

La responsabilité civile de l'infirmière

par Alain BERNARDOT*
professeur à la faculté
de droit de l'Université
de Sherbrooke

TABLES DES MATIÈRES

I – LA SITUATION JURIDIQUE GÉNÉRALE DE L'INFIRMIÈRE AU REGARD DE LA RESPONSABILITÉ	5
A) La faute professionnelle de l'infirmière	5
a) Les qualités de la faute	5
1) L'identité des fautes contractuelle et délictuelle	5
2) La "bataille" de la faute lourde	7
b) La détermination de la faute	9
1) Appréciation de la faute par les tribunaux	10
2) Les us et coutumes professionnels	10

* Nous tenons à exprimer toute notre reconnaissance à madame Micheline Dubé (Infirmière licenciée, professeur au CEGEP de Sherbrooke, section éducation permanente) et à madame Krystyna Kouri (Infirmière licenciée, B.N.) pour les précieux renseignements qu'elles nous ont donnés, en vue de la réalisation de ce travail.

B) La preuve de la faute professionnelle	13
a) Le principe directeur: <i>Actori incumbit probatio</i>	14
1) Le débat du fardeau de la preuve	14
2) Etat de la jurisprudence actuelle	15
b) Tempérament au principe général du fardeau de la preuve: les présomptions de fait	17
1) Conditions requises des présomptions de fait pour s'appliquer	18
2) Conséquences de l'application des présomptions de fait	19
II – LA SITUATION JURIDIQUE PARTICULIÈRE A L'INFIRMIÈRE EU ÉGARD A LA RESPONSABILITÉ	21
A) L'infirmière indépendante	21
a) L'infirmière visiteuse	22
1) Les obligations contractuelles de l'infirmière	22
2) L'obligation contractuelle du patient: la collaboration	29
b) L'infirmière en service privé	29
B) L'infirmière dirigée	31
a) L'infirmière dans un cabinet privé de médecin	31
1) Le régime contractuel de responsabilité	32
2) Le régime délictuel de responsabilité	33
b) L'infirmière dans un hôpital privé	34
1) Les soins infirmiers administrés dans les locaux spécialisés	35
2) Les soins infirmiers administrés dans les locaux réguliers	37
CONCLUSION	40

Introduction

L'exercice de la médecine contemporaine suppose la collaboration de plusieurs catégories professionnelles médicales pour le plus grand bien des patients. A ce titre il ne faut certainement pas mésestimer le rôle de ces auxiliaires médicales qualifiées que sont les infirmières. Sans elles pas un médecin ne pourrait pratiquer son art tel que le requiert la médecine moderne. La gamme de leurs activités allant de la pose d'une simple ventouse jusqu'à une piqûre intraveineuse témoigne et reflète une haute formation technique et scientifique, sanctionnée par un diplôme attestant plusieurs années d'études¹.

Le législateur considère comme exerçant la profession d'infirmière, toute personne "du sexe féminin possédant les qualités requises par la présente loi et qui est autorisée à rendre moyennant rémunération des services touchant le soin des malades et à donner des soins destinés à prévenir les maladies..."². Mais depuis le 12 décembre 1969 probablement sous l'influence d'un mouvement de libération des hommes, les dispositions législatives prévues au chapitre 252 des Statuts refondus du Québec de 1964 s'appliquent désormais aux infirmiers. Le législateur s'est donc convaincu de la nécessité du sexe dit fort, dans l'exercice d'une profession réservée par tradition aux femmes. L'article 1er du chapitre 70 des statuts refondus du Québec de 1969 a la teneur suivante: "Le titre de la loi des infirmières. . . est remplacé par le suivant: *Loi des infirmières et infirmiers*³. Cette réforme, il va de soi, ne change en rien la fonction de ce personnel médical dont les limites sont prévues par la loi régissant leur profession⁴.

1 *Loi des infirmières*, S.R.Q. 1964 ch. 252 Articles 28 et 5.

2 Ibid. Article 1er, par. 7^o.

3 *Loi modifiant la Loi des infirmières*: S.R.Q. 1969 ch. 70, Art. 1 à 9.

4 *Loi des infirmières et des infirmiers*. ibid. art. 50 par. 9^o: "Sont déclarés actes dérogatoires à l'étiquette et à l'honneur professionnel:

— Le fait pour toute infirmière (infirmier) de donner des consultations médicales, de prescrire des médicaments ou d'exercer la médecine contrairement aux dispositions de la Loi médicale".

Mais le problème qui nous intéresse et préoccupe plus particulièrement est celui de la responsabilité civile affectant ce personnel. Au sortir d'un traitement, deux situations peuvent se présenter. Ou bien l'intervention médicale s'est bien déroulée et les résultats sont satisfaisants pour le patient. Dans ce cas, lorsque "tout est pour le mieux dans le meilleur des mondes possibles" aucune difficulté ne s'élève. Ou bien le malade subit un préjudice à la suite d'une faute commise par le personnel infirmier chargé de le suivre. Que va-t-il se passer au niveau de la responsabilité civile? Contre qui la victime peut-elle exercer un recours pour se faire indemniser? C'est en répondant à ces questions que nous nous proposons de présenter le statut juridique de l'infirmière, cette catégorie professionnelle ayant été plus délaissée que celle des médecins par la doctrine québécoise⁵.

Convaincus que la situation juridique de l'infirmière présente plusieurs analogies avec celle des praticiens, nous avons pensé emprunter des solutions consacrées à leur sujet.

L'étude entreprise a pour but d'exposer d'une part les principes généraux et d'autre part les situations particulières concernant l'infirmière et la responsabilité qu'elle encourt vis-à-vis d'un patient⁶.

-
- 5 P.-A. Crépeau • *La responsabilité médicale et hospitalière dans la jurisprudence québécoise récente* (1960) 20 R. du B. 433 pp. 443 et s. pp. 461 et s., pp. 468 et s.
- *La responsabilité civile du médecin et de l'établissement hospitalier*, Wilson et Lafleur, Montréal 1956, pp. 119 et s.
- *Les transformations de l'établissement hospitalier et les conséquences sur le droit de la responsabilité*. Le droit dans la Vie Économico-sociale. Livre du centenaire du Code civil. J. Boucher et A. Morel P.U.M. 1970 T. 2, 193 pp. 201 et s.
- *La responsabilité civile médicale et hospitalière: évolution récente du droit québécois*. Futura Santé (2) éd. Intermonde 1968 pp. 19 et s., et pp. 24 et s.
- A.-G. Corneau *Les préoccupations légales de l'infirmière des années 1970*. L'hôpital d'aujourd'hui. Janvier 1972, Vol. XVIII no 1, p. 11.
- A. Popovici *La responsabilité médicale et hospitalière lors du suicide d'un malade mental*, (1970) 30 R. du B. No 5, p. 490.
- L. MacDougall *Liability of Hospitals, Doctors and Nurses* (1942) 2 R. du B., p. 165.
- W.C.J. Meredith *Malpractice Liability of Doctors and Hospitals*, Carswell, Toronto 1956, pp. 121 et s.
- 6 Pour simplifier la lecture du texte nous n'emploierons que le terme "infirmière" étant entendu que les mêmes règles affectent les infirmiers.

I - La situation juridique générale de l'infirmière au regard de la responsabilité

L'infirmière dans le cadre de son activité professionnelle peut, si certaines conditions sont remplies, engager sa responsabilité civile. Afin de dégager quelques règles générales gouvernant sa situation juridique, il importe de s'interroger sur le fondement même de cette responsabilité: la faute professionnelle. Mais pour qu'une faute professionnelle puisse être à l'origine d'une réparation pécuniaire à l'égard d'un patient, victime d'un préjudice corporel, encore faut-il qu'elle puisse être prouvée; c'est le problème du fardeau de la preuve de la faute professionnelle.

A) LA FAUTE PROFESSIONNELLE DE L'INFIRMIÈRE

La faute perpétrée par l'infirmière dans l'exercice de ses fonctions recèle quelques qualités dont certaines ont fait l'objet d'un long débat jurisprudentiel, tranché définitivement aujourd'hui. La responsabilité de l'infirmière pénétrant le domaine de la responsabilité professionnelle, la détermination de la faute de l'infirmière, technique la plupart du temps, nécessite un recours des tribunaux aux us et coutumes professionnels. Arrêtons-nous successivement sur les qualités et la détermination de cette faute.

a) Les qualités de la faute.

La première qualité de la faute de cette auxiliaire médicale qualifiée, est d'être identique, que l'on se trouve en présence d'une responsabilité contractuelle ou d'une responsabilité délictuelle. La deuxième qualité concerne le débat sur le critère de qualification de la responsabilité médicale; faut-il ou non prouver à l'encontre d'une infirmière une faute lourde pour entraîner l'indemnisation d'un patient?

1) L'identité des fautes contractuelle et délictuelle.

L'étude de la jurisprudence québécoise récente nous enseigne que les tribunaux ont fait application tantôt du régime contractuel tantôt du régime délictuel de responsabilité. Lorsque les juges retiennent le régime contractuel,

la faute professionnelle est analysée comme étant le résultat de la violation d'une obligation générale de prudence et de diligence (obligation de moyens) mise à la charge du médecin par un contrat de soins médicaux⁷. De la même façon, le régime délictuel étant retenu, constitue une faute professionnelle pour le juge, le fait de violer une obligation de prudence et de diligence mise à la charge du médecin par l'article 1053 du Code civil; cet article n'oblige-t-il pas tout individu à se comporter en homme habile et compétent dans l'exercice de sa profession ! C'est ce qu'accuse la Cour supérieure dans l'arrêt *Mlle Bordier v. S.* en ces termes:

“Considérant qu'outre la responsabilité contractuelle, dans les cas où elle existe, des médecins et chirurgiens, la responsabilité de l'article 1053 reste toujours applicable à raison des accidents causés dans la pratique de leur art; le même principe donne encore lieu à l'application des règles générales *et bon sens* et *de prudence* auxquelles sont soumis tous les individus, dans l'exercice de quelque fonction que ce soit”⁸.

Ne trouvant pas d'objections sérieuses à ce que les principes énoncés dans des décisions de justice affectant les médecins, jouent pour les infirmières, soulignons quelques décisions ayant proclamé de manière expresse la similitude des fautes contractuelle et délictuelle.

En l'année 1932, la demanderesse, dame Rajotte, doit subir une intervention chirurgicale. Le défendeur X opère sa patiente. Tout paraît aller bien jusqu'au mois de mars 1934. Vers cette époque dame Rajotte ressent dans son abdomen des douleurs aiguës et pour cause, elle y a une compresse. Du fait du préjudice subi, elle intente une action contre son chirurgien. Le juge Rivard avant de condamner ce professionnel de la santé à \$3,000. de dommages-intérêts est catégorique:

“On a touché, dans les plaidoiries, à la distinction qu'il convient parfois de faire entre la faute délictuelle et la faute contractuelle . . . quant à la responsabilité, elle importe peu”⁹.

Durant l'année 1935, monsieur Clément employé comme cuisinier, se pique au pouce de la main droite avec une arête de poisson. La blessure s'infectant, il se forme un panaris. Il va se faire soigner chez le docteur Nelligan. L'opération ne provoque pas les résultats escomptés. Le juge Létourneau, concernant l'identité des fautes de nature contractuelle ou délictuelle, tient les propos suivants:

7 *Mlle Bordier v. s.* (1934) 72 C.S. 316 p. 321. “Considérant que, lors de la première entrevue entre la demanderesse et le défendeur, un contrat a pris naissance en vertu duquel le défendeur s'est engagé à donner des soins à la demanderesse suivant les règles de l'art et conformément aux principes de droit et de responsabilité régissant la matière. . . (juge Denis).

8 *Ibid.* p. 322.

9 *X. v. Rajotte* (1938) 64 B.R. 484 pp. 490-491.

P.-A. Crépeau *La responsabilité médicale et hospitalière dans la jurisprudence québécoise récente*, loc. cit. pp. 472 et s.

“En droit, et tout en appliquant au cas d'un médecin la règle de l'art. 1053 C.c. le savant juge a raison de dire que l'erreur, la négligence et l'imprudence ne sont toutefois faute génératrice de responsabilité que s'il a été manqué aux règles de la profession. . .”¹⁰

“Il y a aujourd'hui tendance apparente en France, à voir une responsabilité contractuelle dans ce cas des services du médecin. . .

Là encore toutefois l'obligation du médecin ne serait pas de guérir, mais tout au plus de donner “des soins assidus, éclairés et prudents”. . . obligation de moyens et non de résultat”¹¹.

L'identité des fautes contractuelle et délictuelle, nous espérons l'avoir démontré, est davantage la constatation d'une réalité, qu'une condition fondamentale de la responsabilité civile professionnelle des infirmières. C'est la raison pour laquelle nous n'hésitons pas à la qualifier de secondaire voire accessoire. Il n'en va pas de même de la deuxième qualité. Son importance fut telle, qu'un long débat, de nos jours terminé, défraya la chronique juridique québécoise¹².

2) La “bataille” de la faute lourde.

Dès la fin du XIX^e siècle, la défunte Cour du Banc du Roi a eu l'occasion de préciser sa pensée sur le degré ou l'intensité de faute nécessaire d'un médecin pour engager sa responsabilité civile. Il s'agissait d'une action prise contre le docteur Griffith par monsieur Harwood à l'occasion de soins administrés à sa femme lors d'un accouchement; le plaignant alléguait entre autres que la parturiente n'avait pas reçu de soins suffisants de la part de l'obstétricien. Le juge en chef Lacoste trancha en ces termes:

“Si la négligence ou l'inhabileté dans les services que le médecin est appelé à rendre constitue une faute contractuelle, il n'est responsable que de sa *faute lourde* au lieu de la faute légère et très légère dont chacun est responsable en matière de quasi-délit, et c'est à tort qu'on appliquerait la règle des délits et quasi-délits au lieu de celle des contrats”¹³.

Cette décision ne devait pas rester isolée, puisque tout au long du XX^e siècle et jusqu'à une époque récente, le critère de la faute lourde suscita l'approbation des magistrats¹⁴; témoin l'arrêt de la Cour supérieure de 1963, *Ashby v.*

10 *Nelligan v. Clément* (1939) B.R. 329 p. 332.

