme en font foi les articles 984 et 1058 du Code civil, un contrat valide présuppose l'existence d'une obligation ayant un objet;
- dès lors, l'article 1024, en tant qu'il concerne l'expansion du contrat, ne saurait porter que sur des obligations *accessoires* puisque le contrat comprend déjà nécessairement une obligation ayant un objet, c'est-à-dire une obligation principale¹⁷³.

Ainsi il nous est donné de constater qu'on ne saurait, dans le cadre d'un hypothétique « contrat » hospitalier, ajouter aux obligations des parties une obligation principale telle l'obligation de fourniture de soins médicaux. Ce serait là réviser le contrat au-delà de ce qui est autorisé par le législateur en vertu de l'article 1024 du Code civil¹⁷⁴. Aussi les tribunaux s'y sont-ils traditionnellement

170. P.-A. CRÉPEAU, *loc. cit.*, note 72, pp. 792-06.

171. *Id.*, pp. 706-07 [nos italiques]. Voir également, en ce sens, A. BERNARDOT et R.P. KOURI, *op. cit.*, note 72, n° 413, p. 270 et n° 418, p. 273.

172. Voir, en ce sens, A. LAJOIE, P.A. MOLINARI et J.-L. BAUDOUIN, *loc. cit.*, note 72, p. 716.

173. Voir *id.*, p. 715. Il n'est pas dénué d'intérêt de noter que si, d'aventure, l'on retenait que l'obligation dont question participe bel et bien de la nature du contrat, il faudrait alors envisager que le centre hospitalier puisse réclamer la nullité de cette entente sur le fondement d'une erreur sur la nature du contrat. Puisque le centre hospitalier ne croyait pas s'astreindre à une prestation de services médicaux, il lui serait loisible de s'appuyer ainsi sur l'article 992 du Code civil : voir J.-L. BAUDOUIN, *op. cit.*, note 25, n° 130, p. 113. Il serait sans doute également possible au centre hospitalier de plaider l'erreur sur la considération principale : voir *id.*, n° 137, pp. 116-17. Or, ces recours ne lui seraient pas ouverts si l'obligation dont question n'était qu'accessoire à l'accord.

174. Voir P. LEGRAND, *loc. cit.*, note 160, pp. 133-50.

refusé¹⁷⁵. Bien compris, l'article du Code civil sur lequel se fonde ainsi implicitement la Cour d'appel du Québec pour asseoir son intervention dans l'affaire *Le Gardeur* ne saurait donc lui venir en aide.

Une autre question se soulève encore relativement à la portée de l'article 1024. La Cour pourrait-elle fonder la responsabilité contractuelle du centre hospitalier sur cette disposition si elle devait retenir que les obligations imposées à l'institution par la *L.S.S.S.S.* comprennent une obligation de fourniture de soins médicaux? Cette obligation participerait alors du contrat en vertu de « la loi », dont on se rappelle qu'il s'agit de l'un des fondements de l'expansion du contrat mentionnés à l'article 1024 du Code civil. Au-delà des questions relatives à la nature du contrat et au caractère accessoire de l'obligation en cause, que je n'entends pas soulever de nouveau ici, la jurisprudence établit nettement que, dans les circonstances qui nous occupent, c'est le seul article 1057 du Code civil qui doit trouver application — le texte de cette disposition et celui de l'article 1024 étant exclusifs l'un de l'autre. En d'autres termes, si le centre hospitalier était bel et bien tributaire d'une obligation de fourniture de soins médicaux en vertu de la loi, cette détermination ne saurait autoriser un prononcé de responsabilité civile aux termes de l'article 1024, mais bien à la lumière du seul article 1057 du Code civil¹⁷⁶.

En l'espèce, au vu des prestations auxquelles la *L.S.S.S.S.*, obligerait — c'est l'hypothèse considérée — le centre hospitalier à fournir des soins médicaux d'urgence, il paraît exact d'affirmer que ces obligations découlent bel et bien de la loi seule, sans que le centre hospitalier n'ait rien fait pour qu'elles lui soient attribuées. Ainsi ce n'est pas parce que le centre hospitalier aurait conclu un hypothétique « contrat » avec le bénéficiaire que les obligations découlant de la *L.S.S.S.S.* lui sont imputées. Plutôt, ces obligations existent en tout état de cause, indépendamment de quelque contrat ou de quelque manifestation de volonté que ce soit de sa part : elles résultent de la loi *seule*. Ainsi selon moi, en tous cas en matière d'urgence — et il en irait de même des autres cas de services strictement exigibles — le patient ne pourrait prétendre que le centre hospitalier soit tributaire d'une obligation de fourniture de soins médicaux qui reposerait sur l'article 1024 et qui serait, du coup, qualifiée de contractuelle. Le seul fondement à une telle obligation resterait donc l'article 1057. Il n'y aurait plus alors qu'à déterminer si, à la lumière de la loi — par exemple de la *L.S.S.S.S.* — telle obligation existe ou non. Cette recherche dépasse toutefois, au-delà des brèves observations que j'ai déjà consacrées à la question¹⁷⁷, les limites de mon propos.

IV. LA RECONNAISSANCE D'UNE RESPONSABILITÉ CIVILE SANS ÉGARD À LA FAUTE

Au-delà de l'interdiction d'insérer dans le soi-disant « contrat » hospitalier une obligation de fourniture de soins médicaux à la charge de l'institution que fait à la Cour l'article 1024 du *Code civil du Bas-Canada*, il est une autre raison pour laquelle telle initiative judiciaire doit être rejetée. L'acceptation de cette théorie entraînerait, en effet, l'imputation d'une responsabilité sans égard à

175. Voir *id.*, pp. 123-32.

176. Voir *id.*, pp. 137-42.

177. *Supra*, au texte accompagnant les notes 154-55.

la faute au centre hospitalier. Outre qu'une conclusion aussi lourde de conséquences ne saurait que difficilement se déduire de la seule insertion d'une obligation dite implicite au « contrat », l'état actuel du droit québécois n'en permet pas l'admission¹⁷⁸.

