

LA RESPONSABILITÉ CIVILE DU MÉDECIN

par Paul-André Crépeau*

SOMMAIRE

INTRODUCTION	26
I - Le caractère de la faute professionnelle	27
II - Le fondement juridique de la faute professionnelle	29
A- Exercice de la médecine à compte propre	30
B- Exercice de la médecine à compte d'autrui	33
III- La preuve de la faute médicale	37
A- Le fardeau de la preuve	37
1. Le principe: <i>actori incumbit probatio</i>	37
2. Les recours aux présomptions de fait	38
B- Les moyens de preuve	41
1. Le témoignage des experts	42
2. Le rapport d'experts (l'expertise)	43
CONCLUSION	44

* c.r., professeur à la Faculté de droit de l'Université McGill, directeur de l'Institut de droit comparé de McGill, membre associé de l'Académie internationale de droit comparé.

INTRODUCTION

On ne saurait douter que les conditions nouvelles dans lesquelles s'exerce la médecine, en ces récentes années, ont complètement bouleversé les rapports traditionnels existant entre le médecin et son malade.

Ce phénomène s'explique par la conjugaison de motifs que l'on peut situer sur trois plans: scientifique, économique et sociologique.

Au plan scientifique, les prodigieuses découvertes de la science et de la technique, la spécialisation grandissante de la médecine tendent à faire du dépistage des maladies un art moins conjectural et de la guérison du malade une oeuvre moins aléatoire; elles contribuent aussi à multiplier les occasions d'accidents, d'erreurs et de négligences. Au plan économique, les critères d'efficacité, de rendement optimum, de rentabilité, qui exigent la concentration et la coordination des services hospitaliers, permettent l'exercice d'une médecine plus scientifique, mais aussi, hélas, plus impersonnelle. Au plan sociologique, on assiste à une prise de conscience nouvelle du rôle de la collectivité en matière de santé et de bien-être. La notion même du droit à la santé a pris place dans les textes législatifs¹ et c'est tout naturellement vers l'État que l'on se tourne, directement ou indirectement, pour en assurer la reconnaissance.

On ne peut dès lors s'étonner, devant une telle transformation des conditions de l'oeuvre de guérison, qu'une malheureuse victime de soins médicaux ou hospitaliers soit, plus qu'autrefois, portée à exercer un recours devant les tribunaux.

Elle le sera d'autant plus que la partie adverse, médecin ou établissement hospitalier, n'est plus comme jadis, un médecin de famille ou une oeuvre de bienfaisance, mais bien un simple débiteur de services de santé, derrière lequel d'ailleurs se profile un assureur².

1. Voir la *Loi sur les services de santé et les services sociaux*, L.Q. 1971, c. 48, art. 4.

2. Il convient de signaler que diverses dispositions législatives prévoient l'assurance de responsabilité professionnelle du médecin. Le *Code des professions* (L.Q. 1973, c. 43), qui régit l'existence et la marche générale des corporations professionnelles au Québec, "laisse au Bureau de chaque corporation le soin d'établir, par règlement, des dispositions relatives à l'obligation pour ses membres de fournir une garantie contre la responsabilité qu'ils peuvent encourir en raison des fautes ou négligences commises dans l'exercice de leur profession". À notre connaissance, l'Ordre des médecins et l'Ordre des chirurgiens-dentistes n'ont pas encore promulgué de tels règlements. Par ailleurs, la *Loi sur les services de santé et les services sociaux* (L.Q. 1971, c. 48, art. 91 et l'article 6.5.2. du Règlement A.C. 3322-72 du 8 nov. 1972, G.O., 25 nov. 1972, pp. 10566 et ss.) impose à tout médecin ou dentiste qui exerce sa profession dans un établissement l'obligation de fournir annuellement la preuve qu'il détient une police d'assurance de responsabilité professionnelle pour un montant minimum de 200.000 dollars par acte profes-

Tous ces évènements expliquent, sans doute pour une large part, l'accroissement sensible³, depuis quelques années, du nombre de recours intentés à l'encontre de médecins et d'établissements hospitaliers. Ils ont également permis une remarquable évolution du droit prétorien de la responsabilité civile médicale.

C'est précisément cette évolution du droit civil canadien que nous voudrions ici décrire, en ce qui concerne le caractère (I), le régime juridique (II) et la preuve (III) de la faute professionnelle.

I Le caractère de la faute professionnelle

Un examen de la jurisprudence québécoise fait voir une intéressante évolution relative à l'appréciation judiciaire des actes professionnels.

Il fut un temps où les tribunaux, dans les rares occasions où ils étaient appelés à le faire, refusaient de juger l'acte professionnel. C'est ainsi que, en 1930, dans l'affaire *Caron v. Gagnon*⁴, où il s'agissait d'un recours en réparation du préjudice résultant d'une ovariectomie pratiquée au cours d'une intervention pour appendicectomie, la Cour supérieure, rejetant l'action, déclarait:

"Le médecin qui agit dans les limites de son art avec la conscience de son opinion et de la bonté de son système, n'encourt aucune responsabilité..."

Suivant le langage des auteurs, dans les cas graves d'interventions chirurgicales, il n'y a entre eux, pour juge, que Dieu. Le médecin qui a agi d'après son savoir, sa conscience et l'honneur, a bien fait... La responsabilité du médecin est presque illimitée, toute de morale et de conscience."

sionnel. L'article 6.5.1. de ce Règlement impose également à un établissement l'obligation de détenir une "assurance responsabilité complète" à l'égard des actes professionnels dont il pourrait être responsable.

3. Une recherche en cours, effectuée par Me Pierre Deschamps, attaché de recherche à l'Institut de droit comparé de l'Université McGill, auprès des greffes des tribunaux du Québec a permis de relever un nombre intéressant de décisions judiciaires qui n'avaient pas été publiées dans les Recueils judiciaires du Québec. Les résultats de cette recherche, disponibles à l'Institut, ont grandement facilité la préparation de ce rapport. On nous permettra de signaler que ce projet est réalisé grâce à une subvention du Ministère des Affaires sociales du Québec, de l'Ordre des médecins du Québec, de la Fédération des médecins spécialistes du Québec, de la Fédération des Omnipraticiens du Québec, de l'Association des Hôpitaux du Québec et de l'Office des Professions du Québec. Qu'ils reçoivent ici l'expression de notre vive gratitude.

4. *Caron v. Gagnon*, (1930) 68 C.S. 155, 157 et 164. Voir aussi les notes de M. le juge Rivard dans *X. v. Rajotte*, (1938) 64 B.R. 484, 491, inf. par (1940) S.C.R. 203. Cpr *Marchand v. Bertrand*, (1911) 39 C.S. 49 (C. de R.).

Cette conception, qui comportait en quelque sorte une garantie d'immunité professionnelle, devait ensuite faire place à une théorie de la faute professionnelle lourde. C'est ainsi qu'en 1948, la Cour supérieure, dans l'affaire *Fafard v. Gervais*⁵, déclarait:

“Les hommes de l'Art ne peuvent être recherchés à l'occasion d'un acte de leur profession qu'autant qu'il constitue une faute grossière tombant sous le sens indépendamment de toute controverse d'école.”