11 *Ibid.* p. 334.

12 P.-A. Crépeau • *La responsabilité civile du médecin et de l'établissement hospitalier*, op. cit. pp. 210 et s.
• *La responsabilité médicale et hospitalière dans la jurisprudence québécoise récente*, loc. cit. p. 435.

A. Mayrand *Permis d'opérer et clause d'exonération* (1953) 31 Can. Bar. Rev. 150 pp. 153-154.

13 *Griffith v. Harwood* (1899) 9 B.R. 299 p. 307.

14 *Vachon v. Moffet* (1911) 40 C.S. 166 p. 170.

Hogue v. X. (1937) C.S. 63 p. 64.

Fafard v. Gervais (1948) C.S. 128 p. 129.

Poulin v. Williams (1950) C.S. 25 p. 27.

Gauthier dans lequel le demandeur poursuit le défendeur, médecin, en réclamation d'une somme de \$10,000.00 représentant le montant des dommages qu'il estime avoir subis à la suite de la signature par le médecin d'un certificat médical attestant un état de démence. Le juge Reid avant de rejeter l'action du demandeur avec dépens, écrit:

"Considérant que la preuve n'a pas révélé que le défendeur avait commis quelque faute lourde ou ignorance de sa part qui aurait pu engager sa responsabilité vis-à-vis du demandeur"¹⁵.

Les partisans du rejet de la théorie de la faute lourde, s'élevèrent très tôt contre cette jurisprudence, et virent enfin leurs arguments consacrés par les tribunaux¹⁶. La notion de faute lourde présente des dangers en raison du caractère imprécis de ce concept. Elle laisse la porte ouverte à une immunité de principe des infirmières dans l'exercice de leur profession, car l'échelle des fautes est laissée à l'appréciation discrétionnaire des juges. Or trop de subjectivisme dans le domaine scientifique médical ne peut, à nos yeux, qu'être inquiétant. En effet si théoriquement il semble admissible de pouvoir distinguer et dissocier une faute lourde médicale d'une faute légère et très légère, nous doutons que cela soit pratiquement réalisable. Dans le domaine médical il peut arriver que certaines fautes, bénignes en elles-mêmes aient des conséquences très graves. Il paraît délicat dans de telles situations de porter un jugement équitable à la fois pour l'infirmière et le patient. Nous pensons que l'approche de la question doit se faire différemment. La faute contractuelle ou délictuelle de l'infirmière résulte de la violation d'une obligation générale de prudence, diligence et d'habileté. Il découle de cette affirmation qu'une seule alternative; ou bien cette obligation a été violée ou elle ne l'a point été. L'infirmière est en faute ou non. Il va sans dire, que pour tenir une infirmière responsable, il faudra démontrer que l'acte, à elle reproché, dans la technique de son art, révèle une méconnaissance totale et certaine des règles de sa profession. Autrement dit seule une faute caractérisée aura le pouvoir de la condamner. La faute devra par conséquent être grave, certaine, inexcusable; le juge Henri Drouin dans la cause *Munro v. Pauly*, parle de "faute nettement définie"¹⁷.

Le concept de faute lourde étant rejeté par la doctrine moderne on aurait pu craindre que cela ait des conséquences fâcheuses sur le problème des clauses d'exonération de responsabilité que les hôpitaux faisaient signer aux patients avant de leur prodiguer des soins. L'Assemblée Nationale du Québec a réglé le

15 (1963) C.S. 178 p. 181

16 *X. v. Rajotte* (1938) 64 B.R. 484 p. 491.
Nelligan v. Clément (1939) 67 B.R. 328 p. 333.
Lalumière v. X. (1946) C.S. 294 p. 295.
Munro v. Pauly (1956) R.L. 359 pp. 371-372.
X. v. Mellen (1957) B.R. 389 p. 413.

17 (1956) R.L. 359 p. 371.

problème en adoptant une loi interdisant un tel procédé¹⁸. Quoi qu'il en soit à défaut de texte législatif, ces clauses auraient néanmoins été inutiles; touchant la vie et la santé d'un individu, elles sont dans un premier temps contraires à l'ordre public et aux bonnes moeurs conformément à l'article 13 du C.c.¹⁹; dans un deuxième temps on sait qu'en matière contractuelle, les clauses de non responsabilité sont valides sauf faute lourde. "Or nous dit le professeur R. Savatier, la faute médicale, lorsqu'elle rend vraiment le médecin passible d'une responsabilité pécuniaire, se rapproche de la faute lourde. Nouvelle raison pour que les tribunaux n'en tiennent pas compte"²⁰.

Dans le même ordre d'idée, il a été porté à notre connaissance un fascicule destiné à "l'usage du personnel hospitalier du Québec"²¹ dont l'article 8 intitulé "Assurance-Responsabilité" contient les dispositions suivantes:

"Sauf en cas de *faute lourde*, l'employeur s'engage à protéger par une police d'assurance-responsabilité, l'infirmière dont la responsabilité civile pourrait être engagée par le fait de l'exercice de ses fonctions.

S'il ne prend pas une police d'assurance-responsabilité, l'employeur assume alors, sauf en cas de *faute lourde*, le fait et cause de l'infirmière et convient de n'exercer contre cette dernière aucune réclamation à cet égard".

Inutile d'insister davantage ici sur le fait que les infirmières, pour les motifs précédemment exposés, ne disposent d'aucune protection efficace dans le cas où elles commettraient une faute de nature à engendrer leur responsabilité civile; car d'une faute grave, certaine, inexcusable, nécessaire pour entraîner leur condamnation, à une faute lourde, il n'y a qu'un pas que bien des administrateurs d'hôpitaux pourraient franchir aisément.

b) La détermination de la faute.

L'infirmière étant tenue à une obligation de prudence et de diligence dans le cadre de l'exercice de sa profession, c'est le tribunal qui devra décider de la

18 *Loi des Hôpitaux* S.R.Q. 1964 chapitre 164 art. 19 et 23.

— Article 19: "Il est défendu à tout directeur d'hôpital, à ses préposés et à tout médecin de requérir d'un patient ou de ses représentants une renonciation à la responsabilité résultant de son hospitalisation, d'examen médicaux, de traitements ou d'interventions chirurgicales.

Si une telle renonciation est donnée elle est nulle".

— Article 23: "Quiconque enfreint une disposition de la présente loi ou des règlements, dont la violation constitue une infraction, est passible, sur poursuite sommaire d'une amende de deux cents dollars et au cas de récidive dans les deux ans, d'une amende de deux cents à cinq cents dollars".

19 A. Mayrand: *Permis d'opérer et clause d'exonération*, loc. cit. p. 154.

20 R. Savatier: *Le prétendu contrat de permis d'opérer...* (1953) 13 R. du B. 205 p. 212.

21 Convention Collective de travail 1969-70-71. Syndicats affiliés à la *Fédération Nationale des Servides Inc.* Annexe D.: "Conditions particulières à l'infirmière et à l'infirmier diplômé".

violation d'une telle obligation; on perçoit donc l'importance du rôle des tribunaux, qui trouveront dans les us et coutumes de l'art médical des éléments de solution.

1) Appréciation de la faute par les tribunaux.

D'une manière générale les tribunaux affirment que les "faits et gestes" d'une infirmière doivent être analysés *in abstracto* et non pas *in concreto*. La détermination de la responsabilité de ces personnes doit se faire selon un critère objectif et non pas subjectif. Cela signifie que les magistrats vont comparer le comportement de l'infirmière avec celui qu'aurait eu dans les mêmes circonstances de temps et de lieu, une infirmière compétente, diligente, consciencieuse et habile. Si au terme de cette comparaison, il s'avère qu'il y ait un décalage important entre l'attitude de l'infirmière mise en cause et le comportement de la "bonne infirmière", le juge ne pourra que la condamner à réparer le préjudice provoqué par sa négligence.

En d'autres termes, une infirmière ne saurait être absoute par la pureté de ses intentions; elle ne pourrait soutenir qu'elle a agi au mieux de ses connaissances, et que dans les circonstances de l'espèce elle a fait tout ce qu'elle a pu. En effet il se pourrait très bien que même dans ce cas précis, elle ait fait moins que ce qu'aurait fait dans une situation identique une infirmière compétente et diligente. Une infirmière peut, de bonne foi, commettre une faute professionnelle. La jurisprudence québécoise a consacré, à maintes reprises, l'appréciation abstraite de la faute professionnelle médicale²². A ce sujet le juge Bissonnette dans l'affaire *X. v. Mellen* cite M.M. Mazeaud:

"La faute civile non intentionnelle doit s'apprécier *in abstracto*. Voici un chirurgien qui commet une erreur opératoire; sa conscience ne lui reproche rien: il estime avoir bien opéré; l'appréciation *in concreto* conduit alors à refuser toute réparation à la victime; nul n'hésitera cependant à engager la responsabilité civile de ce médecin, du moment qu'il ne s'est pas conduit comme l'aurait fait un chirurgien prudent et diligent; il a commis une faute: appréciation *in abstracto*"²³.

2) Les us et coutumes professionnels.

La science médicale est constituée d'un ensemble d'usages et coutumes professionnels auxquels tout membre des professions médicales et para-médicales doit se conformer, chacun dans son domaine propre. Afin d'apprécier la conduite d'une infirmière prudente et diligente, les juges ne sauraient manquer d'y avoir recours; sans être absolus, ils sont appelés à leur être d'un grand secours dans leur travail d'investigation.

22 *X. v. Rajotte* (1938) 64 B.R. 484 p. 491.
Nelligan v. Clément (1939) 67 B.R. 328 p. 334.
Vézina v. D. (1961) C.S. 245 p. 250.

23 (1957) B.R. 389 p. 413.

Ainsi une infirmière ne commet pas de faute professionnelle si "the evidence indicates that all dressings directed by the surgeons were accomplished"²⁴; se conforme aux usages et coutumes professionnels, une infirmière dont les "bedside notes were at all times at the disposal of the attending surgeon; once the nurses had written their notes and had made them available to the attending surgeon, they had fully discharged their duty"²⁵. Ne saurait être condamnée une infirmière qui s'abstient de faire un examen vaginal, acte médical étant réservé en principe à la compétence d'un médecin; de même lors d'un accouchement difficile si cette infirmière "n'a rien fait qui a pu causer ou contribuer à la mort de l'enfant naissant et qu'au contraire elle a tout fait pour mettre le docteur au courant de la condition de la patiente au moins une heure et demie avant la naissance de l'enfant", elle ne sera pas inquiétée²⁶.

N'auront pas un comportement prudent et diligent des infirmières qui, à la suite du transfert d'un malade mental de la section psychiatrique d'un hôpital dans une chambre semi-privée non munie de barreaux, ne le surveillent pas, le résultat étant le suicide du patient par déféstration²⁷.

En revanche commet une faute professionnelle, une infirmière qui, pratiquant une veni-puncture sur un enfant de dix-huit mois, choisit la veine fémorale, alors que dans les mêmes circonstances, le prélèvement sanguin se fait au niveau de la veine jugulaire. Le juge Lamarre conclut: "vu la maladie de l'enfant, le prélèvement devait particulièrement se pratiquer dans une veine externe, si possible; la jugulaire externe, enseignée par tous les auteurs et reconnue comme un endroit de choix, était le seul endroit où devait se faire cette ponction"²⁸. De plus l'infirmière commet une seconde faute professionnelle si en faisant cet acte médical, elle pique non seulement la veine fémorale mais également l'artère fémorale, à l'origine probable d'une thrombose²⁹.

Mais il ne faudrait pas penser que les pratiques ou usages professionnels possèdent toutes les vertus exonératrices. Les tribunaux pourront toujours refuser de les reconnaître s'ils portent atteinte aux règles élémentaires de prudence ou présentent des défauts dangereux pour la santé ou la vie d'un patient. Le texte de l'article 423 alinéa second du Code de procédure

24 *Petit v. Hôpital Ste-Jeanne d'Arc* (1940) 78 C.S. 564 p. 566.

25 *Mellen v. Nelligan* (1956) R.L. 129 p. 163.

26 *Hôpital St-Louis de Windsor Inc. et Elmire Rivard v. Dame Yolande Leclerc-Richard*, Cour du Banc de la Reine, district de Montréal no 8412 et (1966) B.R. 80 p. 82.

27. *Hôpital Notre-Dame v. Dame Villemure et Docteur Turcot v. Dame Villemure* (1970) C.A. 538, infirmé en Cour Suprême le 29 juin 1972.
Voir A. Popovici, *La responsabilité médicale et hospitalière lors du suicide d'un malade mental* (1970) 30 R. du B. no 5 p. 490.

28 *Filion v. Hôpital Ste-Justine et Magnan*. Cour Supérieure, district de Montréal, 28 juin 1966 no 521 137 p. 10.

29 *Ibid.* p. 5.

abonde dans ce sens³⁰. Nos magistrats ont du reste consacré à diverses reprises, l'idée précédemment exposée. Qu'il nous suffise de rappeler l'affirmation du juge Taschereau jugeant un chirurgien, qui lors d'une intervention chirurgicale avait oublié dans l'abdomen de son malade une pince hémostatique. Pour se défendre il prétendait, qu'à l'époque de l'opération on n'avait pas l'habitude de faire le décompte des instruments chirurgicaux:

"Il faut pourtant distinguer, ici, les fautes dont la constatation dépend de l'examen de théories ou de méthodes médicales de celles dont la vérification repose sur les règles générales du bon sens et de la prudence auxquelles est assujéti l'exercice de toute profession"³¹.

De son côté le juge Lamarre à propos du procès opposant Filion à l'hôpital Ste-Justine et Magnan, écrit:

"La Cour est d'opinion, en plus, que la réglementation de l'hôpital défendeur, de laisser les infirmières, avec expérience si on le veut, faire des venipunctures, dans tous les cas, aux endroits qu'elles choisissent, est une pratique dangereuse et constitue de sa part une imprudence qui entraîne responsabilité"³².