Il convient d'abord de préciser comment s'opère, en l'espèce, le passage de la thèse de l'obligation contractuelle implicite à la théorie de la responsabilité sans faute. C'est un lieu commun que de mentionner que la notion de faute connote la notion d'évitabilité. En d'autres termes, commettre une faute, c'est adopter une conduite qu'on aurait pu éviter. Les circonstances dans lesquelles il se révélait impossible d'éviter l'adoption de la conduite en cause ne sauraient, en effet, entraîner la responsabilité civile : *impossibilium nulla obligatio est*¹⁷⁹. Il convient de garder présente à l'esprit cette notion d'évitabilité de la conduite préjudicielle au moment où nous abordons une description sommaire du fonctionnement administratif du centre hospitalier.

D'emblée, il faut voir que la nomination d'un médecin dans un centre hospitalier — c'est-à-dire l'octroi d'un statut et de privilèges¹⁸⁰ — ne relève pas d'une discrétion exercée par ce centre hospitalier même. Plutôt, cette décision dépend, pour l'essentiel, d'un organisme indépendant, le Conseil des médecins, dentistes et pharmaciens de l'institution¹⁸¹, dont les délibérations et dossiers restent confidentiels et donc non accessibles au centre hospitalier¹⁸². C'est donc le C.M.D.P. qui gère le processus d'accréditation d'un médecin à un centre hospitalier par le biais de son « Comité d'examen des titres »¹⁸³. Les recommandations du C.M.D.P. sont alors transmises au Conseil d'administration du centre hospitalier lequel doit les approuver¹⁸⁴. S'il reste vrai que le centre hospitalier doit entériner la décision du C.M.D.P.¹⁸⁵, il ne peut toutefois refuser de ce faire que pour des

178. Un auteur, prenant récemment position en faveur d'un régime de responsabilité civile sans égard à la faute à l'encontre des institutions hospitalières et retenant « qu'il existe déjà au Québec un système d'indemnisation des victimes d'immunisation sans égard à la responsabilité de quiconque » allait jusqu'à affirmer que le passage d'une forme de responsabilité à l'autre n'aurait donc « [r]ien de révolutionnaire » : F. TÔTH, *loc. cit.*, note 72, p. 355. Il paraît nettement plus heureux de poser, avec Jutras, que l'abandon de la responsabilité pour faute en faveur d'un régime de responsabilité sans égard à la faute passerait, au contraire, par un changement radical de cadre épistémologique : voir D. JUTRAS, « Réflexions sur la réforme de la responsabilité médicale au Québec », (1990) 31 *C. de D.* 821. L'on peut d'ailleurs croire que l'ampleur d'un tel bouleversement aura incité la Commission Prichard aux conclusions mesurées qui sont les siennes. Celle-ci propose, en effet, de retenir le régime de responsabilité civile dans sa forme actuelle tout en aménageant, parallèlement à celui-ci, un système de compensation statutaire lequel serait toutefois confiné à certaines situations déterminées. Dans ces cas, la victime choisirait d'aller à procès ou de réclamer l'indemnité prévue par la loi : voir *Liability and Compensation in Health Care*, Toronto, University of Toronto Press, 1990.

179. Voir, pour une variante de ce brocard, A. MAYRAND, *Dictionnaire de maximes et locutions latines utilisées en droit*, 2^e éd., Montréal, Les Éditions Yvon Blais Inc., 1985, p. 104.

180. *Règlement sur les établissements*, art. 86-96.

181. *L.S.S.S.S.*, art. 111-14 [ci-après *C.M.D.P.*].

182. *L.S.S.S.S.*, art. 114, parag. 3; *Règlement sur les établissements*, art. 101.

183. *L.S.S.S.S.*, art. 112 et 114, parag. 2; *Règlement sur les établissements*, art. 97 et 99-100.

184. *L.S.S.S.S.*, art. 130, parag. 3; *Règlement sur les établissements*, art. 98, parag. 3.

185. *L.S.S.S.S.*, art. 130, parag. 4.

raisons précises, mentionnées à la *L.S.S.S.S.*¹⁸⁶. Sans qu'il ne s'agisse pour moi de me livrer ici à une analyse détaillée de cette décision, il convient de noter, par ailleurs, que la Cour d'appel du Québec a déjà eu l'occasion, dans une affaire *Galea c. Centre hospitalier Rouyn-Noranda*¹⁸⁷, de déterminer que le centre hospitalier n'a pas le loisir de se départir des services d'un médecin, une fois celui-ci admis à pratiquer au sein de l'institution : les statut et privilèges du médecin doivent, en effet, être renouvelés en l'absence de « carences, manquements [ou] fautes [...] suffisamment graves »¹⁸⁸.

Ainsi l'on constate que le centre hospitalier ne peut, somme toute, ni choisir de recruter ni choisir d'éconduire. L'institution ne pouvant lui refuser l'accès aux lieux, elle n'est pas en mesure d'éviter la venue du médecin. Par la suite, sauf faute professionnelle grave, le médecin obtient un statut permanent. Ici encore, l'institution ne peut éviter la présence du médecin. Et ce n'est pas, du reste, le centre hospitalier qui rémunère le médecin lequel est payé par la Régie de l'assurance-maladie du Québec¹⁸⁹. Par ailleurs, l'on sait que le centre hospitalier ne détient qu'un droit de regard, droit de surveillance ou droit de sanction des plus circonscrits sur le médecin en vue d'assurer la qualité de la prestation médicale prodiguée à l'institution. Le centre hospitalier, en d'autres termes, ne peut éviter l'acte médical. La qualité des soins médicaux relève, pour l'essentiel, du *C.M.D.P.* par l'entremise de son « Comité d'évaluation médicale, dentaire et pharmaceutique »¹⁹⁰. Dès avant que la *L.S.S.S.S.* n'ait vu le jour, le principe de non-ingérence du centre hospitalier dans l'acte médical avait déjà été reconnu, notamment par la Cour d'appel du Québec qui, dans l'affaire *Hôtel-Dieu St-Vallier c. Martel*, écrivait :

