

Université de Montréal

L'INDEMNISATION DES ACCIDENTS MEDICAUX – PERSPECTIVES DE
DROIT COMPARE

par

Julie HABERER

Faculté de droit

Mémoire présenté à la Faculté des études supérieures
En vue de l'obtention du grade de
Maîtrise en droit (LL.M.)

Juin, 1999

©Julie HABERER, 1999



E. 4732 JING

AZBD

U54E

2001

V.009

UNIVERSITY OF CALIFORNIA

DEPARTMENT OF MEDICAL HISTORY AND BIOETHICS
UNIVERSITY OF CALIFORNIA

DATE

NAME

ADDRESS

STUDENT IDENTIFICATION NUMBER
UNIVERSITY OF CALIFORNIA
SCHOOL OF MEDICINE



UNIVERSITY OF CALIFORNIA

Université de Montréal
Faculté des études supérieures

Ce mémoire intitulé :

L'INDEMNISATION DES ACCIDENTS MEDICAUX – PERSPECTIVES DE
DROIT COMPARE

présenté par :

Julie HABERER

a été évalué par un jury composé des personnes suivantes :

Président-rapporteur: Patrice Deslauriers

Directrice de recherche: Bartha Maria Knoppers

Membre du jury: Benoit Moore

Mémoire accepté le : 30 juin 2001

SOMMAIRE

Les patients subissant différents types de dommages dans le cadre de soins qui leur sont prodigués, bénéficient-ils d'une indemnisation juste et suffisante ? Il peut en effet arriver à tout un chacun d'entrer dans un centre hospitalier pour y subir des traitements plus ou moins invasifs, et d'en sortir avec des dommages supplémentaires, indépendants des maux à l'origine des soins.

Loin de constituer des situations d'exception, ce genre d'événements est relativement fréquent. Afin d'observer dans quel mesure le système actuel permet une réparation adéquate de ces préjudices, il conviendra d'étudier le fonctionnement même de ce système. Nous nous attacherons à l'étude des droits français et québécois en la matière, ce qui devrait nous fournir un éclairage particulier sur la question.

Des deux bords de l'Atlantique, on constatera que la responsabilité médicale est aujourd'hui en situation de crise. Les recours exercés à l'encontre des médecins par les patients sont en constante augmentation, sans que pour autant ces derniers ne soient indemnisés dans les meilleures conditions. Cela s'explique principalement par le fait que tant au Québec qu'en France, cette indemnisation n'est possible que si le patient prouve une faute du médecin susceptible d'engager sa responsabilité. Par conséquent, si les préjudices subis par le patient résultent de la réalisation d'un risque sans rapport aucun avec les gestes posés par le médecin, ils ne feront pas l'objet en principe, d'une quelconque réparation.

Loin de rester indifférents au sort particulier de ces victimes d'accidents médicaux, les législateurs ainsi que les tribunaux, cherchent à leur faciliter la tâche. L'étude des lois et de la jurisprudence québécoise et française montrera que l'on s'oriente, dans cette perspective, vers un développement très important de l'obligation de renseignement du médecin portant sur les risques liés à une intervention médicale, ainsi que vers un renforcement certain de son obligation de moyens traditionnelle.

Au regard de cette tendance et des différentes propositions doctrinales émises lors de colloques ou dans des articles, il nous faudra nous interroger sur les remèdes possibles à apporter au système. Après avoir cerné les causes de cette crise, nous serons à même

d'établir les réformes devenues désormais indispensables, notamment à l'égard des patients, sujets d'un nombre croissant de droits, ainsi que celles qui tout en remettant en cause ce système, amélioreraient indéniablement le sort des victimes d'accidents médicaux. A cet égard, il apparaîtra que l'adoption d'une loi en la matière, parallèlement au régime existant, serait d'une grande efficacité.

La confrontation des deux ordres juridiques permettra d'établir dans quelle mesure les modalités de l'indemnisation des accidents médicaux relèvent d'un véritable choix de société.

ABSTRACT

Do patients suffering from different sorts of injury whilst under treatment receive fair and adequate compensation ? Anyone can be admitted into a hospital, undergo more or less intensive therapy and be released with injuries that have nothing to do with their original illness.

Far from being exceptional, this type of event happens quite frequently. To be able to measure how much the present system atones for the harm committed, the way the system itself works will have to be studied. Importance here is attached to both French and Quebec law, a study that sheds a specific light on the question.

On both sides of the Atlantic, medical liability is in a state of crisis. The number of claims stated against doctors is constantly rising without patients necessarily having sufficient compensation. This can be explained by the fact that in both countries these indemnities are only possible if the patient can establish the doctor's liability. Consequently if the harm suffered by the patient is not a direct result of the doctor's error, there will be no possibility of repair.

Both the legislators and the courts of law, far from remaining indifferent to the fate of these victims of medical accidents, are trying to make their task easier. The study of the French and Quebec legislation and case law shows that we are moving towards a very important development in the obligation of giving information by the doctors who must

explain the risks run during an operation as well as reinforcing his duty in traditional means.

Following this tendency and also the different proposals found in the literature, we must question ourselves about the remedies that can be applied to the system. After determining the causes of the crisis, we will be able to establish the reforms which have become essential, especially concerning patients who are obtaining greater rights as well as the reforms which call the system into question at the same time as undeniably improving the fate of the victims of medical accidents. Taking this into consideration, it appears that the passing of a suitable law in parallel to the existing regime would be greatly effective.

The confronting of the two juridical orders will establish to what extent the methods of payment for medical accidents can be answered for by the community.

<i>TABLE DES MATIERES</i>

<i>INTRODUCTION</i> -----	1
<i>PARTIE PRELIMINAIRE</i> -----	3
<i>L'INDEMNISATION DES ACCIDENTS MEDICAUX AUJOURD'HUI: VICTIMES ET MEDECINS EN SITUATION DELICATE</i> -----	3
CHAPITRE I -----	3
LA NOTION D'ALEA MEDICAL -----	3
A Aléa, accident, risque... : des termes aux acceptions différentes-----	3
B Les enjeux des concepts retenus-----	7
Chapitre II -----	9
UNE CRISE DE LA RESPONSABILITE MEDICALE? -----	9
A Le volume du contentieux médical-----	10
B Les comportements en cause-----	14
<i>PARTIE I</i> -----	20
<i>L'INDEMNISATION ALEATOIRE DES ACCIDENTS MEDICAUX</i> -----	20
CHAPITRE I -----	20
UNE INDEMNISATION FONDEE SUR LA RESPONSABILITE POUR FAUTE MEDICALE -----	20
A Les types de responsabilités encourues par les médecins-----	21
B L'adoption d'un comportement fautif par le médecin-----	33
C Les préjudices susceptibles d'être subis par les victimes d'un accident médical-----	40
D L'existence indispensable d'un lien de causalité entre la faute médicale et le préjudice-----	50
CHAPITRE II -----	55
LE MANQUEMENT A L'OBLIGATION D'INFORMATION SUR LES RISQUES LIES A UN TRAITEMENT OU A UNE INTERVENTION ENTRAINANT LE DÉFAUT D'OBTENTION DE CONSENTEMENT ECLAIRE -----	55
A Etendue de l'obligation d'information-----	59
B La charge et les modalités de la preuve de l'information-----	65
C La sanction du défaut d'information-----	76
CHAPITRE III -----	85
LES CAS DE RESPONSABILITÉ DE PLEIN DROIT DES MEDECINS : UN MOUVEMENT FAVORABLE A L'INDEMNISATION DES VICTIMES D'ACCIDENTS MEDICAUX -----	85
A Les hypothèses juridictionnelles dans lesquelles l'indemnisation de la victime d'un accident médical n'est pas fondée sur la preuve d'une faute-----	85
B Les cas légaux de responsabilité médicale de plein droit-----	103
<i>PARTIE II</i> -----	111
<i>LES REFORMES POSSIBLES DU SYSTEME ACTUEL EN VUE D'UNE MEILLEURE INDEMNISATION DES VICTIMES D'ACCIDENTS MEDICAUX</i> -----	111

CHAPITRE I-----	112
LA REMISE EN CAUSE DU SYSTEME ACTUEL PAR UNE MISE EN VALEUR PAR LES PATIENTS DE CERTAINS DE LEURS DROITS-----	112
A Le consentement libre et éclairé du patient, condition de la protection de sa dignité-----	113
B La restauration nécessaire de la confiance entre le patient et son médecin-----	116
CHAPITRE II-----	122
LES REFORMES ET AMÉLIORATIONS INCONTOURNABLES POUR UNE MEILLEURE PRISE EN COMPTE DES VICTIMES D'ACCIDENTS MÉDICAUX --	122
A La redéfinition du rôle des experts médicaux-----	122
B Le développement de la conciliation et de la transaction comme moyens d'éviter des procès inutiles -----	131
CHAPITRE III-----	136
LA TRANSFORMATION RADICALE DU MECANISME DE RÉPARATION DES ACCIDENTS MEDICAUX-----	136
A Les différents systèmes proposés-----	137
B L'opportunité d'une loi combinant l'indemnisation par le biais d'une assurance et d'un fonds de garantie, avec le maintien parallèle d'une responsabilité civile pour faute.-----	149
CONCLUSION-----	161
LES MODALITES D'INDEMNISATION DES ACCIDENTS MEDICAUX, UN CHOIX DE SOCIETE-----	161
BIBLIOGRAPHIE QUEBECOISE-----	164
BIBLIOGRAPHIE FRANCAISE-----	166

<i>LISTE DES SIGLES ET DES ABBREVIATIONS</i>
--

A.C.P.M.	Association canadienne de protection médicale
A.J.D.A.	Actualité juridique de droit administratif
Ass. Nat.	Assemblée nationale
B.R.	Cour du Banc du Roi (de la Reine)
Bull. civ.	Bulletin civil
Bull. lég.	Bulletin législatif
C. adm.	Cour d'appel administrative
C.A.	Cour d'appel
C.civ.	Code civil français
C.c.Q.	Code civil du Québec
C.E.D.H.	Cour européenne des droits de l'homme
C.E.E.	Communauté économique européenne
Chr.	Chronique
Civ.	Chambre civile
Concl.	Conclusions
Cons. d'Et.	Conseil d'Etat
Crim.	Chambre criminelle
C.S.	Cour supérieure
D.	Dalloz
D.L.R.	Dominion Law Reports
Flash Jurispr.	Flash de jurisprudence
G.A.M.M.	Groupe d'assurance mutuelle médicale
Gaz. Pal.	La gazette du palais
J.C.P.	La semaine juridique
J.O.	Journal officiel
Jur.	Jurisprudence
L.G.D.J.	Librairie générale de droit et de jurisprudence
L.R.Q.	Lois refondues du Québec
Panor.	Panorama
R.C.S.	Recueil des arrêts de la Cour suprême
Rec. Cons. d'Et.	Recueil des arrêts du Conseil d'Etat
Resp. civ. et assur.	Responsabilité civile et assurance
Rev. dr. sanit. et soc.	Revue de droit sanitaire et social
Rev. trim. dr. civ.	Revue trimestrielle de droit civil
R.F.D. adm.	Revue française de droit administratif
R.G.D.	Revue générale de droit, Université d'Ottawa
R.J.Q.	Recueil de jurisprudence du Québec
R.P.	Rapports de pratique du Québec
R.R.A.	Recueil en responsabilité et assurance
R.R.Q.	Règlements refondus du Québec
S.	Sirey
T.G.I.	Tribunal de grande instance

<u>REMERCIEMENTS</u>

Je tiens à remercier Mademoiselle Geneviève Viney pour m'avoir déjà, au cours de mon D.E.A. de droit, sensibilisée au sujet de cette recherche, ainsi que pour ses conseils quant à l'intérêt présenté par une étude comparative des droits français et québécois concernant l'indemnisation des accidents médicaux.

Je remercie aussi tout particulièrement Monsieur Pierre Deschamps pour m'avoir guidée judicieusement dans mes recherches et pour m'avoir consacré de longs moments.

Enfin, je remercie Madame Bartha Maria Knoppers, notamment pour la diligence qu'elle a montré au cours de la rédaction de mon mémoire.

INTRODUCTION

Qui, de nos jours, n'a pas entendu parler d'une personne de son entourage ayant subi de graves traumatismes au cours ou à la suite de traitements médicaux ?

Les accidents liés à l'activité médicale constituent aujourd'hui un phénomène de société d'ampleur importante tant au Québec qu'en France. A des fins d'analyse, il nous semble intéressant d'observer et de comparer la façon dont ils sont envisagés des deux bords de l'Atlantique, et ce d'autant plus que les deux pays ont des traditions juridiques communes. S'il est acquis que « le droit québécois a suivi le modèle civiliste français »¹, peut-on en dire autant concernant spécifiquement le droit médical ?

Actuellement dans ces contrées, la conduite professionnelle d'un médecin est appréciée au regard des règles de responsabilité civile.

L'indemnisation n'est allouée que si la victime de l'accident médical met en jeu la responsabilité du médecin basée sur sa faute. En effet, ce dernier n'est tenu en principe et de façon générale, qu'à une obligation de moyens. La preuve de l'acte fautif commis par le médecin constitue donc une étape incontournable qui mène parfois les victimes d'accidents médicaux à une indemnisation de leurs préjudices.

En raison de cette condition inéluctable, peu de victimes s'estiment en mesure de réclamer une indemnisation. Quand néanmoins elles réalisent cette démarche judiciaire, les dommages-intérêts sont souvent versés tardivement, si toutefois un tribunal décide finalement d'en octroyer, auquel cas ils sont trop souvent peu importants. On peut donc dire aujourd'hui que tant en France qu'au Québec, les victimes d'accidents médicaux sont moins bien traitées que celles d'accidents d'automobiles ou en encore du travail.

Estimant une telle situation inacceptable à notre époque, nombreux sont ceux qui cherchent des moyens de faire évoluer notre droit afin qu'il prenne mieux en compte ce type de victimes. Quoi qu'il en soit, il est clair qu'une meilleure indemnisation des accidents médicaux nécessite en amont une gestion cohérente et efficace des risques

¹ Gérard MEMETEAU, « Questions sur l'influence du droit français sur le droit québécois de la responsabilité médicale », (1995) 29 Revue Juridique Thémis 31, 33

inhérents à l'activité médicale. A ce propos, le rapport Prichard souligne qu'en matière de responsabilité médicale, « la meilleure solution consiste à réduire le plus possible le risque de préjudices corporels évitables résultant d'un traitement »². Pour ce faire, les pouvoirs publics ainsi que les médecins doivent respecter le principe de précaution. Cette norme morale et politique est désormais inscrite dans de nombreux textes aussi bien internes³ qu'internationaux⁴. A elle seule, elle serait susceptible de faire l'objet de longs développements. Aussi, nous ne pourrions nous y attacher dans le cadre de cette étude, bien qu'elle sous-tende toute notre réflexion. Notons cependant que le principe de précaution semble pouvoir concilier deux exigences contraires du public. En effet, en cette fin de siècle, la prise de risque, les innovations technologiques sont sans cesse encouragées alors que paradoxalement, on recherche avec toujours plus de précision les limites des risques courus. Pour ce faire, notre société condamne avec vigueur tous les actes de négligence et d'imprudence⁵. C'est sans doute en se fondant sur le principe de précaution que les victimes d'accidents médicaux, demanderesse en responsabilité, exigent réparation tant auprès de l'Etat que des tribunaux.

Cet état de fait appelle différentes remarques que nous nous proposons d'élaborer dans une partie préliminaire.

² J. Robert S PRICHARD, La responsabilité et l'indemnisation dans les soins de santé, Rapport à la conférence des sous-ministres de la santé de l'étude fédérale, provinciale, territoriale sur les problèmes de la responsabilité et de l'indemnisation dans le secteur des soins de santé, University of Toronto Press, 1990, p. 7

³ La loi française n° 95-101 relative au renforcement de la protection de l'environnement dispose qu'il s'agit d'un principe « selon lequel l'absence de certitudes, compte tenu des connaissances scientifiques et techniques du moment, ne doit pas retarder l'adoption de mesures effectives et proportionnées visant à prévenir un risque de dommages graves et irréversibles à l'environnement à un coût économiquement acceptable ».

⁴ Le principe de précaution a été prévu par exemple par le traité de Maastricht sur l'Union Européenne du 7 févr. 1992 en son article 130R.

⁵ François EWALD « Le risque dans la société contemporaine », allocution prononcée lors du colloque *Risque et société* organisé par le centre Antoine Béclère du 18 au 20 novembre 1998 à Paris: « La prise de risque n'a de sens que dans la mesure où elle sert la vie sans la détruire. (...) Dans cette difficulté entre la valorisation du risque et la définition des limites nécessaires à la prise de risque se logent les clefs de l'éthique et de la responsabilité. La responsabilité est liée à la notion de décision qui elle-même suppose d'avoir à balancer entre un gain éventuel et une perte possible ».

PARTIE PRELIMINAIRE

***L'INDEMNISATION DES ACCIDENTS MEDICAUX AUJOURD'HUI: VICTIMES
ET MEDECINS EN SITUATION DELICATE***

Dans une société où l'on s'attend à toujours plus de performances de la médecine tout en refusant simultanément ses échecs, il semble intéressant d'observer avec attention ce qu'on appelle communément le phénomène des accidents médicaux (Chapitre I). L'identification précise de la notion nous permettra de déterminer s'il est vrai qu'il existe une crise de la responsabilité médicale au Québec et en France (Chapitre II).

CHAPITRE I-

LA NOTION D'ALEA MEDICAL

En la matière, différents termes sont couramment employés mais tous ne se réfèrent pas à des concepts identiques (A). Aussi, selon le mot utilisé, les enjeux d'une indemnisation ne seront pas les mêmes (B).

A ALÉA, ACCIDENT, RISQUE...: DES TERMES AUX ACCEPTIONS DIFFÉRENTES

Avant même de s'interroger sur l'existence, les causes et les remèdes d'une crise de la responsabilité médicale révélée par la survenance d'accidents médicaux, il convient de circonscrire le champ de notre étude par le biais d'une définition précise des concepts qui seront utilisés tout au long de nos développements.

La réflexion sur l'amélioration de l'indemnisation des victimes de ce type d'accidents requiert en effet un tel travail préalable. Il apparaît nécessaire de définir les raisons d'une réparation des accidents médicaux ainsi que de déterminer les personnes visées par cette

indemnisation⁶.

Pour ce faire, nous comparerons donc tout d'abord l'aléa au risque médical, sachant que ces deux notions sont parfois employées indifféremment (1°), pour ensuite s'intéresser à la notion même d'accident médical (2°).

1° L'aléa ou le risque dit médical ou thérapeutique

Partant de la volonté d'indemniser le plus de victimes possible et de la meilleure façon que l'on puisse imaginer, il convient de définir très précisément ce qu'est un aléa (a) médical ou thérapeutique (b).

a) Aléa, risque et accident...

Dans le milieu médical, l'expression « aléa médical » fait classiquement référence au risque couru par le patient lorsqu'il se fait soigner. Différentes personnes ou organisations se sont attachées à définir l'aléa médical.

Il a ainsi pu être proposé qu'il s'agit de « la part de risque que comporte inévitablement un traitement médical ou pharmaceutique légitime et correctement mené et dont la réalisation entraîne la non-guérison ou des effets indésirables »⁷. L'aléa ou le risque médical sont donc inévitables et propres à tout traitement médical.

Enfin, le Conseil d'Etat, la plus haute juridiction administrative française, a lui aussi donné une définition de l'aléa médical dans deux arrêts où il a admis la responsabilité hospitalière sans faute fondée sur le risque thérapeutique⁸, mais cette dernière est soumise à différentes conditions strictes.

Tout d'abord, l'acte médical à l'origine du dommage doit être nécessaire au diagnostic ou

⁶ Patrick A. MOLINARI, « L'indemnisation des victimes d'incidents sanitaires: perspectives de réforme », dans Soins de Santé, éthique et droit, Montréal, Editions Yvon Blais, 1993, p. 325, à la page 346 : « l'inconvénient majeur de la conceptualisation de tout système d'indemnisation [est de savoir] qui on veut indemniser et pourquoi on veut les indemniser ».

⁷ Cette définition a été proposée par l'Association française de droit de la santé lors d'un colloque organisé au mois de mars 1994 sous la direction de Didier TRUCHET, L'indemnisation de l'aléa thérapeutique, Droit sanitaire et social, Sirey, 1995, p. 2

⁸ Cons. d'Et. 9 avr. 1993, Bianchi, A.J.D.A. 1993. p. 383 et 344, chr. Maugüe et Touvet ; R.F.D. adm. 1993. p. 573, concl. Daël ; J.C.P. 1993. II. 22061, note Moreau
Cons. d'Et. 3 nov. 1997, Hôpital Joseph Imbert d'Arles, D. 1998. Jur .146, note Chrestia ; J.C.P. 1998. II. 10016, note Moreau ; Petites Affiches. 9 janv. 1998. 4. 16, note Lecocq ; Cyril CLEMENT, « La responsabilité sans faute de l'hôpital pour un acte médical non thérapeutique », Rev. dr. sanit. et soc. 1998. 519

au traitement du patient. Ensuite, il doit présenter un risque connu mais exceptionnel. Puis, le Conseil d'Etat a imposé que le patient ne présente pas de prédisposition particulière au risque. Enfin, la réalisation de l'aléa médical doit être indépendante tant de l'état du malade que d'une faute du médecin. Le dommage dont il souffre doit donc être nouveau, consécutif à l'acte médical qu'il vient de subir. Ainsi, même si le Conseil d'Etat ne le stipule pas expressément, le dommage subi par le patient doit être indépendant de toute faute. Si un accident médical peut tout à fait trouver son origine dans une faute, il n'en demeure pas moins qu'il ne s'agit alors plus de la réalisation d'un aléa médical.

On peut donc affirmer que risque et aléa médicaux sont synonymes.

L'aléa est également le critère de l'obligation de moyens en droit. Il recouvre l'idée selon laquelle des dommages peuvent s'expliquer par une autre cause que la faute. Ainsi, la personne soumise à une obligation de moyens ne verra sa responsabilité engagée que si on prouve qu'elle a commis une faute. A défaut, l'absence de résultat ne justifiera pas d'action en responsabilité exercée à son encontre.

La notion d'accident est plus large que celle d'aléa ou de risque puisqu'elle l'englobe. L'accident médical comprend l'aléa en ce sens qu'il désigne non seulement les dommages issus du risque médical mais aussi ceux causés par une faute médicale. C'est pourquoi on peut dire que la réalisation d'un aléa thérapeutique correspond à la survenance d'un accident médical sans faute.

Les termes d'accident, d'aléa, d'erreur ou de faute, dans leurs acceptions les plus étroites, permettent en réalité de préciser le champ d'application de la notion de risque.

b) ...thérapeutiques, médicaux et sanitaires

Quant au champ d'application de la notion d'aléa, on dit qu'il est thérapeutique quand il concerne exclusivement les actes de soins, les traitements. Ainsi, lorsque l'on parle d'aléa, d'accident ou de risque thérapeutique, on ne veut prendre en compte que les dommages issus d'une thérapie.

On dit encore que l'aléa ou le risque est médical lorsque l'on veut englober les autres interventions de la médecine. On comprend ainsi les préjudices découlant des gestes posés avant l'acte de soins proprement dit, comme les actes diagnostics ou même les actes préventifs, mais on se réfère également aux dommages apparaissant à la suite des actes de soins comme une allergie à un produit anesthésiant par exemple.

Enfin, un risque est dit sanitaire quand son domaine couvre l'ensemble du système de santé, soit en plus du reste, les décisions et interventions des autorités et des gestionnaires.

2° L'accident médical individuel ou sériel

Pendant longtemps, le problème posé par l'indemnisation des accidents médicaux semblait quantitativement peu important dans la mesure où n'étaient concernés que des patients pris dans leur individualité.

On déplore malheureusement aujourd'hui l'apparition de véritables catastrophes sanitaires telles les transfusions sanguines à grande échelle, contaminées par le virus du Sida ainsi que par celui de l'Hépatite C. La France a également dû faire face à d'autres types d'accidents sériels, puisqu'il s'agit de cela, tels la distribution d'hormones de croissance contaminées provoquant la maladie de Creutzfeldt-Jakob⁹, ou encore les révélations des méfaits de l'amiante à long terme...