Dans l'état actuel du droit, et notamment depuis la célèbre affaire *X. v. Mellen*⁶, jugée par la Cour d'appel en 1957, les tribunaux appliquent à la responsabilité médicale et hospitalière le droit commun de la responsabilité civile. Le médecin, sauf stipulation expresse⁷, se voit imposer, selon une classification aujourd'hui généralement admise, une obligation de moyen⁸, c'est-à-dire l'obligation de prodiguer, ainsi que l'affirmait la Cour de Cassation, en 1936, dans l'affaire *Mercier*⁹ “des soins prudents, attentifs et

5. *Fafard v. Gervais*, (1948) C.S. 128, 129. Voir aussi, *Poulin v. Williams*, (1950) C.S. 25; *Ashby v. Gauthier*, (1963) C.S. 178, 180.

6. *X. v. Mellen*, (1957) B.R. 389.

7. Voir *Fiset v. St-Hilaire*, (1976) C.S. 994, où le chirurgien orthopédiste aurait “garanti” une amélioration de l'état du malade.

8. Voir, en ce sens, *Dufresne v. X.*, (1961) C.S. 119; *Vézina v. D.*, (1961) C.S. 245; *Gendron v. Dupré*, (1964) C.S. 617; *St-Hilaire v. S.*, (1964) C.S. 249; *Filion v. Hôpital Ste-Justine*, C.S. Montréal, no 521-137, 28 février 1966; *Bilodeau v. Horner*, C.S. Beauce, no 30-371, 31 janvier 1967; *Gaudette v. Lambert*, C.S. Montréal, no 693-679, 25 février 1969; *Cimon v. Carbotte*, (1971) C.S. 622; *Thibault v. Hôpital Notre-Dame*, C.S. Montréal, no 766-157, 19 avril 1973; conf. par C.A. Montréal, no 09-000372-73, 14 juillet 1976; *Villemure v. Turcot*, (1973) R.C.S. 716, 720; *Little v. St. Michel Hospital*, C.S. Montréal, no 786-120, 22 novembre 1973; *Kritikos v. Laskaris*, C.S. Montréal, no 809-732, 3 mai 1974; *Loiacono v. Bilefsky*, C.S. Montréal, no 800-250, 30 janvier 1974; *Leblond v. Hôtel-Dieu de Montréal*, C.S. Montréal, no 05-808696, 19 décembre 1974; *Savoie v. Gaudette*, (1976) C.A. 127, conf. C.S. Montréal, no 05-000689-72, 22 juillet 1973; *Héritiers Sirois v. Brunelle*, (1975) C.A. 779, 784; *Richard v. Hôtel-Dieu de Québec*, (1975) C.S. 223; *Dussault v. Hôpital Maisonneuve*, (1976) C.S. 791, 805; *Fiset v. St-Hilaire*, (1976) C.S. 994, 1001; *Genest v. Théroux-Bergeron*, C.A. Montréal, no 09-000017-74, 21 juin 1976, inf., pour un autre motif, C.S. Montréal, no 767-448, 12 décembre 1973; *Horn v. Tabah*, C.S. Montréal, no 05-006895-72, 22 avril 1976 (som. (1976) C.S. 988); *Lapointe v. Périgny*, (1976) C.S. 603. Voir aussi, pour les soins hospitaliers de surveillance, *Rizzo v. Hôpital Notre-Dame*, (1975) C.S. 425. Et, à ce sujet, voir J.L. BAUDOUIN, *Les obligations*, 1970, no 26; P.A. CRÉPEAU, “Le contenu obligationnel d'un contrat”, (1965) 43 *Rev. Bar. Can.* 1.

9. Civ. 20 mai 1936, D. 1936.1.88.

conscientieux et, réserve faite de circonstances exceptionnelles, conformes aux données acquises de la science¹⁰.

Et l'appréciation d'une telle obligation doit se faire, non pas selon un critère subjectif, *in concreto*, en demandant par exemple, si le débiteur a fait de son mieux, mais bien d'après un critère objectif, *in abstracto*, en demandant ce qu'aurait fait, en pareil cas, un médecin prudent et diligent placé dans des circonstances semblables. C'est ainsi que M. le juge Bissonnette, dans l'affaire *X. v. Mellen*, pouvait déclarer¹¹:

"La règle est donc que la faute professionnelle est une faute comme une autre et qu'elle s'apprécie *in abstracto*"¹².

On comprend qu'une telle règle impose aux tribunaux une recherche délicate, difficile. Ils doivent éviter de s'ériger en "Sorbonne médicale", en s'ingérant dans l'appréciation des théories médicales, des controverses scientifiques, pour ne retenir la responsabilité du médecin que si le caractère fautif de l'acte reproché apparaît d'une façon certaine¹³.

II Le fondement juridique de la faute professionnelle

Le droit civil québécois a également connu, depuis vingt ans, une remarquable évolution en ce qui concerne la détermination du régime juridique de responsabilité civile.

-
10. Il convient, toutefois, de signaler que le contrat hospitalier peut comporter une obligation de résultat en ce qui concerne le bon fonctionnement des appareils mis à la disposition du personnel médical. Voir, en ce sens, *Richard v. Hôtel-Dieu de Québec*, (1975) C.S. 223.
11. *X. v. Mellen*, (1957) B.R. 389, 413.
12. Voir aussi, en ce sens, *Tremblay v. Houle*, C.S. Montréal, no 295-802, 19 mars 1954; *Munro v. Pauly*, (1956) R.L. 359 (C.S.); *G. v. de Coster*, (1960) B.R. 161; *Cardin v. La Cité de Montréal*, (1961) S.C.R. 655, 658; *Martel v. Hôtel-Dieu St-Vallier*, C.S. Chicoutimi, no 29-089, 18 juin 1965; *Beausoleil v. La Communauté des Soeurs de la Charité de la Providence*, (1965) B.R. 37, 40; *Fillion v. Hôpital Ste-Justine*, C.S. Montréal, no 521-137, 28 février 1966; *Villemure v. Hôpital Notre-Dame*, C.S. Montréal, no 592-139, 24 août 1966; *Plante v. Lacharité*, C.S. Montréal, no 371-275, 11 décembre 1967; *Cimon v. Carbotte*, (1971) C.S. 622; *Mc Cormick v. Marcotte*, (1972) R.C.S. 18. Et, à ce sujet, A. MAYRAND, "Permis d'opérer et clause d'exonération", (1953) 31 *Can. Bar Rev.* 150.
13. Voir aussi, *Hogue v. X.*, (1937) 75 C.S. 63; *Bouillon v. Poiré*, (1937) 63 B.R.1; *X. v. Rajotte*, (1938) 64 B.R. 484, inf., pour d'autres motifs, par (1940) S.C.R. 203; *Nelligan v. Clément*, (1939) 67 B.R. 328; *Lalumière v. X.*, (1946) C.S. 294; *Munro v. Pauly*, (1956) R.L. 359 (C.S.); *Ashby v. Gauthier*, (1963) C.S. 178; *Leblond v. Larochelle*, (1975) C.S. 1074; *Dussault v. Hôpital Maisonneuve*, (1976) C.S. 791, 799-800. ET, à ce sujet, A. et R. NADEAU, *Traité pratique de la responsabilité civile délictuelle*, 1971, p. 282.