Le médecin exerce sur son acte une maîtrise exclusive; dans son exécution de cet acte, il ne peut être et ne doit pas être soumis à la surveillance et aux instructions

186. Art. 130, parag. 6-7. Voir, sur l'ensemble de cette question, Andrée LAJOIE, *Contrats administratifs : jalons pour une théorie*. Montréal, Thémis, 1984, pp. 185-92, qui écrit que le médecin « a donc un droit préétabli, certes conditionnel pourtant, à cette nomination » (p. 186). Voir, généralement, sur la procédure de nomination du médecin, L.-H. R. et P.A. MOLINARI, « Les statuts des professionnels de la santé et le contrôle de leurs activités », dans A. LAJOIE, P.A. MOLINARI et L.-H. RICHARD, *op. cit.*, note 127, pp. 16-36.

187. [1984] C.A. 34.

188. *Id.*, p. 42 (M. le juge BERNIER), renvoyant à la *L.S.S.S.S.*, art. 131, parag. 3. Voir, généralement, L.-H. RICHARD et P.A. MOLINARI, *loc. cit.*, note 186, pp. 56-65.

189. Voir *Loi sur l'assurance-maladie*, L.R.Q., c. A-29, art. 3.

190. *L.S.S.S.S.*, art. 112 et 114, parag. 2; *Règlement sur les établissements*, art. 98, parag. 1 et 102-03. Voir A. LAJOIE, P.A. MOLINARI et J.-L. BAUDOUIN, *loc. cit.*, note 72, p. 730. *Contra* : F. TÔTH, *loc. cit.*, note 72, pp. 334-38, qui affirme que la *L.S.S.S.S.* impose « un véritable pouvoir de contrôle et de surveillance de la prestation médicale dans un centre hospitalier » (p. 337). Il est vrai que le *C.M.D.P.* est lui-même assujéti à l'autorité du Directeur des services professionnels (*L.S.S.S.S.*, art. 118), nommé par le centre hospitalier (*L.S.S.S.S.*, art. 116). Il est également vrai que les chefs des différents départements cliniques sont, eux aussi, nommés par le centre hospitalier (*L.S.S.S.S.*, art. 70-71). Ces derniers, s'ils détiennent divers pouvoirs de supervision relatifs à l'utilisation des ressources du centre hospitalier par les médecins (*L.S.S.S.S.*, art. 71.1; voir, généralement, L.-H. RICHARD et P.A. MOLINARI, *loc. cit.*, note 186, pp. 65-71), restent néanmoins sous l'autorité du *C.M.D.P.* eu égard au contrôle de la qualité de l'acte médical (*L.S.S.S.S.*, art. 71.2). Ces conclusions ne permettent donc pas de retenir l'opinion de Tôth dans la mesure où, s'agissant du contrôle de l'acte médical, cet auteur ne met pas suffisamment en valeur l'importance tout à fait relative du centre hospitalier par rapport aux fonctions du *C.M.D.P.*

d'une personne qui n'est pas médecin; c'est un acte que toute personne qui n'est pas médecin n'a pas le droit, tant en vertu de notre droit statuaire qu'en vertu de l'intérêt public, de s'engager à faire et à surveiller.¹⁹¹

Ne pouvant, au vrai, intervenir ni avant, ni pendant, ni après la prestation médicale, le centre hospitalier se voit ainsi dans l'impossibilité d'éviter la commission de la conduite faisant l'objet du litige, c'est-à-dire la faute médicale. Et c'est en quoi, dans l'arrêt *Le Gardeur*, l'analogie que dresse monsieur le juge LeBel avec le cas de l'entrepreneur général confiant des tâches à un entrepreneur en construction, un maître électricien ou un mécanicien en tuyauterie me paraît boiteuse¹⁹². Il est vrai que l'entrepreneur général opère une sous-traitance et il est indéniable que l'article 1688 du *Code civil du Bas-Canada* prévoit une responsabilité solidaire de l'entrepreneur général et des sous-traitants. Il faut voir, toutefois, que, dans ces situations, l'entrepreneur général choisit son électricien, lui dicte ses conditions de travail, lui impose ses exigences, fixe sa rémunération, dont il tire d'ailleurs profit et, en tout état de cause, conserve la faculté de mettre fin au contrat. La situation se révèle, me semble-t-il, fondamentalement différente de celle dont ont à connaître les centres hospitaliers. Car n'oublions pas que, se trouvant dans l'impossibilité — tant factuelle que juridique — de lui-même manier le bistouri, le centre hospitalier se voit dans l'obligation de se substituer un médecin — seul justiciable que le législateur autorise à assurer la prestation médicale¹⁹³.

Dans ces circonstances, c'est pourtant, malgré tout, précisément en raison de la commission d'une faute médicale que la Cour d'appel du Québec, dans l'arrêt *Le Gardeur*, suggère d'imputer au centre hospitalier une responsabilité civile. Cette responsabilité civile intervient donc sans égard à la faute du centre hospitalier dans un contexte où sa marge de manœuvre, pour ainsi dire, se révèle être inexistante. C'est dire que la responsabilité intervient sans que le bénéficiaire n'ait à faire la preuve d'une faute du centre hospitalier même. Il lui suffit de prouver la faute du médecin. Comment, du reste, le bénéficiaire pourrait-il faire la preuve d'une faute du centre hospitalier quand celui-ci n'intervient à aucune étape du processus médical? Où serait la faute du centre hospitalier qui n'a pas choisi de recruter ce médecin, qui n'a pas eu le loisir de lui prescrire une conduite dans le cours des procédures médicales, qui n'a pas l'option de l'éconduire et qui était, en outre, légalement contraint de recourir à ses services — ce qui, du reste, rend bien compte de ce que le médecin ne saurait être considéré comme un préposé du centre hospitalier¹⁹⁴? Pourtant, monsieur le juge LeBel écrit, dans l'arrêt *Le Gardeur*, que « [l]e service fourni était celui auquel s'était engagé l'hôpital. Celui-ci doit alors répondre de la totalité des dommages causés par les fautes du

191. [1968] B.R. 389 (C.A.), p. 402 (M. le juge BROSSARD).