Sans doute les progrès de la médecine ont été très importants ces dernières années mais ils ont entraîné avec eux l'apparition de nouveaux risques dus notamment à l'emploi de thérapeutiques nouvelles, qui ont pu se révéler d'une ampleur considérable. « Avec la technologie, le risque médical a changé d'échelle, passant d'une dimension individuelle à une dimension collective. Il entre dans la catégorie des calamités publiques en devenant catastrophique. »¹⁰

Il est donc important de bien distinguer les deux types d'accidents médicaux qui existent : les premiers sont individuels et concernent un patient en particulier ; les seconds sont sériels et plusieurs patients subissent simultanément les dommages qui en découlent. Pour autant, ils peuvent tous résulter de la réalisation de l'irréductible aléa médical.

Toutes ces précisions terminologiques revêtent une grande importance. En effet, selon le contenu des concepts adoptés, les aménagements de l'indemnisation des accidents médicaux varieront.

⁹ Cette maladie consiste en une encéphalopathie spongiforme humaine due à un prion.

¹⁰ Marcel SOUSSE, « Quelle réforme en matière de responsabilité médicale? », Gaz. Pal. 15 oct. 1994. 1159, à la page 1160

B LES ENJEUX DES CONCEPTS RETENUS

Partant du constat d'un phénomène de multiplication des risques médicaux (1°), nous nous attacherons à observer quel peut être l'incidence des concepts retenus en la matière (2°).

1° La constatation de l'augmentation des risques médicaux dans notre société

Il ne fait aucun doute que la médecine n'a cessé ces dernières années d'être de plus en plus efficace. Les avancées technologiques toujours plus performantes, ont permis de sauver de nombreuses vies. Certaines pathologies ont reculé au bénéfice d'une souffrance en régression et parmi elles, plusieurs ont même été éradiquées.

Mais l'efficacité a un prix. La mise en œuvre de ces techniques innovantes implique des traitements souvent invasifs pour les patients en cause. Il en résulte la création de risques nouveaux et multiples. Chaque soin, chaque opération, génère ses propres risques iatrogènes, c'est-à-dire des possibilités de pathologies ou d'accidents pour les patients.

Comble du paradoxe, la médecine qui se spécialise davantage chaque jour, parvient à soigner plus précisément les patients de manière croissante, mais dans le même temps, elle comporte en son sein de nouveaux risques, parfois importants.

Ce phénomène semble loin de s'achever dans la mesure où la recherche scientifique permet de découvrir de nouvelles maladies ainsi que de nouveaux traitements. Les médecins se spécialisent et il en va par voie de conséquence, de même pour les interventions. Certains observateurs¹¹ soulignent la transformation des rapports entre les patients et le monde médical qui en découle. On ne consulte plus le même médecin pour tous les maux dont on souffre mais des différents en fonction des symptômes ressentis. On ne peut attendre de ces interlocuteurs le même type de responsabilité qu'auparavant. La répartition des risques s'est établie de façon différente en raison notamment de ce phénomène de spécialisation.

A nos yeux, il apparaît que la naissance d'un différend entre un patient et son médecin n'appelle plus désormais l'unique mise en jeu des règles de responsabilité civile. En raison d'une nouvelle répartition des risques, on peut tout à fait envisager que

¹¹ P. A. MOLINARI, *loc. cit.*, note 6, 338

l'indemnisation de dommages résultant d'accidents médicaux émane de mécanismes parallèles au système de la responsabilité tel qu'il existe aujourd'hui.

Toutefois, selon les concepts retenus relatifs à la notion d'accident médical, les mécanismes dont il était précédemment question ne sauraient être les mêmes.

2° L'indemnisation des accidents médicaux liée aux concepts retenus

Les règles de responsabilité civile qui permettent seules actuellement l'indemnisation de la plupart des accidents médicaux¹², nécessitent la preuve d'une faute médicale par la victime. Or comme il l'a été souligné, certains dommages subis par les patients peuvent résulter de l'aléa propre à l'activité médicale et être ainsi indépendants de toute faute.

Tout l'enjeu de la question consiste à savoir comment indemniser ce type d'accidents. De surcroît, on peut se demander également de quelle façon améliorer le sort des victimes d'accidents fautifs. En effet, l'indemnisation, théoriquement possible, n'en demeure pas moins difficile à obtenir compte tenu des difficultés de preuve – incombant en principe à la victime – attachées tant à la faute qu'à son lien de causalité avec les dommages subis.

Une des solutions possibles consiste à aménager parallèlement au régime de responsabilité existant, un système d'indemnisation des dommages issus de l'activité médicale. Cette idée nous paraît particulièrement séduisante. Aussi en expliquerons-nous les motifs dans la suite de l'exposé. Quoiqu'il en soit, un tel système qui pourrait être d'origine légale, passerait nécessairement par une définition pointue des concepts. En effet, selon les termes employés, les victimes et les dommages visés ne seront pas les mêmes. Les conséquences financières des choix opérés seront capitales, étendue des concepts et volume des ressources monétaires requises allant bien évidemment de pair.

Des projets de toutes natures en matière d'indemnisation des accidents médicaux n'ont pas manqué de voir le jour ces dernières années, en France encore plus qu'au

¹² *Infra*, p. 85 et suiv. : quelques uns font l'objet d'une indemnisation automatique en raison de dispositions légales ou jurisprudentielles.

Québec¹³, mais aucun d'eux n'a abouti, sachant par exemple qu'en France, un tel système nécessiterait un budget minimal de 100 milliards de francs s'il incluait l'indemnisation des personnes contaminées par le virus de l'hépatite C à l'occasion de transfusions. Monsieur Fédia Julia, avocat français et instigateur d'un projet de loi en la matière en 1987, reconnaît que si celui-ci est resté lettre morte, c'est essentiellement pour des raisons financières. Il estime que pour accorder réparation aux 12 ou 15000 victimes annuelles, il faut compter entre 3 et 5 milliards de francs. A ces victimes, il faut rajouter celles de risques sériels qui n'ont pas encore été indemnisées comme celles par l'hépatite C. L'argent reste le principal obstacle¹⁴.

La réflexion initiée jusqu'à présent à propos de l'indemnisation des accidents médicaux ne trouve sa justification que dans la mesure où le système tel qu'il existe actuellement comporte des lacunes, témoignant de la crise subie par la responsabilité médicale. Si cette situation ne fait aucun doute à nos yeux, certains se montrent plus réservés tant au Québec qu'en France... Il convient donc d'observer si la responsabilité médicale se trouve réellement en situation de crise.

CHAPITRE II-

UNE CRISE DE LA RESPONSABILITE MEDICALE?

L'appréciation de l'état d'urgence subi par les victimes d'accidents médicaux, si

¹³ Pour le Québec : rapport Prichard, précité, note 2 ; pour la France, deux types de supports pour des réformes éventuelles existent :

- Les rapports : Direction des affaires civiles et du Sceau : « Rapport sur la responsabilité médicale et l'indemnisation du risque thérapeutique », 1990 ; François Ewald : « Le problème français des accidents thérapeutiques ; enjeux et solutions », Rapport à Monsieur Kouchner, ministre de la Santé, sept. 1992

- Les propositions de lois : Ass. Nat. 1977, n° 3083 et 1978, n° 499 (Gau) ; Ass. Nat. 1977, n° 3193 (Delhalle et Pons) ; Ass. Nat. 1982, n° 1360 (J.-L. Masson) ; Ass. Nat. 1988, n° 127 (B. Debré) ; Ass. Nat. 1990, n° 1866 (J.-M. Bellorgey) ; Sénat, 1992, n° 237 (F. Lesein et R. Legrand) ; Ass. Nat., 1992, n° 2717 (G. Millet) ; Ass. Nat., 11 mai 1993, n° 164 ; Sénat 28 avril 1993, n° 286 (M. Poniatoski et M. Lucotte... : Proposition de loi tendant à créer un Fonds de garantie pour indemniser les victimes d'accidents d'origine médicale) ; Ass. Nat. 28 avril 1994 n° 1181 (B. Serrou, B. Accoyer... : Proposition relative à l'indemnisation de l'aléa thérapeutique) ; Ass. Nat. Proposition n° 1027, 2 mars 1994 (M. Porcher, J.-M. Dubernard : Proposition de loi tendant à créer un Fonds d'indemnisation des victimes du risque médical) ; Ass. Nat. 23 juil. 1997, n° 158 (M. Jacquain... : Proposition de loi relative à l'indemnisation des victimes d'accidents thérapeutiques) ; Ass. Nat. 7 janv. 1998, n° 616 (C. Evin : Proposition de loi relative à l'indemnisation des accidents sanitaires) ; Ass. Nat., 3 févr. 1998, n° 671 (J.-M. Dubernard, B. Accoyer... : Proposition de loi tendant à créer un fonds d'indemnisation des victimes du risque médical).

¹⁴ Véronique LESUEUR, Victimes de la médecine – Enquête sur l'erreur médicale, Le Pré aux Clercs, 1998, p. 38

toutefois il existe, ne peut être réalisée que par la mesure du contentieux médical. En effet, ce dernier permet de se faire une idée précise sur l'ampleur des dommages subis à l'occasion d'actes médicaux (A).

Mais l'évaluation d'une possible crise de la responsabilité médicale ne sera complète qu'après avoir observé le comportement tenu par les personnes en cause lors d'accidents médicaux, soit les victimes et leurs médecins, mais aussi leurs assureurs respectifs ainsi que les tribunaux (B).

A LE VOLUME DU CONTENTIEUX MÉDICAL

La mesure du contentieux médical passant nécessairement par de nombreuses statistiques (1°), on s'étonnera de leur quasi-absence au Québec (2°). Afin d'obtenir une vue un peu plus concrète du phénomène des accidents médicaux, nous nous efforcerons d'en analyser certaines (3°).

1° L'importance des statistiques en la matière

La mesure du volume du contentieux médical peut être effectuée grâce aux chiffres fournis par les juridictions compétentes. Mais alors aucune des transactions en la matière ne sera prise en compte, pas plus que le nombre de victimes non indemnisées, et encore moins celles ayant subi des dommages provoqués par la réalisation d'un aléa médical. Aussi nous apparaît-il nécessaire de recourir à certaines statistiques.

Elles constituent une donnée importante pour mesurer l'étendue d'une crise. En effet, plusieurs paramètres doivent faire l'objet d'une analyse et mis en rapport les uns avec les autres afin de révéler les réalités qu'ils retranscrivent. A leur observation, certains estiment qu'il est temps de réagir face à l'augmentation importante du volume du contentieux médical si l'on ne veut pas laisser sans aucune indemnisation un nombre croissant de victimes d'accidents médicaux. D'autres auteurs considèrent à l'inverse que la responsabilité médicale ne fait l'objet d'aucune crise dans le sens où l'aspect purement contentieux de celle-ci reste tout à fait marginal par rapport au volume de l'activité médicale. Le drame de la responsabilité serait plus « dans l'imaginaire que dans les

chiffres »¹⁵. Les praticiens s'inquiéteraient donc à tort et le nombre de poursuites exercées à leur encontre n'aurait pas augmenté de façon exceptionnelle ces dernières années.

Encore faut-il s'appuyer sur des données précises pour être à même de se prononcer. Or, les statistiques en matière de responsabilité médicale paraissent fort peu nombreuses au Québec. On peut se demander si cet état de fait ne traduit pas l'absence de crise de la responsabilité médicale dans cette Province.

2° L'absence de statistiques récentes au Québec: traduction de l'absence de crise?

En 1987, Monsieur Robert S. Prichard fut mandaté par la Conférence des sous-ministres de la Santé du Canada, des provinces et des territoires pour préparer un rapport intitulé La responsabilité et l'indemnisation dans les soins de santé. Ce dernier fut rendu public le 2 octobre 1990.

Le rapporteur estime¹⁶ qu'à la fin des années 1980', quand il a été nommé à son poste, la crise se faisait sentir, « du moins aux yeux de la profession » ajoute-t-il : augmentation du nombre de poursuites, des primes d'assurance, médiatisation des accidents médicaux entraînant de graves préjudices corporels. Cette situation inquiétait donc le corps médical dans son ensemble mais aussi les magistrats qui ont alors demandé des réformes rapides dans ce domaine.

Néanmoins, l'appréciation de l'étendue de la crise de la responsabilité médicale nécessiterait des données statistiques récentes or celles-ci font défaut, et c'est le cas depuis le début des années 1990'. On observe une forte augmentation des poursuites contre les médecins tant aux Etats-Unis qu'en France mais qui serait de moins grande ampleur au Québec^{16 bis}. Pour autant, cela ne traduirait pas forcément l'absence de crise de la responsabilité médicale : le fait que le volume du contentieux ne soit pas le même selon les

¹⁵ Gérard MEMETEAU, « Les évolutions redoutées de la responsabilité médicale: loi ou jurisprudence? », Gaz. Pal. 24-25 oct. 1997. 8, à la page 9

¹⁶ J.R.S. PRICHARD, op. cit., note 2, p. 3

^{16 bis} Des statistiques sont néanmoins publiées par l'Association canadienne de protection médicale : voir, à ce sujet, Marc BOULANGER, « La victime de soins médicaux et hospitaliers déficients : perspectives en matière de recours et de compensation des dommages » dans Développements récents en droit civil, Cowansville, Editions Yvon Blais, 1994, p. 97, à la page 100.

pays appelle différentes explications. Tout d'abord, des phénomènes culturels pourraient conduire à ce qu'on hésite plus dans certains pays que dans d'autres à mettre en cause des médecins. Ensuite, des phénomènes sociaux peuvent également aboutir à une certaine dégradation des relations entre les patients et les médecins. Enfin, des phénomènes juridiques qui seraient particuliers à chaque Etat pourraient inhiber certaines victimes dans leur volonté d'agir contre des médecins, comme la forte probabilité d'échec d'une action en justice.

En tout état de cause, certains¹⁷ analysent le fait qu'il existe une littérature relativement importante sur la question comme la preuve qu'il existe bien, au Québec, une crise « dans l'indemnisation des victimes de dommages subis à l'occasion de la prestation de soins médicaux ou hospitaliers ».

3° Quelques chiffres

En France, les statistiques les plus récentes, outre celles avancées dans les nombreux rapports élaborés ces dernières années concernant la réforme de la matière, sont celles provenant des assureurs de médecins et des hôpitaux. Les chiffres existants sont établis chaque année par le Groupe des Assurances Mutuelles Médicales (ci-après nommé le G.A.M.M.). Compte tenu du nombre de médecins assurés par celui-ci, les chiffres donnés sont considérés comme largement représentatifs¹⁸.

Il semble que l'augmentation du nombre des accidents médicaux ainsi que des poursuites exercées à l'encontre des médecins soit incontestable aujourd'hui. Il y a dix ans, un praticien sur trois en France risquait de faire l'objet de poursuites en responsabilité durant ses 35 ans de carrière. A présent, ce sont potentiellement deux praticiens sur trois qui seraient susceptibles d'être poursuivis¹⁹. Les spécialités les plus exposées en France

¹⁷ P.A. MOLINARI, *loc. cit.*, note 6, 327

¹⁸ Philippe MIGEOT, « L'évolution du règlement des conflits », Revue Générale de Droit des Assurances, 1998. 4. 970 : En effet, environ 75% des médecins exerçant en France recourent au G.A.M.M. pour s'assurer. Même si les chiffres sont considérés comme largement représentatifs, ils ne sont pas pour autant totalement objectifs. La même remarque vaut pour les statistiques fournies par l'Association canadienne de protection médicale.

¹⁹ Philippe ROY, « Responsabilité civile : les chirurgiens d'abord, les généralistes aussi », Le Quotidien du Médecin, 3 novembre 1998

sont la chirurgie esthétique, la chirurgie classique, l'obstétrique, et enfin l'anesthésie-réanimation.

Le rapport Prichard quant à lui, relève en 16 ans (1971-1987) une multiplication par trois des poursuites exercées contre les médecins, en tenant compte de l'augmentation du pourcentage des médecins faisant partie de l'Association Canadienne de Protection Médicale (l'A.C.P.M.)²⁰. Parmi les médecins canadiens, les spécialistes les plus touchés ont été les chirurgiens orthopédistes, les anesthésistes, les obstétriciens et les gynécologues²¹.

Selon le G.A.M.M., la sinistralité en France, c'est-à-dire le nombre de déclarations d'accidents corporels par an, est passée de 0,9/100 sociétaires en 1988 à 1,84/100 sociétaires en 1997. Par conséquent, les médecins se sont vus mettre en cause de façon beaucoup plus fréquente, deux fois plus pendant la dernière décennie. Et ce chiffre correspondant à une moyenne, il faut être conscient que la progression des mises en cause a pu atteindre 200% dans certaines spécialités. De façon générale, on peut dire qu'il y a environ un accident thérapeutique pour 20.000 actes pratiqués²².

Christian Sicot, directeur médical de la société d'assurance le Sou médical²³, observe que sur 9000 dossiers clos par sa société ces 20 dernières années, 24% d'entre eux conduisirent à une indemnisation d'accident reconnu fautif après condamnation civile, pénale ou même après qu'une transaction a été conclue, ce qui est par conséquent assez peu au regard du nombre de victimes. Parmi les 76% de dossiers n'ayant fait l'objet d'aucune indemnisation, il dénombre deux causes principales : pour un tiers de ces victimes, l'octroi de dommages-intérêts a été rendu impossible du fait de l'absence de préjudice individualisable. Quant aux deux autres tiers, c'est l'absence de la preuve d'une faute médicale qui a privé la victime de toute indemnisation. Pour Monsieur Sicot, ces personnes sont victimes de ce que l'on appelle la réalisation d'un risque médical.

²⁰ J.R.S. PRICHARD, *op. cit.*, note 2, conclusions n° 1 et n° 2 p. 16. Depuis le début du siècle, la plupart des médecins canadiens sont membres de l'A.C.P.M., un organisme d'autodéfense qui leur fournit des avis et des services juridiques.

²¹ *Id.*, conclusion n° 4 p. 16

²² V. LESUEUR, *op. cit.*, note 14, p. 16

²³ Le Sou Médical appartient au G.A.M.M. C. Sicot fit part de ces données lors de l'allocution intitulée « Aléa médical et assurance en responsabilité civile professionnelle » qu'il prononça le 20 novembre 1998 lors du colloque concernant l'« Aléa thérapeutique » dans le cadre de la journée organisée par la fondation Maurice Rapin.

L'auteur démontre également à l'appui de chiffres, que le nombre d'accidents non indemnisables a augmenté fortement ces dernières années²⁴, impliquant la croissance de la réalisation d'aléas médicaux. Pour conclure sur ce point, l'auteur souligne le fait que si les accidents fautifs ont bien diminué lors des vingt dernières années, le nombre de victimes de réalisation d'aléas médicaux a quant à lui fortement augmenté.

Cet état des choses a sans nul doute conduit les assureurs des médecins à augmenter le montant des primes réclamées à leurs assurés. D'ailleurs, le rapport Prichard constate que l'augmentation des primes payées par les médecins canadiens a même été plus forte que celle des poursuites²⁵. Ce phénomène s'explique par le fait qu'à partir des années 80', l'A.C.P.M. a appliqué un nouveau système d'évaluation des risques encourus dans les différents types d'activité médicale et a augmenté les cotisations dues dans ces domaines où les risques sont les plus élevés. Par ailleurs, l'association s'est constituée au même moment un fonds de réserve destiné à payer les indemnités dues en cas de condamnation judiciaire d'un médecin membre²⁶. Ainsi, les primes payées par certains spécialistes auraient été multipliées par quarante ces dernières années.

Dans la perspective d'avoir une vue complète sur l'existence d'une crise de la responsabilité médicale au Québec et en France, il convient d'observer quels sont les comportements adoptés par les différents protagonistes en présence lors de la réalisation d'un aléa médical.

B LES COMPORTEMENTS EN CAUSE

Toute réalisation d'un risque médical ne saurait se produire sans la présence d'au moins trois personnes : un patient (1°), un médecin (2°), un assureur (3°). Parfois, quand un litige naît et qu'aucune entente ne peut être trouvée entre ces trois types d'individus, des tribunaux sont saisis (4°).

Chacun ressent l'accident différemment, selon la fonction qu'il assume. Leurs

²⁴ L'analyse des dossiers clos par le Sou médical au cours des 20 dernières années (1977-1997), des 5 dernières et des 3 dernières montre l'augmentation des accidents insusceptibles de réparation, respectivement de 76%, 77,4% et 78,8%.

²⁵ J.R.S. PRICHARD, *op. cit.*, note 2, conclusions n° 17 et 18 p. 18 et 19

²⁶ *Id.*, conclusion n° 19 p. 19 et M. BOULANGER, *loc. cit.*, note 16 bis, 101.

réactions sont donc le plus souvent divergentes, leurs points de vue n'étant pas les mêmes. Aussi, on ne peut réellement parler d'une crise de la responsabilité médicale mais plutôt des crises de la responsabilité médicale²⁷. Selon la personne concernée, les enjeux diffèrent. Par conséquent, les solutions possibles pour améliorer le système d'indemnisation existant varient en fonction de la personne dont elles émanent.

1° Les victimes, instigatrices des procès intentés à l'encontre des médecins

Pendant longtemps, très peu des patients ayant subi des dommages à l'occasion d'interventions médicales intentaient des recours contre leurs médecins, en raison notamment du coût de la procédure ainsi que de l'incertitude quant à l'issue d'un procès très long et totalement aléatoire. Aujourd'hui, l'attitude des tribunaux à leur égard les encouragent dans une certaine mesure à intervenir plus souvent sur le terrain judiciaire, à tel point que l'on pourrait parler de la naissance d'un phénomène de « victimisation » à l'instar de celui qui a pris naissance aux Etats-Unis. Toute personne qui n'obtient pas satisfaction de ses souhaits se considère dès lors comme une victime, que ce soit vis-à-vis d'une personne privée ou encore d'une personne publique. Elle engage par conséquent plus facilement une procédure judiciaire afin d'obtenir réparation du dommage qu'elle estime avoir subi.

Deux autres raisons motivent également les recours recrudescents des victimes à l'encontre de leurs médecins : tout d'abord le besoin de connaître les causes de leur état, mais aussi celui d'obtenir des ressources financières supplémentaires afin de faire face à leurs nouvelles conditions de vie : le réaménagement d'un foyer quand l'on devient handicapé se révèle en effet très dispendieux. De plus, la réparation financière vient confirmer le fait que ce qui a été subi n'aurait pas dû l'être et qu'une réparation, à tout le moins une compensation, est justifiée. Néanmoins, il demeure toujours difficile pour la victime d'un accident médical d'intenter un procès à son médecin.

D'une part, de tels recours requièrent des ressources financières importantes. Les poursuites en réparation de préjudice corporel se révèlent généralement d'une grande complexité et nécessitent de surcroît de longues investigations puisqu'il en va souvent de la

²⁷ Daniel JUTRAS, « Réflexions sur la réforme de la responsabilité médicale au Québec » dans Rapports généraux au XIIIème Congrès International de Droit Comparé, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1992; P.A. MOLINARI, loc. cit., note 6, 327

réputation et donc de la carrière du médecin mis en cause, d'autant plus que les dommages subis par les patients demandeurs à l'action en responsabilité sont souvent très graves et handicapants. En tenant compte de la difficulté d'appréciation des preuves scientifiques, ainsi que des coûts occasionnés par le fonctionnement de la justice et par la rémunération d'un avocat et de plusieurs experts, on peut estimer que « plus de la moitié des sommes dépensées à l'occasion des ces poursuites représente le coût de ces poursuites et non les sommes versées aux victimes au titre de l'indemnisation »²⁸.

D'autre part, le procès, aujourd'hui inévitable pour les victimes, constitue une épreuve morale supplémentaire pour elles. Non seulement il apparaît délicat de remettre en cause le savoir d'un praticien à qui l'on s'est totalement confié, les victimes n'étant jamais certaines d'avoir envie de se battre sur le front du droit, en plus de celui de leur santé mais, bien plus, les expertises sont le plus souvent ressenties comme de véritables humiliations. De tels examens requièrent en effet des explications qui sont sans cesse remises en cause afin de tester leur crédibilité.