Cependant le pouvoir discrétionnaire des Cours de justice dans l'évaluation de la conduite du personnel médical auxiliaire est limité. Ce pouvoir finit là où les querelles scientifiques médicales commencent. Les magistrats n'ont plus qu'à décliner leur compétence en cas de problèmes scientifiques controversés, nécessitant un jugement de valeur sur l'opportunité d'un diagnostic ou d'un traitement. A maintes reprises les juges québécois ont été confrontés à cette question³³. Deux arrêts concernant la situation des infirmières ont retenu notre attention sur ce sujet: il s'agit de *Cité de Verdun v. Mlle Thibault* et de *Dame Ducharme v. Royal Victoria Hospital*.

Dans la première affaire, une infirmière envoyée au chevet d'un malade par la Cité de Verdun, diagnostique une entorse au lieu d'une fracture bi-molléolaire

30 Art. 423 du C.P.C. al. 2: "Le tribunal n'est toutefois pas tenu de suivre l'opinion de l'expert".

31 *G. v. C. and de Coster*, (1960) B.R. 161 p. 171.

32 *Filion v. Hôpital Ste-Justine et Magnan*. Cour supérieure, district de Montréal 28 février 1966 no 521 137, pp. 8-9.

33 *Hogue v. S.* (1937) 75 C.S. 63 p. 64.
X. v. Rajotte (1938) 64 B.R. 484 p. 491.
Coulombe v. Lemieux (1945) C.S. 435 p. 438.
Lalumière v. X. (1946) C.S. 294 p. 296.
Fafard v. Gervais (1948) C.S. 128 p. 129.
G. v. C. et de Coster (1960) B.R. 161 p. 171.

Voir également: A. Nadeau: *La responsabilité médicale* (1946) 6 R. du B. p. 153 et p. 155.

P.-A. Crépeau: *La responsabilité médicale et hospitalière dans la jurisprudence québécoise récente*, loc. cit. pp. 480-1.

de deux os de la cheville. Le juge Létourneau saisi du procès a les paroles suivantes:

“Il y a eu, apparemment, erreur de diagnostic de la part de l'infirmière. . . Or, rien au dossier n'établit qu'une telle erreur dans de semblables circonstances, dut être tenue pour une faute génératrice de responsabilité. . . Nous croyons avoir établi dans *Nelligan v. Clément*, qu'une erreur de diagnostic, même de la part d'un médecin n'entraîne pas nécessairement en soi responsabilité. . . comment exiger plus d'une infirmière à qui l'on s'en remet, que d'un médecin? ³⁴.

Le deuxième arrêt concerne le décès d'une personne survenu au cours d'une opération, après que l'anesthésie ait été pratiquée par une infirmière. Sa femme intente des poursuites et prône comme principal argument que l'anesthésie n'aurait pas dû être faite par l'infirmière. Aux dires du juge Francoeur:

“Nous nous trouvons en présence de médecins qui soutiennent une controverse. Les uns affirment qu'une infirmière qualifiée, spécialement préparée, sous la surveillance et les ordres du chirurgien, peut très bien donner l'anesthésie. Les autres affirment qu'il est préférable pour l'exercice de ces fonctions, de recourir à un médecin qui se serait spécialisé en la matière.

Il me paraît inutile d'analyser tous ces témoignages, puisque ce problème. . . reste dans le domaine de la spéculation et des théories”³⁵.

La faute de l'infirmière, consiste, nous le savons, dans la violation d'une obligation contractuelle ou délictuelle, de prudence et de diligence. Une question vient immédiatement à l'esprit: sur qui pèse le fardeau de la preuve de la faute professionnelle d'une infirmière?

B) LA PREUVE DE LA FAUTE PROFESSIONNELLE

La faute de l'infirmière dans l'administration de soins est condamnable à condition d'être prouvée. Mais est-ce à l'infirmière à prouver qu'elle s'est comportée comme l'eût fait tout autre “bonne infirmière” ou est-ce, au contraire, à son patient qu'il incombe d'établir qu'elle ne s'est pas conduite comme une bonne professionnelle de sa catégorie? La réponse est donnée par un principe directeur dont la rigueur est telle pour les malades, qu'il a entraîné l'apparition d'un deuxième principe, venu tempérer la sévérité du premier.

34 (1940) 68 B.R. 1 pp. 5-6.

35 (1940) 69 B.R. 162 p. 181. Voir également le juge Barclay p. 168: “It is quite apparent that, in considering this matter, we are in the realm of a purely medical question, in which medical opinion is divided, and that a court is not justified in deciding as to which of the two medical opinions is correct”.

a) Le principe directeur: *Actori incumbit probatio*

Aux termes de cet adage romain, le fardeau de la preuve repose sur la personne du demandeur à l'action. Transposé dans le domaine médical ce principe signifie que le malade doit prouver la faute de l'infirmière. Néanmoins cette règle est loin de faire l'unanimité chez les juristes québécois bien que la jurisprudence récente paraît avoir définitivement tranché le débat.

1) Le débat du fardeau de la preuve.

Les divergences d'opinion de la doctrine tiennent au fait que pour certains auteurs³⁶ la charge de la preuve est liée au régime de responsabilité invoqué par les plaideurs. Pour les autres³⁷, le fardeau de la preuve ne résulterait pas de la nature juridique de la responsabilité, mais de l'étendue de l'obligation qu'assume une infirmière comme un médecin du reste. André et Richard Nadeau apparaissent comme les porte-drapeaux des premiers^{37a}. Selon eux, si en matière délictuelle, le patient doit prouver une faute de l'infirmière sur la base de l'article 1053 du Code civil, en matière contractuelle la faute de l'infirmière serait présumée à partir du seul fait de l'inexécution d'une ou des obligations inhérentes au contrat de soins passé avec le malade. Ils basent leur argumentation sur la lettre même du texte de l'article 1071 du Code civil³⁸; cette présomption n'est pas irréfutable et peut être renversée par un cas fortuit, un cas de force majeure, la faute de la victime ou d'un tiers. Notre préférence se porte vers les seconds. Ils analysent davantage l'esprit même du texte de l'article 1071 du Code civil que sa lettre. Cet article ne nous enseigne rien que nous ne connaissions déjà. Dans le domaine de la responsabilité civile contractuelle, l'inexécution d'une obligation de moyens ou de résultat rend son débiteur responsable. Il est en faute de ne pas avoir exécuté sa prestation. Partant le texte législatif précédemment énoncé signifie qu'un débiteur contractuel est tenu à des

36 A. et R. Nadeau: *Traité de pratique de la responsabilité civile délictuelle*. Montréal, Wilson et Lafleur 1971 no 36 1^o p. 24.

J. Perreault: *Des stipulations de non-responsabilité*, Montréal 1939, p. 141, no. 151-152.

37 A. Mayrand *Permis d'opérer et clause d'exonération* loc. cit. 150, p. 156.
 P.-A. Crépeau • *La responsabilité civile du médecin et de l'établissement hospitalier*, op. cit. pp. 218 et s.
 • *La responsabilité médicale et hospitalière dans la jurisprudence québécoise récente*, loc. cit. pp. 474 et s.
 • *Les transformations de l'établissement hospitalier et les conséquences sur le droit de la responsabilité*, loc. cit. pp. 202 et s.
 P. Azard *Mélanges Bernard Bissonnette, Renouveau ou déclin de la responsabilité contractuelle*, 1963 p. 37.

37a *Traité pratique de la responsabilité délictuelle*, op. cit. p. 24.

38 Art. 1071 du C.c.: "Le débiteur est tenu des dommages-intérêts, toutes les fois qu'il ne justifie pas que l'inexécution de l'obligation provient d'une cause qui ne peut lui être imputée, encore qu'il n'y ait aucune mauvaise foi de sa part".

dommages-intérêts toutes les fois qu'il ne justifie pas que la "faute" ne peut lui être imputée. En d'autres termes un débiteur en faute doit indemniser sa victime à moins d'établir un cas fortuit, une force majeure. . . La question qui nous occupe n'est pas réglée. Il établit, certes, qu'un individu qui a commis une faute est passible d'une responsabilité pécuniaire mais ne nous renseigne pas sur l'identité de la personne devant établir ou prouver cette faute. Or n'est-ce pas précisément l'objet de notre problème?

Le mérite des auteurs dont nous partageons les vues, est de ne pas faire fi de la célèbre distinction établie par Demogue entre les obligations de moyens et les obligations de résultat.

Selon la distinction de ce jurisconsulte, le débiteur contractuel est tenu soit d'atteindre un résultat précis au bénéfice de son créancier, soit de prendre tous les moyens possibles et raisonnables en vue d'atteindre un certain résultat. Dans la première situation, si le résultat n'est pas obtenu alors que de toute évidence il aurait dû l'être, sa non obtention peut très probablement s'expliquer par la faute du débiteur: une présomption de faute est admissible. En revanche dans l'hypothèse d'une obligation de moyens, la non obtention du résultat n'est pas fautive en soi, car le débiteur ne l'a jamais garanti. Il en résulte que l'on ne saurait admettre l'existence d'une présomption de faute dans ce cas. Le créancier devra prouver à l'encontre de son débiteur, une faute en démontrant que ce dernier n'a pas employé tous les moyens nécessaires en vue d'exécuter son contrat. On comprend dès lors que vouloir toujours mettre sur les épaules d'un débiteur contractuel le fardeau de la preuve, ne tiendrait absolument pas compte de la réalité des faits et par voie de conséquence du contenu et de l'étendue des obligations. Ainsi une infirmière comme un médecin n'étant tenus au niveau de leurs rapports contractuels avec leurs patients qu'à des obligations de moyens, ne pourront être civilement condamnés que dans la mesure où des fautes d'imprudence et de négligence seront établies à leur encontre³⁹.

2) Etat de la jurisprudence actuelle.

Pour que les tribunaux puissent solutionner le débat opposant les auteurs québécois, il fallait tout logiquement que le régime contractuel de responsabilité soit consacré en droit médical. Malgré une décision isolée de 1899⁴⁰ il faudra attendre jusqu'en 1957 pour voir enfin triompher la thèse contractuelle de la responsabilité. Selon le professeur P.A. Crépeau⁴¹ le revirement jurisprudentiel tant attendu, s'opère avec le procès *X. v. Mellen* dans lequel le juge Bissonnette explique:

39 E. Arrighi de Casanova: *La responsabilité médicale et le droit commun de la responsabilité civile*, Editions Provençales 1946 pp. 54 et s.

40 *Griffith v. Harwood* (1899) 9 B.R. 299.

41 *La responsabilité médicale et hospitalière dans la jurisprudence québécoise récente*, loc. cit. p. 438.

“Toutefois, si, selon notre jurisprudence actuelle, on peut lui imputer faute à la fois sur le plan délictuel et contractuel, il faut admettre que ne constitue pas faute la non réussite de son intervention de sorte que la seule source de responsabilité découlerait de son obligation de moyens, soit son devoir de prudence et de diligence. D’où il suit que le patient s’il subit un préjudice du fait personnel de son médecin, devra rapporter la preuve d’une faute établissant un lien de causalité”⁴².

Nos magistrats ne devaient pas en rester là. A plusieurs reprises ils ont eu l’occasion de ratifier l’opinion émise par le juge Bissonnette. C’est ainsi que dans l’affaire *Vézina v. D.* il s’agit d’une action prise par monsieur Vézina contre le docteur D. qui lors d’une anesthésie rachidienne, pour l’opérer à un genou, brise l’aiguille à ponction lombaire dont une partie reste dans son corps. D’après le juge P. Lesage, “la responsabilité du médecin découle d’une faute contractuelle, si celle-ci est prouvée”⁴³. Il poursuit en ces termes: “Le demandeur, comme dans toute cause de responsabilité, avait le fardeau de prouver la faute du défendeur”⁴⁴.

Robert Lafleur, juge à la Cour Supérieure de Terrebonne dans la cause *Gendron v. Dupré et un autre* où le demandeur réclame aux défendeurs des dommages-intérêts pour atteinte à son intégrité corporelle, alors qu’à la suite d’une fracture ouverte à la cheville droite, occasionnée par un accident d’automobile, il a été traité par ces derniers du 3 octobre au 10 décembre 1958 retient qu’une

“jurisprudence uniforme et constante nous enseigne que, dans la province de Québec, le médecin, dans l’exercice de sa profession, n’assume jamais l’obligation d’assurer la guérison du malade ou de l’accidenté. La responsabilité contractuelle ou délictuelle qui, parfois, peut résulter des soins administrés ou de l’opération effectuée oblige celui qui s’en prévaut à prouver que le médecin ne lui a pas donné des soins consciencieux, attentifs et conformes aux données acquises de la science”⁴⁵.

Dernièrement on a statué dans le même sens que les décisions précédentes dans *Lefebvre et une autre v. Lamontagne et un autre*. On inocule le vaccin BCG à un bébé. Des complications sérieuses résultant de l’injection, incitent les parents à intenter une action en dommages-intérêts.

“Retenant, d’autre part, l’absence de toute preuve que l’administration du vaccin ait été en soi fautive du strict point de vue médical, il ne me paraît pas que la responsabilité du docteur Thuot puisse être retenue ni du point de vue responsabilité délictuelle ni du point de vue responsabilité contractuelle”⁴⁶, déclare le juge Brossard.

42 (1957) B.R. 389 p. 413.

43 (1961) C.S. 245 p. 247.

44 (1961) C.S. 245 p. 248.

45 (1964) C.S. 617 p. 620.

46 (1970) C.A. 471 p. 476.

Retenons enfin la cause *Cimon v. Carbotte*⁴⁷ où le juge Ouimet reprend textuellement les phrases écrites par le juge Bissonnette dans l'arrêt *X. v. Mellen*, concernant le fardeau de la preuve.

En résumé, que l'obligation d'une infirmière ou d'un médecin soit contractuelle ou délictuelle, c'est au patient de faire la preuve de leur faute professionnelle. Mais la preuve de cette faute pour autant qu'elle soit nécessaire, n'en reste pas moins insuffisante pour obtenir réparation du préjudice subi. Ce faisant, il devra également établir un préjudice et surtout un lien de causalité entre le préjudice et la faute.