Pour rendre compte du droit positif, il convient de distinguer selon que le médecin exerce sa profession à son propre compte (A) ou s'il l'exerce, au contraire, à compte d'autrui (B).

A- Exercice de la médecine à compte propre

Il s'agit ici du cas classique où le médecin exerce d'une manière autonome, que ce soit dans son cabinet ou même en milieu hospitalier.

Un examen de la jurisprudence montre que la faute médicale a d'abord été placée et analysée dans le cadre de régime extra-contractuel de responsabilité civile, fondé sur les articles 1053 et suivants du Code civil¹⁴, articles correspondant aux articles 1382 et suivants du Code civil français.

Ce n'est, à vrai dire, qu'à compter de la décision de la Cour d'appel dans l'affaire *X. v. Mellen*¹⁵, que les tribunaux, appuyés par la doctrine¹⁶, ont reconnu que la responsabilité civile du médecin découle, en général, de l'inexécution d'un contrat de soins médicaux¹⁷.

-
14. Voir, en ce sens, *Vachon v. Moffet*, (1911) 40 C.S. 166; *Dupont v. Martin*, C.S.C., 19 déc. 1922; *Chagnon v. Charron*, (1930) 68 C.S. 185; *Rocheleau v. Laberge*, (1930) 48 B.R. 495; *St-Onge v. Bernier*, (1932) 70 C.S. 205; *Bacon v. Hôpital du St-Sacrement*, (1935) 41 R.L. (C.S.); *Bouillon v. Poiré*, (1937) 63 B.R. 1; *Hogue v. X.*, (1937) 75 C.S. 63; *Nelligan v. Clément*, (1939) 67 B.R. 328; *Petit v. Hôpital Ste-Jeanne d'Arc*, (1940) 78 C.S. 564; *Rousseau v. Ferron*, C.S. Montréal, no 262-089, 1er octobre 1951.
 15. *X. v. Mellen*, (1957) B.R. 389. Voir aussi, *Bordier v. S.*, (1934) 72 C.S. 316; *Tremblay v. Houle*, C.S. Montréal, no 295-802, 19 mars 1954. Il convient, toutefois, de signaler que le caractère contractuel de la responsabilité médicale avait déjà été très nettement affirmé par la Cour d'appel, à la fin du siècle dernier, dans l'affaire *Griffith v. Harwood*, (1900) 9 B.R. 299.
 16. P. AZARD, "L'évolution actuelle de la responsabilité médicale au Canada", (1958) *Rev. int. dr. comp.* 16; P.-A. CRÉPEAU, *loc. cit.*, note B. 67 et ss.; "La responsabilité médicale et hospitalière dans la jurisprudence québécoise", (1960) 20 *R. du B.* 433; *La responsabilité médicale et hospitalière*, 1968; A. MAYRAND, *loc. cit.*, note 12.
 17. Voir, en ce sens, *G. v. C.*, (1960) B.R. 161; *Dufresne v. X.*, (1961) C.S. 119; *Vézina v. D.*, (1961) C.S. 245; *Gendron v. Dupré*, (1964) C.S. 617; *Beausoleil v. La Communauté des Soeurs de la Charité de la Providence*, (1965) B.R. 37; *St-Hilaire v. S.*, (1966) C.S. 249; *Plante v. Lacharité*, C.S. Montréal, no 371-275, 11 décembre 1967; *Bilodeau v. Horner*, C.S. Beauce, no 30-371, 31 janvier 1967; *Bernard v. C.*, (1969) C.S. 343; *Gaudette v. Lambert*, C.S. Montréal, no 693-679, 25 février 1969; *Cimon v. Carbotte*, (1971) C.S. 622; *Little v. St. Michel Hospital*, C.S. Montréal, no 786-120, 22 novembre 1973; *Kritikos v. Laskaris*, C.S. Montréal, no 809-732, 3 mai 1974; *Hôpital Notre-Dame v. Laurent*, C.S.C., 30 septembre 1977, inf., pour d'autres motifs, (1974) C.A. 543; *Covet v. Jewish General Hospital*, (1976) C.S. 1390.

Une telle évolution représente, sur le plan théorique, une plus juste analyse du rapport juridique entretenu entre, d'une part, le malade et, d'autre part, le médecin ou l'établissement hospitalier.

Elle n'est pas non plus dénuée d'intérêt pratique. Certes, les conditions d'existence de la responsabilité civile sont les mêmes: dans les deux cas, la responsabilité suppose l'existence des trois conditions classiques de la responsabilité civile: la faute, le préjudice et le lien de causalité.

Il n'empêche que les deux régimes, contractuel et extracontractuel, de responsabilité entraînent parfois l'application de règles différentes selon que la faute constitue, soit l'inexécution d'une obligation contractuelle, soit la violation d'un devoir légal. Il en est ainsi, notamment, des règles relatives au paiement des intérêts¹⁸, et de l'indemnité supplémentaire que le tribunal peut accorder¹⁹, au critère d'attribution des dommages-intérêts²⁰, à la détermination des victimes par ricochet en matière d'accident mortel²¹, à la responsabilité du fait d'autrui²² et aux conflits de lois²³. C'est également le cas des règles concernant la prescription: prescription trentenaire en matière contractuelle, prescription biennale en matière extracontractuelle, sous réserve, dans les deux cas, de dispositions particulières²⁴. Jusqu'à tout récemment, l'on donnait à ce régime de prescription une portée générale, mais suite à une décision récente de la Cour suprême du Canada²⁵ qui, précisément en matière de responsabilité médicale, appliquait la règle de la prescription annale des actions pour "lésions ou blessures corporelles"²⁶ quel que soit le régime de responsabilité, le législateur, réagissant vivement à cette décision, édictait, en matière médicale et hospita-

18. Voir l'article 1070 C.c.

19. Voir l'article 1056c al. 1 C.c.

20. Voir les articles 1074 et 1075 C.c.

21. Voir l'article 1056 C.c. Et, à ce sujet, *Covet v. Jewish General Hospital*, (1976) C.S. 1390, 1394.

22. Voir l'article 1054 al. 7 C.c. et, à ce propos, voir *Laurent v. Hôpital Notre-Dame de l'Espérance*, (1974) C.A. 543, notes de M. le juge Mayrand.

23. Voir l'article 8 C.c. Et, à ce sujet, *Maclean v. Pettigrew*, (1945) S.C.R. 62.

24. Voir les articles 2242 (règle générale) et 2261 par. 2 C.c. (délits et quasi-délits).

25. *Hôpital Notre-Dame v. Patry*, (1975) 2 R.C.S. 388.

26. Voir l'article 2262 par. 2 C.c.

lière, un régime uniforme de prescription triennale, pour le "préjudice corporel ou mental" subi par la victime²⁷.