Au final, peu de victimes intentent des procès contre leurs médecins, même si cela se produit plus souvent qu'auparavant. Et quand elles le font, elles sont (trop) rarement victorieuses dans leurs démarches²⁹. Certains pensent qu'il ne faudrait pas rendre l'indemnisation des accidents médicaux plus facile car cela risquerait de contribuer à une augmentation des poursuites exercées à l'encontre des médecins par les victimes. On peut douter de la pertinence d'un tel argument. En effet, il serait tout à fait possible d'imaginer l'octroi d'une indemnisation par un système parallèle à celui de responsabilité qui priverait la personne indemnisée de certains recours en justice.

L'augmentation indéniable des poursuites judiciaires exercées par les victimes d'accidents médicaux développe certains effets tel l'adoption d'un comportement défensif par un grand nombre de médecins.

²⁸ J.R.S. PRICHARD, *op. cit.*, note 2, conclusions n° 32 et 33 p. 21

²⁹ *Id.* p. 5 : Très peu de victimes de préjudices corporels évitables sont indemnisées. « Quelque soit le chiffre exact, il est évident que le système actuel des poursuites en responsabilité médicale ne permet d'indemniser qu'un nombre très faible des personnes qui ont subi des préjudices corporels » ; conclusion n° 15 p. 18 : « (...) le pourcentage des patients qui ont subi un préjudice corporel en raison de la négligence d'un médecin et qui bénéficient d'une indemnisation demeure très faible et représente probablement moins de 10% des poursuites qui auraient pu être intentées ».

2° Le développement d'une pratique défensive de la médecine

Ce mouvement a vu le jour aux Etats-Unis parallèlement, ce qui n'est pas étonnant, à la vague contentieuse qui y déferla. Les procès civils en responsabilité médicale y sont encouragés principalement en raison d'un comportement social. La société américaine est connue pour être très procédurière et les avocats y adoptent une attitude beaucoup plus entreprenante qu'au Québec ou qu'en France³⁰.

En réaction à cette désignation qui tend à être systématique, les médecins cherchent à se protéger. Pour ce faire, ils recourent à plusieurs moyens.

On constate d'abord une pénurie de médecins dans certains secteurs de la médecine plus exposés que d'autres à la réalisation de risques. En général, il s'agit de la chirurgie, de l'anesthésie et de l'obstétrique. Ensuite, on remarque que les médecins ont tendance à multiplier les examens complémentaires, coûteux et pas forcément indispensables, contribuant à une augmentation très importante du coût de la santé. En effet, ils sont tentés de prescrire de plus en plus d'examens, d'allonger les durées d'hospitalisation, de prendre d'avantage de précautions. Certains médecins évitent de recourir à un traitement donné quand les taux de réussite ne leur paraissent pas assez élevés³¹. Enfin, certaines thérapeutiques nouvelles sont laissées de côté par des médecins faisant montre de moins de témérité. Or, ce sont parfois des gestes empreints de risques qui paradoxalement, peuvent sauver.

Outre cette désertion préoccupante à terme, de plusieurs spécialités de la médecine – accompagnée de départs en retraite anticipés pour certains médecins³² – on observe une dégradation inévitable des relations entre praticiens et patients.

Si les personnes incapables de faire face à ces coûts pour être soigné se multiplient, il en va de même pour les primes d'assurance payées par les médecins qui sont en constante augmentation.

³⁰ Nous pensons ici au roman The Rainmaker (traduction française : L'Idéaliste, Robert Laffont, 1997) de l'écrivain américain John Grisham. Il y décrit comment certains avocats peu scrupuleux contactent des patients victimes de dommages corporels au sein même des hôpitaux !

³¹ V. LESUEUR, op. cit., note 14, p. 61 : Aujourd'hui, 63% des médecins décideraient d'hospitaliser leurs patients plus souvent qu'auparavant, et 75% des généralistes multiplieraient les examens complémentaires plutôt que de risquer l'erreur de diagnostic.

³² Jacques BRIERE, « Les conséquences de l'augmentation des recours et des indemnités pour les médecins et la société », (1987) 18 R.G.D. 113, à la page 116

3° L'augmentation des primes d'assurance

Le développement du contentieux en matière de responsabilité médicale a pour conséquence une réelle envolée du montant des primes d'assurance payées par les médecins. Les raisons en sont diverses.

La multiplication du nombre de recours exercés contre leurs assurés a conduit plusieurs compagnies d'assurance soit à se retirer du marché, soit à tout le moins à refuser de couvrir certains risques. Les sociétés encore en activité exigent quant à elles le paiement de primes très importantes, jugées souvent exorbitantes par les médecins. Plus la spécialité présente des risques, plus l'augmentation du montant des primes est flagrante. Au Québec, l'augmentation aurait été de 14% par an entre 1971 et 1987 pour les obstétriciens.

Comme il l'a été souligné précédemment, l'A.C.P.M. a également décidé de se constituer un fonds de réserves destiné à payer les indemnités octroyées par les tribunaux aux victimes d'accidents médicaux. Pour se faire, elle a exigé le paiement de primes de plus en plus importantes. « Tout se passe comme si l'Association cherche à promouvoir la mise en place d'un système étatique d'indemnisation ou à susciter une oreille judiciaire plus favorable aux médecins »³³.

Si le montant des primes exigées a augmenté de cette sorte, c'est également en raison des dommages-intérêts versés aux victimes d'accidents médicaux qui sont eux aussi en hausse. Le rapport Prichard explique ce phénomène par la spécialisation des avocats dotés d'une expertise de plus en plus imposante en la matière ainsi que par les changements apportés aux règles de responsabilité civile par les tribunaux au cours des années 1970' – 1980'³⁴. En effet, soucieux de ne pas laisser ce genre de victimes sans aucune réparation, certains magistrats se sont montrés moins rigoureux quant aux conditions de la responsabilité des médecins.

4° L'extension de plusieurs concepts de responsabilité par les tribunaux

Dans la mesure où l'indemnisation des victimes d'accidents médicaux se caractérise

³³ M. BOULANGER, *loc. cit.*, note 16 bis, 101.

³⁴ J.R.S. PRICHARD, *op. cit.*, note 2, p. 18

^{34 bis} *Infra*, p. 46 et suiv.

par sa rareté, la jurisprudence a tendance depuis quelques années à augmenter les cas de responsabilité médicale. A ces fins, les tribunaux se montrent plus libéraux vis-à-vis des conditions de la responsabilité des médecins dont les preuves incombent en principe aux victimes, demanderesse à l'action.

On constate d'abord aussi bien en France qu'une faute ordinaire suffit aujourd'hui à engager la responsabilité d'un médecin.

En outre, compte tenu des difficultés rencontrées pour prouver une faute médicale, seul moyen d'être indemnisées, les victimes d'accidents médicaux ont déplacé le contentieux existant alors : aujourd'hui, une grande partie de ce dernier porte sur des manquements à l'obligation d'information sur les risques médicaux incombant au médecin, à telle enseigne que plusieurs observateurs se demandent aujourd'hui si ce contentieux ne résume pas à lui tout seul celui de la responsabilité médicale !

Enfin, le lien de causalité entre la faute et le dommage doit lui aussi être prouvé par la victime. Or, il s'avère souvent bien délicat d'affirmer d'un point de vue scientifique que tel dommage est la conséquence directe et certaine de tel geste médical. C'est pourquoi certains tribunaux ont parfois choisi de contourner la difficulté liée à la preuve de cette relation causale en n'exigeant des victimes que l'unique preuve que le geste médical l'a privée d'une chance de survie ou de guérison 34 bis, ou encore de faire un choix éclairé. Cette attitude jurisprudentielle ne manque pas de faire l'objet de nombreuses critiques aussi bien en France qu'au Québec.

Ainsi, nous avons pu constater que de façon générale, le système actuel d'indemnisation des accidents médicaux est loin d'être satisfaisant tant à l'égard des patients « accidentés » qu'à celui des médecins.

Aussi, il conviendra de s'attacher à l'étude des réformes possibles de ce système en observant quelles sont les propositions qui existent en ce domaine et en tentant d'en formuler quelques unes (Partie II).

Mais avant, il importera d'observer de quelle façon les accidents médicaux sont envisagés en France et au Québec afin d'évaluer leurs similitudes et leurs divergences ce qui pourrait nous permettre de trouver certaines inspirations quant à des modifications possibles (Partie I).

PARTIE I

L'INDEMNISATION ALEATOIRE DES ACCIDENTS MEDICAUX

En raison des conditions de la responsabilité médicale requises au Québec et en France, on constate que les indemnisations des accidents médicaux sont rendues très difficiles et totalement aléatoires.

Après avoir observé quelles sont ces conditions (Chapitre I), nous étudierons de quelle façon la réparation de ce genre de dommages se trouve aujourd'hui facilitée (Chapitres II et III).

CHAPITRE I-

UNE INDEMNISATION FONDEE SUR LA RESPONSABILITE POUR FAUTE MEDICALE

Toute victime d'accident médical se trouve confrontée à plusieurs difficultés si elle souhaite obtenir réparation des dommages qu'elle estime avoir subi à l'occasion d'actes médicaux auxquels elle s'est soumise. En effet, la responsabilité médicale par principe est subjective et non objective. Autrement dit, elle ne saurait être mise en œuvre que dans la mesure où une personne a commis une faute et en aucun cas elle ne joue automatiquement (B).

Mais la seule preuve d'un comportement professionnel fautif par la victime est insuffisante. Celle-ci doit en outre démontrer qu'elle a subi des dommages (C) et qu'ils ont été occasionnés par le comportement fautif en cause (D).

Classiquement en droits québécois et français, la mise en jeu d'une responsabilité requiert la preuve de trois éléments : une faute, un préjudice et un lien de causalité entre les deux.

Loin de fonctionner sur un modèle unique, la responsabilité adopte plusieurs formes et donc plusieurs régimes en fonction des circonstances de l'espèce qu'il convient à présent de décrire (A).

A LES TYPES DE RESPONSABILITÉS ENCOURUES PAR LES MÉDECINS

Loin de s'avérer évidente à mettre en œuvre, la responsabilité affiche différents régimes de fonctionnement.

En France, elle est de quatre types: civile, administrative, pénale ou légale. Au Québec, l'ordre administratif n'étant pas aussi indépendant qu'en France, la responsabilité est le plus souvent civile mais alors, elle fonctionne soit sur le mode contractuel soit sur le mode extra-contractuel, et cela de façon beaucoup plus tranchée qu'en France. Mais la responsabilité médicale au Québec peut aussi être pénale ou disciplinaire. Aussi nous allons observer les règles existantes en matière de responsabilité civile (1°), administrative (2°), pénale (3°) et disciplinaire (4°).

1° Responsabilité civile contractuelle ou extra-contractuelle ?

La France connaît deux ordres juridiques nettement distincts à la différence du Québec. Cette séparation peut sembler incongrue pour tout observateur. Il n'en demeure pas moins qu'elle reste solidement ancrée dans la tradition juridique française en dépit des inconvénients qu'elle entraîne. Il en va ainsi en matière médicale. En effet, selon qu'un patient aura été opéré dans un hôpital public ou dans une clinique privée, il ne sera pas soumis au même régime et la responsabilité médicale non plus (a).

Au Québec où le lieu d'intervention médicale n'a aucune incidence sur le mode de réparation, la doctrine se montre cependant divisée sur le point de savoir si la responsabilité des médecins obéit au mode contractuel ou au mode extra-contractuel. Néanmoins en pratique, la question revêt peu d'intérêt comme nous le verrons (b).

a) Influence du lieu de survenance de l'accident médical

En France, si un patient consulte un médecin exerçant de façon libérale ou dans une clinique et qu'à l'occasion des soins prodigués, il subit des dommages, il ne peut bénéficier d'une réparation que s'il assigne son médecin ou l'établissement dans lequel l'accident s'est produit, devant un tribunal civil en prouvant sa faute correspondant à l'inexécution de l'obligation de moyens : le médecin n'a pas donné à son patient les soins consciencieux, attentifs et conformes aux données acquises ou actuelles de la science comme il aurait dû le

faire. Le délai de prescription de l'action est alors de trente ans. Le litige n'a pas à faire l'objet de tentative de transaction même si cette tendance existe actuellement.

Certaines fautes médicales naissent à l'occasion de l'utilisation de techniques spécifiques. Elles sont également désignées comme fautes de science médicale. On en distingue quatre types.

Les premières se réalisent lors de l'établissement du diagnostic relatif à l'état d'un patient. Ce sont les plus fréquentes. On reproche alors au médecin mis en cause par la victime de n'avoir pas recouru aux moyens modernes d'investigation que lui fournissent les données de la science médicale.

Les deuxièmes concernent le choix thérapeutique opéré par le praticien. Il est tenu responsable soit d'avoir utilisé une thérapeutique obsolète, une innovation thérapeutique imprudente, mal connue et aux risques disproportionnés, soit d'avoir choisi la thérapeutique correcte mais avec un retard dommageable au patient.

Les troisièmes sont des fautes techniques par définition puisqu'elles consistent en des maladroites, tel l'oubli d'une pince chirurgicale dans le corps d'un patient, ou encore la perforation d'une artère au cours d'une intervention...

Enfin, les dernières impliquent un défaut de surveillance de l'état du patient et elles se réalisent plus particulièrement au moment du réveil anesthésique.

Viennent ensuite les fautes de « conscience » médicale, dont la commission heurte l'humanisme médical. Le plus souvent, elles correspondent à de graves entorses au Code de déontologie des médecins. Parmi elles, la plus fréquente est le manquement du médecin à son obligation d'information du patient relativement aux risques encourus, et le défaut consécutif d'obtention d'un consentement éclairé aux soins prodigués.

Au Québec, à la différence de la France, peu importe que l'accident médical ayant occasionné des dommages pour un patient, ait eu lieu dans le secteur public de la santé ou dans un cabinet privé : le régime de responsabilité applicable reste toujours celui de la responsabilité civile traditionnelle.

b) Qualification juridique des liens unissant patient, médecin et centre hospitalier

Deux relations sont ici en présence. La première est celle qui lie le patient à son médecin. Tant en France qu'au Québec, leurs rapports sont par principe de nature

contractuelle. L'existence d'un contrat liant le patient à son médecin au Québec a été affirmée par l'arrêt X c. Mellen de 1957 dans lequel le juge Bissonnette s'est exprimé ainsi : « 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 »³⁵. En France, ce même contrat a été reconnu dès 1936 par le célèbre arrêt Mercier³⁶ de la Cour de cassation qui a énoncé qu' « il se forme entre le médecin et son client un véritable contrat (...) ». On comprend aisément qu'un contrat puisse se former entre un patient et son médecin. En effet, une personne désireuse de consulter un praticien en choisit un. Si ce dernier accepte d'intervenir, il établit d'abord un diagnostic et en fonction de celui-ci, il décide soit d'administrer certains traitements soit de poser certains gestes. On constate donc bien l'existence d'un échange de volontés, entraînant le caractère contractuel de la relation. C'est d'ailleurs le consentement à l'acte médical donné par le patient qui justifie les atteintes à l'intégrité corporelle qu'il peut subir. Le droit à cette intégrité est consacré par les textes, aussi bien en France³⁷ qu'au Québec³⁸.

Néanmoins, il se présente certaines situations exceptionnelles dans lesquelles un patient nécessitant des soins, ne se trouve pas pour autant en mesure de donner son consentement. Il en va par exemple ainsi quand il est amené inconscient aux urgences d'un hôpital. De même en France, la relation entre un patient et un médecin exerçant dans un hôpital public n'est pas de nature contractuelle : le malade se trouve soumis au statut légal et réglementaire du service public auquel il est impossible de déroger. Dans ces situations, patient et médecins se trouvent liés par une relation extra-contractuelle. Plusieurs auteurs doutent toutefois de façon permanente, du caractère contractuel de la relation liant un patient à son médecin comme nous le verrons par la suite.

Pendant longtemps, les victimes d'accidents médicaux survenus au Québec bénéficiaient d'une option. Même si un contrat les liait à leur médecin, elles pouvaient choisir de recourir aussi bien à la responsabilité contractuelle qu'à la responsabilité délictuelle. Mais cette possibilité fut supprimée par le nouveau Code civil. Désormais,

³⁵ X. c. Mellen, [1957] B.R. 389, 408

³⁶ Civ., 20 mai 1936, D.P. 1936. 1. 88, concl. Matter, rapport Josserand, note E. P. ; S. 1937. 321, note Breton

³⁷ La loi n° 94-629 du 25 juillet 1994 a introduit les articles 16-1 et suivants dans le Code civil français : « Chacun a droit au respect de son corps. Le corps humain est inviolable (...) ».

³⁸ C.c.Q., art. 10 : « Toute personne est inviolable et a droit à son intégrité. Sauf dans les cas prévus par la loi, nul ne peut lui porter atteinte sans son consentement libre et éclairé. » ; *Charte des droits et libertés de la personne*, L.R.Q., c. C-12, art. 1 : « Tout être humain a droit à la vie, ainsi qu'à la sûreté, à l'intégrité et à la liberté de sa personne (...) ».

selon qu'un contrat a été formé ou pas, la responsabilité médicale sera soit contractuelle³⁹ soit extra-contractuelle⁴⁰. Néanmoins, les éléments de la responsabilité à apporter sont les mêmes. Il s'agit ici d'unité théorique des deux types de responsabilité. Leurs trois conditions classiques sont les mêmes : la victime qualifiée soit de demanderesse ou de créancière doit prouver que son débiteur ou défendeur, le médecin, a commis une faute, et qu'un lien de causalité relie les deux⁴¹. Cependant, en matière contractuelle, le demandeur doit prouver précisément quelles sont les obligations issues du contrat qui n'ont pas été exécutées par son médecin. En effet, l'obligation de moyens du médecin issue du contrat le liant à son patient se conforme à l'obligation générale de prudence et de diligence. La possibilité de cumul des deux régimes de responsabilité fut nettement rejetée en France par le même arrêt Mercier : « (...) et la violation même involontaire de cette obligation contractuelle est sanctionnée par une responsabilité de même nature, également contractuelle »⁴².

Quant à la relation unissant le patient au centre hospitalier français, la situation est simple : le lien est contractuel vis-à-vis d'une clinique privée et réglementaire par rapport à un hôpital public. Mais au Québec, cette question a longtemps divisé la doctrine qui n'a d'ailleurs toujours pas trouvé d'accord. Après moult hésitations, le nouveau Code civil à l'article 1458 a consacré la primauté du régime contractuel en cas d'existence d'un contrat, quelque soit le type de dommages subis, donc y compris les dommages corporels. Avec ce texte, il semble bien que la question ait définitivement perdu tout intérêt pratique comme le soulignent certains auteurs⁴³.

Les victimes d'accidents médicaux ne peuvent assigner leur médecin en responsabilité que dans un certain laps de temps. Les délais de prescription diffèrent en France et au Québec.

³⁹ C.c.Q., art. 1458

⁴⁰ C.c.Q., art. 1457

⁴¹ Pour la mise en parallèle des termes afférents aux deux régimes de responsabilité, voir Paul-André CREPEAU, « L'incidence des régimes de responsabilité sur l'indemnisation du préjudice en matière médico-hospitalière », (1983) 51 Assurances 299

⁴² La responsabilité contractuelle française est régit par l'art. 1147 du Code civil

⁴³ Jean-Louis BAUDOUIN et Patrice DESLAURIERS, La responsabilité civile, 5^{ème} édition, Cowansville, Editions Yvon Blais, 1998, n° 1415, p. 847 : « (...) si, sur le plan théorique, la question demeure intéressante, elle a néanmoins perdu sur le plan pratique, une grande partie de son actualité. »

Les articles 2925 et 2930 du Code civil du Québec fixent un délai triennal pour les deux régimes de responsabilité, contractuelle et extra-contractuelle. Quant au point de départ de la prescription, il est fixé par l'article 2880: il s'agit du jour où le droit d'action a pris naissance, c'est-à-dire au moment où la faute a été commise. Toutefois en matière médicale, faute médicale et dommage ne sont pas forcément concomitants. Dans cette perspective, l'article 2296 prévoit que dans les cas où le préjudice se manifeste graduellement ou tardivement, le délai court à compter du jour où il apparaît. De surcroît, le délai de prescription est suspendu dans le cas où la victime se trouve dans l'impossibilité en fait d'agir, aux termes de l'article 2904 du Code civil du Québec.

En France, les délais de prescription sont loin d'être unifiés. En matière contractuelle, la prescription est trentenaire selon l'article 2262 du Code civil. Mais dans les rares cas où la responsabilité est extra-contractuelle, l'article 2270-1 du même Code édicte que le délai est alors de 10 ans à compter de la manifestation ou de l'aggravation du dommage.

La situation québécoise nous apparaît à cet égard, largement préférable.

Pour conclure sur la nature contractuelle ou délictuelle de la responsabilité médicale, on constate qu'en France et au Québec, les médecins et les patients sont de façon générale (sauf quelques rares exceptions) liés par un contrat de soins. Les obligations du médecin qu'il génère sont similaires dans les deux ordres juridiques. « L'essentiel est que le droit québécois et le droit français se soient rejoints sur le terrain de la responsabilité civile pour faute prouvée »⁴⁴.

Le système juridique français présente la particularité d'être divisé en deux ordres, l'un civil et l'autre administratif. La responsabilité médicale n'échappe pas à cette distinction.

2° Responsabilité administrative en France

Si un patient choisit de subir des actes médicaux ou même simplement de consulter un médecin exerçant dans un hôpital public, il se trouve alors dans la situation d'un usager du service public. Les médecins exerçant dans le cadre du service public français de la santé sont considérés comme des agents publics. Ils engagent à ce titre, la responsabilité de

⁴⁴ G. MEMETEAU, *loc. cit.*, note 1, 121

la puissance publique. Cependant, en cas de commission de faute personnelle détachable des fonctions, ils deviennent alors responsables des dommages qu'ils causent dans l'exercice de leur fonction.

Dans le cas de survenance d'un accident médical sur sa personne, le patient ne pourra, en principe, engager que la responsabilité administrative de l'hôpital, et cette fois-ci devant un tribunal administratif et non civil. Mais il doit ici tenter impérativement un arrangement amiable en s'expliquant et en faisant une demande d'indemnisation au directeur de l'établissement hospitalier. Si la réponse est négative, il a deux mois pour saisir le tribunal administratif. S'il n'a aucune réponse, ce délai est de quatre mois⁴⁵. Toutefois, il est toujours possible pour la victime d'engager une procédure de référé devant le président du tribunal dans les cas où des mesures urgentes s'imposent.

Le délai de prescription en matière publique est de quatre ans. Passé ce délai, les demandes ne pourront plus être prises en considération. Néanmoins, un auteur remarque que cette déchéance quadriennale n'étant pas d'ordre public, elle est peu souvent soulevée dans le domaine de la responsabilité médicale et l'auteur souhaiterait qu'en conséquence un texte la rende désormais inapplicable⁴⁶. En tout état de cause, ce délai existe et constitue donc une troisième prescription à laquelle est également soumise une victime d'accident médical s'étant produit en France.

Pendant longtemps, la faute requise pour engager la responsabilité de l'administration dépendait de la nature de l'acte en cause. Une faute simple n'était exigée que pour la réalisation d'actes de soins bénins et courants tels des injections ou encore des massages. Pour tous les autres actes, la preuve d'une faute lourde, plus complexe, était requise. Finalement, le Conseil d'Etat a renoncé en 1992 à cette distinction⁴⁷ pour n'exiger que la preuve d'une faute simple afin d'établir la responsabilité hospitalière. Elle se caractérise donc désormais par une faute totalement impersonnelle dans l'organisation et le dysfonctionnement du service (retard anormal du transfert d'un patient, défaut de surveillance...) ou par une faute commise à l'occasion d'un acte de soins.

Parallèlement à la constatation de la commission d'une faute simple, la jurisprudence

⁴⁵ Ces différents délais proviennent de la règle dite de la décision préalable, fondamentale en droit public français. Sur la question : René CHAPUS, Droit administratif général, tome 1, 7^{ème} édition, Montchrestien, p. 634, n° 869.