192. À la p. 2642.

193. Voir *Loi médicale*, L.R.Q., c. M-9, art. 31, 41 et 43; *Code de déontologie des médecins*, R.R.Q. 1981, r. 4, art. 2.03.34, qui réservent, en effet, aux médecins l'exclusivité des actes professionnels. Voir, en ce sens, *Berlinguette c. Construction J.R.L. Ltée*, *supra*, note 106, où madame le juge Tourigny, dissidente, démontre bien que l'intention clairement exprimée du législateur, s'agissant des ingénieurs, est que les actes professionnels soient le fait de personnes physiques (pp. 2127-31). Il est à noter que monsieur le juge Chouinard, l'un des deux juges de la majorité, exprime son assentiment sur ce point (p. 2134). Le désaccord se rattache plutôt à la qualification, contractuelle ou non contractuelle, de la responsabilité civile de l'ingénieur.

194. *Supra*, au texte accompagnant les notes 71-72.

[médecin] »¹⁹⁵. Cette décision marque donc bel et bien l'imposition d'une responsabilité institutionnelle au centre hospitalier apparemment pour cette seule raison que l'on préfère imputer une responsabilité à une institution plutôt qu'à un individu, fut-il un médecin. Le médecin n'étant pas à l'emploi du centre hospitalier et n'étant pas même un substitut volontairement introduit dans la relation juridique avec le bénéficiaire, l'on voit mal, en l'affaire qui nous occupe, quelle autre réalité servirait de fondement juridique à la responsabilité civile de l'institution.

Or, il faut comprendre que cette idée à la mode qu'est l'imputation d'une responsabilité sans égard à la faute aux institutions jouissant prétendument d'une plus grande capacité de paiement n'est pas admise par la jurisprudence québécoise dominante. Ainsi monsieur le juge Chouinard, écrivant pour une Cour suprême du Canada unanime dans l'affaire *Lapierre*, énonce on ne peut plus lapidairement que « [l]a théorie du risque n'est pas [...] acceptée en droit québécois »¹⁹⁶. La Cour ajoute :

À mon avis le droit est correctement énoncé dans *Simard c. Soucy*. [1972] C.A. 640, par le juge Deschênes, alors juge à la Cour d'appel, lorsqu'il écrit à la p. 651 :

[P]asser du régime de responsabilité à base de faute — prouvée ou présumée — au régime à base de risque qu'une certaine partie de la doctrine française a prônée depuis le début du siècle [...] n'a pas été accept[é] dans le droit du Québec.¹⁹⁷

Comme en matière d'obligation contractuelle implicite, la thèse mise de l'avant par la Cour d'appel du Québec fait figure d'anomalie en jurisprudence québécoise. Au vrai, les cours du Québec se sont, en au moins une occasion, expressément prononcées à l'encontre de l'imputation d'une responsabilité sans égard à la faute à un centre hospitalier. Ainsi dans *Société d'assurance des caisses populaires c. Association des hôpitaux de la Province de Québec*, monsieur le juge Bergeron écrivait :

Il répugne à la logique aussi bien qu'au sens de l'équité que l'on assujettisse d'une part un hôpital à une obligation de réparation et qu'on la [*sic*] prive d'autre part de tout moyen de repousser adéquatement une poursuite ou réclamation dirigée contre lui par un patient.¹⁹⁸

Encore, dans *Couloume c. Hôtel-Dieu de Montréal*, monsieur le juge Deschênes, siégeant en Cour d'appel, affirmait :

on peut tirer de la jurisprudence [...] les propositions suivantes : [...] 5- la responsabilité de l'hôpital est basée sur la faute, *i.e.* sur son défaut d'employer les moyens raisonnablement nécessaires pour assurer l'exécution du contrat et éviter les dommages subis par le patient.¹⁹⁹

L'on se rappellera que monsieur le juge Deschênes renvoie ici, dans un contexte qui précède l'entrée en vigueur du *Règlement sur les établissements*, à un contrat

195. *Le Gardeur*, *supra*, note 4, p. 2642.

196. *Lapierre*, *supra*, note 135, p. 265.

197. *Id.*, p. 266. Voir, pour une critique de la décision de la Cour suprême, comme de la position que j'ai défendue dans P. LEGRAND, *loc. cit.*, note 78, D. HOWES, « Faultless Reasoning: Reconstructing the Foundations of Civil Responsibility in Quebec Since Codification », (1991) 14 *Dal. L.J.* 90.

198. [1975] C.S. 158, p. 161.

199. C.A. Montréal, n° 13,042, 9 mai 1973, p. 2a (résumé à [1973] C.A. 846).

de soins hospitaliers qui ne saurait, selon lui, englober les soins proprement médicaux.

Par ailleurs, dans *Charbonneau c. Boulay*, monsieur le juge Macerola concluait :

Quant à l'Hôpital, la Cour ne saurait retenir sa responsabilité parce que rien dans la preuve ne démontre que, l'Hôpital, d'une façon directe ou indirecte, a commis une faute ou une négligence, qui entraînerait [*sic*] sa responsabilité.²⁰⁰

C'est ainsi que cette décision retient qu'en l'absence de faute du centre hospitalier, il ne saurait y avoir responsabilité civile de l'institution sur le fondement d'actes professionnels posés par le personnel médical²⁰¹.

V. SOLUTIONS DE REMPLACEMENT ET SOUS-ENTENDUS : LES DISCOURS INVISIBLES

Que doit donc nous suggérer un arrêt où la Cour d'appel qualifie la relation juridique entre centre hospitalier et bénéficiaire de contractuelle malgré l'absence de consentement de l'institution, insère une obligation implicite dans ce soi-disant « contrat » au mépris du Code civil et impute une responsabilité sans égard à la faute au centre hospitalier en l'absence de quelque autorité que ce soit pour ce faire? À quoi attribuer tel bouleversement des orthodoxies civilistes? Comment justifier cette mise au ban d'institutions aussi fondamentales au droit du contrat que le consentement, le contenu obligationnel et la faute? Comment, en d'autres termes, expliquer une telle injection d'indétermination dans le droit du contrat au Québec?