Un fait constant demeure, celui de la difficulté pour un patient d'établir une faute à l'encontre de la personne lui administrant des soins. Cela tient de nos jours, entre autres, au caractère par trop complexe pour des profanes de la science médicale. Pour pallier ces inconvénients et dans le but de rendre "justice" aux patients, souvent démunis devant les professionnels de la santé, la jurisprudence québécoise a été amenée à rechercher des atténuations au principe général *Actori incumbit probatio*.

**b) Tempérament au principe général du fardeau de la preuve:
les présomptions de fait.**

C'est grâce à l'influence du droit de common law, auquel les juges québécois ont quelquefois la fâcheuse tendance à recourir, ignorant en cela que le droit civil forme un système juridique se suffisant à lui-même, qu'est née une atténuation du principe général selon lequel le fardeau de la preuve incombe au demandeur à l'action. Après avoir appliqué la maxime *res ipsa loquitur*⁴⁸ nos tribunaux se ravisèrent, s'étant aperçus que dans notre droit civil les articles 1238 et 1242 du Code civil permettent d'obtenir des solutions identiques⁴⁹. Mais va-t-on pouvoir toujours retenir l'application de ces articles quelle que soit la situation opposant un profane à une infirmière? Une réponse négative est de rigueur. En fait il ne faut envisager les présomptions de fait, que lorsqu'un dommage corporel a une origine inconnue ou se produit alors que dans le cours normal des

47 (1971) C.S. 622 pp. 627-628.

48 *X. v. Mellen* (1956) R.L. n.s. p. 129.
Elder et Dame Elder et autres v. King (1957) B.R. 87.
Cité de Montréal v. Cardin (1960) B.R. 1205
Lachance v. B. (1961) C.S. 625.

49 *G. v. C. et de Coster* (1960) B.R. 161.
Léon Cardin v. La Cité de Montréal (1961) S.C.R. 655.
Vézina v. D. (1961) C.S. 245.
Beausoleil v. La Communauté des soeurs de la Charité de la Providence (1965) B.R. 37.
Charles-Eugène Martel v. Hôtel Dieu St-Vallier et Patrick Vigneault v. Charles-Eugène Martel (1969) S.C.R. 745.
Voir notre étude: *Le médecin et les présomptions de fait* (1971) 2 R.D.U.S. pp. 75 et s.

choses il ne doit pas arriver. Il convient de s'interroger sur les conditions d'application des articles 1238 et 1242 du Code civil, avant de se pencher sur leurs conséquences.

1) Conditions requises des présomptions de fait pour s'appliquer.

Quand une infirmière prodigue des soins et qu'il en résulte un préjudice corporel dont il est difficile de déceler l'origine, ou qui n'aurait pas dû normalement se produire, le patient dispose des articles 1238 et 1242 du C.c. si deux conditions sont remplies.

Il doit dans une première étape démontrer le seul fait connu, à savoir le préjudice corporel ou moral subi à la suite de l'intervention de l'infirmière. Mais la preuve d'un préjudice n'étant pas suffisante pour entraîner la responsabilité civile d'une infirmière, le patient doit dans une deuxième étape établir qu'il y a toutes les chances du monde pour que le préjudice dérive de l'imprudence et la négligence de cette auxiliaire médicale.

En d'autres mots il faut que les présomptions pesant contre l'infirmière soient graves, précises et concordantes⁵⁰.

Convaincu que ces conditions étaient remplies, le juge Lamarre après avoir rejeté expressément la maxime *res ipsa loquitur* a admis le jeu des présomptions de fait dans l'arrêt *Filion v. Hôpital Ste-Justine*. On s'en souvient Alain Filion, un enfant de dix-huit mois est hospitalisé à l'hôpital Ste-Justine, souffrant d'une néphrose. Le pédiatre prescrit un prélèvement de sang qui est fait par une infirmière. Celle-ci pratique la veni-puncture dans la veine fémorale de la jambe droite de l'enfant. Peu après on constate une thrombose. Tous les efforts déployés pour soigner l'enfant s'avèrent inutiles et une amputation de cette jambe devient nécessaire. Ce juge s'exprime ainsi:

"Les faits que la Cour souligne de l'ensemble de cette preuve, laissent présumer qu'il y a relations étroites entre le prélèvement de sang à la cuisse droite de l'enfant et la thrombose de son artère fémorale droite, à côté même de l'endroit où le prélèvement a été fait et l'amputation qui a suivi. . .⁵¹ Il est de toute évidence que le prélèvement de sang, dans la veine fémorale, a été mal fait, en ce sens que l'artère fémorale a sans doute été lésée; c'est une présomption de faits, mais la preuve ne permet pas de conclure autrement⁵².

Dans cette affaire, l'origine exacte du dommage est inconnue, mais nous dit le juge Lamarre, "cette veni-puncture à la cuisse est la cause probable de

50 Bien que le Code civil dans ses articles 1238 et 1242 ne requiert pas de telles exigences, les auteurs A. Nadeau et Léo Ducharme (*Traité de Droit civil du Québec*, Wilson et Lafleur, Montréal 1965, p. 494) constatent une tendance de nos tribunaux à faire leurs dispositions édictées par l'article 1353 du Code napoléon exigeant que seules les présomptions graves, précises et concordantes soient admises par les tribunaux.

51 28 avril 1966 C.S. Montréal 521 137 (non rapporté) p. 8.

52 Ibid. p. 10.

cette thrombose⁵³. Graves, précises et concordantes, les présomptions ont permis d'établir la faute de l'infirmière.

2) Conséquences de l'application des présomptions de fait.

L'intérêt pour un malade de pouvoir invoquer des présomptions de fait à l'encontre d'une infirmière comme d'un médecin, réside dans un allègement du fardeau de la preuve à administrer.

Une fois que les juges ont admis les présomptions de fait et par voie de conséquence retenu la faute professionnelle d'une infirmière, le fardeau de la preuve est renversé. Cela signifie que désormais ce n'est plus au malade de faire la preuve directe de la faute professionnelle de l'infirmière, mais à cette dernière de s'exonérer de la responsabilité qu'elle risque d'encourir.

Jurisprudence et doctrine partagent, à ce sujet, un point de vue identique⁵⁴.

Le deuxième intérêt de l'application des présomptions de faits, concerne le moyen de défense dont dispose une infirmière, sa négligence ayant été établie. Sur ce point, bien qu'une divergence de vues se soit opérée au niveau de nos Cours de justice⁵⁵, nous sommes persuadés du bien fondé de l'argumentation de la Cour suprême qui dès 1961 dans l'affaire *Cardin v. La Cité de Montréal* affirmait:

"Il est essentiel de ne pas oublier, comme cette Cour l'a rappelé dans *Parent v. Lapointe*, que quand dans le cours normal des choses un événement ne doit pas se produire, mais arrive tout de même et cause un dommage à autrui, et quand il est évident qu'il ne serait pas arrivé s'il n'y avait pas eu négligence, alors c'est à l'auteur de ce fait à démontrer qu'il y a eu une *cause étrangère* dont il ne

53 Ibid. p. 5.

54 *Mellen v. Nelligan* (1956) R.L. n.s. 129 p. 151-152.

Voir dans le même sens:

- *X. v. Mellen* (1957) B.R. 389, p. 414.
- *Elder v. King* (1957) B.R. 87, p. 89.
- *G. v. C. et de Coster* (1960) B.R. 161 p. 163.
- *Lachance v. B.* (1961) C.S. 625 p. 629.
- *Cardin v. La Cité de Montréal* (1961) S.C.R. 655 p. 659.
- *Beausoleil v. La Communauté des soeurs de la Charité de la Providence* (1965) B.R. 37 p. 44.
- *Filion v. Hôpital Ste-Justine*, 28 février 1966, C.S. Montréal 521 137 p. 13, (non rapporté).
- *Martel v. Hôtel Dieu St-Vallier et Vigneault v. Martel*, 1969, S.C.R. 745, p.748.
- P.-A. CREPEAU, op. cit. et loc. cit. (note 1).
- A. T. MECS, loc. cit. p. 170.
- W.C.J. MEREDITH, *Malpractice liability of doctors and hospitals*, Carswell, Toronto 1956 pp. 60-61.
- P. AZARD, *L'évolution actuelle de la responsabilité médicale au Canada*, R.I.D.C. (1958) p. 28.

55 Voir notre étude "*Le médecin et les présomptions de fait*" loc. cit. pp. 85 et s.

peut être tenu responsable et qui est la source de ce dommage. C'est sur lui que repose le fardeau de la preuve"⁵⁶.

Aux termes de ce jugement, il importe de souligner qu'une infirmière devra établir la cause exacte du préjudice et donc prouver un cas fortuit, un cas de force majeure, le fait de la victime ou d'un tiers afin de s'exonérer de toute responsabilité civile. Elle ne pourra pas se faire absoudre en démontrant le comportement d'une "bonne infirmière" car les présomptions de fait établissent sans aucun doute qu'elle ne le fut point.

Telles sont les règles générales concernant le fondement même de la responsabilité civile des infirmières. Il convient maintenant d'analyser toutes les situations pratiques dans lesquelles peuvent se trouver ces personnes.

56 (1961) S.C.R. 655 p. 659.
Voir également *Martel et Hôtel Dieu St-Vallier et Vigneault v. Martel* (1969) S.C.R. 745 pp. 748-749.

II - La situation juridique particulière à l'infirmière eu égard à la responsabilité

Le personnel infirmier peut, nous l'avons vu, être responsable civilement, dans la mesure où il commet des fautes professionnelles. Néanmoins son statut juridique au regard de la responsabilité diffère en fonction des situations dans lesquelles il peut se trouver. L'infirmière ne sera pas toujours exclusivement responsable de ses propres imprudence et négligence. Dans certains cas elle peut même engager la responsabilité d'autres personnes dont elle dépend. Il a donc fallu analyser les divers emplois qui s'offrent à une infirmière, dès lors que munie d'un diplôme elle a été admise à l'exercice de cette profession. D'une manière générale, l'infirmière travaille soit à titre privé, soit dans un cabinet privé de médecin, soit dans un hôpital. Ainsi l'infirmière est tout à fait indépendante dans l'exercice de ses fonctions ou bien étant l'employée d'un médecin ou d'un hôpital, elle est en quelque sorte dirigée.

A) L'INFIRMIÈRE INDÉPENDANTE

L'infirmière indépendante est celle qui n'est liée contractuellement ni avec un médecin ni avec un hôpital. Sa responsabilité civile est une responsabilité de type personnel. Quant à la nature de la responsabilité, elle peut être soit délictuelle soit contractuelle. Le régime délictuel de responsabilité d'une infirmière, peut se présenter, lorsqu'il n'y a eu aucune concertation entre un malade et cette personne. Mais cette situation étant peu fréquente, il nous apparaît inutile d'en faire une étude exhaustive. Qu'il nous suffise de préciser que dans ce cas le patient disposerait en cas de faute de l'infirmière d'un recours contre elle sur la base de l'article 1053 du Code civil.

En revanche, le régime contractuel de responsabilité semble beaucoup moins rare. Influencés par le fait que depuis 1957 les tribunaux québécois reconnaissent l'existence d'une telle responsabilité civile au niveau des médecins⁵⁷, nous ne voyons pas pour quelles raisons cela serait refusé à celui des infirmières. En cela nous partageons certaines vues du professeur Crépeau⁵⁸

57 X. v. Mellen (1957) B.R. 389.

58 — *La responsabilité civile médicale et hospitalière: évolution récente du droit québécois*, loc. cit. p. 24.

— *La responsabilité médicale et hospitalière dans la jurisprudence québécoise récente*, loc. cit. pp. 457-458.

non seulement pour les infirmières visiteuses mais encore pour les infirmières en service privé.

a) L'infirmière visiteuse.

L'infirmière visiteuse est une infirmière privée qui soigne au domicile du patient. Elle se rend personnellement au chevet d'un malade afin de lui prodiguer des soins qui en règle générale ont été prescrits par un médecin traitant. Dans cette hypothèse, le patient contracte avec l'infirmière en personne, un contrat de soins infirmiers. Pour déterminer la responsabilité d'une infirmière visiteuse il faut savoir ce à quoi elle s'engage vis-à-vis de son patient. Le contrat de soins infirmiers étant un contrat innomé, ce n'est que par le truchement de l'article 1024 du Code civil⁵⁹ que l'on peut connaître son contenu obligationnel. Les obligations de cette auxiliaire médicale établies, leur violation fautive pourra engager sa responsabilité civile, le patient disposant d'une action en dommages intérêts fondée sur l'article 1065 du Code civil. Mais la responsabilité civile d'une infirmière visiteuse n'est pas aussi étendue qu'on pourrait l'imaginer. Le contrat de soins infirmiers engendre une obligation particulière pour le patient, qui, s'il ne la respecte pas, peut mitiger la responsabilité de l'infirmière visiteuse.

1) Les obligations contractuelles de l'infirmière.

Une recherche doctrinale et jurisprudentielle⁶⁰ sur la responsabilité civile des médecins nous a conduit à la conclusion que l'infirmière est sujette à quatre obligations vis-à-vis du patient avec lequel elle a contracté: l'obligation d'obtenir l'assentiment du patient à l'acte infirmier, l'obligation au secret professionnel, l'obligation de suivre le malade, et enfin l'obligation d'administrer des soins consciencieux et modernes.

59 Art. 1024 du C.c.: "Les obligations d'un contrat s'étendent non seulement à ce qui y est exprimé, mais encore à toutes les conséquences qui en découlent, d'après sa nature, et suivant l'équité, l'usage ou la loi".

60 Voir *Griffith v. Harwood* (1899) 9 B.R. 299.
Bordier v. S. (1934) 72 C.S. 316.
X. v. Mellen (1957) B.R. 389.
G. v. C. et de Coster (1960) B.R. 161.
Lachance v. B. (1961) C.S. 625.
Vézina v. D. (1961) C.S. 245.
Dufresne v. X. (1961) C.S. 119.
Gendron v. Dupré (1964) C.S. 617.
Bergstrom et vir v. G. (1967) C.S. 513.
St-Hilaire v. S. (1966) C.S. 249.
Bernard v. C. (1969) C.S. 343.
Cimon v. Carbotte (1971) C.S. 622.