⁴⁶ Yvonne LAMBERT-FAIVRE, Droit du dommage corporel, 3^{ème} édition, Dalloz, 1996, n° 634, p. 723

⁴⁷ Cons. d'Et. 10 avr. 1992, M. et Mme V., J.C.P. 1992. II. 21881, note Moreau

administrative utilise également la notion de faute médicale « de nature à ... » engager la responsabilité de l'administration uniquement à l'égard des actes médicaux requérant le recours à une thérapie. Ce nouveau type de faute constitue une catégorie intermédiaire entre la faute simple et l'ancienne faute lourde⁴⁸, sans pour autant remettre en cause l'obligation de moyens du médecin.

Les tribunaux condamnent donc parfois l'administration hospitalière pour certaines fautes commises parmi lesquelles on distingue les insuffisances de la gestion hospitalière comme l'absence de médecin anesthésiste dans un centre hospitalier, des fautes des équipes de soins avec par exemple des défauts de surveillance, les fautes dans l'exécution des soins correspondant parfois à des dommages résultant de piqûres et enfin, les fautes dans l'exercice médical comme par exemple un cas de manque de compétence professionnelle notoire⁴⁹.

3° Responsabilité pénale

Une troisième option s'offre aux victimes d'accidents médicaux : elles peuvent agir contre leur médecin devant le juge pénal, et ceci en France quelque soit le statut administratif du praticien à la source des dommages.

La plupart du temps, une victime portant son action au pénal souhaite avant tout se venger plus qu'obtenir une compensation financière. La sanction pénale si elle est prononcée, outre la reconnaissance des préjudices subis par la victime qu'elle implique, entraîne des sanctions graves à l'encontre du médecin reconnu fautif. C'est pourquoi la faute pénale quant à elle, nécessite une précision plus importante que celle de la faute de civile. Elle inclut les atteintes volontaires⁵⁰ et involontaires⁵¹ à la vie ou à l'intégrité corporelle du patient par le médecin. Un second critère permettant de qualifier l'infraction consiste en l'existence ou en l'absence de but thérapeutique⁵² des soins.

On peut s'interroger sur la possibilité de commissions d'infractions pénales dans le

⁴⁸ Sylvie FOURNEL, « Le particularisme de la « faute médicale de nature à... » engager la responsabilité de l'administration », *Gaz. Pal.* 8-10 mars 1998. 18

⁴⁹ Cette distinction a été élaborée par Didier TABUTEAU, *Risque thérapeutique et responsabilité hospitalière*, collection Santé: méthodes et pratiques, Berger-Levrault, 1995

⁵⁰ Si la personne malade n'a pas consenti à l'intervention, l'infraction est toujours qualifiée de volontaire.

⁵¹ Le médecin s'est montré maladroit en commettant une imprudence ou en manquant à une obligation de sécurité ou de prudence.

⁵² Ce critère, avec celui du consentement à l'intervention, est utilisé de façon alternative ou cumulative.

cadre de l'exercice de la médecine. Les occasions en sont pourtant fréquentes. De nos jours, les médecins, pour obtenir la meilleure efficacité possible, recourent couramment à certaines atteintes à l'intégrité corporelle des patients. Celles-ci peuvent être visibles quand il s'agit par exemple d'injections intradermiques ou beaucoup plus rarement d'amputations. Mais elles peuvent également être invisibles lorsqu'elles sont constituées par l'emploi de drogues ou de traitements à radiations ionisantes utilisées dans des cas de cancers par exemple. Ces atteintes à l'intégrité corporelle des patients, bien qu'elles constituent des infractions pénales, sont en principe autorisées par la loi en France et Québec, dans la mesure où elles poursuivent des buts thérapeutiques. Ainsi, l'article 45 du Code criminel canadien énonce que :

« Toute personne est à l'abri de responsabilité pénale lorsqu'elle pratique sur une autre, pour le bien de cette dernière, une opération chirurgicale si, à la fois :

- a) l'opération est pratiquée avec des soins et une habileté raisonnables ;
- b) il est raisonnable de pratiquer l'opération, étant donné l'état de santé de la personne au moment de l'opération et toutes les autres circonstances de l'espèce. »

Par conséquent, certains actes qui seraient criminels à d'autres égards, se trouvent couverts par le Code criminel en raison de la valeur sociale particulière qu'ils revêtent.

En France, l'autorisation de la loi est implicite et on l'assimile à l'ordre de la loi visé à l'article 122-4, alinéa 1^{er} du Code pénal.

Les actions en responsabilité pénale contre des médecins restent rares aujourd'hui, encore plus au Québec qu'en France ^{52 bis}. Les raisons en sont diverses.

Le droit français connaît une maxime : « le criminel tient le civil en l'état » traduisant le principe d'autorité de la chose jugée au pénal sur le civil. Et ce dernier combiné à la théorie de l'unité des fautes civile et pénale d'imprudance initiée en 1912⁵³ aboutit au fait que les victimes menant de front action civile et pénale doivent faire face à des procédures encore plus longues que d'ordinaire et encore plus hasardeuses ! De sorte qu'elles hésitent à recourir au jugement pénal. En effet, depuis 1912, la jurisprudence française affirme de façon constante que la faute pénale comprend tous les éléments de la

^{52 bis} On relève toutefois au Québec une décision de droit impliquant un médecin : Jacques St-Germain c. R. [1976] C.A. 185

⁵³ Civ. 18 déc. 1912 et 12 juin 1912, D. 1915. 1. 17

faute civile, en dépit des critiques doctrinales émises sur ce point. Par conséquent, le juge pénal, s'il estime qu'un médecin a commis une faute, impose au juge civil de le reconnaître également. A l'inverse, si aucune faute ne se trouve caractérisée au pénal, aucune indemnité ne sera parallèlement versée à la victime sur le plan civil.

Les magistrats ne se montrent pas très favorables à ce genre d'actions en général. Si la faute du médecin paraît légère, le Parquet classera souvent l'affaire sans suite. Néanmoins, conscients qu'une telle décision prive la victime de toute possibilité d'obtenir la moindre réparation sur le plan de la responsabilité civile, certains magistrats se montrent plus sévères à l'égard des médecins et caractérisent des fautes d'imprudence plus facilement que d'autres. La confusion française des deux ordres de responsabilité concernant la faute d'imprudence ne va donc pas sans entraîner des inconvénients majeurs relativement à l'indemnisation des victimes d'accidents médicaux.

Même si les poursuites pénales exercées à l'encontre des médecins restent rares en France, elles ont tendance à augmenter⁵⁴. Plusieurs raisons expliquent ce phénomène français. Tout d'abord, l'accès au juge pénal est ressenti comme plus facile par les victimes. Ensuite, une décision prise par un tel juge semble toujours empreinte de plus d'écho à leurs yeux. Mais surtout, une telle action permet aux victimes de profiter des moyens de preuve recueillis par le juge d'instruction. La procédure pénale en France requiert du juge qu'il fasse son enquête et qu'il réunisse les preuves nécessaires à une mise en jeu de la responsabilité pénale d'un médecin, à la différence du procès civil où la charge de la preuve appartient à la victime elle-même. Sachant que la recherche des preuves paralyse souvent les victimes dans leurs démarches judiciaires en raison de leur difficulté d'obtention, on comprend aisément leur recours pénal.

Le Québec quant à lui, ne connaît pas le principe d'autorité de chose jugée du jugement pénal sur le jugement civil. Cette règle n'y est pas expressément formulée, même s'il apparaît dans les faits qu'en raison de circonstances particulières, le jugement pénal puisse avoir une influence sur le jugement civil⁵⁵.

⁵⁴ Jean PENNEAU, *La responsabilité du médecin*, 2^{ème} édition, Connaissances du droit, Dalloz, 1996, p. 92 : le Sou médical faisait état de 137 actions pénales en 1979 et de 620 en 1990. L'article 223-1 du Code pénal français punit de 100.000 francs d'amende et d'un an d'emprisonnement celui qui aura exposé « directement autrui à un risque immédiat de mort ou de blessures de nature à entraîner une mutilation ou une infirmité permanente par la violation manifestement délibérée d'une obligation particulière de sécurité ou de prudence imposée par la loi ou le règlement ».

⁵⁵ J.-L. BAUDOUIN et P. DESLAURIERS, *op. cit.*, note 43, n° 62

Le Québec a emprunté son droit criminel à la common law. Cela explique en partie la raison pour laquelle les poursuites criminelles à l'encontre des médecins y sont très rares. En effet, le degré de négligence requis est beaucoup plus sévère au criminel qu'au civil⁵⁶. D'ailleurs, il semble que dans son ensemble, le droit canadien ignore l'impact du droit pénal en matière de responsabilité médicale. En raison de la disproportionnalité existant entre le nombre de poursuites criminelles et le nombre d'actions civiles, plusieurs observateurs estiment que le Code criminel ne trouve aucune application en la matière⁵⁷. Les préjudices causés par certains actes médicaux ne justifieraient en aucun cas l'application de sanctions pénales.

La crainte d'un procès pénal est telle au Québec qu'elle influe nécessairement sur les rapports liant patients et médecins. A cet égard, un auteur décrit de quelle manière l'assentiment à l'acte médical est judiciarisé au Québec à la différence de la France⁵⁸. Très souvent, une décision judiciaire est sollicitée en cas de conflit entre un médecin et un patient à propos de l'exécution d'un acte médical. Il semble clair que les médecins cherchent ainsi à prévenir toute action en responsabilité, surtout pénale, qui pourrait par la suite, être exercée à leur encontre. Ce phénomène est inconnu en France, mises à part quelques rares exceptions telle la sollicitation de l'autorisation du juge quand une mineure souhaite recourir à une interruption volontaire de grossesse et que ses parents refusent.

Compte tenu des implications d'un jugement pénal prononcé à l'encontre d'un médecin, il est déconseillé en général aux victimes d'agir sur ce terrain. Il est vrai qu'un médecin qui aura été retenu coupable verra sa réputation anéantie et sa carrière fortement compromise. Ce genre de décisions ne peut donc être pris à la légère. De surcroît, l'exercice d'actions pénales a tendance à détériorer fortement la relation de confiance liant le patient à son médecin. Cette voie n'est donc pas à encourager.

⁵⁶ Le droit criminel trouvant application au Québec se montre bien plus sévère qu'en France. En effet, le Code criminel prévoit à l'article 220 que toute négligence criminelle causant la mort d'une personne est passible de l'emprisonnement à perpétuité. Si la négligence criminelle n'a causé que de « simples » lésions corporelles, l'emprisonnement maximal dont est passible le praticien est de 10 ans aux termes de l'article 221 du même Code.

⁵⁷ COMMISSION DE REFORME DU DROIT DU CANADA, Le traitement médical et le droit criminel, Document de travail n° 26, Ottawa, 1980, à la page 1. On a pu décrire le risque de responsabilité pénale comme le « (...) produit de l'imagination féconde des hommes de loi plutôt qu'une possibilité réelle (...) » (J. JOHN, « Compulsory Medical Treatment and Religious Freedom : Whose Law Shall Prevail ? » 10 University of San Francisco Law Review 1, (Summer 75), à la page 28) ».

⁵⁸ G. MEMETEAU, loc. cit., note 1, 43

4° Responsabilité disciplinaire

Les médecins forment entre eux une corporation régie par des normes déontologiques strictes. Ils sont à ce titre soumis à des obligations particulières liées à leur statut de professionnel de la santé.

Au Québec, la Loi médicale régit l'ordre des médecins. Elle énonce que l'ensemble des médecins habilités à exercer la profession médicale constitue l'Ordre professionnel désigné sous le nom de « Collège des médecins du Québec » ou « Ordre professionnel des médecins du Québec »⁵⁹. Le Code des professions régit cette corporation et à ce titre, le tribunal des professions est compétent en appel des décisions prises par les comités de discipline constitués au sein de la corporation médicale pour recevoir les plaintes contre les membres de la professions⁶⁰.

Les médecins français sont également regroupés en un ordre national qu'on appelle le « Conseil de l'Ordre »⁶¹. Celui-ci a pour mission essentielle d'élaborer et de faire respecter les dispositions du Code de déontologie. L'article 382 du Code de la santé publique dispose que

« L'Ordre des médecins veille au maintien des principes de moralité, de probité et de dévouement indispensables pour l'exercice de la médecine et à l'observation, par tous ses membres, des devoirs professionnels ainsi que des règles édictées par le code de déontologie. [...] Il assure la défense de l'honneur et de l'indépendance de la profession médicale ».

La compétence disciplinaire du Conseil de l'Ordre est exercée par des Conseils régionaux et départementaux en première instance et par la section disciplinaire du Conseil national statuant en appel.

Les Codes de déontologie médicale⁶² sont des textes fondamentaux dans la mesure où ils régissent toute la profession en déterminant les devoirs du médecin envers ses confrères, la société et les patients. Les indications données révèlent un souci d'éthique permanent et insistent sur la nécessité de perpétuer les traditions médicales.

⁵⁹ L.R.Q., c. M-9, art. 2

⁶⁰ L.R.Q., c. C-26, art. 116

⁶¹ Code de la santé publique, art. L. 381

⁶² Code de déontologie des médecins du Québec, R.R.Q., 1981, c. M-9, r.4 ; Code de déontologie médicale français, décret n° 95-1000 du 6 sept. 1995 portant Code de déontologie médicale.

Tout manquement aux dispositions de ces Codes peut entraîner des sanctions contre le médecin dont l'attitude morale et/ou la compétence professionnelle ont été méconnues. Si la juridiction ordinaire constate que le médecin mis en cause a bien commis une faute, elle peut donc prononcer des sanctions à son égard. Néanmoins, celles-ci demeurent totalement indépendantes de celles susceptibles d'être prises par les tribunaux de l'ordre judiciaire. Responsabilités civiles et disciplinaires sont indépendantes l'une de l'autre. Aussi, une faute reconnue par un juge civil ne le sera pas forcément au niveau disciplinaire et réciproquement. En outre, une même faute peut faire l'objet de sanctions dans les différents ordres de responsabilité, entraînant parfois des conséquences indésirables aux yeux de certains⁶³.

Au regard de ces différents types de responsabilité médicale susceptibles d'être mis en jeu, on devine aisément les difficultés auxquelles doivent faire face les victimes d'accidents médicaux, en plus de leurs dommages.

Tout d'abord en France, selon que l'accident médical a eu lieu dans un hôpital public ou dans une clinique privée, les procédures à suivre ne sont pas les mêmes. Les solutions diffèrent fortement d'un ordre de juridiction à l'autre et un même préjudice peut faire l'objet d'une réparation dans l'un et pas dans l'autre, ce qui témoigne d'une profonde injustice. Ensuite, les délais de prescription n'étant pas unifiés, les victimes doivent redoubler de vigilance, et cela complique leur situation de façon importante. Enfin, les médecins, loin d'être en reste, subissent les inconvénients liés à la multiplication des procédures, civile, disciplinaire et pénale. Pour un même fait à l'origine d'un accident médical, un médecin peut faire l'objet de plusieurs sanctions.

Après avoir observé les différents types de responsabilité susceptibles d'être actionnés en cas de survenance d'un accident médical ainsi que les inconvénients liés à cette multiplication des procédures éventuelles, il convient à présent d'observer les différentes conditions de la responsabilité médicale communes à ces différentes responsabilités. Et la première d'entre elles est la constatation d'une faute commise par le médecin mis en cause.

⁶³ J. PENNEAU, *op. cit.* note 54, p. 104.

B L'ADOPTION D'UN COMPORTEMENT FAUTIF PAR LE MÉDECIN

La première condition indispensable à la responsabilité médicale est la preuve d'une faute commise par le médecin. Cela dit, reste à savoir dans quelles occasions un médecin est susceptible de commettre des fautes.

Après avoir vu quelle intensité revêt l'obligation juridique du médecin (1°), il conviendra d'observer comment est appréciée sa conduite relativement à l'obligation juridique lui incombant (2°) en distinguant ses erreurs de ses fautes (3°).

1° L'intensité de l'obligation juridique incombant au médecin

En raison du caractère aléatoire de la médecine, aucun praticien n'est capable de contrôler l'ensemble d'un processus thérapeutique donné. Aussi, on ne saurait tenir pour responsable un médecin qui n'aurait pas guéri un patient venu le consulter (a). Cependant, il peut arriver que l'on exige d'un médecin plus que la mise en œuvre des moyens disponibles à un moment donné (b).

a) Le principe : l'obligation de moyens du médecin

Compte tenu de l'aléa propre à la matière médicale, le médecin n'est tenu qu'à une obligation de moyens et non de résultat⁶⁴. Ainsi, il n'a pas à guérir le malade ni même à améliorer son état. En revanche, il doit mettre en œuvre à ces fins tous les moyens possibles et connus au jour où il intervient. En effet, l'aléa affecte le résultat souhaité et le débiteur de l'obligation ne peut s'engager qu'à recourir aux moyens normalement de nature à aboutir au résultat sans que ces derniers ne permettent à coup sûr d'obtenir directement la guérison ou l'amélioration de l'état du patient.

Concernant le droit français, l'arrêt Mercier⁶⁵ a également défini cette obligation de moyens s'imposant au praticien qui doit donner à son patient « des soins consciencieux, attentifs et,

⁶⁴ La distinction obligations de moyens / obligations de résultat fut élaborée par l'auteur français Demogue au cours des années 1920.

⁶⁵ Civ., 20 mai 1936, précité, note 36

réserve faite des circonstances exceptionnelles, conformes aux données acquises de la science ».

De même, les Codes de déontologie médicale prévoient l'obligation de moyens du médecin⁶⁶. Le Code québécois utilise néanmoins des termes plus évasifs que le Code français dans la mesure où il insiste davantage sur le fait que le médecin doit intervenir selon les données les plus actuelles que sur l'obligation de moyens elle-même proprement dit. Cependant, la jurisprudence québécoise est quant à elle, tout à fait claire sur ce point. On peut citer par exemple la décision Hôpital général de la région de l'Amiante Inc. c. Perron⁶⁷ dans laquelle le juge Lajoie disait qu' « en règle générale, le médecin et l'hôpital n'ont pas envers le patient une obligation de résultat mais de moyens, c'est-à-dire une obligation de prudence et de diligence (...) ».

L'obligation de moyens du médecin s'impose à lui lors de toutes les étapes nécessaires à la prise en charge d'un patient, l'établissement du diagnostic mais encore l'administration des soins et des traitements.

L'intensité de l'obligation du médecin emporte des conséquences quant à la preuve de sa faute. La victime de l'accident médical agissant en responsabilité contre son médecin doit démontrer que celui-ci ne s'est pas comporté comme une personne raisonnable, et qu'il n'a pas utilisé toutes les techniques disponibles pour la soigner. La preuve de l'absence de guérison ou d'amélioration de l'état pathologique se révèle par conséquent insuffisante à engager la responsabilité médicale du professionnel.

La faute médicale, constituée par le manquement à l'obligation de moyens, peut consister en une commission d'acte mais aussi en une omission. A cet égard, l'article 1457 du Code civil du Québec utilise la notion de « conduite ». Et le Code de déontologie des médecins du Québec prévoit que le médecin « doit s'abstenir de faire des omissions (...) »⁶⁸.

⁶⁶ Code de déontologie médicale français, précité, note 62, art. 32 : « Dès lors qu'il a accepté de répondre à une demande, le médecin s'engage à assurer personnellement au patient des soins consciencieux, dévoués et fondés sur les données acquises de la science, en faisant appel, s'il y a lieu, à l'aide de tiers compétents » ; Code de déontologie des médecins du Québec, précité, note 62, art. 2.03.15 : « Le médecin doit exercer sa profession selon les normes médicales actuelles les plus élevées possibles (...) ».

⁶⁷ Hôpital général de la région de l'Amiante Inc. c. Perron, [1979] C.A. 567, p. 574

⁶⁸ Code de déontologie des médecins du Québec, précité, note 62, art. 2.03.17

Monsieur Crépeau⁶⁹ distingue art médical et technique médicale afin d'établir les cas dans lesquels le médecin est soumis à une obligation de moyens et constate que seules les activités propres à l'art médical génèrent des obligations de moyens. Qu'en est-il alors de l'utilisation des techniques médicales ?

b) L'exception : les obligations de résultat du médecin

Ce n'est qu'exceptionnellement que le médecin peut être tenu à une obligation de résultat.

Très rarement, dans la mesure où cela lui est interdit tant par la logique que par certains textes⁷⁰, le médecin s'engage à l'obtention d'un certain résultat pour un patient donné. S'il lui garantit de le guérir ou même d'améliorer sa santé, alors il s'engage naturellement à obtenir directement ce résultat et son obligation traditionnelle de moyens se transforme en une obligation exceptionnelle de résultat. Il s'agit d'un produit de sa volonté. Par conséquent, la preuve d'un résultat différent de celui promis suffit à démontrer la faute médicale. Ce fut le cas dans l'affaire Fiset c. St-Hilaire⁷¹. Une patiente souffrant d'une malformation du poignet se vit promettre par son médecin une amélioration de son état. Compte tenu « simplement » de l'échec du traitement, le médecin dut indemniser sa patiente. De même en matière de chirurgie esthétique, il arrive souvent qu'un praticien promette l'obtention d'une modification corporelle particulière, « schémas » à l'appui, et que le résultat soit différent de la promesse. Dans ce cas, le médecin s'était engagé à obtenir un résultat défini et son obligation ne peut donc plus être qualifiée de moyens.

Parfois, sans s'engager à obtenir la guérison ou l'amélioration de l'état de son patient, un médecin peut être soumis à une obligation de résultat. Plusieurs hypothèses existent. Mais elles restent des exceptions. En dehors de l'expression d'une volonté particulière, l'aléa propre à la matière médicale peut disparaître en raison de la nature

⁶⁹ Paul-André CREPEAU, L'intensité de l'obligation juridique ou des obligations de diligence, de résultat et de garantie, Cowansville, Editions Yvon Blais, 1989, p. 51

⁷⁰ Code de déontologie des médecins du Québec, précité, note 62, art. 2.03.13 : « Le médecin doit s'abstenir de garantir directement ou indirectement, expressément ou implicitement, la guérison d'une maladie. ».

⁷¹ Fiset c. St-Hilaire, [1976] C.S. 994

même de la prestation envisagée. Tel est le cas lorsque le médecin se comporte en simple technicien dans l'utilisation d'un produit ou encore d'un appareil. Il conviendra de développer ce type particulier d'hypothèses dans la suite de nos développements⁷².

2° L'appréciation de la conduite tenue par le médecin

Deux possibilités existent quant à l'appréciation à porter sur la conduite du médecin. On peut tout d'abord concrètement se demander ce que ce professionnel aurait fait ordinairement. On peut également imaginer de façon abstraite ce que tout médecin raisonnable aurait entrepris dans des circonstances identiques. Les tribunaux ont choisi la seconde solution (a) ce qui ne va pas sans entraîner certaines difficultés (b), même s'ils peuvent pour se faire, s'aider de plusieurs références (c).

a) L'appréciation in abstracto

Pour remplir correctement son obligation de moyens, le médecin doit en réalité se comporter comme un « bon père de famille », notion couramment utilisée en droit civil comme référence. D'ailleurs, c'est parce que l'on a recours aux règles de droit civil pour apprécier la conduite tenue par un médecin que l'on utilise cette notion⁷³. Elle correspond en réalité à la personne raisonnable.

Donc, le comportement du médecin est apprécié *in abstracto*. Le tribunal se demande, au regard de l'accident médical en cause, si le médecin a adopté la conduite classique qui aurait été suivie par tout professionnel de la santé « raisonnablement prudent, diligent et compétent ». Pour ce faire, les juges ont coutume de tenir compte du statut professionnel du médecin, c'est-à-dire de sa spécialité, de sa compétence particulière. Les circonstances de l'espèce entrent parfois en jeu mais de façon peu fréquente.

La faute médicale se trouve ainsi constituée quand une norme objective de conduite a été violée, par exemple quand une technique dangereuse et obsolète a été utilisée pour l'établissement d'un diagnostic ou encore pour la mise en œuvre d'une thérapeutique particulière.

⁷² Infra, p. 85 et suiv.