La réponse à ces questions me paraît avoir déjà été aperçue : il s'agissait, pour la Cour d'appel, d'octroyer un remède à la demanderesse-appelante. Cette entreprise — j'ai cherché à le démontrer — ne pouvait cependant légitimement se réaliser à travers la notion de contrat. Mais affirmer que les principes et règles du droit civil n'autorisaient pas la Cour à passer par le contrat pour ce faire ne doit pas avoir pour effet de clore le débat relativement à l'opportunité d'une compensation. D'autres avenues de réflexion n'auraient-elles ainsi pas dû être explorées par la Cour d'appel? Certes, l'inaccessibilité du régime prévu à l'article 1054, paragraphe 7 du Code civil dans sa forme actuelle ne paraît pas faire de doute²⁰². Il est aussi vrai que, pour sa part, la gestion d'affaires se fut ici révélée un piètre adjuvant à qui comptait venir en aide au bénéficiaire déçu. L'article 1043 du Code civil énonce nettement qu'il ne saurait y avoir gestion d'affaires que lorsqu'une personne entreprend de *volontairement* s'occuper des affaires d'autrui. En l'espèce, l'intervention du centre hospitalier ne saurait, vu l'état de la législation²⁰³, être qualifiée de volontaire. Baudouin écrit, à cet égard :

pour qu'il y ait gestion d'affaires, il faut que le gérant ne soit pas obligé par la loi ou par un jugement de s'occuper des affaires du géré.²⁰⁴

200. C.S. Montréal, n° 500-05-013638-828, 17 mai 1985, p. 4.

201. Voir, en ce sens, par exemple, C. STIN, « Le contrat, cet inconnu », (1972) 32 *R. du B.* 369, pp. 378-79; C. TELIER, dans « La médecine et le droit : nouveaux aspects de la responsabilité civile médicale », (1975) 10 *R.J.T.* 6, p. 66.

202. *Supra*, au texte accompagnant les notes 71-72.

203. *Supra*, au texte accompagnant les notes 103-16.

204. J.-L. BAUDOUIN, *op. cit.*, note 25, n° 500, p. 310.

Mais que n'aurait-on pu, dans *Le Gardeur*, envisager une extension de la notion de « lien de préposition » afin de permettre l'application du régime envisagé par l'article 1054, paragraphe 7²⁰⁵? Et pourquoi n'avoir pas considéré l'imputation au centre hospitalier d'une responsabilité civile pour le fait d'autrui en vertu de l'article 1053 du Code civil par le biais d'une application de la maxime *qui facit per alium, facit per se*²⁰⁶? Certes, ces solutions soulèvent, à leur tour, de sérieuses difficultés : le statut de « préposé » est-il compatible avec la pratique de son art par le médecin²⁰⁷? Et l'économie du Code civil permet-elle la reconnaissance d'un principe général de responsabilité non contractuelle du fait d'autrui²⁰⁸? Il eut été heureux que de telles interrogations — qu'il n'est pas de mon propos d'aborder plus avant — retinssent l'attention de la Cour d'appel dans *Le Gardeur* avant que celle-ci ne se lançât de plain-pied dans l'échafaudage d'un contrat entre le centre hospitalier et le bénéficiaire. Elles lui eussent possiblement permis d'arriver à ses fins sans faire violence à la notion de contrat.

Par ailleurs, s'agissant de l'hypothèse contractuelle — que je rejette — il faut bien voir qu'il eut été ouvert à la Cour d'appel, eu égard au contenu du soi-disant « contrat », de se montrer, ici aussi, plus fidèle qu'elle ne l'a été au droit civil ainsi qu'à la législation contemporaine en matière médico-hospitalière. Regardons-y de plus près.

Parlant du passage de la conception traditionnelle de l'hôpital comme auberge spécialisée à celle de l'entreprise de soins médico-hospitaliers²⁰⁹, Crépeau insiste sur le fait que le centre hospitalier est maintenant tributaire d'une obligation de fourniture de soins médicaux et hospitaliers. Il emprunte cette idée d'« entreprise hospitalière » à François Lajoie qui l'avait utilisée pour la première fois en 1970²¹⁰. L'affirmation de Crépeau suggère plusieurs observations. D'abord, il paraît excessif

205. Voir, par exemple, A. LAJOIE, P.A. MOLINARI et J.-L. BAUDOUIN, *loc. cit.*, note 72, pp. 727-31; F. TÔTH, *loc. cit.*, note 72, pp. 332-42; D. JUTRAS, *loc. cit.*, note 178, pp. 829-31; D. CHALIFOUX, « Vers une nouvelle relation commettant-préposé », (1984) 44 *R. du B.* 815.

206. Voir P.-A. CRÉPEAU, *loc. cit.*, note 72, pp. 733-34.

207. Voir, par exemple, *id.*, p. 719, où l'auteur écrit que reconnaître à un médecin le statut de préposé du centre hospitalier serait :

politiquement indéfendable, car ce serait reconnaître à un établissement hospitalier, personne morale, des responsabilités qu'il ne peut assumer. Ce serait accepter, dans l'exercice des libertés professionnelles, l'ingérence d'une instance profane aux côtés de l'instance professionnelle. S'il est parfaitement légitime et nécessaire de réserver à ces instances profanes — et derrière elles, aux autorités gouvernementales — la possibilité d'assurer un contrôle effectif sur les incidences administratives et financières de l'exercice de la médecine en milieu hospitalier, il ne leur appartient pas de dicter les règles de l'art ni de s'immiscer dans le jugement professionnel du praticien.