Quoi qu'il en soit, la reconnaissance du régime contractuel de responsabilité civile, tout en étant plus respectueuse des principes du droit civil, a l'avantage de fournir un cadre à la fois précis et souple à l'analyse des droits et devoirs respectifs des parties²⁸; elle a eu aussi pour conséquence bénéfique de dissiper une étrange confusion, tenace dans les esprits, selon laquelle le régime de preuve d'une faute dépend du régime de responsabilité: faute présumée en matière contractuelle, faute prouvée en matière extracontractuelle²⁹. Désormais, le régime de preuve n'est plus lié au régime de responsabilité, mais bien à l'intensité ou à l'objet de l'obligation, selon qu'il s'agit d'une obligation de diligence ou d'une obligation de résultat³⁰.

Mais, plus encore que sur le plan juridique, cette récente évolution du droit positif québécois comporte, sur le plan psychologique, une signification profonde car, ainsi que pouvait très justement l'affirmer le Doyen P. Azard³¹, elle a pour effet "de substituer, précisément en mettant l'accent sur la notion de contrat, à ce que l'on a si justement qualifié d'impérialisme médical, la conception d'une médecine basée sur des rapports d'homme à homme, de confiance mutuelle, d'engagement sur un pied d'égalité."

L'application du régime contractuel de responsabilité exige l'existence de deux conditions: un contrat valable entre les parties et la violation d'une obligation née expressément ou implicitement du contrat. Il en résulte que si l'une ou l'autre de ces conditions fait

27. L.Q. 1974, c. 80, art. 1. Il convient, toutefois, de noter que la question garde son intérêt pratique en ce qui concerne, selon l'article 5 de cette loi, "une instance pendante devant un tribunal au 1er janvier 1975, même si la cause d'action a pris naissance avant le 1er janvier 1972". Et, depuis, la Cour d'appel a eu l'occasion de réaffirmer le caractère contractuel de la responsabilité médicale, assujetti, selon le droit commun de la prescription extinctive, à la prescription trentenaire: voir *Horn v. Tabah*, C.A. Montréal, no 09-000960-74, 3 mars 1976. Également à ce sujet, voir *Cusson v. Robidoux*, (1977) 1 R.C.S. 652. On pourrait également tirer du caractère restrictif de la disposition nouvelle de l'article 2260a C.c. l'argument que la distinction des régimes garde tout son effet pratique lorsqu'il s'agit d'un recours en réparation d'un préjudice autre que "corporel ou mental", par exemple un préjudice matériel.

28. Voir l'article 1024 C.c. (disposition équivalente à celle de l'article 1135 C.N.).

29. Voir, à ce propos, A. et R. NADEAU, *op. cit.*, note 13, 24, no 36.

30. Voir, notamment, *X. v. Mellen*, (1957) B.R. 389.

31. P. AZARD, *loc. cit.*, note 16.

défaut, la responsabilité ne pourra être située que sur le plan de la responsabilité extracontractuelle³².

Il en est ainsi, par exemple, si aucun contrat n'a pu se former parce que le malade est transporté, inconscient, dans le cabinet du médecin ou au service d'urgence d'un établissement hospitalier. À moins qu'on puisse y déceler une relation contractuelle dont le malade serait bénéficiaire par voie de stipulation pour autrui³³, c'est le régime extracontractuel qui devra s'appliquer.

Il paraît donc important, et parfois essentiel, de préciser le fondement juridique de la responsabilité du médecin ou de l'établissement hospitalier.

B- Exercice de la médecine à compte d'autrui

Depuis quelques années, l'on assiste à une transformation radicale du rôle de l'établissement hospitalier dans l'oeuvre de guérison.

Dans la conception traditionnelle, l'établissement hospitalier est considéré, en quelque sorte, comme une pension de famille spécialisée, un simple lieu de rencontre entre le malade et son médecin ou son chirurgien. Le rôle de l'établissement est alors restreint. Il s'agit de fournir, souvent logement et nourriture appropriés, et toujours des soins infirmiers que nécessite, selon les prescriptions du médecin, le traitement fourni au malade.

Cette conception du rôle de l'établissement hospitalier se traduit juridiquement par une très nette distinction entre soins médicaux fournis par le médecin traitant et services hospitaliers (services d'hôtellerie, soins infirmiers) fournis par l'établissement. Chacune de ces catégories - dont il n'est certes pas toujours facile, en fait, de tracer les limites - comporte des prestations dont l'inexécution fautive entraîne la responsabilité du débiteur: le médecin pour une faute "médicale", l'établissement pour une faute "hospitalière". Il en résulte tout naturellement que, les domaines de responsabilité étant distincts, le débiteur ne peut, en principe, être tenu responsable pour une faute hospitalière³⁴, ni l'établissement, pour une

32. Voir, en ce sens, *Hôpital Notre-Dame de l'Espérance v. Laurent*, C.S.C., 30 septembre 1977; *Covet v. The Jewish General Hospital*, (1976) C.S. 1390, 1394.

33. Voir l'article 1029 C.c. Aussi la *Loi de l'assurance-hospitalisation*, S.R.Q. 1964, c. 163, art. 2. Et, à ce sujet, *X. v. Mellen*, (1957) B.R. 389.

34. Voir, par exemple, *Filion v. Hôpital Ste-Justine*, C.S. Montréal, no 521-137, 28 février 1966.

faute médicale³⁵. Ainsi un établissement ne peut normalement être tenu responsable de la faute d'un médecin dont les services ont été retenus par le malade lui-même³⁶. Il s'est alors formé deux contrats de soins: l'un, contrat médical, comportant les devoirs professionnels du praticien à l'égard du malade; l'autre, contrat hospitalier, aux termes duquel l'établissement s'engage à fournir divers services et soins, mais non pas, en l'occurrence, les soins du médecin traitant. La faute du médecin ne peut donc constituer, dans ce cas, la violation d'une obligation assumée par l'établissement. Seul le médecin doit, dès lors, répondre de sa faute professionnelle³⁷. De même, et pour les mêmes raisons, un médecin traitant, choisi par le malade, ne saurait être tenu responsable de la faute d'une infirmière, commise dans l'exécution des fonctions qui lui étaient assignées, expressément ou par l'usage, par l'établissement. L'acte fautif se situe alors dans la sphère du contrat hospitalier pour lequel seul l'établissement est responsable³⁸.

Mais aujourd'hui, la réalité hospitalière comporte très souvent une notion élargie de la fonction hospitalière par l'instauration progressive de ce que l'on peut appeler l'entreprise médico-hospitalière.

Il s'agit essentiellement d'une prise en charge plus ou moins globale par un établissement de l'oeuvre de guérison. Ainsi, selon cette conception, un établissement hospitalier devient-il un véritable entrepreneur qui, dans les cadres d'un contrat³⁹, s'engage à fournir au malade, par l'intermédiaire de personnes dûment habilitées, selon les normes de l'Ordre professionnel auquel elles appartiennent, des services hospitaliers comprenant non plus

35. Voir, par exemple, *Petit v. Hôpital Ste-Jeanne D'Arc*, (1940) 78 C.S. 564.

36. Voir notamment *Villemure v. Turcot*, (1973) R.C.S. 716; *Hôpital Notre-Dame de l'Espérance v. Laurent*, C.S.C., 30 septembre 1977.