⁷³ Pierre DESCHAMPS, « L'obligation de moyens en matière de responsabilité médicale », (1991) 58 Assurances 575

Le recours à une telle norme objective ne va pas sans entraîner certaines difficultés.

b) Les difficultés liées à l'appréciation in abstracto

Afin d'établir si un médecin s'est conduit de façon prudente et diligente, plusieurs critères ont été établis par la doctrine et par les tribunaux. Le praticien a dû mettre en œuvre tous les moyens possibles pour guérir ou améliorer l'état de son patient. Par conséquent, le tribunal n'a pas à se demander si le médecin a fait du mieux qu'il pouvait. Il doit au contraire s'interroger objectivement sur le comportement qu'aurait adopté le médecin prudent et diligent placé dans les mêmes circonstances et selon les normes retenues alors par la pratique. La Québec et la France adoptent sur ce point une façon identique d'envisager les choses.

Néanmoins, le caractère foncièrement évolutif des connaissances et des techniques médicales n'aide pas à l'appréciation des méthodes en vigueur au moment où s'est produit l'accident médical. En effet, le tribunal, pour mesurer la conduite tenue par un médecin, doit se placer au jour celui-ci est intervenu sur la personne du demandeur qui le met en cause. Un certain laps de temps a pu se passer, ne facilitant aucunement la remise en situation.

En outre, les circonstances de l'espèce dont les juges tiennent rarement compte, influent de façon importante sur le déroulement d'un accident médical. L'état du patient mais aussi les équipements à la disposition du médecin peuvent contribuer à la réalisation d'un accident dans des proportions non négligeables. De surcroît, tous les médecins n'adoptent pas la même façon d'envisager un patient. En fonction des diagnostics réalisés, la méthode utilisée peut varier, bien que dans l'absolu, une seule aurait peut-être permis d'éviter l'accident. Quoiqu'il en soit, les tribunaux ne se permettent pas de faire prévaloir une école de pensée sur une autre. Ils utilisent d'autres éléments pour apprécier le comportement adopté par un médecin.

c) Les références utilisées pour apprécier le comportement adopté par un médecin

Un auteur a pu avancer que l'obligation de moyens du médecin doit être appréciée

par rapport à son « devoir dual de donner des soins en conscience et en science »⁷⁴.

La conscience du médecin doit justement le conduire à se tenir au courant de toutes les nouveautés dans le milieu de la médecine. Il doit soigner son patient au regard des données dites actuelles ou acquises de la science : ce sont celles qui sont connues au jour où il réalise les soins. Ainsi, le comportement du médecin est observé au regard des règles de l'art. Certes floue, la notion n'en est pas moins opérationnelle⁷⁵.

Pour sa formation permanente, il dispose de différents moyens. Livres et traités médicaux ne doivent pas être négligés, ni les articles paraissant dans de nombreuses revues. Sa participation à des congrès, des conférences de consensus est également recommandée. Tous les risques ne sauraient être supprimés même pour un médecin très diligent qui serait le plus à jour possible au regard de l'évolution médicale. En effet, les progrès médicaux sont tellement fulgurants qu'ils entraînent chaque jour de nouveaux risques. Et les informations écrites sont d'une telle multiplicité qu'une personne ne peut toutes les appréhender dans leur ensemble.

Quant aux fautes dites de science médicale, il conviendra de les observer plus spécifiquement, à travers le manquement à l'obligation d'information du médecin ainsi que par le biais de fautes plus techniques⁷⁶.

Le comportement des médecins peut également être apprécié au moyen de dispositions moins « floues » que les règles de l'art. Il s'agit des recommandations professionnelles des Codes de déontologie médicale.

Les dispositions du Code de déontologie québécois sont bien sûr susceptibles d'être invoquées directement devant le juge judiciaire par les victimes d'accidents médicaux comme toute disposition réglementaire. Cependant, il n'en allait pas de même en France jusqu'à récemment. La qualité et la précision de la dernière version du Code de déontologie médicale ont conduit le rapporteur de l'arrêt de la Cour de cassation du 18 mars 1997 à conseiller de tenir compte directement de ces dispositions. La Cour l'a suivi⁷⁷.

⁷⁴ Philippe PIERRE, « Obligation de moyens et obligation de résultat du médecin, bilan de la jurisprudence récente de la Cour de cassation », *Médecine et Droit*. 1997. 24. 2, à la page 3

⁷⁵ Michel PENNEAU et Jean PENNEAU, « Recommandations professionnelles et responsabilité médicale », *Médecine et Droit*. 1998. 28. 4

⁷⁶ *Infra*, p. 55 et suiv.

⁷⁷ Civ. 1^{ère}, 18 mars 1997, J.C.P. 1997. II. 22829, rapport Sargos : « Mais attendu que la méconnaissance des dispositions du Code de déontologie médicale peut être invoquée par une partie à l'appui d'une action en dommages-intérêts dirigée contre un médecin, et qu'il n'appartient qu'aux tribunaux de l'ordre judiciaire de se prononcer sur une telle action, à laquelle l'exercice d'une action disciplinaire ne peut faire obstacle ».

3° La distinction entre erreur et faute

En principe, erreur et faute sont bien distincts tant au Québec qu'en France. Mais il y existe une tendance sensible à confondre les deux concepts.

Du fait qu'un médecin ne soit soumis généralement qu'à une simple obligation de moyens, on admet qu'il puisse commettre une erreur sans que celle-ci ne constitue pour autant une faute médicale. L'erreur étant humaine et le médecin un homme, rien d'anormal à ce que ce professionnel fasse de temps à autres des erreurs. Une erreur de diagnostic ne saurait être considérée comme une faute tant qu'elle n'a pas pour origine la non-utilisation par le médecin des techniques les plus appropriées au regard du cas considéré. La faute médicale correspond par conséquent à un comportement inacceptable de la part du médecin qui n'aurait pas adopté la prudence et la diligence nécessaires à la pratique de la médecine.

Or, on constate aujourd'hui une certaine tendance jurisprudentielle à confondre l'erreur de jugement avec la faute médicale⁷⁸, ce qui correspondrait à un « abaissement du standard de la faute par les tribunaux »⁷⁹.

On observe cette tendance au Québec depuis l'arrêt X c. Mellen⁸⁰. Une faute ordinaire du médecin suffit pour engager sa responsabilité. Cette utilisation « indifférenciée » des concepts d'erreur et de faute ne va pas sans entraîner certaines confusions. Pour certains auteurs⁸¹, elle amène à penser qu'il existe en matière médicale des erreurs excusables et d'autres fautives, qui ne le sont pas. Pour éviter un tel écueil, il semble nécessaire aux yeux de ces auteurs d'unifier les deux concepts et d'analyser la faute uniquement dans le cadre de l'obligation de moyens et de faire en sorte qu'aucune erreur ne soit considérée comme fautive puisque la matière médicale comporte d'inévitables aléas.

A l'inverse, d'autres auteurs français⁸² estiment que la maladresse, l'inattention ne sauraient être rattachées à l'inévitable aléa médical dans la mesure où un médecin

⁷⁸ Bartha Maria KNOPPERS, « La responsabilité civile des professionnels et le professionnel », dans INSTITUT CANADIEN D'ADMINISTRATION DE LA JUSTICE, La responsabilité civile des professionnels du Canada, études publiées par Bartha Maria Knoppers, Cowansville, Editions Yvon Blais, 1988, p. 9, à la page 11

⁷⁹ Jean-Louis BAUDOUIN, « La responsabilité professionnelle médicale: pathologie et thérapie », (1989) 1 Assurances 62

⁸⁰ X c. Mellen, précité, note 35

⁸¹ J.-L. BAUDOUIN et P. DESLAURIERS, op. cit., note 43, n° 1426

⁸² Y. LAMBERT-FAIVRE, op. cit., note 46, n° 58

conscientieux, habile, n'aurait jamais commis de telles fautes. Ainsi, ces gestes qualifiés en général d'erreurs, correspondraient en réalité à de véritables fautes selon ces auteurs. La jurisprudence actuelle tend à se positionner de ce côté de la doctrine dans le but de favoriser l'indemnisation des victimes.

Avant d'étudier en détails un exemple de faute tiré chacun des deux catégories de fautes civiles⁸³, il nous faut observer les autres conditions nécessaires à l'établissement de la responsabilité médicale, soient le préjudice et le lien causal qui le relie à la faute.

C LES PRÉJUDICES SUSCEPTIBLES D'ÊTRE SUBIS PAR LES VICTIMES D'UN ACCIDENT MÉDICAL

Sans la preuve d'un préjudice personnel et direct, aucun acte médical dommageable n'est susceptible d'entraîner la responsabilité de son auteur. Au même titre que la faute, seule la preuve d'un préjudice permet d'ouvrir le droit à réparation.

Avant de voir quels sont les différents dommages pouvant être causés à un patient lors de la réalisation d'un accident médical (2°) et plus particulièrement la perte d'une chance (3°), il convient d'appréhender la manière dont les droits français et québécois réparent ces préjudices et quels sont les types de dommages et intérêts susceptibles d'être versés (1°).

1° Réparation du préjudice et types de dommages et intérêts versés

Si la réparation des dommages en droit français de la responsabilité civile pourrait se caractériser par la maxime « tout le préjudice, rien que le préjudice »⁸⁴, le droit québécois rajouterait « ...et même plus » ! En effet, chaque préjudice doit bien faire l'objet d'une réparation intégrale (a). Mais en outre, des dommages-intérêts supplémentaires peuvent être accordés à la victime d'un accident médical survenu au Québec, alors même qu'ils ne correspondent plus exactement à la réparation accordée à la victime relativement aux dommages qu'elle a subis (b).

⁸³ *Supra*, p. 22: il existe des fautes de science médicale et des fautes de conscience médicale.

⁸⁴ Yvonne LAMBERT-FAIVRE, « L'éthique de la responsabilité », *Rev. trim. dr. civ.* 1998. 1

a) Le principe de la réparation intégrale

« Rien que le préjudice, tout le préjudice »... Cette maxime signifie que le préjudice doit bien être réparé, et ceci de manière complète. Il s'agit du principe de la réparation intégrale. Mais elle implique également que les dommages-intérêts versés n'ont qu'une fonction indemnitaire et que par conséquent, la réparation accordée ne doit concerner que les préjudices subis. La réparation octroyée par le responsable a pour but de replacer la victime, autant que faire ce peut, dans sa situation antérieure à l'acte dommageable.

Selon le principe de réparation intégrale, tout le préjudice doit être réparé. Cela signifie qu'il faut prendre en compte les dommages patrimoniaux mais aussi extra-patrimoniaux. Pour ces derniers, l'application du principe de la réparation intégrale reste davantage un but à atteindre. En effet, en matière de préjudices corporels, la victime peut difficilement être remise exactement dans la situation où elle se trouvait avant l'accident. Néanmoins, on tient compte dans l'évaluation du préjudice tant de la perte effective que du gain manqué⁸⁵.

De plus, seul le préjudice occasionné par l'acte médical dommageable peut faire l'objet d'une réparation. Par conséquent, l'auteur des dommages ne pourra pas être tenu pour responsable de l'état antérieur du patient. En effet, l'éthique de la responsabilité implique que la réparation accordée à la victime ne lui permette pas de s'enrichir sans cause. Le droit français en tire deux conséquences : l'interdiction des cumuls et l'impossibilité d'octroi de dommages-intérêts punitifs. Ces derniers peuvent cependant être accordés en droit québécois.

b) La possibilité québécoise d'octroi de dommages-intérêts exemplaires

En France, même si un courant doctrinal se montre favorable à l'octroi de

⁸⁵ C.c.Q., art. 1611: « Les dommages-intérêts dus au créancier compensent la perte qu'il subit et le gain dont il est privé »; C. civ., art. 1149: « Les dommages et intérêts dus au créancier sont en général de la perte qu'il a faite et du profit dont il a été privé (...) »; voir également Daniel GARDNER, L'évolution du préjudice corporel, Éditions Yvon Blais, 1994.

dommages-intérêts exemplaires⁸⁶, le droit positif ne l'a pas reconnu et maintient la distinction entre responsabilité civile et pénale, la première ayant pour fonction d'indemniser et la seconde de punir.

Par principe, la responsabilité civile québécoise développe elle aussi et avant tout une visée compensatoire. Mais elle prévoit cependant, dans certaines conditions, la possibilité d'octroyer des dommages-intérêts punitifs ou exemplaires^{86 bis}. Ce type de sanction, d'abord étranger au droit civil, résulte de l'influence de la common law. Il s'agit ici d'une « sanction pénale d'ordre civil »^{86 ter}, une sorte de peine privée qui n'a pas pour but de réparer le préjudice subi mais qui permet plutôt de marquer la réprobation sociale d'une certaine conduite particulièrement négligente envers autrui ou empreinte d'une intention de nuire caractérisée. En dehors de la « punition » que l'on souhaite infliger au responsable, une certaine prévention est recherchée. Ainsi, la *Charte des droits et libertés* prévoit de telles condamnations en cas d'atteinte illicite et intentionnelle aux droits fondamentaux protégés par elle. Les atteintes à l'intégrité physique et psychique des personnes sont donc visées. L'article 49 de la *Charte*⁸⁷ exige trois conditions pour l'octroi de dommages-intérêts exemplaires : la violation d'un droit qu'elle protège, l'illicéité de l'atteinte et son caractère intentionnel.

Par conséquent, les situations dans lesquelles ce type d'indemnisation peut être octroyé restent relativement peu fréquentes en matière de responsabilité médicale⁸⁸. Le Code civil fixe des critères pour cette attribution de dommages-intérêts⁸⁹. Il s'agit de la gravité de la

⁸⁶ Certains auteurs tel Jean Dupichot (dans son ouvrage intitulé Des préjudices réfléchis nés de l'atteinte à la vie ou à l'intégrité corporelle, L.G.D.J., 1969), ont soutenu que la responsabilité civile comportait un caractère de peine privée qui devait fonder les condamnations prononcées au profit de la victime d'un dommage moral consécutif à une atteinte à l'intégrité corporelle. Mais c'est surtout Boris Starck qui a soutenu dès la publication de sa thèse (La responsabilité civile dans sa double fonction de garantie et de peine privée, 1947) que la condamnation prononcée contre le responsable d'actes dommageables a toujours une fonction de « garantie ».

^{86 bis} Sur la distinction terminologique entre dommages punitifs et exemplaires, voir Daniel GARDNER., « Réflexions sur les dommages punitifs et exemplaires », (1998) 77 *Revue du Barreau Canadien* 198

^{86 ter} Pierre PRATTE, « Les dommages punitifs : institution autonome et distincte de la responsabilité civile », (1998) 58 *Revue du Barreau* 287.

⁸⁷ *Charte des droits et libertés de la personne*, L.R.Q., c. C-12, art. 49 : « Une atteinte illicite à un droit ou à une liberté reconnu par la présente Charte confère à la victime le droit d'obtenir la cessation de cette atteinte et la réparation du préjudice moral ou matériel qui en résulte.

En cas d'atteinte illicite et intentionnelle, le tribunal peut en outre condamner son auteur à des dommages exemplaires. ».

⁸⁸ A notre connaissance, aucune décision importante n'a encore été rendue à ce sujet.

⁸⁹ C.c.Q., art. 1621 : « Lorsque la loi prévoit l'attribution de dommages-intérêts punitifs, ceux-ci ne peuvent excéder, en valeur, ce qui est suffisant pour assurer leur fonction préventive.

faute, de la situation patrimoniale du fautif ou de l'étendue de la réparation à laquelle il est déjà tenu vis-à-vis de la victime. Cette liste n'est pas limitative.

Les droits québécois et français s'opposent donc sur ce point « mineur », à savoir qu'il existe au Québec une possibilité d'octroi de dommages-intérêts exemplaires en matière d'atteinte à la personne. Mais les hypothèses en sont rares. En tout état de cause, le principe général s'imposant en matière de réparation des préjudices demeure celui de la réparation intégrale des deux bords de l'Atlantique. La similitude continue concernant la nature des préjudices susceptibles d'être réparés.

2° La nature du préjudice

Avant d'observer précisément les différents préjudices occasionnés par un accident médical, il convient de rappeler quelques règles.

Tout d'abord, n'est susceptible d'indemnisation que le dommage imputable à l'acte médical. En général, les personnes subissant des traitements sont déjà malades et si de nouveaux dommages apparaissent, la victime ne pourra être indemnisée que pour ces derniers, soit pour l'aggravation de son état et non pour son état antérieur.

Ensuite, des troubles secondaires plus ou moins gênants ainsi que prévisibles et connus découlent fréquemment de tout traitement thérapeutique. Ces conséquences normales d'actes de soin ne justifient non plus en aucun cas, la naissance d'un droit à réparation.

La survenance d'un accident médical revêt différentes formes, provoquant chacune des préjudices divers. La victime, atteinte dans sa chair, subit bien sûr des préjudices corporels. Mais ces derniers se répercutent très souvent sur son mental et les dommages sont alors également moraux (b). Enfin, certains handicaps ou autres altérations de la santé d'une personne peuvent l'empêcher d'exercer les mêmes activités professionnelles qu'avant l'accident médical. Les dommages peuvent donc être pécuniaires (a).

Ils s'apprécient en tenant compte de toutes les circonstances appropriées, notamment de la gravité de la faute du débiteur, de sa situation patrimoniale ou de l'étendue de la réparation à laquelle il est déjà tenu envers le créancier (...) ».

Aussi allons-nous nous attacher à l'observation de différents types de préjudices découlant de mêmes dommages corporels nés de l'accident médical.

a) Les préjudices patrimoniaux

Très souvent, un dommage corporel apparu à l'occasion de gestes thérapeutiques emporte plusieurs conséquences pécuniaires susceptibles d'évaluation. On pense avant tout aux frais médicaux rendus nécessaires en raison du dommage lui-même : il peut s'agir d'une hospitalisation, de nouveaux actes de chirurgie...

Un certain taux d'incapacité est défini par les experts et en fonction de celui-ci, le manque à gagner de la victime devient évaluable, appelant évidemment une indemnisation.

Une réparation financière trouve toute sa justification pour les victimes qui doivent totalement réaménager leur cadre de vie à la suite de dommages qui se sont produits à l'occasion d'actes médicaux. Par exemple, à la suite de paralysies, il peut s'avérer nécessaire de réaliser des modifications coûteuses dans un logement afin de le rendre accessible à la personne handicapée. De même, à la suite de dommages dus à l'activité médicale dont elle a été l'objet, une personne peut se retrouver incapable d'exercer son métier habituel. Il se peut également qu'elle soit totalement incapable de retourner dans le monde du travail. En ce cas, l'indemnisation financière lui servira à compenser les pertes économiques auxquelles elle doit désormais faire face.

En dehors des préjudices patrimoniaux que peut subir une victime d'accident médical, d'autres préjudices appellent une appréciation des magistrats et leur tâche se trouve alors compliquée en raison de la nature même de cette deuxième catégorie de préjudices.

b) Les préjudices extra-patrimoniaux

Ici comme précédemment, il convient d'appliquer le principe de réparation intégrale des préjudices. Or celui-ci peut sembler inadéquat en matière de préjudices extra-patrimoniaux. En effet, comment replacer une victime dans la situation où elle se serait trouvée si l'acte dommageable ne s'était pas produit, quand les préjudices sont d'ordre

corporel par exemple ? Concrètement, comment lui rendre l'usage de ses membres quand elle se retrouve paralysée à la suite d'une opération chirurgicale ? L'atteinte à l'intégrité physique ne peut trouver une réparation équivalente à la perte subie. Ici, il est bien évident que l'argent ne replace pas la victime dans la situation antérieure à l'accident médical.

En revanche, la réparation financière est loin de rester sans intérêt. On a pu faire remarquer qu'en matière de dommages moraux, l'indemnisation, si elle perd son caractère compensatoire, adopte alors un rôle essentiellement satisfaisant⁹⁰. La réparation va permettre à la victime d'obtenir la reconnaissance sociale de ses souffrances, de sa dignité humaine en dépit des séquelles physiques dont elle est victime. D'ailleurs, il est établi par les médecins, plus précisément par les psychiatres, que la réparation financière de dommages moraux issus de souffrances physiques multiples contribue à replacer les victimes à leur place au sein de la société qui reconnaît alors que « leur personne, corps et âme, irréductible à toute autre, est infiniment précieuse ».

Différents préjudices extra-patrimoniaux réclament dans ce cadre une indemnisation, dans la mesure où la victime reste consciente de son état⁹¹.

En dehors de la perte de gains futurs, une incapacité physique entraîne sans nul doute une certaine perte de jouissance de la vie consistant en l'impossibilité nouvelle de mener une existence semblable à celle qui s'imposait avant l'accident, du point de vue social, mais aussi, intellectuel, sportif... Le dommage corporel a pu provoquer des préjudices esthétiques qui sont reconnus eux aussi au Québec et en France. La souffrance physique et morale, qu'on nomme également *pretium doloris*, mérite aussi réparation.

Parmi tous les préjudices dont il a précédemment été fait mention, l'un dénote particulièrement et fait l'objet de commentaires abondants tant au Québec qu'en France. Il s'agit de la perte d'une chance.

3° La particularité du préjudice constitué par la perte d'une chance

Le domaine médical se prête particulièrement à la survenance du préjudice constitué par la perte d'une chance. Mais avant d'étudier les applications particulières de cette notion (b et c), il convient d'en définir la substance (a), d'autant plus qu'elle fait l'objet de

⁹⁰ Y. LAMBERT-FAIVRE, *loc. cit.*, note 84, 14

⁹¹ *Driver c. Coca-Cola Ltd*, [1961] R.C.S. 201

nombreuses critiques. Par ailleurs, cette notion ayant trouvé de nombreuses applications en droit français et très peu en droit québécois, comme il va l'être montré, il nous semble intéressant de s'attarder quelque peu sur la notion même de perte d'une chance afin d'en clarifier le concept.

a) La définition du préjudice constitué par la perte d'une chance

Souvent invoquée à l'appui d'un autre préjudice, la perte d'une chance n'en constitue pas moins un dommage particulier si elle réunit certaines conditions. D'ailleurs, la Cour de cassation affirme fréquemment la distinction qu'il convient d'établir entre ce préjudice et le dommage final.

La jurisprudence française a pu définir la perte d'une chance ainsi : « l'élément de préjudice constitué par la perte d'une chance peut présenter en lui-même un caractère direct et certain, chaque fois qu'est constatée la disparition par l'effet du délit, de la probabilité d'un événement favorable (...) »⁹². Ce préjudice particulier existe également en matière contractuelle.

La perte d'une chance doit être distinguée du préjudice futur certain ainsi que du préjudice purement éventuel. D'une part, la réparation de la perte d'une chance n'est pas celle du dommage résultant de ce qu'un événement qui aurait pu se produire ne s'est pas produit, puisque par hypothèse, on ne savait pas si cet événement allait se produire. Elle correspond au contraire au dommage constitué par le fait d'une personne qui a contribué à l'impossibilité irrémédiable de réalisation de l'événement qui aurait pu être favorable à une autre personne, victime alors de la perte d'une chance. Autrement dit, une réparation ne sera allouée que pour la seule perte d'une chance de voir un événement se produire et non pas pour le fait que l'événement ne s'est pas produit. D'autre part, le dommage constitué par la perte d'une chance se distingue du préjudice futur certain en ce qu'il ne constitue pas toujours en un préjudice futur: il peut être un dommage tout à fait actuel.

La perte d'une chance diffère également des prédispositions d'une personne malade, victime d'un accident médical. En effet, ce préjudice ne saurait résulter d'un événement qui dépendrait uniquement de l'attitude de la victime.

⁹² Crim., 6 juin 1990, Resp. civ. et assur. 1990. 313

Compte tenu de ces précisions, on distingue deux types de pertes d'une chance : celle de réaliser un profit et celle d'éviter une perte. En matière médicale, c'est le second type de perte d'une chance qui est le plus fréquemment invoqué. Quoiqu'il en soit, ce préjudice particulier peut tout à la fois consister en un dommage matériel et un dommage moral⁹³.

Pour indemniser le préjudice particulier constitué par la perte d'une chance, la jurisprudence veille toujours à ce que soient rapportées les preuves du dommage lui-même ainsi que de son lien de causalité avec le fait dommageable⁹⁴. Outre ces conditions classiques de la responsabilité, la jurisprudence a rajouté deux autres conditions. Selon la première, la chance perdue devait être réelle et sérieuse. Cela permet aux juges de s'assurer que si l'événement incriminé ne s'était pas produit, l'avantage futur espéré par la victime aurait pu se réaliser. La vérification de cette condition se réalise par le biais de calculs de probabilités. Enfin, une dernière condition de proximité est parfois exigée : la chance devait se réaliser rapidement après le fait reproché au défendeur en responsabilité.