208. Voir, par exemple, G. MARTY et P. RAYNAUD, *op. cit.*, note 23, n° 482, p. 549, où ces auteurs retiennent qu'il n'y a pas de « principe général de responsabilité du fait d'autrui », « [l'] énumération légale des cas de responsabilité du fait d'autrui » étant « limitative » et « d'interprétation restrictive ». Mais voir Ass. plén., 29 mars 1991, J.C.P. 1991.II.23673, concl. D.H. Dontenwille, note Jacques Ghestin; D.1991.324, note Christian Larroumet). Voir, sur cette décision, Geneviève VINEY, « Vers un élargissement de la catégorie des "personnes dont on doit répondre" : la porte entrouverte sur une nouvelle interprétation de l'article 1384, alinéa 1^{er}, du Code civil », D.1991.Chr. 157.

209. P.-A. CRÉPEAU, *loc. cit.*, note 72, pp. 676-77.

210. Voir F. LAJOIE, *loc. cit.*, note 109, pp. 223 et 226.

d'avancer que la seule solution de rechange à l'hôpital-entreprise soit l'hôpital-auberge. C'est ce que paraît pourtant avoir retenu monsieur le juge LeBel dans l'arrêt *Le Gardeur*²¹¹. L'on peut, en effet, très bien concevoir un rôle pour le centre hospitalier contemporain qui soit nettement plus étendu que ce que suggère le terme d'« auberge » sans, toutefois, que ses fonctions ne doivent englober la fourniture de soins médicaux proprement dits. Parce qu'elle se fait par trop réductrice, l'alternative proposée par Crépeau ne laisse guère de choix au juriste, qui se voit contraint d'opter pour l'hôpital-entreprise aux dépens de l'hôpital-auberge. Les préoccupations contemporaines relatives à la compensation des victimes d'accidents — dont Jutras a le courage de souligner qu'elles vont toutefois peut-être trop loin²¹² — ne sauraient, en effet, accommoder cette dernière figure. En tout état de cause, l'on s'explique mal que l'expression d'entreprise « médico-hospitalière » doive impliquer que *le centre hospitalier* soit lui-même le débiteur de l'aspect médical des choses. Ne serait-il pas plus exact d'entendre cette expression comme renvoyant à la combinaison, dans un même lieu, d'une réalité médicale (les médecins et leurs obligations) et d'une autre réalité, hospitalière cette fois (le centre hospitalier et ses obligations), chacune d'entre elles se faisant foncièrement autonome par rapport à l'autre? Ainsi comprise, l'expression « médico-hospitalière » rendrait alors compte de l'amalgame, au sein d'un même ensemble, des ordres médical et hospitalier sans que ceux-ci ne soient, de manière plus ou moins confuse, appelés à se chevaucher.

Si l'on persiste à vouloir voir un contrat là où il n'y a que relation juridique a-consensuelle, il y aurait ainsi lieu de reconnaître que c'est un contrat de mandat qui se forme entre le bénéficiaire et le centre hospitalier. Le bénéficiaire, agissant en tant que mandant, se présente au centre hospitalier et lui confie, en tant que son mandataire, une obligation de lui fournir un médecin compétent. Telle est toute la portée de l'obligation contractuelle dont se voit investi le centre hospitalier. Dès lors, l'article 1711 du Code civil doit trouver application qui porte que :

Le mandataire est également responsable lorsqu'il a le pouvoir de substituer sans désignation de la personne substituée, s'il se substitue une personne notoirement incapable.

Ces derniers termes sont rendus, dans la version anglaise, par les mots *notoriously unfit*. Dans les situations où surviendrait donc une telle question d'incompétence, le centre hospitalier encourrait légitimement une responsabilité pour faute médicale. Par ailleurs, le médecin devrait, seul, répondre de l'occurrence d'une éventuelle faute médicale. En effet, ce n'est pas parce que le bénéficiaire est en droit de s'attendre à recevoir des soins médicaux en s'adressant à une institution que c'est cette institution qui a, elle-même, l'obligation de les lui fournir. Telle explication a le mérite de fidèlement rendre compte des textes législatifs pertinents, qu'il s'agisse de l'article 1024 du Code civil ou du *Règlement sur les établissements*²¹³.

Ainsi eut-on pu emprunter diverses voies afin d'éviter l'imbroglio conceptuel que révèle l'arrêt *Le Gardeur*. Le refus de la Cour de s'astreindre à cet affinement de sa réflexion juridique met en lumière la nature *régressive* du rai-

211. *Le Gardeur*, *supra*, note 4, p. 2641.

212. Voir D. JUTRAS, *loc. cit.*, note 178, p. 828.

213. Voir art. 67 et 28 [reproduits intégralement *supra*, au texte accompagnant les notes 113-14].

sonnement judiciaire et partant, le caractère quasi inéluctablement politique du processus adjudicatif²¹⁴. Le raisonnement judiciaire qu'illustre l'arrêt *Le Gardeur* rend bien compte, en effet, de ce que le juge n'est pas en mesure de dissocier sa réflexion juridique de choix politiques. La décision nous démontre qu'il n'est pas de raisonnement judiciaire qui soit objectif et impartial — c'est-à-dire cliniquement « juridique » — et qui permette à l'observateur de prédire, avec une rigueur toute mathématique, la décision exacte dans une affaire donnée. Plutôt, l'adoption d'un certain mode de raisonnement — ainsi l'application délibérée d'une règle ou d'un standard comme critère décisionnel — implique, *du coup et par-là même*, l'expression de choix politiques. La décision qui est rendue n'est, dès lors, ni plus ni moins que l'appui donné par la Cour à celle des parties ayant su présenter le meilleur argument *politique*. Ainsi le raisonnement judiciaire serait fondamentalement indéterminé; c'est ce qui me paraît transparaître de façon saisissante de l'arrêt *Le Gardeur*²¹⁵.