37. *Ibid.*

38. Ainsi, l'inexécution fautive d'une ordonnance médicale par une infirmière ne peut, en principe, entraîner que la responsabilité de l'établissement, débiteur de soins infirmiers. Voir *Filion v. Hôpital Ste-Justine*, C.S. Montréal, no 521-137, 28 février 1966.

39. Voir, en ce sens, *Beausoleil v. La Communauté des Soeurs de la Charité de la Providence*, (1965) B.R. 37; *Filion v. Hôpital Ste-Justine*, C.S. Montréal, no 521-137, 28 février 1966; *Bilodeau v. Horner*, C.S. Beauce, no 30-371, 12 janvier 1967; *Plante v. Lacharité*, C.S. Montréal, no 661-275, 11 décembre 1967; *Martel v. Hôtel-Dieu St-Vallier de Chicoutimi*, (1969) S.C.R. 745, inf. (1968) B.R. 389; *Pontbriand v. Doucet et Hôtel-Dieu de Sorel Inc.*, C.S. Richelieu, no 19-532, 21 octobre 1971; *Kritikos v. Laskaris*, C.S. Montréal, no 809-732, 3 mai 1974; *Richard v. Hôtel-Dieu de Québec*, (1975) C.S. 223; *Covet v. The Jewish General Hospital*, (1976) C.S. 1390.

seulement des services d'hôtellerie, des soins infirmiers, mais également des services professionnels proprement dits: examens de laboratoire, examens radiologiques, soins médicaux, soins chirurgicaux, services d'anesthésie.

Cette nouvelle réalité hospitalière, qui trouve fondement et appui dans la politique sociale de l'État en matière de santé⁴⁰, se traduit par une extension considérable du cadre hospitalier et, partant, du domaine de la responsabilité civile de l'établissement, car cette responsabilité s'étend désormais aux conséquences des soins professionnels eux-mêmes.

Ainsi, en 1965, dans l'affaire *Beausoleil v. La Communauté des Soeurs de la Charité de la Providence*⁴¹, la Cour d'appel pouvait déclarer que le contrat liant le malade à l'hôpital comportait, dans les circonstances de la cause, l'obligation, à la charge de l'hôpital, de fournir au malade non seulement les services d'un anesthésiste, mais bien la rachianesthésie elle-même, et que l'établissement devait dès lors répondre du préjudice résultant de la faute de l'anesthésiste.

De même, en 1969, la Cour suprême du Canada, dans l'affaire *Martel v. Hôtel-Dieu St-Vallier de Chicoutimi*⁴², pouvait tenir l'établissement responsable du préjudice subi par le malade, au cours d'une intervention chirurgicale, en raison d'une faute de l'anesthésiste. Examinant la portée d'une formule de consentement qu'avait signée le demandeur, M. le juge L.-Ph. Pigeon pouvait, à bon droit, déclarer:

"On ne saurait voir là autre chose qu'un consentement aux interventions. Il ne s'y trouve rien qui modifie la nature juridique du contrat entre le demandeur et l'hôpital. Celui-ci est clairement une convention dans laquelle l'établissement s'est engagé à fournir des soins au demandeur. C'est en exécution de ce contrat que l'anesthésie a été pratiquée sans qu'intervienne aucune relation contractuelle entre l'anesthésiste et le demandeur: ni lui, ni son médecin traitant, ni son chirurgien n'ont été consultés à ce sujet. L'anesthésiste, en l'occurrence, a donné ses soins comme l'y obligeait son contrat d'emploi avec l'hôpital et comme l'ont fait les autres

40. Voir, notamment la *Loi de l'assurance-hospitalisation*, S.R.Q. 1964, c. 163, art. 2, qui permet au Gouvernement de conclure avec un établissement hospitalier un contrat selon lequel des "services assurés" (parmi lesquels on trouve des services professionnels) sont fournis gratuitement aux résidents de la province.

41. *Beausoleil v. La Communauté des Soeurs de la Charité de la Providence*, (1965) B.R. 37, 43.

42. *Martel v. Hôtel-Dieu St-Vallier de Chicoutimi*, (1969) S.C.R. 745.

membres du personnel: radiologistes, techniciens de laboratoire, infirmières, infirmiers, etc. Sa qualité de médecin spécialiste n'y change rien. Il serait contraire aux faits prouvés que de considérer l'hôpital comme un mandataire ayant requis pour le compte du demandeur les services professionnels de l'anesthésiste⁴³.

La reconnaissance de cet élargissement de la fonction hospitalière suppose et exige une analyse exacte des rapports juridiques intervenus entre les parties: d'une part, le malade et, d'autre part, le médecin et l'établissement hospitalier. Il n'est certes pas toujours facile de déterminer l'étendue du contrat hospitalier et, partant, de conclure à la responsabilité ou à l'absence de responsabilité d'un établissement pour la faute d'un praticien. Il s'agit là essentiellement d'une question de fait laissée, selon les circonstances particulières de chaque espèce, à l'appréciation du juge du fait.

Il résulte donc de cette nouvelle orientation du droit hospitalier que si, au plan du régime juridique, la responsabilité civile de l'établissement se situe sur le terrain contractuel, celle du médecin, exerçant pour le compte de l'établissement, ne pourra alors s'analyser que dans le cadre du régime extracontractuel de responsabilité civile.

On ne peut, à cet égard, que regretter que la Cour suprême du Canada, tout en reconnaissant, à bon droit, l'existence d'un contrat hospitalier comportant des prestations d'ordre médical, ait malgré cela cru devoir, d'une part, placer la responsabilité de l'établissement sur le terrain extracontractuel⁴⁴, et d'autre part, rechercher l'existence d'un lien de préposition entre le médecin et l'établissement⁴⁵. Il paraît pourtant incontestable que, selon les principes du droit civil canadien, l'inexécution fautive d'un devoir contractuel doit entraîner l'application exclusive du régime contractuel de responsabilité civile⁴⁶ et que, de plus, la recherche d'un lien de préposition est tout à fait inutile en matière contractuelle puisque, conformément au brocard: QUI FACIT PER ALIUM FACIT PER

43. Voir aussi, *Little v. St. Michel Hospital*, C.S. Montréal, no 786-120, 22 nov. 1973; *Covet v. The Jewish General Hospital*, (1976) C.S. 1390.

44. Voir, en particulier, *Martel v. Hôtel-Dieu St-Vallier de Chicoutimi*, (1969) S.C.R. 745. Il semble que le motif en ait été d'assurer une condamnation solidaire afin d'éviter le jeu des règles de la prescription extinctive.

45. *Ibid.*

46. C'est la conclusion à laquelle une étude de la question nous a conduit: "Des régimes contractuel et extracontractuel de responsabilité civile en droit civil canadien", (1962) 22 *R. du B.* 501.

SE, le débiteur contractuel est responsable de la faute de celui, préposé ou non, qu'il s'est substitué dans l'exécution du contrat⁴⁷.