Au regard de la définition ainsi établie de la perte d'une chance, on imagine aisément les utilisations qui peuvent en être faites en matières médicales. Le médecin, en raison de son omission d'informer complètement ou correctement son patient peut lui faire perdre une chance : celle de ne pas avoir recouru à un traitement particulier. Par un geste « malencontreux » il peut faire perdre à son patient un autre type de chance, celle de survie ou de guérison. Il convient à présent d'étudier ces deux préjudices successivement.

⁹³ La jurisprudence française l'a affirmé à plusieurs reprises, notamment dans un arrêt de la Cour de cassation : Civ. 1^{ère}, 10 janv. 1990, Gaz. Pal. 1991. I. 159 : « A violé les dispositions de l'article 1149 du Code civil, la Cour d'appel qui a décidé, à la suite d'un décès postopératoire, que la perte d'une chance d'être soigné efficacement constituait seulement un préjudice moral réparable à l'exclusion d'un préjudice matériel, alors que cette perte était celle d'une chance d'éviter la mort et les divers préjudices en résultant directement. »

⁹⁴ Concernant l'exigence d'un lien de causalité entre le fait dommageable et la perte d'une chance : Crim., 20 mars 1996, Lexilaser, pourvoi n° 95-81.168, arrêt n° 1546 : « En statuant ainsi alors qu'elle constate qu'il n'était pas possible d'affirmer que si l'enfant était né à terme, il n'aurait pas contracté la méningite, autrement dit qu'il n'était pas établi que le décès de l'enfant soit dû au caractère prématuré de l'accouchement, la cour d'appel, qui ne caractérise aucun lien de causalité certain entre la faute du médecin et la perte des chances de survie, a violé l'article 1147 du Code civil. »

b) La perte de chance de choisir de ne pas subir un traitement ou un soin

Comme il le sera étudié plus précisément par la suite, le médecin a l'obligation d'informer de manière complète et précise son patient sur différents points et notamment sur les risques qu'il encourt lors de l'utilisation d'une thérapeutique particulière. Il doit aussi le renseigner sur les conséquences prévisibles de l'abstention au recours à un traitement spécifique.

Plusieurs situations peuvent se révéler dommageables à un patient. Son médecin peut tout d'abord omettre de l'informer de l'existence de plusieurs thérapeutiques envisageables pour le soigner. Et les soins finalement prodigués parmi les thérapeutiques possibles peuvent entraîner des dommages particuliers. Le médecin peut également mal renseigner son patient. En dépit du caractère complet des renseignements, ces derniers peuvent être mal formulés et ne pas insister sur des risques particuliers. Se décidant sur la base d'informations erronées ou incomplètes et subissant par la suite des dommages, le patient peut reprocher à son médecin de lui avoir fait perdre la chance de faire un choix éclairé d'un traitement donné. En effet, si les risques particuliers d'un traitement lui avaient été bien exposés ou s'il existait une autre possibilité de soins, le patient aurait peut-être choisi de ne pas recourir à la thérapeutique que le médecin a pratiquée sur lui.

Ce préjudice particulier diffère des dommages subis par ailleurs par le patient. Ce dernier ne reproche pas au médecin une quelconque faute dans l'administration des soins. Il lui reproche simplement de ne pas lui avoir permis de s'abstenir de recourir à ces soins. En cela, l'analyse nous paraît tout à fait pertinente. Mais ce n'est pas l'avis de tous les auteurs. Certains pensent en effet que le préjudice consistant en la perte de chance de faire un choix éclairé en matière médicale relève plutôt du domaine de l'artifice⁹⁵. L'analyse énoncée aurait pour conséquence d'étendre de façon démesurée l'obligation d'information du médecin de sorte que, quand celle-ci a été violée, elle a privé le patient d'un choix, soit en faveur d'une intervention, soit en son refus

⁹⁵ G. MEMETEAU, loc. cit., note 1, 77

Les critiques existant à propos de la perte d'une chance de ne pas recourir à un traitement ou à des soins se font encore plus véhémentes à propos de la perte d'une chance de survie ou de guérison.

c) La perte de chance de survie ou de guérison

Par la mauvaise information qu'il a donnée mais encore par une faute technique ou enfin une quelconque maladresse, le médecin aurait privé son patient d'une chance de survie ou de guérison.

La victime – ou ses ayant droits – ne reproche pas directement au médecin d'avoir causé l'accident, source de ses dommages en tous genres. Elle estime simplement que les renseignements formulés ou les gestes posés ont contribué à lui faire perdre une chance certaine de survivre ou de guérir de sa maladie. Estimant qu'il existait un espoir certain d'échapper aux maux dont elle souffre, elle reproche au médecin d'avoir définitivement gâché cette possibilité.

Ce préjudice est indemnisé en France depuis les années 1960'. Le médecin se trouve donc responsable, mais il ne l'est pas du préjudice final lui-même constitué par l'invalidité ou par le décès.

Nombreux sont les auteurs, y compris français, qui critiquent l'utilisation de cette notion de perte d'une chance de survie ou de guérison⁹⁶. Ils estiment, et avec justesse à nos yeux, que les juges utilisent ce concept afin de remédier à leurs doutes portant sur la causalité entre la faute éventuelle du médecin et le préjudice final. En effet, si le préjudice constitué par la perte d'une chance se trouve totalement justifié, de façon générale, il en va autrement pour la perte d'une chance de survie ou de guérison. Ici, on connaît déjà le résultat du processus, qui est soit l'invalidité soit le décès. En revanche, ce qu'on ignore, c'est l'origine du dommage : s'agit-il du résultat inévitable du processus maladif ou bien le médecin a-t-il commis une faute en relation de causalité avec le dommage ? Dans le doute, le juge utilise un artifice consistant en ce préjudice particulier et intermédiaire qu'est la perte d'une chance de survie ou de guérison.

⁹⁶ Pour les auteurs québécois, voir notamment Serge GAUDET, « L'application de la notion de perte de chances en droit médical », dans Responsabilité médicale et hospitalière - Aspects éthiques et juridiques, Canadian Institute, 1990 ; Suzanne NOOTENS, « La perte de chance: détournement du lien de causalité ou dommage distinct? », (1990) 50 Revue du Barreau 611. Pour des auteurs français, voir par exemple Alain BENABENT, Les obligations, 6^{ème} édition, Montchrestien, 1997, p. 337

Ce type de perte d'une chance servant à pallier l'incertitude portant sur le lien de causalité n'a pas été admis au Québec malgré plusieurs tentatives qui ont échoué. La notion est acceptée quand elle sert à l'évaluation d'un préjudice, mais pas en matière de responsabilité médicale. La décision à retenir en la matière est l'affaire Laferrière c. Lawson⁹⁷. Il s'agissait d'une patiente souffrant d'un nodule au sein qui lui fut retiré de façon chirurgicale. En dépit de la nature maligne de cette masse, elle n'en fut pas informée par son médecin. Le cancer se généralisa jusqu'à entraîner son décès. Le médecin fut poursuivi pour ne pas avoir informé sa patiente qui aurait pu recourir à certains traitements susceptibles de la guérir. Néanmoins, ne sachant pas si même dûment informée et ayant procédé à un traitement approprié, la patiente aurait survécu, la cour a refusé de condamner le médecin pour avoir fait perdre une chance de survie à la patiente. Le décès n'a donc fait l'objet, en lui-même, d'aucune indemnisation. En revanche, pour ne pas avoir informé sa patiente et pour le stress conséquent, le médecin a été jugé responsable, mais uniquement sur le terrain moral, au titre de dommage psychologique et de perte d'une meilleure qualité de vie.

Si le préjudice constitué par la perte d'une chance semble parfois justifié, il fait aussi l'objet de plusieurs critiques. Ainsi, certains avancent que cette notion est juridiquement parfaite excepté en matière médicale où elle ne sert qu'à contourner l'exigence d'un lien de causalité⁹⁸ entre la faute médicale et le préjudice, la chance ayant été d'ores et déjà tentée. On l'aura donc compris, c'est l'exigence de la troisième condition de la responsabilité du médecin, soit le lien de causalité, qui amène les nombreuses critiques faites concernant l'application de la notion de perte d'une chance en matière médicale.

D L'EXISTENCE INDISPENSABLE D'UN LIEN DE CAUSALITÉ ENTRE LA FAUTE MÉDICALE ET LE PRÉJUDICE

Outre la preuve de ses préjudices et d'une quelconque faute médicale, la victime d'un accident médical souhaitant engager la responsabilité de son médecin doit

⁹⁷ Laferrière c. Lawson, [1991] 1 R.C.S. 541

⁹⁸ S. GAUDET, loc. cit., note 96, 9

nécessairement démontrer qu'il existe une relation de cause à effet entre les deux : le geste médical a dû provoquer directement les préjudices dont elle souffre.

La détermination de la causalité existante appelant quelques remarques spécifiques en matière de défaut d'information (2°), il conviendra de rappeler auparavant les règles applicables de façon générale (1°).

1° Le cas général

Le droit de la responsabilité civile connaît plusieurs conceptions de la notion de lien de causalité dont les principales sont celles de la causalité adéquate et celle de l'équivalence des conditions.

En vertu de la première, le juge doit à l'aide d'un pronostic rétrospectif, établir une sélection entre toutes les causes nécessaires d'un dommage. Les antécédents qui seront seuls déclarés causes du dommage, sont les événements qui, d'après le cours habituel des choses, devaient normalement se produire, par opposition aux autres qui n'ont été qu'exceptionnels.

Quant à la seconde, elle implique pour qu'un fait dommageable soit considéré comme causal, qu'il ait été la condition *sine qua non* du dommage, un événement sans lequel il ne se serait pas produit. Cette condition est nécessaire et suffisante selon cette théorie.

La recherche du lien de causalité est réalisée selon l'une ou l'autre des méthodes, avec une prééminence certaine de la théorie de l'équivalence des conditions en matière de responsabilité médicale au Québec. Quoiqu'il en soit, le dommage doit toujours résulter de façon directe et immédiate de l'acte fautif pour lui être lié par une relation causale. En effet, on effectue toujours l'étude de la causalité au regard de deux paramètres, l'imputabilité et l'exonération⁹⁹. Selon le premier, il appartient à la victime souhaitant obtenir une indemnisation pour les dommages qu'elle a subis, de prouver que l'acte médical préventif, diagnostic ou thérapeutique constitue la cause ou l'une des causes de ses dommages. Pour ce faire, elle s'appuie en général sur les rapports d'expertise médicale qui tentent d'expliquer si ces derniers constituent l'aboutissement prévisible de son état endogène, ou bien si, au contraire, ils ont été provoqués par un acte médical déterminé. Bien souvent, une zone d'incertitude résiduelle demeure. Quant au second paramètre, il consiste à contester

⁹⁹ Y. LAMBERT-FAIVRE, *op. cit.*, note 46, n° 624

l'existence du lien de causalité. Si le médecin, défendeur en responsabilité, prouve l'intervention d'une cause qui lui est étrangère, il peut s'exonérer. Celle-ci peut revêtir plusieurs formes. Pour être exonératoire de responsabilité, elle doit être imprévisible et irrésistible et devient ainsi un cas de force majeure. Il peut donc s'agir d'un cas fortuit, mais aussi du fait d'un tiers, par exemple quand le dommage est dû au défaut d'un produit ou d'un appareil, ou encore de la faute de la victime si par exemple celle-ci arrache ses tuyaux ou de son fait quand ses dommages sont le résultat de l'évolution de sa maladie.

2° Le lien de causalité entre le défaut d'information et les dommages nés de l'accident thérapeutique

En matière de défaut d'information, la jurisprudence a su se montrer particulièrement souple concernant l'appréciation de la causalité le reliant à certains dommages, notamment par le biais du point de vue adopté (a) et par l'utilisation de la notion de perte d'une chance (b).

a) Le point de vue adopté pour l'appréciation du lien de causalité

Il a d'abord fallu déterminer de quelle manière envisager la relation de causalité existant entre l'information et le dommage. Si en France, la question n'a semblé receler aucune difficulté, il n'en a pas été de même au Québec. En effet, la jurisprudence a tout d'abord recouru au « professional disclosure test » selon lequel le manquement à l'obligation d'information était observé du côté du médecin. De façon objective, les magistrats se demandaient si un médecin normalement diligent et raisonnable aurait divulgué à un patient les mêmes renseignements que le professionnel mis en cause. Mais deux décisions désormais célèbres de 1980 ont permis d'adopter un test différent dit « full disclosure test »¹⁰⁰. La Cour suprême du Canada enjoignait alors de se placer du point de vue de la victime d'un accident médical.

¹⁰⁰ Hopp c. Lepp, [1980] 2 R.C.S. 192 et Reibl c. Huges, [1980] 2 R.C.S. 880

On s'interroge ici sur la question de savoir si un patient donné ayant subi des dommages à l'occasion d'un acte médical aurait réagi différemment s'il avait bénéficié d'une autre information que celle fournie par son médecin. Autrement dit, il convient d'apprécier dans quelle mesure les renseignements donnés ont conduit le patient à accepter les soins qui lui ont été prodigués. Pour ce faire, deux méthodes se présentent. La première consiste en l'utilisation d'un raisonnement objectif : un patient quelconque placé dans les mêmes conditions aurait-il logiquement accepté le traitement qui lui a été administré ? La deuxième technique recourt cette fois-ci à un test subjectif selon lequel on se demande si le patient particulier, victime en l'espèce, aurait raisonnablement et surtout rationnellement, pris une décision différente de celle choisie s'il avait bénéficié d'une information autre que celle donnée.

Néanmoins, une solution originale est également parfois utilisée depuis le début des années 1990¹⁰¹. Les juges québécois en effet, se démarquent quelque peu de la solution trouvée par la Cour suprême en 1980 en mêlant les deux points de vue – celui du médecin et celui du patient – de telle sorte que l'obligation d'information du professionnel de la santé est appréciée par rapport à ce qu'un autre médecin raisonnable aurait fait, au regard du patient en cause, selon sa propre susceptibilité^{101 bis}. Certains auteurs qualifient ce troisième test de « subjectivité rationnelle » ou de « rationalité subjective »¹⁰². De façon subjective, on apprécie les informations données selon le patient en question, en tenant compte de sa personnalité et de ses éventuelles susceptibilités. Mais pour autant, il n'est pas requis du médecin qu'il ait intégré toutes ces données propres à son patient dans la mesure où cela impliquerait la compréhension par celui-ci de tout le cheminement intellectuel utilisé par le patient pour se décider à subir les traitements ayant contribué à la survenance des préjudices. Ainsi, de manière objective, on se demande ce qu'un patient raisonnable aurait décidé dans la même situation au regard des informations fournies.

¹⁰¹ Pelletier c. Roberge, [1991] R.R.A. 726

^{101 bis} Voir, par exemple Marcoux c. Bouchard (1999) R.R.A. 447 C.A.

¹⁰² J.-L. BAUDOUIN et P. DESLAURIERS, op. cit., note 43, n° 1450 ; pour une critique de cette jurisprudence, voir notamment Robert KOURI, « La causalité et l'obligation de renseigner en droit médical québécois », R.D.U.S. (1987) 494

b) L'originalité française : une conception particulière de la causalité en matière de manquement à une obligation d'information

Les juges français adoptent quant à eux, une méthode différente, partant d'une question incontournable : « Comment être sûr (...) que, dûment informée, la victime aurait eu le comportement propre à éviter le dommage ? Une incertitude affecte presque congénitalement le lien de causalité »¹⁰³. Pour remédier à ce questionnement sans fin, les tribunaux choisissent de plus souvent d'indemniser la perte d'une chance qu'aurait entraîné le défaut ou la mauvaise information donnée par le médecin. Cette solution, si elle fait de façon générale l'objet de critiques, semble totalement justifiée en matière de manquement à une obligation d'information comme nous allons nous employer à le démontrer. Ce faisant, les magistrats adoptent une conception particulière de la causalité consistant à combiner la loi aléatoire à la loi causale.

La combinaison de ces deux lois trouve sa source dans un mouvement plus large, impliquant cette même alliance pour tout phénomène qui se produit en fonction de certains facteurs connus et d'autres inconnus. Il n'existe aucun système dont tous les facteurs soient connus exhaustivement puisque le système scientifique peut à tout instant être troublé par des facteurs hétérogènes. La loi aléatoire est donc toujours présente. Elle permet de préciser la notion de causalité grâce aux statistiques.

Ainsi, quand le juge évalue une perte de chance, il utilise des probabilités et loin d'être incertain sur la relation causale entre un fait générateur de responsabilité et la perte d'une chance, il la précise à l'aide de cette méthode. Le calcul de probabilités lui permet de tenir compte de la loi aléatoire qui est inhérente à tout phénomène comme nous venons de l'observer. En matière médicale, il devra donc se poser par exemple ce genre de questions et y répondre à l'aide d'experts: "Un tel traitement dont le patient n'a pas été informé, entraîne-t-il généralement la guérison"? S'il y répond par l'affirmative, il pourra en conclure qu'il est suffisamment raisonnable de penser que l'absence de mise en œuvre de ce traitement est la cause génératrice du dommage. Si à l'inverse, le traitement est efficace une fois sur deux, alors la vraisemblance que la privation de traitement ait causé le dommage est de moitié.

¹⁰³ Geneviève VINEY et Patrice JOURDAIN, Les conditions de la responsabilité, 2^{ème} édition, L.G.D.J., 1998, p. 195

Aucun obstacle juridique ne semble s'opposer à cette conception dans la mesure où le législateur n'a pas imposé au juge un système particulier de causalité. Ce dernier peut déterminer sa conviction au moyen de présomptions du fait de l'homme¹⁰⁴. Ce faisant, il précise la notion de causalité grâce aux calculs de probabilité. Selon Jacques Boré, la reconnaissance de la méthode statistique permet au droit de retenir que la négligence d'un médecin peut être source de sa responsabilité du fait qu'elle a privé le patient d'une chance de faire un choix éclairé¹⁰⁵. Elle est alors une des causes possibles du dommage. Le médecin conservant une obligation de moyens et non de résultat, la réparation doit être limitée à la valeur de la chance perdue.

Face à la difficulté des victimes d'obtenir une indemnisation en raison des différents régimes de responsabilité existants et susceptibles d'être mis en œuvre, ainsi qu'à celle de prouver une faute médicale, elles se sont orientées vers l'une d'entre elles plus particulièrement: le manquement à l'obligation d'information incombant au médecin. Les tribunaux semblent les soutenir en retenant des fautes techniques médicales constituées par la violation d'obligations de sécurité-résultat. Aussi, avant de voir dans quelle proportion les médecins sont soumis à une dose d'obligation de résultat, il convient d'observer la place que prend l'obligation d'information au sein du contentieux relatif aux accidents médicaux.

CHAPITRE II-

LE MANQUEMENT A L'OBLIGATION D'INFORMATION SUR LES RISQUES LIES A UN TRAITEMENT OU A UNE INTERVENTION ENTRAINANT LE DÉFAUT D'OBTENTION DE CONSENTEMENT ECLAIRE

« Un silence peut être parfois le plus cruel des mensonges. »¹⁰⁶

¹⁰⁴ C. civ., art. 1353

¹⁰⁵ Jacques BORE, « L'indemnisation pour les chances perdues : une forme d'appréciation quantitative de la causalité d'un fait dommageable », J.C.P. 1974. I. 2620

¹⁰⁶ R.L. STEVENSONS, Virginibus Puerisque cité par François TÔTH « L'obligation de renseignement du médecin en droit civil québécois » dans Responsabilité médicale et hospitalière – Aspects éthiques et juridiques, Canadian Institute, 1990, p. 1

Les jurisprudences québécoise et française ont progressivement vu émerger en matière de responsabilité médicale, une faute particulière, parallèlement à celle classiquement invoquée et consistant en une faute technique. Il s'agit d'une faute basée sur le défaut d'information du patient ou encore sur la non-obtention, de la part du médecin, d'un consentement libre et éclairé de la personne malade. Le contentieux portant sur cette faute particulière a pris une ampleur très importante et constitue, à lui seul, une grande partie des causes de responsabilité médicale, justifiant à nos yeux le fait que l'on y attache dans notre étude une part « proportionnelle »¹⁰⁷.

L'information et le consentement éclairé dont elle est la condition, font tous deux l'objet de plus en plus de textes aussi bien nationaux¹⁰⁸ qu'internationaux¹⁰⁹. Sur le fond, les droits français et québécois vont précisément dans le même sens.

¹⁰⁷ Pierre DESCHAMPS et autres, Report on Health Care Liability in Canada, (P.-A. CREPEAU, dir.) Centre de recherche en droit privé et comparé du Québec, McGill University, 1989, p. 64 : Sur 203 causes en responsabilité médicale, 97 actions se fondaient sur le manquement à l'obligation d'information et à ce titre, il constitue la deuxième faute le plus souvent invoquée à l'encontre d'un médecin ; F. TÔTH, loc. cit., note 106, 1 : « L'introduction de la doctrine du consentement éclairé en matière médicale fut le point marquant de la dernière décade ».

¹⁰⁸ Les principales sources internes sont constituées tout d'abord par les Codes civils : C.c.Q., art. 11 : « Nul ne peut être soumis sans son consentement à des soins, quelle qu'en soit la nature, qu'il s'agisse d'exams, de prélèvements, de traitements ou de toute autre intervention. Si l'intéressé est inapte à donner ou à refuser son consentement à des soins, une personne autorisée par la loi ou par un mandat donné en prévision de son inaptitude peut le remplacer. » ; C. civ., art. 16-3 : « Il ne peut être porté atteinte à l'intégrité du corps humain qu'en cas de nécessité thérapeutique pour la personne. Le consentement de l'intéressé doit être recueilli préalablement hors le cas où son état rend nécessaire une intervention thérapeutique à laquelle il n'est pas à même de consentir. ». L'autre source interne majeure réside dans les Codes de déontologie médicale : Code de déontologie des médecins du Québec, précité, note 62, art. 2.03.28 : « Sauf urgence, le médecin doit, avant d'entreprendre une investigation, un traitement ou une recherche, obtenir du patient ou de son représentant ou des personnes dont le consentement peut être requis par la loi, une autorisation libre et éclairée. » ; Art. 2.03.29 : « Le médecin doit s'assurer que le patient ou son représentant ou les personnes dont le consentement peut être requis par la loi ont reçu les explications nécessaires portant sur la nature, le but et les conséquences possibles de l'investigation, du traitement ou de la recherche que le médecin s'apprête à effectuer. » ; Code de déontologie médicale français, précité, note 62, qui s'impose tant aux praticiens du secteur privé qu'à ceux du secteur public, art. 35 : « Le médecin doit à la personne qu'il examine, qu'il soigne ou qu'il conseille, une information loyale, claire et appropriée sur son état, les investigations et les soins qu'il lui propose. Tout au long de la maladie, il tient compte de la personnalité du patient dans ses explications et veille à leur compréhension (...) » et art. 36 : « Le consentement de la personne examinée ou soignée doit être recherché dans tous les cas. (...) ».

¹⁰⁹ Convention pour la protection des Droits de l'Homme et de la dignité de l'être humain à l'égard des applications de la biologie et de la médecine, signée à Oviédo le 4 avr. 1997. Elle a été adoptée par les Etats du Conseil de l'Europe et présente la particularité d'être ouverte à la signature des Etats non membres du Conseil de l'Europe ayant participé à son élaboration, dont le Canada. Mais elle n'est toujours pas encore entrée en vigueur faute d'avoir été ratifiée par un nombre suffisant d'Etats. Dans cette convention, le principe du consentement de la personne concernée est rappelé comme une exigence de portée générale, à chaque fois qu'est prévue une intervention dans le domaine de la santé.

La relation nouée entre le médecin et son patient se fonde sur une confiance partagée. Dans le cadre du contrat de soins, le médecin a toujours eu une obligation d'information ou de renseignement du patient¹¹⁰. En effet, on peut considérer que cette obligation est à l'origine même de ce contrat puisque si elle n'est pas remplie, le consentement éclairé ne peut être donné. Or, c'est lui qui fonde l'existence d'un contrat de soins portant sur le corps humain, celui-ci étant en principe inviolable¹¹¹. De sorte que la responsabilité du médecin peut tout à fait être engagée sur le seul fondement du manquement à l'obligation d'information. D'ailleurs, certains auteurs analysent l'augmentation des recours en responsabilité médicale fondée sur le manquement à une obligation d'information comme le résultat de la modification de la nature de la relation existant entre patient et médecin¹¹². Auparavant, celle-ci était empreinte de pouvoir et de domination, beaucoup plus qu'aujourd'hui.