Si cette manifestation de la publicisation du contrat ressort nettement d'une lecture de l'arrêt *Le Gardeur*, l'on ne saurait, non plus, omettre cet autre volet de l'intervention étatique auquel renvoie la décision en toile de fond, soit la recrudescence d'interventions législatives et réglementaires lesquelles, dans le domaine des soins de santé, ont littéralement gobé le contrat qui avait pu précédemment lier l'hôpital à son patient²¹⁶. Encore y a-t-il lieu de se demander si l'altruisme auquel on a voulu donner droit de cité — et qui est encore appuyé par le prononcé d'une responsabilité solidaire à l'endroit du centre hospitalier et du médecin et ce, au mépris des textes mêmes du Code civil²¹⁷ — a été bien ressenti par la Cour d'appel?

Dès lors que celle-ci avait conçu le projet politique de venir en aide à la victime d'accident médical, une perspective davantage utilitariste, considérant l'ensemble des victimes d'actes médicaux, n'aurait-elle pas été préférable à une intervention ponctuelle aux conséquences apparemment mal appréciées? Car il faut bien voir que, si l'approche retenue par la Cour d'appel devait prévaloir, il découlerait notamment de cette décision une immixtion inévitable du centre hospitalier dans la sphère médicale. On imagine mal, en effet, un centre hospitalier qui, se voyant appelé à répondre des fautes des médecins exerçant leur profession en ses murs, se contenterait d'honorer des jugements en responsabilité civile comme ceux-ci seraient prononcés. Bien au contraire, le centre hospitalier voudra, de manière tout à fait légitime, avoir voix au chapitre relativement à des questions qui se sont traditionnellement situées en-deçà de la sphère d'exercice exclusive du médecin. On songe à la promotion d'une pratique médicale dite « défensive » aux termes de laquelle le centre hospitalier pourrait, par exemple, se faire fort de

214. Voir généralement P. DUBOUCHE, *Sémiotique juridique*, Paris, Presses universitaires de France, 1990, pp. 205-20 et spéc. 208-10.

215. Voir P. LEGRAND, *loc. cit.*, note 160, pp. 142-47.

216. Voir, généralement, sur les manifestations du phénomène au Québec, P. CIOTOLA, « L'intervention de l'État dans le droit des contrats : vers une publicisation du droit des contrats? », (1986) 20 *R.J.T.* 169.

217. Art. 1103, 1105 et 1106 du *Code civil du Bas-Canada*. Voir, sur ce point, *Le Gardeur*, *supra*, note 4, pp. 2625 (M. le juge MONET), 2644-45 (M. le juge LEBEL) et 2646 (Mme le juge MAILHOT), où la Cour retient, sans explication, la thèse de la responsabilité civile *in solidum*. Voir, sur cette question, les observations critiques de J.-L. BAUDOUIN, *op. cit.*, note 25, n^{os} 790-91, pp. 477-79.

refuser d'offrir certains services, voire de refuser d'accueillir des bénéficiaires à haut risque. Dès lors, au vu d'une telle perte de son autonomie professionnelle, est-il excessif de penser que le médecin en viendrait progressivement à considérer le bénéficiaire comme étant, au premier chef, la responsabilité de l'institution? Or, telle évolution est-elle dans l'intérêt du bénéficiaire?

Par ailleurs, l'on ne peut que constater que, pour des raisons tenant au climat de travail à l'intérieur de l'institution et à la réputation de celle-ci au sein de la communauté médicale, le centre hospitalier serait malvenu d'appeler en garantie le médecin fautif. Cela doit signifier qu'en dernière analyse, le centre hospitalier assumera seul le coût des octrois judiciaires de dommages-intérêts aux bénéficiaires. Il paraît, dès lors, indéniable que les contributions assurancielles seront majorées. La situation financière des centres hospitaliers étant celle que l'on sait, il ne semble guère faire de doute que les maigres ressources pécuniaires disponibles seront lourdement mises à contribution et ce, au détriment de l'ensemble des bénéficiaires eux-mêmes²¹⁸. Curieuse justice distributive, s'il en est.

CONCLUSION

« Une loi sociologique bien curieuse veut que la vie du droit se développe non pas à ciel ouvert, mais en se cachant et en se protégeant sous des notions dont elle amènera finalement la ruine par un usage abusif »²¹⁹. Dans l'affaire *Le Gardeur*, la Cour d'appel du Québec se trouvait dans l'alternative suivante : ou bien l'on modifiait la notion de contrat dans son extension pour qu'elle recouvre des faits qu'elle n'avait pas jusqu'alors englobés, ou bien l'on s'entendait pour retenir que ces nouveaux faits ne pouvaient être recoupés par la notion existante et qu'ils relevaient donc d'une autre notion. C'est le premier parti qui se gagne l'adhésion de la Cour. Ainsi l'État, par le biais de ses juges, lesquels agissent *proprio motu*, fait surgir un soi-disant « contrat » entre les parties en cause. Dans *Le Bourgeois gentilhomme*, monsieur Jourdain faisait de la prose sans s'en apercevoir. Le centre hospitalier, aurait, de même, conclu un contrat sans qu'il « en susse rien »²²⁰.

Le recours à une notion aussi inadéquate que celle du « contrat tacite » — laquelle oblige, comme le dit pertinemment Durand, à une « artificielle reconstitution des volontés privées »²²¹ — ne pouvait être commandée à la Cour d'appel qu'en raison de ce qu'elle percevait comme étant l'impossibilité d'atteindre aux objectifs qu'elle poursuivait en faisant appel aux institutions classiques du droit des obligations. Ainsi que l'écrit Flour, la notion de « contrat tacite », c'est « le moyen de justifier des résultats souhaitables : l'application des règles contractuelles dans des cas où la volonté n'est pas prouvée »²²². Avec *Le Gardeur*, l'on se

218. Voir, généralement, les travaux d'un « Colloque sur l'allocation des ressources en milieu hospitalier », (1990) 20 R.D.U.S. 217.

219. G. MORIN, « La désagrégation de la théorie contractuelle du Code », dans *Archives de philosophie du droit et de sociologie juridique*, *supra*, note 21, pp. 6-7.