Voir pour la doctrine la note 5 p. 6.

i) Obligation d'obtenir l'assentiment du patient à l'acte infirmier.

Cette obligation consiste pour l'infirmière visiteuse à demander au patient l'autorisation de pratiquer l'acte infirmier prescrit par le médecin traitant. L'infirmière ne saurait faire cet acte sans l'accord de celui qu'elle doit soigner⁶¹. On dit que l'infirmière doit obtenir le consentement du malade à l'acte infirmier. Ce consentement ne doit pas se confondre avec le consentement nécessaire, en vertu de l'article 984 du Code civil, à la formation du contrat de soins infirmiers; c'est la raison pour laquelle nous préférons employer le terme "assentiment". L'obligation d'obtenir cet assentiment constitue une des deux facettes de l'obligation de renseigner le malade à laquelle est tenu tout médecin⁶². L'autre facette a pour effet d'obliger le médecin à informer son patient de tous les risques et conséquences inhérents à une intervention⁶³. A notre avis une infirmière, ne peut être tenue d'informer un patient des risques d'un traitement, en raison même du fait que ses connaissances médicales sont limitées. Un praticien ne peut se substituer à une infirmière pour des tâches qui requièrent une compétence particulière.

Si avant de prodiguer ses soins, une infirmière n'en demande pas l'autorisation au patient, ce dernier dispose d'une action en dommages intérêts contractuels basée sur l'article 1065 du Code civil, à condition de prouver que son assentiment à l'acte infirmier n'a pas été donné⁶⁴. L'infirmière étant tenue, envers lui, à des obligations de moyens, le malade comme nous l'avons déjà étudié a le fardeau de la preuve de la faute de sa soignante. Néanmoins dans les cas de circonstances exceptionnelles, telle l'urgence, une infirmière, comme un médecin, n'est pas obligée d'obtenir l'accord du patient pour lui administrer des soins⁶⁵. Dans ce cas aucune action en dommages intérêts n'est recevable. Récemment dans l'affaire *Lefebvre et une autre v. Lamontagne et un autre*, le juge Brossard a retenu que dans certains cas, il est du devoir d'une infirmière d'obtenir l'assentiment des parents d'un enfant avant de le prémunir contre la tuberculose en lui inoculant le vaccin B.C.G.

"C'est erronément à mon avis, et je le dis en toute déférence pour le premier juge, que celui-ci affirme que la preuve a "été établie que le médecin, en pareille

61 Si le patient est dans l'impossibilité de manifester son consentement, il est conseillé à l'infirmière de l'obtenir du représentant légal du patient ou à défaut d'un de ses propres parents.

62 Voir *Fourmier v. B.* (1969) R.L. 154.
Dufresne v. X. (1961) C.S. 119.

63 *Bordier v. S.* (1934) 72 C.S. 316.
Lachance v. B. (1961) C.S. 625.

64 L'action n'est évidemment recevable, que si le patient démontre qu'il a subi un préjudice, dont la cause directe est la violation de cette obligation particulière pesant sur l'épaule de l'infirmière.

65 *Dufresne v. X.* (1961) C.S. 119 pp. 127-129.
Beausoleil v. La Communauté des soeurs de la Charité de la Providence (1965) B.R. 37 p. 41.

circonstance, doit obtenir la permission de recommander cet acte médical. . .” toujours suivant la coutume, que c’est la fonction des autorités de l’hôpital ou des garde-malades, qui doivent donner le vaccin d’obtenir l’autorisation des parents avant de poser l’acte médical approuvé par le médecin”⁶⁶.

Ce texte s’appliquant à des infirmières exerçant dans un hôpital, ne doit-il pas s’appliquer à des infirmières privées? Nous le pensons.

ii) Obligation au secret professionnel.

L’obligation au secret professionnel ou secret médical consiste à garder silence sur tous les renseignements qu’un professionnel de la santé est amené à apprendre de son client, que celui-ci les lui ait confiés ou qu’il les ait constatés⁶⁷. L’obligation de se taire touche non seulement le médecin⁶⁸ mais encore l’infirmière⁶⁹.

Lors de ses visites, elle va pénétrer la vie intime de son malade et recevoir des confidences dont la divulgation n’est certainement pas souhaitable. Il serait regrettable que les informations ainsi recueillies, puissent faire l’objet d’une publicité aussi tapageuse que nuisible. A ce titre, si une infirmière vient à violer cette obligation en révélant la nature des maux dont souffre le patient, deux sanctions sont prévues: L’article 50 de la *Loi des infirmières et infirmiers* édicte que la violation du secret professionnel porte atteinte à l’éthique et l’honneur professionnels. Aussi le conseil de discipline de cette organisation professionnelle peut décider de peines disciplinaires allant de la simple privation du droit de vote à la radiation; c’est la première sanction⁷⁰. La deuxième sanction est la responsabilité civile contractuelle de l’infirmière. Si elle ne respecte pas le

66 (1970) C.A. 471 pp. 473-474.

67 *L.C. Robert et un autre* (1969) R.P. 41 p. 45 le juge Philippe Pothier écrit: “Le tribunal ne fait pas de différence entre ce qui a pu être divulgué au médecin et ce qu’il a pu lui-même constater par suite d’examen car il s’agit dans les deux cas de divulgation, l’une par confidences verbales et l’autre par des examens sur la personne”.

68 *Loi médicale*, S.R.Q. 1964 ch. 249, Art. 60, par. 2; Article 308, par. 2 du C.P.C. Voir également:

– J.L. Baudouin *Le secret professionnel du médecin – son contenu – ses limites.* (1963) 41 Can. Bar. Rev. p. 491.

– C.A. Bertrand *Secret professionnel et notions connexes* (1968) 28 R. du B. 69.

– A.G. Corneau *Secret professionnel et propriété du dossier médical hospitalier: un nouveau débat*, (1969) 29 R. du B. 589.

– P.-A. Crépeau *La responsabilité civile médicale et hospitalière: évolution récente du droit québécois*, loc. cit. pp. 10 et 25.
Le secret médical, Annuaire de la Société médicale de Montréal (1957) p. 17.

– W.C.J. Meredith *Medical privilege: a good or bad law?* (1959) 19 R. du B. 361.

– A. Rivard *Le médecin devant la Cour* (1950) 15 Laval medical p. 12, no. 7.

69 *Loi des infirmières et des infirmiers*, S.R.Q. 1964 ch. 252 article 50.

70 *Ibid.* Art. 51 et 52.

secret professionnel en informant l'entourage du patient ou d'une manière plus générale le public, de la maladie qui l'affecte, la victime aura la possibilité de se faire indemniser pour le préjudice ainsi subi en intentant une action en dommages-intérêts. Il va sans dire que cette action est fondée sur l'article 1065 du Code civil. Tel est donc dans la vie de tous les jours, c'est-à-dire dans la vie courante le contenu du secret professionnel. Néanmoins il est des situations où l'infirmière ne peut invoquer le secret professionnel afin de s'abstenir de parler au sujet de son patient. La première exception au secret professionnel d'une auxiliaire médicale réside dans le fait qu'elle se doit de révéler à une autre infirmière venue la remplacer les faits dont la connaissance est nécessaire pour la continuité des soins. Elle devra avoir une attitude identique vis-à-vis d'un médecin. Entre professionnels il ne saurait y avoir de secret médical dans l'intérêt de la santé du patient.

Enfin le secret professionnel n'existe pas lorsqu'elle est citée devant un tribunal. En présence de magistrats, une infirmière ne peut refuser de témoigner. Ce principe dérive de l'interprétation restrictive de l'article 308 du C.P.C. Cet article stipule que dans le domaine médical seuls les médecins et les dentistes ne peuvent être contraints de dévoiler ce qu'on leur a révélé à l'occasion de leurs fonctions⁷¹. A contrario il semble que les infirmières, non citées dans la liste du paragraphe 2 de ce texte législatif, pourront l'être. Pour elles, pas de secret professionnel au prétoire. Souhaitons une réforme de ce texte de loi, car nous ne comprenons pas pour quelles raisons, les infirmières ne pourraient pas bénéficier des mêmes droits que les médecins, ne sont-elles pas tenues pratiquement aux mêmes obligations? En outre il ne faut pas négliger le danger d'une telle situation juridique. Elle risque de permettre indirectement la violation du secret professionnel des médecins, car ce que peut taire un médecin appelé à témoigner, une infirmière ne le peut pas. Or qui pourrait nier l'étroite collaboration qui peut exister entre ces personnes, dans certaines circonstances!

iii) Obligation de suivre le malade.

Le contrat de soins conclu entre un patient et une infirmière fait peser sur les épaules de celle-ci l'obligation de suivre celui-là⁷². En d'autres mots, puisque l'infirmière s'est engagée à soigner son malade, elle doit le faire tant et

71 Art. 308 du C.P.C.: "De même ne peuvent être contraints de divulguer ce qui leur a été révélé confidentiellement en raison de leur état ou profession. . .

2. Les avocats, les notaires, les médecins et les dentistes, à moins dans tous les cas, qu'ils n'y aient été autorisés, expressément ou implicitement par ceux qui leur ont fait ces confidences.

72 Voir pour les médecins: *St-Hilaire v. S.* (1966) C.S. 249 p. 269. Le juge Eugène Marquis: "Considérant que la prétention du défendeur (médecin) qu'il considérait sa responsabilité dérogée du moment qu'il avait mandé le spécialiste Leclerc est inadmissible, puisqu'il avait accepté de traiter le malade, qu'il *devait le suivre*, avoir la compétence de donner le traitement approprié pour protéger la vie et les membres de son patient et qu'il ne pouvait être dérogé de sa responsabilité tant et aussi

aussi longtemps que cela est nécessaire pour le bien-être de son client. Elle n'a pas le droit de le laisser voué à son propre sort. Ceci est d'autant plus important qu'il peut arriver, pour des raisons personnelles, qu'une infirmière soit obligée d'interrompre momentanément ses fonctions; dans ce cas, elle est tenue de pourvoir à son remplacement. A défaut d'observer une telle attitude, il ne fait aucun doute que le patient peut intenter une action en dommages-intérêts contractuels contre elle. Les incidences de l'obligation de suivre, ne s'arrêtent pas là. Lorsqu'une infirmière s'absente en cours de traitement deux situations peuvent se produire: ou bien la nouvelle infirmière se substitue à l'ancienne en passant un nouveau contrat avec le patient, ou bien elle ne fait que la remplacer. En cas de substitution d'une infirmière par une autre, aucune difficulté ne s'élève. L'infirmière substituée, engage sa responsabilité civile contractuelle personnelle, si elle commet une faute professionnelle, sans que la première infirmière puisse être inquiétée.

En revanche en cas de simple remplacement, l'infirmière remplaçante fautive, engage la responsabilité contractuelle de l'infirmière originelle. Cette règle s'explique par le fait que seule la première infirmière s'est engagée contractuellement vis-à-vis de son patient. Dès lors qu'une faute est commise, tout se passe comme si le contrat de soins infirmiers n'avait pas été exécuté comme il aurait dû l'être. Par conséquent, le débiteur contractuel, à savoir l'infirmière initiale, est responsable. L'adage *qui facit per alium facit per se* s'applique sans aucun doute. De fait la jurisprudence québécoise a retenu une solution similaire dans l'affaire *Dame Bergstrom et vir v. G.* Un médecin G. s'engage à soigner madame Bergstrom. Il se fait remplacer par un docteur P. pendant la longue fin de semaine de la fête du travail, durant laquelle il s'absente. Malheureusement pour elle, le docteur P. demeure introuvable pendant ces quelques jours de fête si bien que par manque de soins, on doit finalement amputer cette patiente. Le tribunal par le truchement du juge Demers a décidé que le médecin G. était responsable de ne pas s'être suffisamment occupé de cette personne, mais également responsable "for the failure of his assistant to take over during the week end"⁷³.

Un problème subsiste à propos de l'obligation de suivre: celui de savoir quand il y a lieu à un nouveau contrat ou quand le contrat initial est simplement continué par une remplaçante. A ce sujet nous pensons qu'il faut laisser au juge un pouvoir d'appréciation discrétionnaire en fonction de toutes les circonstances entourant l'affaire.

Dans la mesure où il n'y a eu qu'un simple remplacement d'une infirmière par une autre, et qu'aucun nouveau contrat n'a été créé entre l'infirmière

longtemps qu'un autre médecin dûment qualifié n'avait pas pris charge définitivement du malade et que son client ne l'avait pas libéré".

P.-A. Crépeau, *La responsabilité civile médicale et hospitalière: évolution récente du droit québécois*, loc. cit. pp. 12 et s.

73 (1967) C.S. 513 p. 517.

remplaçante et le patient, ce dernier dispose bien sûr d'une action en dommages-intérêts délictuels fondée sur l'article 1053 du Code civil contre cette remplaçante. Finalement, il a le choix de poursuivre soit l'une soit l'autre de ses soignantes⁷⁴. La première par la voie contractuelle, la deuxième par la voie délictuelle. Il reste entendu que si le patient parvient à faire condamner la première infirmière sur une base contractuelle, cette dernière pourra se retourner contre la remplaçante en vertu d'une action pour inexécution ou exécution défectueuse d'un contrat dit de remplacement. Ce contrat est une convention par laquelle la première infirmière engage les services d'une seconde infirmière, moyennant en principe rémunération, pour la remplacer pendant un certain temps.

iv) *Obligation d'administrer des soins consciencieux et modernes.*

Cette obligation est de loin, la plus évidente des obligations inhérentes au contrat de soins infirmiers. Elle est si essentielle, que sans elle le contrat lui-même n'aurait aucune valeur ni signification. C'est la Cour de Cassation qui, en l'année 1936, lui a donné ses lettres de noblesse en énonçant que ceux qui soignent, sont tenus "de donner des soins. . . consciencieux, attentifs et, réserve faite des circonstances exceptionnelles, conformes aux données acquises de la science"⁷⁵. Concernant primitivement les médecins⁷⁶, il ne fait aucun doute que cette définition puisse s'appliquer aux infirmières. Un point est certain, c'est que l'infirmière n'est pas tenue de guérir son patient, mais tâcher de le guérir. C'est la raison pour laquelle on dit qu'elle est astreinte à une obligation de moyens et non pas à une obligation de résultat. Elle doit employer tous les moyens nécessaires et raisonnables en vue du bien-être de son patient, mais ne saurait jamais être déclarée responsable si la maladie l'affectant ne guérit pas. Il ne faut pas négliger le fait que l'infirmière doit administrer des soins modernes. Cela signifie que les tribunaux ne pourront tolérer qu'une infirmière pratique son art tel qu'il lui a été enseigné durant ses études. Comme le médecin⁷⁷, l'infirmière doit se tenir au courant des usages et coutumes professionnels récents dans l'administration de soins infirmiers. On ne saurait trop insister sur l'importance fondamentale des cours de recyclage, une des formes de l'éducation permanente, dont la nécessité se fait de plus en plus sentir dans toutes les activités professionnelles.