Si le nombre de recours fondés sur ce manquement particulier a augmenté en raison de la modification de la relation patient / médecin, c'est également dû au fait que cette faute peut être prouvée plus facilement qu'une véritable faute technique et que, de surcroît, elle permet de rendre le médecin responsable de la réalisation de risques inhérents à tout acte médical, même s'il n'a commis aucune négligence dans sa pratique. Ainsi, la preuve d'un manquement à son obligation d'information sur les risques propres à un acte médical a pour effet de rendre le praticien de la santé responsable d'un grand nombre d'accidents médicaux, facilitant par-là même l'indemnisation des victimes.

A propos de l'obligation d'information du médecin, on peut également s'interroger sur son intensité.

Traditionnellement, elle ne déroge pas à la règle générale et reste une obligation de moyens. Néanmoins, certains auteurs distinguent en elle plusieurs aspects, chacun soumis à une intensité différente. Muriel Fabre-Magnan a particulièrement insisté sur la distinction qu'il convient de réaliser entre l'obligation de connaître l'information et l'obligation de la transmettre¹¹³.

¹¹⁰ Nous employons indifféremment, dans le cadre de cet exposé, les expressions d'obligation d'information et d'obligation de renseignement, les deux recouvrant la même chose. Mais la première est plus utilisée en France et la seconde au Québec.

¹¹¹ *Supra*, notes 37 et 38

¹¹² J.-L. BAUDOUIN, *loc. cit.*, note 79, 23

¹¹³ Muriel FABRE-MAGNAN, De l'obligation d'information dans les contrats; essai d'une théorie, L.G.D.J., 1992 n° 544

La première consiste en une obligation de recherche. En effet, il appartient au médecin de se tenir à jour des nouvelles données scientifiques, dans toute la mesure du possible. En ce sens, on peut affirmer qu'il existe un aléa dans sa connaissance de toutes les informations médicales. Celles-ci sont nombreuses et sans cesse renouvelées. Il est donc tout à fait compréhensible que le médecin ne soit tenu ici qu'à une simple obligation de moyens.

La seconde, quant à elle, est totalement dépourvue d'aléa. Elle consiste pour le médecin à s'assurer que l'information a bien été communiquée à son patient. Sauf force majeure, aucun aléa ne saurait affecter la transmission de l'information. En ce sens, le médecin a aussi une obligation de résultat sur ce point particulier.

De moyens ou de résultat, l'obligation d'information du patient par le médecin reste liée dans une certaine mesure à son devoir de conseil.

Concernant le débiteur de l'obligation d'information, dans le cas de l'intervention de plusieurs médecins pour un même patient, la solution n'a été fixée que récemment en France¹¹⁴, mais elle était auparavant déjà établie au Québec : l'obligation pèse sur tous les médecins, tant sur celui procédant aux tests diagnostics, que sur celui mettant en œuvre des traitements ou encore de la chirurgie. Aucun d'eux ne doit présumer que son obligation a été remplie par quelqu'un d'autre. Cependant, certains tribunaux constatant que le patient avait bien été renseigné par un premier médecin, alors qu'il reproche à un second médecin de ne pas lui avoir transmis cette même information, n'ont pas retenu la responsabilité de ce dernier¹¹⁵.

Une fois cernées ces différentes règles générales propres à l'obligation d'information incombant aux médecins, il convient à présent d'établir en quoi un manquement à cette obligation peut consister, et pour ce faire, il importe de mesurer l'étendue de cette obligation (A). Il conviendra ensuite d'établir sur qui pèse la charge de la preuve de l'information ainsi que ses modalités (B), pour enfin envisager les sanctions du manquement au devoir d'information du médecin (C).

¹¹⁴ Civ. 1^{ère}, 14 oct. 1997, Médecine et Droit. 1997. 27. 1, note Sargos, « Modalités, preuve et contenu de l'information que le médecin doit donner à son patient ».

¹¹⁵ Pauline LESAGE-JARJOURA, Jean LESSARD et Suzanne PHILIPS-NOOTENS, Éléments de responsabilité civile médicale - Le droit dans le quotidien de la médecine, Cowansville, Editions Yvon Blais, 1995, p. 113

A ETENDUE DE L'OBLIGATION D'INFORMATION

Afin de mesurer l'étendue de l'obligation d'information en matière médicale, il est nécessaire de s'intéresser à son contenu (1°) et plus particulièrement à l'information sur les risques, point crucial en matière d'indemnisation des accidents médicaux (2°).

1° Contenu de l'obligation d'information

La France et le Québec ne divergent pas sur ce point, les deux ordres juridiques sont donc conformes.

La qualité de l'information doit permettre au patient de choisir de recourir ou pas à une thérapeutique donnée, dans la forme d'un consentement libre et éclairé. Le Code de déontologie français parle d'une information « loyale, claire et appropriée »¹¹⁶.

Au regard des textes, on observe que l'information doit porter sur certains éléments bien définis.

Tout d'abord, le médecin doit renseigner son patient sur son état, sur son évolution prévisible et sur les investigations et les soins qui s'avèrent nécessaires compte tenu de cet état.

Ensuite, le médecin doit décrire précisément en quoi consiste la thérapeutique proposée et quelles sont ses conséquences exactes¹¹⁷. Concernant la nature de l'opération, l'information doit être suffisamment précise et elle doit permettre au patient d'évaluer le but poursuivi par l'intervention envisagée. Ces renseignements doivent être transmis de façon objective. Bien évidemment, toute la partie technique de la thérapeutique n'a pas à être transmise précisément dans la mesure où le patient n'est pas un professionnel de la santé. Mais les points essentiels, même techniques, doivent lui être révélés. Quand différentes thérapeutiques s'avèrent envisageables pour un même patient, toutes doivent faire l'objet d'une information afin que le patient consente en toute connaissance de cause. En effet, chacun des traitements possibles est plus ou moins risqué.

¹¹⁶ Code de déontologie médicale français, précité, note 62, art. 35, précité, note 106

¹¹⁷ La Cour de Cassation se montre particulièrement exigeante relativement à cette information depuis un arrêt du 28 janv. 1942 où elle avait jugé un médecin responsable pour n'avoir averti son patient ni de la nature de l'opération, ni de ses conséquences, ni du choix qu'il avait entre deux méthodes curatives.

Enfin, l'information doit porter sur les risques inhérents à l'investigation ou au traitement. Le médecin doit ici se montrer particulièrement vigilant, attentif à toutes les interrogations émanant du patient, ces dernières traduisant son anxiété ainsi que sa façon d'envisager les risques courus.

Le tribunal, dans son appréciation du litige, tiendra compte des connaissances particulières du patient.

2° L'information sur les risques

En principe, ni en France ni au Québec l'information médicale n'a à être exhaustive car il est parfois inutile d'inquiéter le patient outre mesure. C'est une raison d'humanité. D'ailleurs, le médecin dispose à cet égard d'une clause de conscience lui permettant de dissimuler un pronostic ou un diagnostic graves à un patient dans les cas où il estime que le choc lui serait néfaste¹¹⁸.

Cette mesure entre ce qui doit être révélé et ce qui peut ne pas l'être relève d'une certaine « alchimie de l'information »¹¹⁹, confrontant la conscience du médecin avec la confiance du patient¹²⁰.

Pendant longtemps en France, l'information ne devait pas couvrir les risques exceptionnels qui cependant, pouvaient être connus. Seuls les risques normalement prévisibles devaient faire l'objet d'une information. Le critère de prévisibilité n'était pas défini avec précision par la jurisprudence qui pouvait considérer qu'à partir de 4/1000 ou encore de 2 ou 3%, le risque était exceptionnel. Ainsi, seuls certains domaines devaient faire l'objet d'une information sur les risques exceptionnels partant de l'idée que si les

¹¹⁸ Cette clause de conscience ne joue qu'exceptionnellement au Québec : Code de déontologie des médecins du Québec, précité, note 62, art. 2.03.30 : « A moins dans tous les cas qu'il n'y ait juste cause, le médecin ne doit pas dissimuler un pronostic grave ou fatal à un patient qui en requiert la révélation. » ; en revanche, un médecin français peut l'utiliser beaucoup plus fréquemment dans la mesure où elle relève de son pouvoir discrétionnaire : Code de déontologie médicale français, précité, note 62, art. 35 : « (...) Toutefois, dans l'intérêt du malade et pour des raisons légitimes que le praticien apprécie en conscience, un malade peut être tenu dans l'ignorance d'un diagnostic ou d'un pronostic graves, sauf dans le cas où l'affection dont il est atteint expose les tiers à un risque de contamination. (...) ».

¹¹⁹ Sylvie WELSCH, « Responsabilité médicale: la nouvelle donne », Les Petites Affiches. 10 avr. 1998. 6, à la page 7

¹²⁰ C'est justement ce phénomène qui fait du contrat de soins un engagement singulier, différent de tous les autres contrats de prestation de service.

soins projetés ne s'avèrent pas nécessaires, ils requièrent une information plus étendue que la normale. Tel était le cas en matière de chirurgie esthétique, tant aux yeux du juge judiciaire qu'à ceux du juge administratif¹²¹. L'atteinte à l'intégrité physique du patient ne trouve de justification que si le profit espéré dépasse les maux causés par cette atteinte. Il en va de même au Québec¹²². Les risques ne sauraient en aucun cas être minimisés ici et induire le patient dans un sentiment de fausse sécurité.

La loi française exige également que le médecin fournisse au patient une information plus étendue dans certains domaines tels le prélèvement d'organes sur des êtres vivants¹²³, ou encore l'interruption volontaire de grossesse¹²⁴, ou enfin les recherches biomédicales¹²⁵. Au Québec, les domaines nécessitant une telle information relèvent du même ordre : l'expérimentation¹²⁶, les dons d'organes entre vifs et la stérilisation contraceptive¹²⁷.

Cette gradation de l'information en fonction des risques encourus n'est plus de mise en France, une évolution importante s'étant produite à ce sujet, et l'information doit aujourd'hui porter sur tous les risques, mêmes exceptionnels. Par l'arrêt précité du 14 octobre 1997¹²⁸, la Cour de cassation avait pour la première fois parlé de risque grave au lieu de risque exceptionnel et ainsi avait jeté les bases d'un abandon du critère quantitatif au profit d'un autre, qualificatif cette fois-ci semble-t-il. Ce critère de gravité du risque serait de nature à influencer sur la décision du patient d'accepter ou non le recours à une intervention particulière. Pour le rapporteur de l'arrêt¹²⁹, on identifie les risques graves comme ceux de nature à avoir des conséquences mortelles, invalidantes ou mêmes esthétiques, graves compte tenu de leurs répercussions psychologiques et sociales. Le choix du critère qualitatif s'est trouvé conforté par un arrêt du 17 février 1998 dans lequel la Cour de cassation a établi « qu'en matière d'actes médicaux et chirurgicaux à visée esthétique, l'obligation d'information doit porter non seulement sur les risques graves de

¹²¹ Civ. 1^{ère}, 9 mai 1983, D. 1984. 121, note Penneau ; Cons. d'Et., 15 mars 1996, Durand, Req. n° 136692, Juris-Data n° 050067

¹²² Johnson c. Harris, [1990] R.R.A. 832 (C.S.) : l'information doit porter sur les risques « possibles et rares » ; Drolet c. Parenteau, [1991] R.J.Q. 2956 (C.S.) : l'information doit également couvrir ici les risques « extrêmement graves ».

¹²³ Code de la santé publique, art. L. 671-3 et s. – Décret n° 78-501 du 31 mars 1978

¹²⁴ Code de la santé publique, art. L. 162-3, 1^o

¹²⁵ Code de la santé publique, art. L. 209-9, al. 2

¹²⁶ Weiss c. Salomon, [1989] R.J.Q. 731 (C.S.)

¹²⁷ Engstrom c. Moreau, [1986] R.J.Q. 3048 (C.S.)

¹²⁸ Civ. 1^{ère}, 14 oct. 1997, précité, note 114

¹²⁹ Pierre SARGOS, rapport de l'arrêt Civ. 1^{ère}, 14 oct. 1997, J.C.P. 1997. II. 22942

l'intervention, mais aussi sur tous les inconvénients pouvant en résulter »¹³⁰. La distinction entre les actes de chirurgie esthétique et les actes de soins proprement dit est donc conservée, puisque l'information reste toujours plus étendue pour les premiers.

Et le 7 octobre 1998, la Cour de cassation a achevé son revirement de jurisprudence en affirmant

« qu'hormis les cas d'urgence, d'impossibilité ou de refus du patient d'être informé, un médecin est tenu de lui donner une information loyale, claire et appropriée sur les risques graves afférents aux investigations et soins proposés et qu'il n'est pas dispensé de cette obligation par le seul fait que ces risques ne se réalisent qu'exceptionnellement »¹³¹.

Plusieurs raisons motivent ce revirement de jurisprudence. On a vu que le critère de prévisibilité d'un risque ne peut pas toujours être défini avec précision, et la jurisprudence n'utilisait pas à chaque fois les mêmes statistiques, d'où un manque certain de fiabilité pour les médecins.

Ce phénomène ne pouvait trouver de solution stable dans la mesure où la médecine progresse continuellement: tout va vite et il nous semble alors un peu artificiel de quantifier les risques. D'ailleurs, certains risques considérés aujourd'hui comme non exceptionnels, pourraient le devenir dans des temps futurs. De surcroît, un critère uniquement quantitatif ne permet pas de tenir compte des particularités physiques et psychiques propres à chaque patient. Enfin, un danger d'arbitraire menaçait les plaideurs dans le sens où un même risque pouvait être considéré comme rare par une juridiction et pas par une autre.

Ainsi, les médecins paraissent devoir révéler désormais à leurs patients, tous les risques liés à un traitement, même exceptionnels.

Au Québec, il semble que l'étendue de l'information à divulguer ne soit pas la même : l'information compréhensive et loyale doit porter sur les risques normalement prévisibles, comme c'était le cas auparavant en France. Pour les traitements thérapeutiques autres que la chirurgie esthétique, le médecin n'a pas l'obligation d'informer sur les risques exceptionnels qui pourraient apparaître lors de pratiques courantes.

La question de l'information sur les risques a également suscité une jurisprudence abondante au Québec, où la même hésitation concernant leur critère d'appréciation –

¹³⁰ Civ. 1^{ère}, 17 févr. 1998, J.C.P. 1998. I. 144, n° 20, obs. Viney

¹³¹ Civ. 1^{ère}, 7 oct. 1998, J.C.P. 1998. II. 10179, note Sargos.

prévisibles ou graves – s’est faite sentir. La Cour suprême du Canada s’est prononcée sur la question dans deux décisions importantes, qui à leur tour ont influencé les tribunaux québécois¹³². L’affaire Hopp c. Lepp a permis de mêler les deux critères en énonçant que doivent être dévoilés les « risques possibles dont les conséquences pourraient être graves » et dont la divulgation influencerait de façon non négligeable sur la décision du patient, tendance qui fut confirmée par la décision Reibl c. Hugues. Les tribunaux québécois se sont inspirés de cette jurisprudence sans toutefois y adhérer à chaque fois. Les solutions varient donc et rien n’est définitivement fixé.

En réalité, deux types de résumés peuvent être réalisés quant aux risques à divulguer.

Il semble que sans qu’il soit exigé du médecin qu’il divulgue tous les risques, on lui demande de tenir compte à la fois des risques possibles et des risques graves. Des auteurs résumant ainsi les risques à révéler¹³³ :

« [les] probables et prévisibles ; [les] rares, si graves et particuliers au patient ; [les] connus de tous, si particuliers au patient ; [les] importants, si graves et déterminants dans la décision ; [les] accrus, lorsqu’un choix est possible ; tout risque connu, dans le cas de la recherche ou d’un protocole expérimental ».

De façon plus simplifiée, et tout aussi parlante à nos yeux, on peut distinguer les risques individualisés d’échec des risques des conséquences de l’échec¹³⁴.

Concernant les premiers, il est certain que tout traitement recèle en lui-même des effets plus ou moins négatifs ; pour autant, tous n’ont pas à faire l’objet d’une information spécifique. Cela dépend du patient tant en raison de son état que de sa psychologie. Il appartient au médecin de décider ce qu’il importe de divulguer à la personne malade, en particulier, quels sont les risques susceptibles d’influer directement sur son consentement pour qu’il soit éclairé. Quant aux risques des conséquences de l’échec, il en existe deux types : ceux qui coexistent avec toute thérapeutique comme par exemple un risque d’allergie à une anesthésie, et ceux qui sont spéciaux, propres à chaque type de soin réalisé.

Si les premiers n’ont pas, en général, à être révélés au patient compte tenu de l’information dont ils font déjà l’objet de façon courante, les seconds, en raison de leur singularité,

¹³² Hopp c. Lepp, et Reibl c. Hugues, précitées, note 100

¹³³ P. LÉPAGE-JARJOURA, J. LESSARD et S. PHILIPS-NOOTENS, *op. cit.* note 115, p. 121

¹³⁴ J.-L. BAUDOIN et P. DESLAURIERS, *op. cit.*, note 43, n° 1439 et suiv.

appellent à l'inverse la fourniture de renseignements précis et spécifiques. A ce sujet, les autorités françaises habilitées de la profession médicale telle l'Académie de chirurgie, ou encore l'Ordre des médecins, réfléchissent actuellement sur les modalités nécessaires pour mettre en œuvre l'obligation d'information, et une tendance semble se dégager. Deux informations devraient être mises en œuvre pas les médecins, la première de caractère général sur le risque inhérent à toute opération avec anesthésie, et la seconde, plus spécifique, sur les risques graves de l'intervention réalisée. Toutefois, le médecin pourrait toujours passer outre son obligation d'information dans des situations d'urgence ou dans des cas nécessitant de faire jouer sa clause de conscience.

Par conséquent au Québec, les médecins doivent se guider sur deux critères pour savoir quels risques divulguer à leurs patients. Le premier est la prévisibilité du risque, soit le critère quantitatif, et le second est sa gravité, soit celui qualitatif. Tous les risques n'ont donc pas à faire l'objet d'une information particulière.

La nouvelle jurisprudence française ne manque pas de susciter de nombreuses critiques, consistant pour la plupart dans un constat : le risque exceptionnel appartient à notre vie. Dans des activités autres que médicale, ce risque rare ne fait pas l'objet d'une information particulière. Personne n'a jamais signé de papier avant de monter en avion l'informant qu'une explosion du réservoir est toujours possible!¹³⁵

Si *a priori* on pouvait penser que la France et le Québec s'opposaient sur l'étendue des risques à divulguer, il semble que ce ne soit pas tout à fait aussi tranché. La jurisprudence française la plus récente exige que tous les risques, même exceptionnels, fassent l'objet d'une information. Les juges québécois ne l'exigent pas ; en revanche, un risque rare mais grave – au sens où on l'entend en France, c'est-à-dire pouvant entraîner des conséquences invalidantes, voire mortelles – doit être révélé. La jurisprudence française semble donc être plus catégorique aujourd'hui, mais il semble que cela marque la volonté des juges de provoquer le législateur¹³⁶. En imposant une solution difficilement applicable en pratique, les juges interviennent de telle sorte que pour l'établissement d'une solution plus pragmatique, le législateur se manifeste. En tout état de cause, même si les médecins se montrent un peu plus vigilants sur la question des risques à révéler, ils ne se conforment

¹³⁵ Philippe BICLET, « Qui sème le vent... », *Médecine et Droit*. 1997. 23. 1

¹³⁶ Il nous en appartiendra d'en définir les modalités dans la suite de l'exposé.

pas pour autant exactement aux prescriptions de cette jurisprudence. D'ailleurs, la doctrine française semble suggérer que l'information ne devrait porter que sur les risques graves, à l'instar du Québec, donnant ainsi au devoir de conseil du médecin toute son importance¹³⁷.

Après avoir observé l'étendue de l'obligation d'information du médecin, et en particulier la nature des risques qu'il doit divulguer, il convient d'envisager de quelle façon l'accomplissement de ce devoir doit être prouvé, et par qui.

B LA CHARGE ET LES MODALITÉS DE LA PREUVE DE L'INFORMATION

Encore une fois, la jurisprudence française la plus récente s'est montrée très évolutive sur la question de la charge et des modalités de la preuve de l'information (1°). La raison principale de ce mouvement consiste, comme précédemment, à favoriser l'indemnisation de victimes d'accidents médicaux.

La question de la preuve de l'information est capitale dans la mesure où actuellement, une grande partie des procès relatifs à des accidents médicaux portent sur ce point. Par conséquent, l'indemnisation de nombreux de ces accidents dépend jusqu'à présent le plus souvent de la preuve d'un défaut d'information. Paradoxalement comme le font remarquer des auteurs¹³⁸, la relation du médecin avec son patient est traditionnellement empreinte de confidentialité et ne peut reposer que sur des rapports de confiance. On mesure dès lors les difficultés incontournables auxquelles se heurte une recherche de preuve de l'information donnée ou pas. A cet égard, l'écrit semble être indispensable (2°).

1° Evolution jurisprudentielle relative à la charge de la preuve

Qui du patient ou du médecin doit prouver l'exécution ou le manquement à l'obligation d'information ? La jurisprudence française a connu un revirement de jurisprudence important sur la question (a) fondé sur différentes motivations (b)

¹³⁷ Jerry SAINTE-ROSE, conclusions sous Civ. 1^{ère}, 7 oct. 1998, J.C.P. 1998. II. 10179

¹³⁸ Jean GUIGUE et Claudine ESPER, « Le juge judiciaire et le juge administratif se prononcent sur l'information médicale du malade », *Gaz. Pal.* 24-25 oct. 1997. 3

a) Le revirement français de jurisprudence de 1997

La jurisprudence française avait établi, depuis un arrêt de 1951¹³⁹, qu'il appartenait au demandeur à l'action en responsabilité, le patient, de prouver qu'il n'avait pas été informé des risques liés à l'opération ou au traitement, qu'il ait été opéré dans un hôpital public ou une clinique privée.

Le fondement juridique de cette solution se trouvait à l'article 1315, al. 1^{er} du Code civil : « celui qui réclame l'exécution d'une obligation doit la prouver ». La recherche de la preuve du défaut d'information par le patient pouvait être appuyée par le rapport d'expertise médicale, qui constitue un préalable à toute action en responsabilité médicale. Il en va toujours ainsi au Québec : il appartient au patient de prouver qu'il n'a pas été informé des risques liés à l'opération ou au traitement. Plus précisément, il doit prouver que, s'il avait été bien informé, il n'aurait pas choisi de recourir à cette opération ou ce traitement.

Mais aujourd'hui, devant le juge judiciaire français uniquement, la preuve appartient au médecin. Un arrêt du 25 février 1997¹⁴⁰ a en effet, opéré un revirement de jurisprudence en droit privé, sur le fondement de l'article 1315, al. 2 du Code civil, selon lequel il appartient à « celui qui se prétend libéré d'une obligation, [de prouver] le payement ou le fait qui a produit l'extinction de son obligation ». Il s'agissait en l'espèce d'un homme qui, souffrant de douleurs abdominales, avait consulté son médecin. Ce dernier pratiqua alors une coloscopie à l'occasion de laquelle il procéda à l'ablation d'un polype. Or, il s'avéra que l'intestin du patient fut perforé au cours de l'intervention, ce qui lui rendit nécessaire par la suite l'ablation du colon ainsi que du rectum. Le dommage était donc certain. Le rapport d'expertise conclut pourtant à l'absence de faute imputable au chirurgien, tout en soulignant que « le risque de perforation colique au cours d'une coloscopie et de l'ablation de polype est à prendre en considération car il est loin d'être exceptionnel ».