220. MOLIÈRE, *Le Bourgeois gentilhomme*, dans *Œuvres complètes*, t. II, Paris, Gallimard (coll. « La Pléiade »), 1971, acte II, scène 4 [d'abord paru en 1670].

221. P. DURAND, dans la formation du rapport contractuel, *loc. cit.*, note 42, n° 24, p. 93.

222. J. FLOUR, « Pluses-values et fruits de biens indivis », J.C.P.1943.I.336, n° 26, cité dans P. DURAND, *loc. cit.*, note 42, n° 24, p. 93.

retrouve dans la situation déjà envisagée par Durand, où intervient « un rapport juridique créé [...] indirectement par l'intermédiaire du juge, sans la volonté des intéressés, mais soumis aux règles des obligations contractuelles »²²³. Or, comme le rappellent Marty et Raynaud, « [a]vec de telles hypothèses, nous sortons du cadre des contrats »²²⁴.

Car la Cour d'appel n'a pas vu qu'en l'espèce l'extension requise de la notion de contrat pour couvrir les faits qui nous occupent était d'une ampleur telle qu'elle ne pouvait s'opérer qu'au prix de la dénaturation de la notion dans sa compréhension même. Jusque dans ses racines étymologiques les plus profondes, l'idée de contrat implique, en effet, celle de consentement : *contractus*, *contrahere*, *cum-trahere*, c'est-à-dire « tirer avec ». Il n'est, dès lors, d'option que d'accepter l'autre approche : à nouvelles réalités, nouvelle notion. Faire autrement, c'est tomber dans le piège de la fiction juridique. On ne saurait parler de contrat imposé, de contrat forcé car, ainsi que l'énonçait Josserand, « les deux mots qui composent cette formule jurent d'être accouplés »²²⁵.

La petite histoire de l'arrêt *Le Gardeur* démontre bien que cette décision n'a rien de l'accident de parcours. Au contraire, elle rend compte de ce que la Cour d'appel du Québec a véritablement entendu *faire le droit* en posant la responsabilité contractuelle du centre hospitalier envers le bénéficiaire en cas de prestation de soins médicaux inadéquats²²⁶. Comme on attend d'une loi malencontreuse qu'elle soit amendée, l'on doit donc espérer que l'arrêt *Le Gardeur* sera corrigé par la jurisprudence subséquente, et ce tant quant à l'usage qu'il fait de la notion de contrat et de l'article 1024 du Code civil que de l'accueil qu'il réserve à la responsabilité sans égard à la faute²²⁷. La Cour suprême du Canada ayant choisi de ne pas s'impliquer dans ce débat²²⁸, il faut souhaiter que d'autres juges

223. P. DURAND, *id.*, n° 17, p. 87.

224. G. MARTY et P. RAYNAUD, *op. cit.*, note 23, n° 80, p. 81, où ces auteurs ajoutent qu'« en l'absence de toute œuvre de volonté, le contrat est [...] une hypothèse inutile ».

225. L. JOSSERAND, « Les dernières étapes du dirigisme contractuel : le contrat forcé et le contrat légal », *D.C.1940.Chr.5*, p. 7.

226. Une consultation du dossier de cour, disponible au Palais de Justice de Montréal sous la cote 500-09-000744-805, nous apprend qu'au terme d'une première ronde de plaidoiries devant un banc de trois juges, la Cour d'appel a, le 29 octobre 1987, radié le délibéré et ordonné une nouvelle audition devant un banc de cinq juges. À la suite de cette ordonnance, rendue par monsieur le juge en chef Crête, monsieur le juge Monet a convoqué, par lettre aux parties en date du 23 décembre 1987, une conférence préparatoire. Lors de cette rencontre, tenue le 7 janvier 1988, monsieur le juge Monet a réclamé la préparation de mémoires supplémentaires eu égard, notamment, à la question du lien de droit entre le centre hospitalier et le bénéficiaire. Voir ainsi « Mémoire supplémentaire des demandeurs-appelants », t. I, p. 1; « Mémoire supplémentaire de l'intimée Hôpital Le Gardeur », p. 1.

227. Ce qui n'est pas dire qu'il n'y a pas lieu, s'agissant du fondement de la responsabilité civile, de favoriser une réforme législative en la matière. Voir ainsi, pour un intéressant projet de réforme du droit commun de la responsabilité civile médico-hospitalière où l'auteur propose une division du procès en deux phases, l'une consacrée à la détermination de la responsabilité civile du défendeur et l'autre à l'évaluation des dommages-intérêts, P.-A. CRÉPEAU, « L'évaluation du préjudice en cas de perte de gains [...] Rapport général », dans P.P.C. HAAN-APPEL, M.G. BRIDGE et P.-A. CRÉPEAU, *L'évaluation du préjudice en cas de perte de gains [...] Études canadiennes et comparatives*, Montréal, Centre de recherche en droit privé et comparé du Québec, 1987, pp. 143-44. Voir, en outre, le rapport déposé par la Commission Prichard, *supra*, note 178.

228. Voir *Lapointe c. Hôpital Le Gardeur* (N° 2), *supra*, note 4.

et d'autres cours acceptent qu'« il y a une différence entre le contrat où il y a deux volontés concordantes et les autres sources [d'obligations] où cela ne se rencontre pas »²²⁹.

On retient de l'arrêt *Le Gardeur* que l'enseignement comme la recherche en droit du contrat doivent tenir compte, mieux que ne l'a fait la Cour d'appel du Québec, de l'intégrité *fondamentale* du droit civil. Pour l'instant, cette décision nous montre que les classifications des contrats ne sont jamais épuisées. Quoique Baudouin en offre au-delà d'une dizaine²³⁰, l'arrêt *Le Gardeur* introduit encore la division en contrats *avérés* et contrats *prétextés*.

229. R. DEMOGUE, *op. cit.*, note 19, n^o 17, p. 44.

230. J.-L. BAUDOUIN, *op. cit.*, note 25, n^{os} 40-54, pp. 51-65.