74 Une poursuite contre les deux infirmières ne saurait réussir, si elle a pour but de permettre l'octroi d'une double indemnisation de la victime.

75 Cass. civ. 20 mai 1936 D 1936-1-88.

76 P.-A. Crépeau, *La responsabilité médicale et hospitalière dans la jurisprudence québécoise récente*, loc. cit. pp. 456 et s.

77 *St-Hilaire v. S.* (1966) C.S. 249 p. 270. Le juge Eugène Marquis écrit: "Considérant que le médecin qui pratique depuis trente ans ne peut non plus prétendre qu'il puisse traiter ses malades de la même façon qu'au moment où il a été admis à l'exercice de la médecine, puisque la science et les méthodes ont évolué et qu'il est du devoir du médecin pratiquant ou du spécialiste d'utiliser les moyens qui sont à sa disposition et qui sont de nature à protéger la santé et les membres de ses patients".

Pour savoir si une infirmière a administré des soins consciencieux et modernes, les tribunaux adoptent nous l'avons déjà vu, un critère objectif dit *in abstracto*, par lequel grâce aux témoignages d'experts, aux us et coutumes professionnels, ils arrivent à déterminer si oui ou non le comportement d'une infirmière présente des déficiences évidentes. Dans le cas d'une infirmière visiteuse deux situations peuvent se présenter. Ou bien elle exécute scrupuleusement une prescription erronée ou bien elle commet une faute dans l'exécution d'une prescription scrupuleuse.

Dans la première hypothèse, celle où une erreur s'est glissée dans la prescription, sans doute est-elle tenue d'avertir le médecin, mais si celui-ci confirme les soins prescrits, aucune responsabilité ne pèsera sur les épaules de l'infirmière. En revanche si une infirmière ne s'aperçoit pas d'une erreur dans la prescription du médecin, une exécution à la lettre de cette prescription ne saurait engendrer sa responsabilité civile à moins que dans des circonstances identiques, une infirmière compétente, diligente et consciencieuse doive normalement s'en apercevoir. Ces solutions s'expliquent par le fait, qu'une infirmière si compétente soit-elle a des connaissances limitées dans le domaine médical qui l'empêchent d'apprécier la valeur d'une prescription. On ne saurait lui en faire grief. Rappelons-nous ce qu'affirme le juge Taschereau dans *Hôpital Notre-Dame v. Dame Villemure et Docteur Turcot v. Dame Villemure*:

"On ne peut concevoir que des infirmières puissent soigner un patient à leur gré et à l'encontre des prescriptions du médecin traitant. Un tel état de chose rendrait le travail du médecin quasi impossible et ce, évidemment au préjudice du patient"⁷⁸.

La deuxième hypothèse est celle où une infirmière visiteuse commet une faute dans l'exécution de soins infirmiers, bien que la prescription soit rigoureusement exacte. Dans ce cas, la victime pourra tenter une action en responsabilité sur la base de l'article 1065 du Code civil. Il importe ici d'attirer l'attention des infirmières sur un danger qui les guette: la connaissance de leurs limites. Dans le cadre de ses compétences, on ne saurait blâmer une infirmière d'administrer des soins infirmiers normaux, dans l'intérêt du patient, même sans directive du médecin. Il n'en va pas de même, en matière de soins médicaux *stricto sensu*. En principe, sauf circonstances exceptionnelles, une infirmière doit s'abstenir de toute initiative personnelle dans ce domaine. Si elle prend sur elle de faire un acte habituellement du ressort d'un médecin, sa conduite sera analysée par comparaison avec celle qu'aurait eue dans les mêmes circonstances, non pas une "bonne infirmière" mais un médecin prudent et diligent. C'est l'appréciation *in abstracto* de la faute. On imagine aisément les risques auxquels s'expose une infirmière même de bonne foi. Il n'y a qu'à se souvenir de l'affaire *Filion v.*

78 (1970) C.A. 538, p. 550.

— Une infirmière qui exécute une prescription erronée engage sa responsabilité personnelle indépendamment de celle du médecin.

*Hôpital Ste-Justine*⁷⁹ où un enfant de dix-huit mois fut amputé à la suite d'une veni-puncture pratiquée par une infirmière dans la veine fémorale de la jambe droite de l'enfant. Le témoignage des experts ayant démontré que dans les mêmes circonstances, cet acte médical est pratiqué par un "bon médecin" d'abord dans la veine jugulaire externe, la responsabilité de l'infirmière a été retenue⁸⁰.

2) L'obligation contractuelle du patient: la collaboration.

En dehors de l'obligation de payer les honoraires dus⁸¹, le patient est tenu vis-à-vis de son infirmière à une obligation de collaboration. Cette obligation préconisée par le professeur Kouri dans les rapports patient-médecin⁸² s'applique également dans ceux de patient à infirmière. Si un patient n'exécute pas cette obligation contractuelle, la responsabilité civile de l'infirmière en cas de faute de sa part peut être mitigée. A la limite elle pourrait même, dans certaines circonstances laissées à l'appréciation discrétionnaire des tribunaux, exonérer totalement une auxiliaire médicale. Mais en quoi consiste cette obligation?⁸³ Selon nous cette obligation repose sur l'idée qu'il faut que le patient participe à sa propre guérison en donnant à sa soignante tous les renseignements susceptibles de l'aider. Ainsi le patient ne doit absolument rien cacher à l'infirmière si les soins, à lui prodigués, le font souffrir. Il doit également être réceptif à toutes les questions posées par l'infirmière.

En outre le patient doit se ranger aux ordres donnés par elle. A cet effet il lui est conseillé d'adopter les positions demandées, ainsi qu'une certaine docilité, même si les soins infirmiers sont assez douloureux. Enfin il est inutile de s'étendre longuement sur le fait que le patient doit être présent chez lui au moment où l'infirmière vient le visiter. Souvent la régularité des soins est une condition du recouvrement de la santé⁸⁴.

b) L'infirmière en service privé.

Au même titre qu'une infirmière visiteuse, une infirmière en service privé est une personne indépendante. Alors qu'une infirmière visiteuse soigne au domicile d'un patient, une infirmière en service privé exerce son art dans un

79 28 février 1966, Montréal C.S. no. 521 137 (non rapporté).

80 Nous verrons ultérieurement ce qu'il faut penser des médecins et des hôpitaux exigeant de leurs infirmières de poser des actes médicaux.

81 Signalons que cette obligation n'influe en rien sur la responsabilité civile de l'infirmière et doit s'analyser en fonction des lois sociales québécoises.

82 R.P. Kouri, *The patient's duty to cooperate* (1972) 3 R.D.U.S. p. 43.

83 Nous renvoyons le lecteur à l'article du professeur Kouri qui a fait une étude exhaustive de la question en droit comparé Américain, Anglais, Canadien-anglais, Français, Québécois.

84 Voir pour les médecins: *Cimon v. Carbotte* (1971) C.S. 622.

hôpital. Cette dernière contracte personnellement avec le patient hospitalisé, un contrat de soins infirmiers. Il résulte de cela, que tout ce que nous avons écrit sur l'infirmière visiteuse, s'applique sans restrictions à cette personne en ce qui concerne sa responsabilité civile. De nature contractuelle, elle est bien sûr fondée sur l'article 1065 du Code civil.

Jusqu'ici pas de problème; mais des difficultés peuvent se présenter en raison même du cadre dans lequel l'infirmière en service privé opère. En effet les soins infirmiers qu'elle est amenée à prodiguer sont de deux natures différentes: des actes médicaux et des actes hospitaliers. Les seconds constituent des soins infirmiers normaux et courants⁸⁵. Un médecin avisé est en droit de s'attendre qu'une infirmière en service privé exécute mot pour mot la prescription les ordonnant. En cas de faute professionnelle de l'infirmière, engendrant un préjudice certain, cette personne, et uniquement elle, engage sa responsabilité civile⁸⁶.

En revanche une déplorable habitude s'est développée dans certaines institutions hospitalières, celle de permettre, voire obliger certaines infirmières à faire des actes dits médicaux. Par là même les contours des soins infirmiers se sont élargis à un point tel qu'ils n'ont pour nous plus aucune signification. Le concept de soins infirmiers nouvelle facture, ne reflète en rien l'esprit de l'activité d'une infirmière. Nous allons essayer de le démontrer. Lorsqu'une infirmière en service privé exécute un acte médical sur prescription d'un médecin, son comportement en cas de dommages corporels subis par un patient s'analyse *in abstracto* c'est-à-dire par rapport au comportement qu'aurait eu dans les mêmes circonstances non pas une "bonne infirmière" mais un "bon médecin". Les connaissances scientifiques médicales de ces auxiliaires de la santé étant limitées, on imagine sans mal les risques auxquels elles s'exposent en faisant de tels actes. De plus, faire un acte médical pour un non médecin constitue l'exercice illégal de la médecine⁸⁷; or n'est-ce point ce à quoi se livre une infirmière en agissant de cette manière?

En conséquence, lorsqu'une infirmière en service privé commet une faute professionnelle en posant un acte médical prescrit par un médecin, le patient dispose d'une action en responsabilité contractuelle contre elle. L'acte médical est pour une infirmière un acte beaucoup plus délicat et grave qu'un acte hospitalier; le moins que l'on puisse attendre d'un médecin qui l'a prescrit

85 Selon nous, la catégorie des actes hospitaliers comprend non seulement des soins infirmiers, mais également des actes médicaux courants. Ces derniers sont si fréquemment administrés par des infirmières, que l'on peut semble-t-il les considérer comme étant du ressort d'un hôpital. (Intraveineuse, installation d'un tube gastrique, cathétérisme vésical et installation d'une sonde vésicale, toucher vaginal).

86 Selon nous l'infirmière n'engage pas la responsabilité de l'hôpital où elle travaille car aucun lien ne la lie à lui ni sur le plan contractuel ni sur le plan délictuel (pas de lien de préposition au sens de l'article 1054 al. 7 du C.c.).

87 M.M. Paquin, *L'exercice illégal de la médecine* (1971) 2 R.D.U.S. 115.

c'est qu'il surveille l'infirmière en train d'agir. Cette obligation de surveillance, à n'en point douter, fait partie intégrante du contrat de soins médicaux que le malade a conclu avec le praticien. Partant si le médecin manque à son obligation, la responsabilité de ce dernier sera engagée mais uniquement à titre personnel en fonction de l'article 1065 du C.c. Le patient a par conséquent des chances d'obtenir des dommages-intérêts non seulement de l'infirmière, mais encore du médecin. Il va sans dire que ce double recours ne saurait justifier une double indemnisation du préjudice subi par la victime.

B) L'INFIRMIÈRE DIRIGÉE

Par le terme infirmière dirigée nous voulons faire allusion aux infirmières qui sont généralement liées à un médecin ou à un hôpital, par un contrat de louage de services. Nous abordons ici la responsabilité civile du fait d'autrui⁸⁸. Cette responsabilité a suivant les circonstances soit une nature délictuelle soit une nature contractuelle. Le régime délictuel de responsabilité du fait d'autrui a eu généralement la faveur de nos magistrats⁸⁹. C'est le triomphe de l'article 1054 al. 7 du Code civil à condition qu'il existe un lien de préposition entre deux individus dont un est le commettant l'autre le préposé. Or nous allons voir que les difficultés suscitées par la notion de "rapport de préposition" peuvent s'estomper et disparaître si l'on substitue au régime délictuel de responsabilité, le régime contractuel. Dans ce cas il importe seulement d'étudier le contenu obligationnel du contrat de soins médicaux et du contrat de soins hospitaliers. Nous étudierons successivement les hypothèses où une infirmière est l'employée d'un médecin dans un cabinet médical, et l'employée d'une institution hospitalière.

a) L'infirmière dans un cabinet privé de médecin.

Dès qu'un patient se présente au domicile d'un médecin qui exerce sa profession dans un cabinet personnel, prend naissance un contrat de soins médicaux⁹⁰. Mais les rapports d'un patient et de son médecin peuvent également être délictuels.

88 P.-A. Crépeau *La responsabilité médicale et hospitalière dans la jurisprudence québécoise récente*, loc. cit. pp. 443 et s.

A. Mayrand *La responsabilité du dentiste* (1957-8) 8 THémis pp. 16 et s.

89 Léon Cardin v. *La Cité de Montréal* (1961) S.C.R. 655.

Beausoleil v. *La Communauté des soeurs de la Charité de la Providence* (1965) B. R. 37.

I'ilion v. Hôpital Ste-Justine, 28 février 1966 Montréal 521 137 (non rapporté)

Martel v. Hôtel Dieu St-Vallier et Vigneault v. Martel (1969) S.C.R. 745.

Hôpital Notre-Dame v. Dame Villemure et docteur Turcot v. Dame Villemure (1970) C.A. 538, infirmé récemment par la Cour Suprême le 29 juin 1972.

90 X. v. *Mellen* (1957) B.R. 389 pp. 408-409. Le juge Bissonnette affirme: "En effet, dès que le patient pénètre dans le cabinet de consultation du médecin, prend naissance entre celui-ci et le malade, par lui-même ou pour lui-même un contrat de soins professionnels".

1) Le régime contractuel de responsabilité.