III La preuve de la faute médicale

Une poursuite en responsabilité civile ne peut réussir que dans la mesure où sont établis, à la satisfaction du tribunal, une faute du médecin ou de l'établissement, un préjudice subi par la victime et un lien de causalité entre la faute et le préjudice.

Les questions qui se posent ici sont de savoir d'abord sur qui repose le fardeau de la preuve (A), puis par quels moyens s'établit une faute professionnelle (B).

A- Le fardeau de la preuve

Un examen du droit positif québécois montre, à cet égard, que, dans le respect des principes du droit commun de la preuve, les tribunaux ont tenu compte des conditions particulières dans lesquelles s'exerce la médecine pour faire jouer, aussi souvent que possible, les règles au bénéfice du malade.

1. Le principe: ACTORI INCUMBIT PROBATIO

Selon les principes du droit de la preuve⁴⁸, il appartient toujours au demandeur de faire la preuve de l'inexécution par le défendeur de ses obligations. Et puisque le médecin s'engage le plus souvent à une obligation de moyens, le demandeur devra rapporter la preuve que le médecin n'a pas agi, dans les circonstances précises de l'affaire, comme aurait agi un praticien prudent et diligent.

C'est ce que rappelait M. le juge Bissonnette dans l'affaire *X. v. Mellen*⁴⁹.

“Le patient, s'il subit un préjudice du fait personnel de son médecin, devra rapporter la preuve d'une faute établissant le lien de causalité. Le seul recours que la loi procure à celui-ci, c'est que les tribunaux exigent la preuve certaine et concluante de sa faute”⁵⁰.

47. Voir, à ce sujet, les notes de M. le juge Mayrand dans l'affaire *Laurent v. Hôpital Notre-Dame de l'Espérance*, (1974) C.A. 543, *Bergstrom v. G.*, (1967) C.S. 513.

48. Voir l'article 1203 C.c. Aussi les articles 1071 et 1072 C.c. Et, à ce propos, *X. v. Mellen*, (1957) B.R. 389. Aussi *Savoie v. Gaudette*, (1976) C.A. 127, conf. C.S. Montréal, no 05-000689, 22 juillet 1973; *Poliquin v. Boutin*, C.S. Iberville, no 15-939, 18 mars 1974.

49. *X. v. Mellen*, (1957) B.R. 389.

50. Voir, sur l'établissement du lien de causalité, *De Croiselles v. Hôpital de l'Enfant-Jésus*, C.S. Québec, no 153-358, 21 novembre 1972; *Blais v. Hébert*, C.S. Montréal, no 461-750, 3 mai 1972.

2. Les recours aux présomptions de fait

Si le principe demeure, on s'est tout de même rendu compte que, précisément en matière de responsabilité civile médicale, il est parfois difficile, voire impossible, pour le malade d'établir la cause du préjudice et, bien plus, de l'imputer à la négligence du défendeur. Que l'on songe, par exemple, au malade qui, sous l'effet de l'anesthésie, subit une intervention chirurgicale⁵¹. Que l'on songe également au fait que, de nos jours, dans les établissements hospitaliers, de nombreuses personnes associées à l'oeuvre de guérison, exécutent l'obligation assumée par l'établissement et qu'il est souvent difficile d'identifier précisément la personne responsable du fait dommageable.

Exiger, dans ces cas, du malade la preuve rigoureuse d'une faute, n'est-ce pas, en réalité, le priver de tout recours? N'est-ce pas effectivement causer un déni de justice? Car si faute il y a, n'est-ce pas injuste que l'on puisse profiter de ce que le malade n'est pas en mesure d'en faire la preuve? Il convient également d'ajouter le fait bien connu qu'il se forme autour d'un "accident", une sorte de conspiration du silence qui faisait dire au Professeur R. Savatier⁵²:

"Ne nous faisons pas d'illusions! Le barrage de la preuve est général et sera le plus souvent infranchissable."

C'est précisément pour remédier à cet état de choses que les tribunaux, en l'absence de preuve directe d'une faute imputable au défendeur, ont cru devoir, autant que possible, faciliter le fardeau du demandeur en utilisant la preuve par présomptions de fait que permettent les articles 1205, 1238 et 1242 du Code civil⁵³.

51. Ce qui faisait dire à M. le juge Lacourcière, dans l'affaire *Perron v. Hôpital Général de la région de l'amiante Inc.*, C.S. Mégantic, no 235-000030-74, 23 juillet 1976 (som. (1976) C.S. 1191) où il s'agissait précisément d'un recours en réparation du préjudice subi à la suite d'une anesthésie: "La demande est évidemment à la merci des témoignages des anesthésistes eux-mêmes et du personnel infirmier pour établir les responsabilités qu'elle recherche des défendeurs." Voir aussi les notes de M. le juge Miquelon dans *Martel v. Hôtel-Dieu St-Vallier*, C.S. Chicoutimi, no 29-089, 18 juin 1965: "Si le demandeur était obligé de prouver la négligence du docteur ou d'autres employés de l'hôpital, ce serait du temps perdu pour lui que d'essayer d'obtenir réparation. Il faut tout de même réaliser que le malade ne sait pas ce qui se passe et nous ajouterons que s'il compte sur les médecins pour admettre une erreur médicale, ou pour en faire la preuve, il entreprend là une tâche qui est loin d'être facile"; aussi à la p. 28. Voir, également *St-Onge v. Bernier*, (1932) 70 C.S. 205, 207.

52. R. SAVATIER, *La responsabilité médicale*, 1948, p. 50.

53. Voir, à ce sujet, A. BERNARDOT, "Le médecin et la présomption de fait", (1971) 2 R.D.U.S. 75-88. Aussi, *Filion v. Hôpital Ste-Justine*, C.S. Montréal, no 521-137, 28

S'inspirant à cet égard d'une jurisprudence anglaise⁵⁴, les tribunaux ont maintes fois déclaré que lorsque, dans le cours normal des choses, un événement préjudiciable ne se produit pas, si ce n'est par négligence, mais se produit tout de même, alors le tribunal, devant qui est faite, par le demandeur, la preuve des circonstances qui ont entouré la réalisation ou l'aggravation du préjudice, peut se déclarer satisfait de la seule preuve du dommage subi et, dès lors, exiger du défendeur une preuve d'absence de faute⁵⁵.

C'est ainsi que les tribunaux ont pu juger que la présence d'une compresse⁵⁶ ou d'une pince⁵⁷ dans l'abdomen du malade, le bris d'une aiguille dans le bras⁵⁸ ou le dos⁵⁹ du malade, une nécrose de la peau⁶⁰, une paralysie⁶¹ ou une réaction inflammatoire⁶² consécutive à l'anesthésie caudale, l'anoxie du cerveau⁶³ ou un arrêt cardiaque⁶⁴ suite à l'anesthésie générale, un trouble visuel consécutif à une artériographie⁶⁵, des cicatrices de brûlure résultant du traitement de

février 1966; *Martel v. Hôtel-Dieu St-Vallier de Chicoutimi*, (1969) S.C.R. 745; *Little v. St. Michel Hospital*, C.S. Montréal, no 786-120, 22 novembre 1973; *Loiacono v. Bilefsky*, C.S. Montréal, no 800-250, 30 janvier 1974.