Aux termes d'une jurisprudence bien établie⁹¹, le médecin est tenu envers son patient à plusieurs obligations. Elles dérivent d'une analyse du rapport liant ces deux parties, faite conformément aux dispositions qu'édicté l'article 1024 du C.c. Sans prétendre développer d'une manière exhaustive le contenu obligationnel de ce contrat, précisons que le médecin est tenu à quatre obligations principales. La première est l'obligation de renseigner le malade; elle signifie que le médecin doit informer son client sur les risques inhérents à toute intervention médicale qu'il se propose de faire, et doit aussi obtenir son consentement à cette action. La deuxième est l'obligation au secret professionnel par laquelle le médecin doit taire tout ce qu'il sait de son patient ayant un certain rapport avec sa maladie. Aux termes de la troisième obligation, l'obligation de suivre, le praticien doit s'occuper du patient tant et aussi longtemps que sa santé le requiert. C'est ainsi que même pour une absence peu longue, le praticien doit pourvoir à son remplacement. Enfin la quatrième obligation impose au médecin de soigner "prudemment, diligemment, consciencieusement, attentivement, et réserves faites des circonstances exceptionnelles, conformément aux données actuelles de la science".

Or il peut arriver que pour exécuter ces obligations, un médecin se fasse assister par une infirmière qu'il engage et rémunère à cet effet. L'infirmière s'immisce ainsi dans le contrat de soins médicaux dont elle assume une partie des obligations. Si l'infirmière commet une faute professionnelle elle entraîne indirectement l'inexécution des obligations du médecin, et par voie de conséquences sa responsabilité civile contractuelle. Une fois de plus est illustrée la maxime *qui facit per alium facit per se*. Quoi qu'il en soit le patient peut également intenter l'action délictuelle de l'article 1053 du Code civil, contre l'infirmière car aucun contrat n'existe entre eux. On voit, ici encore, que le patient a un choix, qui ne peut néanmoins justifier un cumul d'indemnités.

Supposons que le médecin soit poursuivi contractuellement et condamné à verser des dommages-intérêts à sa victime, peut-il se retourner contre l'auxiliaire médicale? Une réponse affirmative est de rigueur, le médecin a un recours fondé sur l'inexécution du contrat de louage de services passé avec son employée.

91 Voir *Griffith v. Harwood* (1899) 9 B.R. 299.
Bordier v. S. (1934) 72 C.S. 316.
X. v. Mellen (1957) B.R. 389.
G. v. C. et de Coster (1960) B.R. 161.
Lachance v. B. (1961) C.S. 625.
Vézina v. D. (1961) C.S. 245.
Dufresne v. X. (1961) C.S. 119.
Gendron v. Dupré (1964) C.S. 617.
Bergstrom et vir v. G. (1967) C.S. 513.
St-Hilaire v. S. (1966) C.S. 249.
Bernard v. C. (1969) C.S. 343.
Cimon v. Carbotte (1971) C.S. 622.

Voir pour la doctrine la note 5 p. 6.

En principe le recours du médecin contre l'infirmière devrait être égal au montant de la somme à laquelle il a été condamné; cependant notre position est beaucoup plus nuancée lorsque l'acte accompli par l'auxiliaire médicale qualifiée, est un acte médical. Ici nous sommes convaincus que le médecin ne dispose pas d'un recours pour l'intégralité de la somme qu'il a été condamné à payer. Un partage de responsabilité serait une solution plus équitable, car si le médecin commet une faute en se rendant complice du délit d'exercice illégal de la médecine, l'infirmière de son côté en commet une, en ne refusant pas d'agir. En effet l'article 50 de la *Loi des infirmières et infirmiers*⁹² édicte que déroge à l'éthique et à l'honneur professionnels toute infirmière exerçant la médecine contrairement aux dispositions de la Loi médicale⁹³. Il reste certes aux juges le pouvoir discrétionnaire de doser ce partage.

2) Le régime délictuel de responsabilité.

Au demeurant, plus rare, le problème peut se poser d'une manière différente, si aucun contrat ne scelle les rapports d'un médecin et d'un patient. C'est le cas d'un patient apporté inconscient chez un médecin, ou d'une manière plus générale c'est l'hypothèse où le patient n'a pas donné son consentement à la formation du contrat de soins médicaux. Pour que l'article 1054 al. 7 du Code civil puisse s'appliquer, deux conditions doivent être remplies. Il faut tout d'abord un lien de préposition entre le médecin et l'infirmière. Ceci implique un état de subordination du préposé (l'infirmière) vis-à-vis de son commettant (le médecin). En deuxième lieu pour entraîner la responsabilité de son commettant le patient doit prouver que l'infirmière a commis une faute professionnelle dans l'exercice de ses fonctions, sur la base de l'article 1053 du Code civil. La faute prouvée de l'infirmière présume la responsabilité de son employeur, le médecin. On voit immédiatement l'intérêt de pouvoir invoquer le régime contractuel de responsabilité, car à ce moment là, il n'est pas nécessaire qu'un lien de subordination existe entre l'infirmière et le médecin. Seul importe le contenu obligationnel du contrat de soins médicaux dans lequel un tiers s'est immiscé. Au niveau délictuel, l'action peut donc être dirigée contre le médecin sur la base de l'article 1054 al. 7 du Code civil. Certes si le patient le désirait, il pourrait intenter une action en justice uniquement contre l'infirmière, en vertu de l'article 1053 du C.c. Mais bien souvent son patrimoine étant *tabula rasa*, il est préférable de s'en prendre au plus solvable: le médecin.

Si le médecin poursuivi, est condamné à réparer pécuniairement les dommages corporels causés par la faute de son infirmière, dispose-t-il d'un recours contre cette dernière? Une réponse affirmative s'impose. Le commettant est

92 *Loi des infirmières et infirmiers* S.R.Q. 1964 ch. 252 Art. 50: "Sont déclarés actés dérogatoires à l'éthique et à l'honneur professionnels; 9° Le fait pour toute infirmière de donner des consultations médicales, de prescrire des médicaments ou d'exercer la médecine contrairement aux dispositions de la Loi médicale.

93 *Loi médicale* S.R.Q. 1964 ch. 249.

tenu de payer la dette du préposé. Etant tenu pour un autre au sens de l'article 1156 al. 3 du Code civil le médecin est subrogé légalement dans les droits de la victime contre l'infirmière et bénéficie contre cette personne d'un recours délictuel⁹⁴. En ce qui concerne le recours du médecin, il faut semble-t-il faire une distinction entre les actes normaux, courants, par opposition aux actes médicaux. A propos de ces derniers, nous pencherons pour un partage de responsabilité laissée à l'appréciation discrétionnaire de nos tribunaux⁹⁵.

b) L'infirmière dans un hôpital privé.

Lorsqu'une infirmière travaille dans un hôpital privé, par lequel elle a été engagée, les problèmes revêtent une certaine acuité. La situation de l'infirmière quant à sa responsabilité civile, se corse en raison des nombreuses tâches qu'elle est susceptible d'assumer. Eliminons tout de suite, un recours risquant de n'offrir qu'un intérêt théorique. Si une infirmière commet une faute professionnelle durant l'exercice de sa profession, le patient victime peut intenter contre elle une action délictuelle fondée sur l'article 1053 du Code civil, aucun contrat ne liant les deux parties. L'inconvénient de ce recours se situe au niveau de la solvabilité de l'infirmière. Très souvent son patrimoine est vide de tout contenu, d'où le caractère théorique d'un recours à l'encontre d'une telle personne⁹⁶.

La complexité de la question résulte du fait que lorsqu'un patient est hospitalisé deux contrats prennent naissance: un contrat médical dont nous connaissons le contenu, passé avec un médecin qui pratique à l'hôpital⁹⁷ et un contrat hospitalier avec l'institution où il reçoit des soins. Par conséquent le patient est créancier d'obligations contractuelles envers deux personnes, une personne physique et une personne morale. Dans le cadre de ces obligations de nature différente, vient se greffer l'activité de l'infirmière. En cas de faute de sa part, qui du médecin ou de l'hôpital sera responsable? Nous abordons le problème de la répartition des responsabilités civiles entre un hôpital et un médecin. Inutile de préciser que la frontière existant entre ces deux responsabilités est assez imprécise. Selon nous la solution réside dans une analyse de la spécialisation et de la division des fonctions entre un médecin et un hôpital privé. Une fois déterminé de qui relève les soins prodigués par une infirmière, il est très aisé d'imputer soit au médecin soit à l'institution hospitalière, la responsabilité de la faute de cette auxiliaire médicale. En effet cette dernière est introduite dans l'exécution des obligations assumées par le médecin et dans celles dues par l'hôpital. Si elle cause un préjudice au patient par sa négligence

94 M. Dubé: *A la recherche d'un fondement juridique à l'action récursoire*, (1970) R.D.U.S. 149 p. 154.

95 Nous renvoyons le lecteur à ce que nous avons déjà expliqué au niveau du régime contractuel de responsabilité.

96 P.-A. Crépeau, *La responsabilité civile du médecin et de l'établissement hospitalier* op. cit. p. 119.

97 Dans la plupart des cas le patient choisit son médecin ou chirurgien.

professionnelle, tout se passe comme si, en réalité, le médecin ou l'hôpital n'avait pas exécuté ses propres obligations. Partant l'adage *Qui facit per alium, facit per se* justifie une fois de plus la responsabilité du débiteur contractuel qui s'est substitué un tiers dans l'exécution de ses obligations. Pour solutionner le problème de la répartition des responsabilités civiles doctrine et jurisprudence⁹⁸ québécoises ont adopté une *summa divisio*: à savoir les actes médicaux et les actes dits hospitaliers. Les médecins seraient tenus des premiers, alors que les hôpitaux devraient exécuter les seconds⁹⁹. Or, si les usages professionnels sont appelés à jouer un rôle déterminant dans l'identification médicale ou hospitalière des soins infirmiers, il faut déplorer l'absence de texte législatif venant alors toute discussion possible¹⁰⁰. Ce faisant, chaque affaire médicale est un cas d'espèce laissée à l'appréciation des tribunaux. Nous verrons ultérieurement que l'inexistence d'un critère absolu de distinction entre les actes médicaux et les actes hospitaliers est à l'origine d'une incertitude jurisprudentielle, dans ce domaine du droit médical, pour le moins néfaste. Quoi qu'il en soit pour savoir qui du médecin ou de l'hôpital doit être garant des fautes professionnelles des infirmières, il importe de séparer les soins infirmiers administrés dans les locaux spécialisés d'un hôpital de ceux prodigués dans les locaux réguliers de celui-ci.

1) Les soins infirmiers administrés dans les locaux spécialisés.

Par locaux spécialisés, nous entendons tout endroit où un patient reçoit des soins à la suite d'une intervention chirurgicale. Il est en effet des lieux particuliers où un patient fait l'objet de soins qui gravitent autour de l'opération. Ces soins précèdent ou suivent l'acte opératoire.

i) Les soins au bloc opératoire.

Dans la salle d'opération, il ne fait aucun doute que le chirurgien est le chef de l'opération. Tout étant étroitement subordonné à son action, il répond de toutes les fautes professionnelles des auxiliaires qui se trouvent, l'espace d'un moment, sous ses ordres immédiats. La qualité de "patron" de l'acte opératoire a plusieurs fois été reconnue par la jurisprudence au profit du

98 P.-A. Crépeau *La responsabilité civile du médecin et de l'établissement hospitalier*: op. cit. p. 127.

A. Larouche *Les obligations*, Recueil de Doctrine, Vol. 3 Université d'Ottawa, p. 165.

L. MacDougall *Liability of Hospitals, Doctor and Nurses*, (1942) 2 R. du B. 165 p. 170.

Voir dans le domaine délictuel: *Mellen v. Nelligan* (1956) R.L. 129 p. 162.

99 Ce sont les règles normales, à défaut de clauses expresses, à l'effet contraire. Un hôpital pourrait très bien s'engager envers un patient à assumer certains ou tous les soins médicaux.

100 En droit français voir l'arrêté du 31 décembre 1947 relatif aux actes que peut exécuter un auxiliaire médical qualifié. (R. Savatier, J.M. Auby, J. Savatier, H. Péquignot, *Traité de Droit médical*, Paris 1956 pp. 54 et 55.

chirurgien. Même si ces arrêts consacrent le régime délictuel de responsabilité, le principe en est établi. Déjà en 1938 dans l'affaire *X. v. Rajotte* le juge Rivard estime:

“Le chirurgien était maître de l'opération et c'est à lui qu'incombait le devoir de la mener à bonne fin. Ses aides étaient sous ses ordres et il en était responsable” 101.

Dans cette hypothèse, le patient peut tenter une action en responsabilité civile contractuelle contre le chirurgien ayant pratiqué l'opération.

ii) Les soins pré-opératoires et post-opératoires.

Lorsqu'un patient subit une intervention chirurgicale, il est nécessaire de procéder à des soins qui préparent l'opération, au même titre qu'il faut prodiguer des soins pour remédier au choc opératoire. Si durant l'intervention, le chirurgien est tenu de surveiller tout le personnel subalterne qui l'aide à exécuter ses propres obligations, on ne peut raisonnablement l'astreindre à veiller sur tous les soins administrés à l'occasion de l'acte opératoire. L'exercice même de la médecine deviendrait impossible. C'est la raison pour laquelle lorsqu'un patient est hospitalisé, soit en passant par la salle d'urgence, soit sur rendez-vous préalable, le personnel infirmier peut être appelé à faire des actes courants, normaux. Ces actes entrent dans la catégorie des soins hospitaliers incombant à l'hôpital. Une faute professionnelle de l'infirmière dans l'exercice de ces actes, entraînera la responsabilité contractuelle de l'hôpital. Il va sans dire que ce dernier pourra toujours se retourner contre son personnel, sur une base contractuelle, pour mauvaise exécution du contrat de louage de service les liant. Quant aux actes médicaux que l'infirmière est chargée d'administrer, ils pénètrent dans la catégorie des soins médicaux que le médecin s'est engagé de faire envers son patient par le contrat médical. Dans cette hypothèse, le médecin répond des fautes de l'infirmière. Un médecin condamné dans un tel cas pourra se retourner contre l'infirmière sur une base délictuelle, aucun contrat n'existant entre eux. Ici encore, comme nous l'avons déjà exposé, seul un partage de responsabilité laissé à l'appréciation discrétionnaire des juges nous paraît constituer un règlement équitable. De même, l'état d'un patient peut nécessiter des soins post-opératoires. Ces soins, en règle générale, font partie intégrante des activités normales d'un hôpital. Leur administration intervient principalement dans une “salle de réveil” ou bien dans une “salle de soins intensifs”. Si une infirmière commet une faute, la responsabilité civile contractuelle de l'hôpital ne fait aucun doute. Ces soins relèvent davantage de l'hôpital que d'un médecin traitant.