54. Voir, à ce propos, *Parent v. Lapointe*, (1952) 1 S.C.R. 376, 381 où la Cour suprême du Canada citait l'arrêt de la Cour d'appel d'Angleterre dans l'affaire *Scott v. London & St. Catherine Docks Co.*, (1865) 3 H. & C. 596, 601.

55. Voir, notamment, en matière de responsabilité médicale et hospitalière, *Cardin v. La Cité de Montréal*, (1961) S.C.R. 655; *Martel v. Hôtel-Dieu St-Vallier de Chicoutimi*, (1969) S.C.R. 745; *Villemure v. Turcot*, (1973) R.C.S. 716; *Little v. St. Michel Hospital*, C.S. Montréal, no 786-120, 22 novembre 1973, *Hôtel-Dieu de Montréal v. Couloume*, (1975) 2 R.C.S. 115.

56. Voir, par exemple, *X. v. Rajotte*, (1938) 64 B.R. 485, inf., pour autre motif, par (1940) S.C.R. 203; *Elder v. King*, (1957) B.R. 87.

57. Voir, notamment, *G. v. C.*, (1960) B.R. 161.

58. Voir, à ce sujet, *Cité de Montréal v. Cardin*, (1960) B.R. 1205, inf. par la Cour suprême, *sub-nom. Cardin v. La Cité de Montréal*, (1961) S.C.R. 655.

59. Voir, à ce sujet, *Vézina v. D.*, (1961) C.S. 245.

60. Voir, à ce sujet *Elder v. King*, (1957) B.R. 87; *X. v. Mellen*, (1957) B.R. 389; *Gendron v. Dupré*, (1964) C.S. 617; *Gagnon v. Corp. de l'Hôpital des Sept-Iles*, C.S. Hauteville, no 5317, 27 janvier 1972.

61. Voir, à ce sujet, *Martel v. Hôtel-Dieu St-Vallier*, (1969) S.C.R. 745.

62. *Dussault v. Hôpital Maisonneuve*, (1976) C.S. 791.

63. Voir, à ce sujet, *Covet v. Jewish General Hospital*, (1976) C.S. 1390; *Perron v. Hôpital Général de la région de l'amiante Inc.*, C.S. Mégantic, no 05-000030-74, 23 juillet 1976 (som. (1976) C.S. 1191).

64. Voir, à ce sujet, *Breton-Panneton v. Beauchemin*, C.A. Montréal, no 09-014761-71, 7 mai 1976, conf. C.S. Montréal, no 733-816, 8 septembre 1971.

65. Voir, *Héritiers Sirois v. Brunelle*, (1975) C.A. 779.

varices résiduelles par injections sclérosantes⁶⁶, un "pied tombant" suite à une injection intramusculaire à la fesse gauche⁶⁷, la réactivation d'une tuberculose latente résultant d'une corticothérapie⁶⁸, une thrombose consécutive à une venipuncture dans la veine fémorale⁶⁹, une thrombose des artères rétiniennes suite à une perte massive de sang au cours d'un accouchement⁷⁰, l'amputation d'une jambe consécutive à la mise en place d'un plâtre fermé⁷¹, suffisent à soulever une présomption de faute que le défendeur, s'il veut s'exonérer, doit repousser en rapportant la preuve qu'il a pris tous les moyens raisonnables pour prévenir l'accident, qu'il a agi avec prudence et diligence, bref qu'il n'a commis aucune faute.

C'est ainsi, en revanche, que l'on a pu juger qu'une chute de six étages dans le puits d'escalier de l'établissement alors que, d'une part, aucune surveillance particulière n'avait été prescrite et que, d'autre part, les rampes d'escalier étaient normales⁷², qu'une chute de malade en bas de son lit suite à un épisode épileptique dont il souffrait pour la première fois⁷³ ne pouvait soulever une présomption de fait imposant à l'établissement une preuve d'exonération.

On ne saurait certes douter que, par ce moyen, les tribunaux favorisent le demandeur; on doit, par ailleurs, noter qu'ils n'imposent pas au défendeur, médecin ou établissement, les risques et aléas inévitables de l'activité médicale ou hospitalière⁷⁴, le médecin ou l'établissement assujetti au régime de présomption de fait, n'a pas, à notre avis, comme on semble parfois incliné à le croire⁷⁵, à prouver la cause du préjudice et en montrer le caractère imprévisible

66. Voir, *Lapointe v. Périgny*, (1976) C.S. 603.

67. Voir, *Goulet v. Corp. de l'Hôpital Charles Lemoyne*, C.S. Montréal, no 771-121, 26 avril 1972.

68. Voir, *Little v. St. Michel Hospital*, C.S. Montréal, no 786-120, 22 novembre 1973.

69. Voir, *Filion v. Hôpital Ste-Justine*, C.S. Montréal, no 521-137, 28 février 1966.

70. Voir, *Kritikos v. Laskaris*, C.S. Montréal, no 809-732, 3 mai 1974.

71. Voir, *Pontbriand v. Doucet*, C.S. Richelieu, no 19-532, 21 octobre 1971.

72. Voir, *Rizzo v. Hôpital Notre-Dame*, (1975) C.S. 425.

73. Voir, *Hôtel-Dieu de Montréal v. Couloume*, (1975) 2 R.C.S. 115. Voir aussi, *Loiacono v. Bilefsky*, C.S. Montréal, no 800-250, 30 janvier 1974; *Tremblay v. Éthier*, C.S. Montréal, no 05-008100-72, 27 octobre 1975.

74. Voir, en ce sens, *Lafrenière v. Hôpital Maisonneuve*, (1963) C.S. 467.

75. Voir, en effet, les notes de M. le juge Taschereau dans *Cardin v. La Cité de Montréal*, (1961) S.C.R. 655, 659; aussi dans *Parent v. Lapointe*, (1952) 1 S.C.R. 376, 381.

ou irrésistible: un tel fardeau, qui appartient au régime de l'obligation de résultat, serait sans doute parfois impossible à porter et serait de nature à brimer des initiatives, des hardiesses même, qui ont de tout temps fait la gloire de la profession médicale et hospitalière. Tout ce que les tribunaux exigent, c'est que le défendeur sur qui pèse la présomption doit, comme le déclarait très justement M. Albert Mayrand⁷⁶, "faire de la lumière sur toutes les circonstances de la cause que lui seul connaît bien".

Le praticien-défendeur a donc alors le fardeau d'expliquer ce qu'il a fait et de montrer qu'il a pris tous les moyens raisonnables pour prévenir l'accident. Si cette preuve était faite à la satisfaction du tribunal, l'action serait rejetée⁷⁷.

Cette évolution du droit de la preuve mérite approbation, car sans imposer au défendeur un fardeau qui ferait de son devoir une obligation de résultat, elle est susceptible de servir les fins de la justice.

B- Les moyens de preuve

La preuve de l'inexécution d'une prestation, qui suppose l'établissement d'un fait, peut, selon le droit québécois de la preuve, se faire par tous moyens et, notamment, par le recours au témoignage d'experts⁷⁸.