101 (1938) 64 B.R. 484 p. 492.

Voir le chirurgien chef de l'opération.

- *Dame Ducharme v. Royal Victoria Hospital and another* (1940) 69 B.R. 162 p. 180.
- *Elder et Dame Elder et Autres v. King* (1957) B.R. 87 p. 89.

C'est ce qui a du reste déjà été jugé, par la Cour supérieure en 1910 dans l'affaire *Marchand v. Bertrand*¹⁰² où le juge Bruneau a décidé que l'on ne saurait rendre responsable un médecin d'une faute commise par une personne dans l'exécution de soins post-opératoires courants, en l'occurrence, appliquer des briques chaudes sur le patient en vue de le réchauffer. Il peut certes arriver que durant la période suivant l'opération, une infirmière à la requête d'un médecin soit amenée à faire certains actes médicaux; dans ce cas, une faute de cette auxiliaire engendrera automatiquement la responsabilité civile contractuelle du médecin. Si celui-ci est condamné, il pourra prendre une action sur la base de l'article 1053 du Code civil, contre cette infirmière, aucun contrat ne scelle en effet leurs rapports. Selon nous, il reviendra au juge de partager la responsabilité entre ce médecin, qui fait faire par autrui ce qu'il devrait normalement faire, et cette infirmière qui a commis une faute professionnelle.

2) Les soins infirmiers administrés dans les locaux réguliers.

Par locaux réguliers, nous voulons faire allusion aux "chambres" dans lesquelles sont introduits les patients soit avant soit après une intervention médicale. Dans ces lieux ordinaires d'un hôpital privé, les malades sont appelés à recevoir un certain nombre de soins, qui leur sont généralement administrés par les infirmières. La plupart de ces soins dits hospitaliers incombent à l'hôpital en vertu du contrat hospitalier passé avec le patient hospitalisé. Pour remplir ses obligations l'hôpital se substitue un "tiers" à savoir une infirmière avec laquelle il est généralement lié par un contrat de louage de services. Il résulte de ce procédé que si l'infirmière commet une faute professionnelle, elle ne permet pas à l'hôpital d'honorer les propres obligations auxquelles il s'était engagé. L'hôpital est par conséquent responsable contractuellement des fautes de ses auxiliaires¹⁰³. Bien sûr tous les actes que sont appelés à faire les infirmières ne sont pas hospitaliers. De temps à autre, les médecins leur délèguant à tort, leur pouvoir, elles peuvent être amenées à faire des actes médicaux. S'immisçant par le fait même dans le contrat de soins médicaux passé entre le médecin et le patient, en cas de faute professionnelle de leur part, elles engagent automatiquement la responsabilité contractuelle des médecins¹⁰⁴.

Bien qu'un lien contractuel existe non seulement entre un patient et son médecin, mais encore entre le patient et l'hôpital, on est obligé de constater que la jurisprudence a fait appel jusqu'à ces dernières années au régime délictuel de responsabilité en matière médicale. Seul a compté aux yeux de nos magistrats

102 (1910) 39 C.S. 49.

103 L'hôpital condamné dispose d'un recours en responsabilité contractuelle contre l'infirmière sur la base de l'exécution défectueuse du contrat de louage de services par lequel ils sont liés.

104 Un médecin condamné dispose d'un recours délictuel sur la base de l'article 1053 du C.c. contre l'infirmière, aucun contrat n'existant entre eux. Dans ce cas, nous préconisons un partage de responsabilité, laissé à l'appréciation des juges.

l'article 1054 al. 7 du Code civil. Ainsi dans la cause *Mellen v. Nelligan*, à propos de soins administrés par des internes et des infirmières le juge Brossard écrit:

"The interns, on the other hand, are, by their functions and under the terms of their contractual relations with the hospital, primarily the agents of the hospital, they remain the "préposés" of the hospital in connection with all the cares, treatments and services they render to patients of the hospital within the scope of the services which the hospital has undertaken and is entitled to give to the patient, as distinguished from the cases which pertain exclusively to the sole professional jurisdiction and discretion of the surgeon; in regard to the latter cares, the interns are under the sole control of the surgeon and become, in respect thereto, the "préposés" of the surgeon"¹⁰⁵.

L'attitude de nos tribunaux devant ce problème est pour le moins critiquable, car elle conduit les magistrats à fonder leur décision sur la notion de préposition. Or dans le domaine de la responsabilité contractuelle, la qualité de préposé importe peu. Ce qui est important c'est le contenu obligationnel du contrat médical et du contrat hospitalier. Que la personne que le médecin ou l'hôpital s'est substitué lui soit subordonnée ou non n'a aucune espèce d'importance. Dès lors qu'un débiteur contractuel se fait remplacer par une personne dans l'exécution de ses obligations, il répond de cette personne. La responsabilité contractuelle des médecins ayant été consacrée par nos juges il convient de souhaiter qu'ils adoptent définitivement le principe de la responsabilité contractuelle des hôpitaux. A ce propos il faut signaler que les magistrats québécois ont déjà fait allusion plusieurs fois au "contrat hospitalier" sans pour autant conclure à la responsabilité civile contractuelle hospitalière¹⁰⁶. La Cour d'Appel vient de rendre récemment un jugement établissant la responsabilité contractuelle d'un hôpital dans l'affaire *Hôpital Notre-Dame v. Armand Patry*¹⁰⁷. Madame Patry, hospitalisée à l'hôpital Notre-Dame subit des brûlures graves à la suite d'un traitement aux rayons X. Six années plus tard elle intente une action contre cette institution hospitalière; cette dernière reconnaît sa responsabilité, mais plaide prescription de l'action en invoquant l'article 2262 al. 2 du Code civil¹⁰⁸.

105 (1956) R.L. 129 p. 162.

106 Voir. — *Cité de Verdun v. Mlle Thibault* (1940) 68 B.R. 1 p. 4.
 — *Les Filles de Jésus (Trois-Rivières) et une autre v. Larue et Boulianne et autres* (1963) B.R. p. 354.
 — *Beausoleil v. La Communauté des Soeurs de la Charité de la Providence and another* (1965) B.R. 37 p. 43.
 — *Hôpital Ste-Justine v. Fillion* (non rapporté) C.S. (Montréal 521-137) 28 février 1966.
 — *Martel et Hôtel Dieu St-Vallier — Vigneault et Martel* (1969) S.C.R. 745 p. 752.
 — *Hôpital Notre-Dame v. Dame Villemure et docteur Turcot v. Dame Villemure* (1970) C.A. 538 p. 540 infirmé par la Cour Suprême le 29 juin 1972.

107 (1972) C.A. 579.

108 Art. 2262 al. 2 du C.c.: "L'action se prescrit par un an dans les cas suivants:
 2. Pour lésions ou blessures corporelles, sauf les dispositions spécialement contenues en l'article 1056; et les cas réglés par les lois spéciales".

Les juges Taschereau et Lajoie rejettent la prétention des procureurs de l'hôpital au motif que si un contrat hospitalier a pris naissance entre l'appelant et l'intimé, seule la prescription trentenaire est admissible aux termes de l'article 2242 du Code civil¹⁰⁹. Souhaitons que cet arrêt opère un revirement jurisprudentiel tant attendu dans le domaine médical.

109 Art. 2242 du C.c.: "Toutes choses, droits et actions dont la prescription n'est pas autrement réglée par la loi, se prescrivent par trente ans, sans que celui qui prescrit soit obligé de rapporter titre et sans qu'on puisse lui opposer l'exception déduite de la mauvaise foi".

Conclusion

Tout au long de notre exposé, nous avons mis l'accent sur les activités de l'infirmière, qu'elle travaille pour son propre compte ou qu'elle soit l'employée soit d'un médecin soit d'un hôpital. Ainsi est-elle amenée à faire tantôt des actes médicaux, tantôt des actes hospitaliers. Mais quand peut-on affirmer d'une manière précise qu'un acte est hospitalier ou ne l'est pas? C'est un des problèmes les plus ardues du droit médical¹¹⁰. Il n'existe en effet aucun critère absolu de distinction entre ces deux espèces d'actes. Comme l'affirme le professeur Crépeau le problème est d'autant plus complexe que certains actes considérés jadis comme médicaux sont fréquemment administrés par des infirmières, au point d'avoir pénétré dans la catégorie des actes hospitaliers avec toutes les conséquences juridiques que cela peut comporter sur le plan de la responsabilité civile¹¹¹. Aussi ne faut-il pas s'étonner des incertitudes jurisprudentielles dans ce domaine où chaque procès en responsabilité médicale constitue un cas d'espèce. Le résultat étant par exemple que des garde-malades assignées à l'administration d'un traitement prescrit par un médecin cessent d'être les préposés d'un hôpital¹¹² ou que l'inoculation du B.C.G. est parfois considérée comme un acte médical, pénétrant néanmoins dans la sphère d'activité d'un hôpital¹¹³.

Plusieurs solutions ont été proposées pour résoudre ce problème. Pour certains¹¹⁴ la solution la moins mauvaise consisterait, à défaut de critères établis par le Collège des médecins et chirurgiens à se conformer à un texte du Ministère de la Santé classifiant les activités du personnel infirmier des hôpitaux.

110 P.-A. Crépeau *La responsabilité médicale et hospitalière dans la jurisprudence québécoise récente*, loc. cit. p. 469.

A.-G. Corneau *Les préoccupations légales de l'infirmière des années 1970*. L'hôpital d'aujourd'hui, janvier 1972 Vol. XVIII no. 1 p. 16.

111 P.-A. Crépeau *La responsabilité médicale et hospitalière dans la jurisprudence québécoise récente*, loc. cit. p. 469.

112 *Hôpital Notre-Dame v. Dame Villemure et Docteur Turcot v. Dame Villemure* (1970) C.A. 538 p. 549 et p. 551.

113 *Lefebvre et une autre v. Lamontagne et un autre* (1970) C.A. 471 pp. 473 et s.

114 A.-G. Corneau *Les préoccupations légales de l'infirmière des années 1970*, loc. cit. p. 16.

Inutile de dire que ce texte n'ayant pas été sanctionné par le parlement, n'a aucune valeur législative. Pour d'autres

"la distinction entre l'acte médical et l'acte hospitalier est de plus en plus difficile à établir et il est possible que, dans le doute, ce soit désormais l'hôpital qui ait à en supporter le poids et la responsabilité"¹¹⁵.

Pour d'autres enfin c'est dans le contrat intervenu entre le médecin et l'hôpital privé que se trouve la distinction des soins médicaux et hospitaliers à l'égard même du malade¹¹⁶. A ce sujet Jean Savatier écrit:

"Il suffira de rappeler que sa solution dépend non seulement de l'analyse du contrat médical et du contrat d'hospitalisation qui lient le malade respectivement, au médecin et à la clinique, mais aussi du contenu et de l'interprétation du contrat qui lie entre eux le médecin et la clinique. Il s'agit donc d'une question de fait qui doit être tranchée pour chaque cas d'espèce"¹¹⁷.

En ce qui nous concerne, nous sommes convaincus, que la meilleure façon de trancher le débat serait une loi qui distinguerait nettement les actes strictement médicaux des actes hospitaliers¹¹⁸. Pour cela souhaitons que nos députés

115 P.-A. Crépeau *La responsabilité médicale et hospitalière dans la jurisprudence québécoise récente*. Loc. cit. p. 469.

116 J.C.P. 1952 II 6743 note de René Savatier.

117 J.C.P. 1954 II 8158 note de Jean Savatier.

118 Voir en droit français, l'arrêté du 31 décembre 1947.

ARTICLE PREMIER — Les actes médicaux qui peuvent être exécutés par un auxiliaire médical qualifié sur prescription quantitative et qualitative du médecin, mais sans la présence de celui-ci sont limitativement les suivants:

Ventouses sèches et scarifiées:

Injections sous-cutanées et intramusculaires seulement (à l'exclusion des injections intraveineuses);

Massages simples à l'exclusion de tout massage gynécologique et de tout massage prostatique;

Pansements simples;

Lavements simples;

Sinapisations;

Injections vaginales simples;

Aérosols (à condition qu'un médecin ait prescrit la dose, la durée, le nombre des séances) (Arr. 6 juin 1955).

ART. 2 — Les actes médicaux suivants peuvent être exécutés par un auxiliaire médical qualifié, après que le médecin traitant se sera personnellement assuré de la possibilité de confier à l'auxiliaire lesdits actes du fait de sa compétence et des possibilités inhérentes à chaque cas:

Injections intraveineuses et prises de sang;

Sondage urétral;

Sondage avec lavage vésical;

Alimentation par sonde;

Tubage gastrique;

Mobilisation manuelle;

Mécanothérapie;

Prises d'électro-cardiogrammes.

ART. 3 — Les actes suivants, donnés à titre d'exemple sans que la liste soit limitative,

soient à l'avenir éclairés des lumières d'Esculape. Quoi qu'il en soit nous ne pouvons qu'encourager, dans l'état actuel des choses, l'attitude prise par les administrateurs de l'hôpital Notre-Dame qui recommandent aux infirmières et infirmiers de cet établissement de souscrire à une assurance-responsabilité¹¹⁹.

ne peuvent être exécutés par des auxiliaires médicaux, sauf sous la responsabilité et la surveillance directe du médecin traitant, pouvant ainsi contrôler et intervenir à tout moment.

A. Les actes de physiothérapie et d'électricité médicale:

Ultra-violets et infra-rouges;

Diathermie;

Haute fréquence;

Ondes courtes;

Rayons X;

Electrolyse.

B. Anesthésies".

119 A.-G. Corneau *Les préoccupations légales de l'infirmière des années 1970*, loc. cit. p. 17.