En matière de responsabilité médicale où le tribunal est souvent appelé à se prononcer sur la valeur scientifique d'une intervention ou d'un traitement, on comprend que le caractère très technique des débats exige la présence d'experts qui puissent éclairer le tribunal.

En droit québécois, le recours aux experts peut se faire de deux manières: soit - et le plus souvent - par voie de témoignages d'experts, soit par le rapport d'experts ou l'expertise.

76. Aujourd'hui juge à la Cour d'appel, dans un compte-rendu de l'article du Doyen P. AZARD, "Évolution de la responsabilité médicale au Canada", (1958) 18 R. du B. 294, 295.

77. Voir, à ce propos, les notes de M. le juge Bissonnette dans *X. v. Mellen*, (1957) B.R. 389, 413-414. Aussi *Elder v. King*, (1957) B.R. 87; *Vézina v. D.*, (1961) C.S. 245; *Kritikos v. Laskaris*, C.S. Montréal, no 809-732, 3 mai 1974; *Héritiers Sirois v. Brunelle*, (1975) C.A. 781, inf., sur cette question, (1974) C.S. 105; *Dussault v. Hôpital Maisonneuve*, (1976) C.S. 791 où le tribunal, à l'examen de la preuve sur l'origine d'une arachnoïdite consécutive à une rachianesthésie, a conclu à l'exonération du défendeur en estimant "que le demandeur a réagi d'une façon imprévue et imprévisible à la substance anesthésique".

78. Voir les articles 1205 et 1233 par. 5 C.c.

1. Le témoignage des experts

La pratique quotidienne veut que chaque partie retienne les services d'un ou plusieurs experts qui viennent exprimer oralement devant le tribunal leur opinion sur les divers aspects de l'affaire et, en particulier, sur la question de savoir si le préjudice subi par le demandeur résulte d'une faute imputable au défendeur⁷⁹.

Un tel système, inspiré de la pratique judiciaire britannique, comporte des avantages et des inconvénients⁸⁰.

Il y a, en effet, grand avantage à soumettre le témoignage d'un expert à l'épreuve rigoureuse du contre-interrogatoire par la partie adverse. Et il n'est pas rare de voir la valeur d'un témoignage réduite à néant parce que la partie adverse a pu mettre en doute la crédibilité d'un témoin, soit que sa qualification professionnelle ait été insuffisante, soit que ses connaissances ou ses autorités soient dépassées, soit encore que son témoignage révèle de la partialité au soutien des prétentions de celui qui a retenu ses services. Le contre-interrogatoire constitue, ainsi, entre les mains d'un procureur perspicace, une arme puissante destinée à vérifier le caractère scientifique du témoignage, de même que la crédibilité et la sérénité de l'expert qui le donne.

Par ailleurs, il arrive que le tribunal - les experts étant appelés et rémunérés par les parties - se trouve en face de témoignages contradictoires et qu'il doive alors s'en remettre à ses propres lumières pour trancher une question, à moins qu'il ne préfère suggérer ou même ordonner⁸¹ une expertise. De plus, le caractère oral du témoignage laisse place à des éléments impondérables qui tiennent à la psychologie du débat judiciaire et des acteurs: un procureur agressif, un témoin timide, nerveux, et cela peut parfois fausser la recherche de la vérité. Enfin, ce système a pour effet de prolonger - souvent indûment - la durée des débats judiciaires.

Certes, le tribunal peut jouer un rôle efficace en réduisant les inconvénients du système, mais il convient de rappeler que, dans

79. Voir, pour le paiement des frais d'expertises médicales *Hôpital Notre-Dame de l'Espérance v. Laurent*, C.S.C., 10 sept. 1977, inf., à ce sujet, (1974) C.A. 543.

80. Il convient de lire, à ce sujet, les propos très pertinents de M. le juge Lacourcière dans l'affaire *Perron v. Hôpital Général de la région de l'amiante Inc.*, C.S. Mégantic, no 05-000030-74, 23 juillet 1976 (som. (1976) C.S. 1191) où la présence d'experts uniquement pour la défense permet au tribunal de faire ressortir les faiblesses du système tel qu'il est pratiqué au Québec.

81. Voir les articles 414 et ss. C.p.c.

l'esprit du débat judiciaire d'inspiration britannique, où l'on suppose la présence du jury même si le procès par jury n'existe plus en matière civile⁸², le juge n'est pas le maître des opérations, il est le témoin professionnel dont la mission est d'assurer la régularité du débat. Il convient d'ajouter par ailleurs qu'en pratique il se forme - naturellement dirait-on - une liste d'experts "objectifs" que l'on connaît et qui, ayant su mériter la confiance du tribunal, facilitent la recherche des éléments de preuve.

2. Le rapport d'experts (l'expertise)

Le Code de procédure civile⁸³ permet au tribunal d'ordonner une expertise, soit à la demande des parties, soit même d'office lorsque l'intérêt de la justice paraît l'exiger en raison du caractère très technique ou spécialisé de l'affaire⁸⁴.

Lorsque l'expert agit comme expert désigné par le tribunal, la pratique veut qu'il agisse en quelque sorte comme assesseur: il a accès au dossier, entend la preuve faite devant le tribunal par les deux parties, puis, il exprime son opinion devant le tribunal soit oralement, soit par écrit, mais dans tous les cas, les parties ont droit de contre-interroger l'expert. Le rapport de l'expert fait ainsi partie de la preuve offerte en l'espèce. Mais le tribunal reste toujours libre d'accepter ou de rejeter les conclusions de l'expert.

82. Les procès par jury, procédure rarement utilisée en pratique, fut aboli en 1976, *Loi* 33, art 56. D'ailleurs, depuis plusieurs années, on n'y avait recours qu'en de rares occasions, en raison notamment du coût élevé de la procédure et des délais qu'elle entraînait.

83. Voir les articles 414 et ss. C.p.c.

84. Voir, notamment, *Robidoux v. Cusson*, C.S. Montréal, no 798-108, 22 mars 1971, conf. par C.A. Montréal, no 14-302, 19 juin 1973, conf. par C.S.C. (1977) 1 R.C.S. 650.

CONCLUSION

Cette étude, trop brève, nous a permis de décrire l'évolution de la jurisprudence québécoise depuis vingt ans en ce qui concerne le caractère, le régime juridique et la preuve de la faute professionnelle.

On aura pu constater, croyons-nous, que, devant les phénomènes d'ordre scientifique, économique et sociologique qui ont transformé les conditions d'exercice de la médecine, les tribunaux ont fait oeuvre utile dans le respect des principes du droit civil canadien.

Mais au-delà de la technique, on ne peut manquer d'y déceler, notamment en ce qui concerne la détermination de la faute professionnelle, la recherche constante d'un équilibre, qui sache concilier les besoins de la science et les exigences de la justice, dans cette relation entre le médecin et son malade que Gabriel Marcel a si heureusement définie comme "la rencontre libre de deux êtres: une confiance et une conscience"⁸⁵.

85. Collection: *Qu'attendez-vous de la médecine?*, 1953.