Invoquant le fait qu'il n'ait pas été informé du risque de perforation intestinale inhérent à la coloscopie, le patient s'est pourvu en cassation et la Haute cour lui a donné raison. Dorénavant, il appartient au médecin à qui il est reproché d'avoir mal informé un patient des risques encourus lors de soins, de prouver au contraire qu'il a correctement exécuté son

¹³⁹ Civ. 1^{ère}, 29 mai 1951, D. 1952, p. 53, note Savatier ; S. 1953, p. 41, note Nerson ; J.C.P. 1951, II, 6491, note Perrot. Cet arrêt suscita déjà dès son prononcé, certaines critiques.

¹⁴⁰ Civ. 1^{ère}, 25 févr. 1997, Gaz. Pal. 27-29 avr. 1997. 22, rapport Sargos

obligation d'information. Ce faisant, la Cour suprême a modifié radicalement les règles en matière de responsabilité médicale mais elle a de surcroît posé un principe général s'appliquant à tous les débiteurs d'une obligation d'information.

b) Les raisons du revirement de jurisprudence

Les raisons de ce revirement sont multiples. La première d'entre elles réside dans le fait qu'auparavant, il était très difficile pour un patient de prouver qu'il n'avait pas été informé ou mal informé. En effet, la preuve d'un fait négatif, la *diabolica probatio*, n'a jamais été évidente...

Sans nul doute, les magistrats ont fait montre d'un souci de protection de la partie faible au contrat de soins. Ce mouvement, d'ailleurs, est général et il en va de même dans les matières autres que médicale¹⁴¹.

Cet arrêt présente également l'intérêt de mettre en exergue la nécessité d'une information comme préalable à l'expression d'un consentement éclairé. En effet, l'information apparaît comme une condition de légitimité de l'acte au regard du principe d'inviolabilité du corps humain.

En dépit de ces motivations d'un renversement de la charge de la preuve, à nos yeux totalement légitimes, des critiques n'ont pas manqué de se faire entendre.

Le fondement juridique de ce revirement, soit le recours à l'alinéa 2 de l'article 1315 du Code civil, a pu être considéré comme artificiel dans la mesure où il ne fait pas disparaître la nécessité pour chacune des parties de prouver ses allégations¹⁴².

A tout le moins, il n'aurait dû être invoqué qu'à l'appui de faits justificatifs de violation de son obligation d'information par le médecin, c'est-à-dire quand il explique qu'il n'a consciemment pas informé, en raison de l'urgence par exemple, ou par le jeu de sa clause de conscience¹⁴³.

Pour certains, ni le premier ni le second alinéa de l'article 1315 du Code civil ne

¹⁴¹ Jean GUIGUE, note sous Civ. 1^{ère}, 25 févr. 1997, *Gaz. Pal.* 27-29 avr. 1997. 27, à la page 28 : « Celui qui sait, celui qui possède une technique, doit la communiquer à son partenaire. C'est là une manière d'équilibrer le contrat ».

¹⁴² S. WELSCH, *loc. cit.*, note 119, 9

¹⁴³ Gérard MEMETEAU, « Devoir d'information. Renversement de la charge de la preuve », note sous Civ. 1^{ère}, 25 févr. 1997, *Médecine et Droit.* 1997. 24. 6, à la page 10.

conviennent en la matière. En vertu de l'alinéa 1^{er}, il est difficile de soutenir que le patient réclame l'exécution d'une obligation, puisqu'il reproche en fait au médecin de ne pas l'avoir informé. Et il est alors d'autant plus illogique d'exiger qu'il prouve qu'il n'a pas reçu l'information. De même, se fonder sur le second alinéa n'aurait pas plus de sens dans la mesure où le médecin ne se prétend pas libéré : il n'a pas de prétention en l'espèce. Ainsi, l'article 1315 du Code civil ressemble à une « vis sans fin »¹⁴⁴. Mieux vaudrait valoriser le recours à l'article 9 du Nouveau Code de Procédure Civile selon lequel « il appartient à chaque partie de prouver, conformément à la loi, les faits nécessaires au succès de sa prétention ». Cette solution, si elle nous paraît plus conforme juridiquement à la situation dans laquelle se trouvent patient et médecin en conflit, ne favorise en aucun cas l'indemnisation des victimes d'accidents médicaux. Elles devraient, dans ce cadre, toujours initier le procès et apporter la preuve du fait qu'elles allèguent, c'est-à-dire qu'elles n'ont pas été informées. On en reviendrait alors à la situation prévalant sous la jurisprudence antérieure.

Le fait que les magistrats de la première chambre civile de la Cour de cassation n'aient pas jugé opportun de recourir à cet article nous conforte dans l'idée qu'ils cherchent à favoriser l'indemnisation des victimes coûte que coûte, quitte à retenir des solutions juridiques suscitant des critiques, peut-être encore une fois en vue d'inciter le législateur à intervenir. Enfin, la dernière observation « négative » à l'égard de l'arrêt du 25 février 1997, et non la moindre, consiste à analyser le renversement du fardeau de la preuve de l'exécution de l'obligation de l'information comme un renforcement de l'obligation de moyens du médecin. Certains parlent même de l'établissement d'une sorte de présomption de comportement fautif¹⁴⁵ et de premier pas vers l'admission d'une responsabilité objective du médecin¹⁴⁶. De sorte que, loin de conforter la confiance entre patients et médecins, le nouvel état de la jurisprudence aurait au contraire institutionnalisé une méfiance entre eux. Certes, l'arrêt du 25 février 1997 ne va pas sans entraîner des conséquences importantes dans la mesure où le médecin, face à sa nouvelle obligation de prouver qu'il a bien informé, doit modifier son comportement initial afin d'être certain d'avoir des preuves. Mais la protection de la partie faible, par le biais de ce renversement de la charge de la preuve, ne

¹⁴⁴ Christian LAPOYADE-DESCHAMPS, « Les médecins à l'épreuve », obs. sous Civ. 1^{ère}, 25 févr. 1997, Responsabilité civile et assurances, avr. 1997, 4, à la page 4

¹⁴⁵ Philippe PIERRE, chronique de responsabilité civile médicale, Médecine et Droit, 1997, 24, 19, à la page 22

¹⁴⁶ S. WELSCH, loc. cit., note 119, 9

nous semble pas une mauvaise chose en soi, bien au contraire. La preuve d'un fait négatif se révèle toujours d'une grande difficulté pratique. L'imposer à des victimes déjà en situation de détresse était difficilement tolérable. Le moyen choisi de soulager leur charge n'est peut-être pas le meilleur mais il a le mérite pour l'instant, d'être le seul à exister.

Néanmoins, réside une injustice française supplémentaire depuis ce revirement de jurisprudence : les solutions diffèrent entre les deux ordres de juridiction en ce qui concerne la question de la charge de la preuve. Devant le juge civil, la preuve doit être rapportée par le médecin, sur le fondement de l'article 1315, al. 2 du code civil. En revanche, il appartient toujours au patient de prouver qu'il n'a pas été informé des risques du traitement ou de l'intervention qu'il a subi devant le juge administratif. Cependant, et dans la même visée favorable à l'indemnisation des victimes, le juge administratif se fonde sur l'étude du dossier. Même si le patient n'apporte pas la preuve du défaut d'information, le juge peut estimer qu'en l'état d'un dossier, l'absence d'information peut être établie.

Par ce revirement important de jurisprudence, il n'avait pourtant pas été précisé par quels moyens les médecins pouvaient prouver qu'ils avaient bien informé leurs patients, ce qui fut établi par la suite.

2° La nécessité d'une information écrite

Après l'arrêt du 25 février 1997, la question des moyens de prouver que l'information a bien été donnée s'est posée dans la mesure où cet arrêt n'apportait aucune réponse sur ce point. Bien qu'il soit permis au médecin de recourir aux moyens de preuve qu'il désire (a), il semble qu'en réalité, l'information doive être écrite, comme il l'est parfois exigé au Québec (b).

a) La non-obligation de constitution de preuve écrite pour un fait juridique en droit français

L'obligation d'informer constituant un fait juridique en droit français, l'écrit n'est pas obligatoire. D'ailleurs, la jurisprudence l'a confirmé.

Selon un arrêt du 14 octobre 1997¹⁴⁷, la preuve de l'information peut être rapportée par tout moyen. Ainsi, le juge peut se fonder uniquement sur des présomptions graves, précises et concordantes comme l'y autorise l'article 1353 du Code civil. Néanmoins, le médecin se trouve confronté à un obstacle si ce genre de preuves est admis : il doit se conformer au secret médical – d'où les inévitables difficultés d'obtention de témoignages émanant par exemple d'autres médecins qui auraient pu corroborer ses dires – alors que la protection de ses droits passe justement par une preuve qu'il a bien informé son patient avant de lui administrer n'importe quel soin.

De surcroît, les présomptions ne sont pas tellement probantes, sauf quand le patient est médecin. Ainsi, un auteur a analysé les présomptions qui ont permis aux juges de conclure que la patiente avait bien été informée dans l'espèce qui a donné lieu à l'arrêt du 14 octobre 1997¹⁴⁸. Il s'agissait d'une femme qui désirait un second enfant sans y arriver. Pour définir la cause de sa stérilité, son médecin gynécologue l'engagea à subir une coelioscopie destinée à rechercher si elle ne présentait pas une étiologie ovarienne. Or, lors de l'investigation, une embolie gazeuse par migration de gaz d'insufflation dans les vaisseaux cérébraux provoqua le décès de la patiente. Pour retenir une présomption d'information de la patiente, les juges se seraient fondés sur des faits contestables aux yeux de l'auteur : le fait que la patiente était laborantine dans le centre où elle a été opérée ne prouve en aucun cas qu'elle était consciente des risques liés à l'opération, elle n'était pas médecin ; le fait qu'elle ait pris sa décision après plusieurs entretiens avec des médecins et que son temps de réflexion ait été long ne prouve pas qu'elle ait été précisément informée ; son état d'anxiété était normal. C'est le cas de toute personne avant une opération. Par conséquent pour l'auteur, même si ces présomptions s'additionnent, elles ne permettent pas d'être certain que la patiente ait bien été informée.

Le doute pèse aussi sur la pertinence des témoignages. Ils sont peu convaincants dans deux hypothèses: d'une part quand le patient a été pris en charge par une équipe médicale, la suspicion étant inévitable concernant le témoignage favorable d'un médecin par rapport à un autre dont la responsabilité est actionnée, d'autre part même quand le patient est pris en charge par un seul médecin, le témoignage émanant d'un tiers présent

¹⁴⁷ Civ. 1^{ère}, 14 oct. 1997, précité, note 114

¹⁴⁸ Yannick DAGORNE-LABBE, « L'obligation d'information du médecin à l'égard de son patient », note sous Civ. 1^{ère}, 14 oct. 1997, Les Petites Affiches, 13 mars 1998. 18

dans le cabinet étant peu probable en raison du secret médical et de la relation de confiance qui doit s'établir.

Ces raisons expliquent pourquoi il semble qu'aujourd'hui que tant au Québec qu'en France, l'information ou son consentement subséquent doivent être écrits.

b) La nécessité factuelle de la préconstitution de preuve écrite de l'information transmise

Il semble en effet que l'écrit soit la seule solution adéquate. D'ailleurs, quel aurait été l'apport véritable de l'arrêt du 25 février 1997 s'il n'imposait pas dans les faits un écrit puisque les autres moyens de preuve étaient déjà utilisés auparavant ? En effet, afin de venir en aide aux victimes d'accidents médicaux, les magistrats recouraient déjà à certaines présomptions pour se prononcer sur l'existence ou l'absence d'information. Ils pouvaient ainsi conclure qu'une information suffisante avait été donnée dans la mesure où le patient avait consulté plusieurs spécialistes avant de consentir à subir une opération. Les juges se fondaient également sur les rapports d'expertise pour se forger leur conviction du fait que les experts relatent souvent les questions qu'ils ont posées aux médecins ainsi que leurs réponses concernant les conseils et les mises en garde qui ont pu être donnés. C'est pourquoi il semble que l'écrit soit aujourd'hui le moyen de preuve privilégié de l'information.

On peut s'interroger sur la portée d'un éventuel écrit. Est-il la preuve de la réalité de l'information ? Une information a bien été transmise, et la preuve pourrait alors être apportée par une sorte de décharge de responsabilité consistant en la signature par le patient d'un formulaire préétabli où les risques seraient brièvement expliqués de manière scientifique¹⁴⁹. Ou bien l'écrit consiste-t-il en la preuve du contenu de l'information ? Plusieurs auteurs français estiment que l'arrêt du 25 février 1997¹⁵⁰ semble indiquer qu'il faille retenir la première interprétation. Le renversement de la charge de la preuve ne serait pas total. Cet arrêt n'aurait pas introduit une présomption de faute du médecin. Seule l'absence d'information serait désormais présumée. Dès lors que le médecin aura établi

¹⁴⁹ La formulation de ce type de décharge pourrait être la suivante : « j'atteste avoir pris connaissance de tel et tel risques... ».

¹⁵⁰ Civ. 1^{ère}, 25 févr. 1997, précité, note 140

matériellement qu'il a informé son patient, il incombera à la victime de démontrer que l'information était inexacte ou incomplète. La présomption de faute serait donc limitée à l'existence même de l'information, à sa matérialité, pas sa qualité¹⁵¹. Cette interprétation semble être la bonne dans la mesure où le rapporteur de l'arrêt a confirmé que le renversement de la charge de la preuve ne concerne que l'existence de l'information (sa réalité) et que par conséquent, si le patient allègue que l'information était mauvaise, il lui appartient de le prouver¹⁵².

Néanmoins, à notre avis, cette interprétation n'est pas tenable. D'une part, le Conseil de l'Ordre des médecins dans ses commentaires du nouveau Code de déontologie, a indiqué que l'information n'était en aucun cas une simple formalité. D'autre part, compte tenu du but de l'information qui est l'obtention d'un consentement éclairé du patient, celui-ci ne pouvant être obtenu que par une information de bonne qualité, intelligible pour le patient, il semble qu'il convienne de retenir la seconde interprétation. D'ailleurs, dans les cas où la loi exige spécifiquement une information, elle impose que soit développé un certain contenu de l'information. Par analogie, il devrait en aller de même de façon générale pour toutes les informations fournies par les médecins. Et plusieurs autres auteurs estiment à leur tour que la preuve de l'information doit concerner son contenu et pas seulement sa réalité¹⁵³.

L'obligation de rédaction d'un écrit sur l'information existe donc déjà dans certains cas en France. La loi l'impose pour certains actes graves, comme l'interruption volontaire de grossesse, l'expérimentation, les prélèvements d'organes sur des sujets vivants, ou encore récemment pour certaines analyses réalisées pour une femme enceinte¹⁵⁴.

Cette information écrite peut également être conseillée par des instances professionnelles, pour des actes lourds de conséquences telle la stérilisation ou encore dans certaines spécialités comme la chirurgie esthétique.

Deux positions sont généralement avancées quant à la rédaction d'un écrit entre le

¹⁵¹ Patrice JOURDAIN, chronique de responsabilité, *Rev. trim. dr. civ.* 1997. 434, à la page 435

¹⁵² Pierre SARGOS, rapport de l'arrêt Civ. 1^{ère}, 25 févr. 1997, *Gaz. Pal.* 27-29 avr. 1997. 22

¹⁵³ Cf. C. LAPOYADE-DESCHAMPS, *loc. cit.*, note 144 ; Laurent LEVENEUR, « Le risque thérapeutique devant la Cour de cassation: la recherche de l'équilibre », *Contrats, concurrence, consommation*, mai 1997. 4

¹⁵⁴ Arrêté du 30 sept. 97 relatif au consentement de la femme enceinte à la réalisation des analyses mentionnées à l'article R. 162-16-1 du Code de la santé publique, J.O. 31 oct. 1997, p. 15820. Il s'agit ici des analyses réalisées dans le cadre d'une consultation médicale de conseil génétique. Pour toute prescription en vue d'établir un diagnostic prénatal *in utero*, le consentement écrit signé de la femme enceinte est recueilli sur un formulaire type figurant en annexe de l'arrêté.

médecin et son patient.

On peut tout d'abord estimer que le fait d'obliger plus particulièrement le médecin à informer précisément le patient sur les risques qu'il encourt, en raison des soins qu'il pourrait recevoir, va permettre de renforcer le dialogue entre les deux. En outre, l'écrit sert également à banaliser certaines informations, notamment quand elles sont inquiétantes, ce qui est le cas quand elles concernent des risques graves.

Il est également possible de penser qu'un dialogue instauré sur les bases d'informations écrites est susceptible d'aboutir à un effet pervers, autrement dit à la rupture de la confiance entre patient et médecin, si leur relation est trop judiciairisée. Le risque existerait si l'écrit devenait systématique. Selon cette conception, l'information écrite ne peut en aucun constituer une simple formalité, et au contraire, doit refléter une prise de conscience du patient à l'égard des soins qu'il accepte, en toute connaissance de cause, de recevoir. Figurer l'information dans un écrit constituerait un non-sens et serait même à l'origine de possibles états de « panique psychologique »¹⁵⁵ pour tout patient sur-informé.

La corporation professionnelle médicale semble être de plus en plus consciente de la nécessité de fournir les informations médicales aux patients de façon écrite. En mai 1997, l'Ordre français des médecins a demandé dans son bulletin diffusé à tous les praticiens, aux sociétés savantes de proposer des modèles d'information en fonction des risques graves connus inhérents à telle intervention ou tel traitement. Ainsi, l'Ordre des médecins souhaiterait l'existence d'écrits préétablis concernant l'information sur les risques graves liés à une intervention. Cette solution présenterait l'avantage d'une certaine uniformisation des modèles écrits, sans empêcher pour autant tout médecin de l'adapter en fonction du patient. Néanmoins, il faudrait trouver une garantie pour que ces modèles d'information préétablis ne deviennent pas des décharges de responsabilité. Peut-être serait-il judicieux, à l'instar du droit français de la consommation, d'imposer un délai de réflexion pour le patient après que le médecin lui ait remis la fiche d'information. Dans la mesure où son état le permet, la durée du délai devrait être fonction des risques encourus par l'intervention ou le traitement envisagés. Cela favoriserait sans aucun doute un dialogue entre patient et médecin. Tous les risques liés à une intervention donnée pourraient figurer dans un écrit préétabli, une sorte de fiche pour chaque type d'intervention ou soins. Avec les moyens

¹⁵⁵ C. LAPOYADE-DESCHAMPS, *loc. cit.*, note 144, 5

informatiques actuels, ce genre de fiche pourrait être actualisé au jour le jour, via Internet par exemple. Puis, le médecin aurait l'obligation d'expliquer cette fiche à chaque patient en fonction de ses particularités, c'est-à-dire son âge, la nature et la gravité de son affection, sa situation de famille... Le médecin devrait insister sur certains risques, et pas sur d'autres, en fonction du malade. Même si un tel système présente le risque de noyer le patient sous trop d'informations, l'avantage demeure incomparable par rapport à une information insuffisante. Le médecin y trouverait d'ailleurs un intérêt : la prévisibilité serait renforcée ce qui n'est pas négligeable dans la perspective de se prémunir contre une éventuelle action en responsabilité.

D'autres solutions sont envisageables quant à la forme de l'écrit, afin qu'il ne se résume pas à une décharge de responsabilité. L'information devrait toujours être donnée oralement, mais le médecin devrait en plus remettre un document général présentant l'intervention et ses risques décrits avec le plus de précisions possible. Le patient devrait « en accuser réception ». Le médecin pourrait également apposer plusieurs mentions précises sur la fiche d'observation qui est présente dans le dossier médical. En jurisprudence, ce procédé a déjà été utilisé par des médecins pour prouver qu'ils avaient bien informé. Néanmoins, ce n'est pas le patient qui appose ici des mentions, de sorte qu'il n'y a aucune preuve que le médecin n'a pas ajouté ces mentions au moment où il a su qu'il était poursuivi pour manquement à son devoir d'information.

Quoiqu'il en soit, la solution française actuelle repose sur l'idée que la preuve de l'information peut être rapportée par tout moyen. Cette solution présente cependant un avantage indéniable : elle peut s'appliquer aux situations antérieures à la nouvelle jurisprudence. Si un écrit était exigé pour désormais prouver le contenu de l'information donnée, tous les médecins qui n'en auraient pas établi avant le 25 février 1997 seraient lésés¹⁵⁶. Pour que l'information soit nécessairement écrite, des auteurs estiment qu'il appartient à la Cour de Cassation de se prononcer sur ce point dans sa formation plénière, ou à la loi.

La solution québécoise est très différente sur ce point. Cela tient au fait qu'en France, l'obligation d'information du médecin est essentiellement envisagée sous l'angle de

¹⁵⁶ En effet, comme il s'agit d'un arrêt et non d'une loi, il s'applique aux litiges antérieurs en matière de responsabilité médicale.

l'obtention d'un consentement, à tel point qu'elle n'en n'est pas toujours dissociée¹⁵⁷. Cela explique sans doute pourquoi le consentement n'est pas requis de façon générale sous la forme d'un écrit¹⁵⁸. En revanche, l'information fait l'objet d'une attention beaucoup plus grande.

Au Québec, l'information et le consentement sont nettement distincts et l'obligation d'obtention d'une autorisation d'intervention sur la personne du patient est beaucoup plus formalisée pour le médecin qu'en France. L'information médicale peut être fournie par tous les moyens que le médecin juge pertinents dans une espèce donnée. Le plus souvent, l'oral permet de transmettre les renseignements au patient mais le médecin peut recourir à toutes sortes d'écrits, tels des dépliants réalisés d'avance expliquant, de façon générale, de quelle manière les soins seront prodigués, ou encore des fiches informatiques... Ces documents, utiles en soi, nécessitent une certaine personnalisation, dont le médecin est responsable à l'égard de chacun de ces patients.

L'obtention du consentement du patient fait l'objet d'une attention particulière que ne connaît pas la transmission de l'information elle-même. Il revêt deux formes principales et constitue en cela « la manifestation de la volonté expresse ou tacite par laquelle une personne approuve un acte que doit accomplir une autre »¹⁵⁹. Parfois, la loi ou les règlements requièrent un écrit, auquel cas le consentement est dit exprès. Sont concernées toutes les interventions portant une atteinte importante à l'intégrité du corps humain telles toutes les opérations chirurgicales, les anesthésies, les expérimentations, les aliénations d'une partie du corps humain et enfin, tous les soins non requis par l'état de santé du patient¹⁶⁰.

En revanche, pour des actes « bénins », le consentement peut simplement être tacite, auquel cas il « n'est pas exprimé en termes précis ou formels, mais [il] se dégage du comportement »¹⁶¹.

Le Code civil du Québec prévoit une exception selon laquelle le consentement du patient

¹⁵⁷ Jean-François BARBIERI, « Défaut d'information et responsabilité médicale: les principes de droit privé », *Les Petites Affiches*, 4 janv. 1995. 2. 16 : « Information et consentement étant (...) étroitement imbriqués, l'information due au malade apparaît le plus souvent comme l'autre face de l'obligation faite au médecin de recueillir l'assentiment du patient à l'acte médical, hors cas particulier. »

¹⁵⁸ Explication judiciaire proposée par les auteurs J.-L. BAUDOUIN et P. DESLAURIERS, *op. cit.*, note 43, n° 1442

¹⁵⁹ CORPORATION PROFESSIONNELLE DES MEDECINS DU QUEBEC, *Le consentement*, publication de la Corporation professionnelle des médecins, Montréal, 1985, p. 5

¹⁶⁰ C.c.Q., art. 24 : « Le consentement aux soins qui ne sont pas requis par l'état de santé, à l'aliénation d'une partie du corps ou à une expérimentation doit être donné par écrit. (...) ».

¹⁶¹ CORPORATION PROFESSIONNELLE DES MEDECINS DU QUEBEC, *op. cit.*, note 159, p. 7

n'a pas à être recherché : il s'agit des cas d'urgence dans lesquels la vie ou l'intégrité corporelle du patient est menacée¹⁶².

En dépit de ces différentes exigences relatives à la forme de l'information et du consentement, le médecin passe parfois outre. En cas de survenance d'un accident médical, on peut alors se demander dans quelle mesure la sanction du défaut d'information peut permettre une indemnisation des victimes de ces accidents.

C LA SANCTION DU DÉFAUT D'INFORMATION

Si plusieurs sanctions apparaissent envisageables (1°), celle constituée par la perte d'une chance nous semble la meilleure (2°).

1° Les solutions possibles

Différentes solutions ont été envisagées pour qu'un lien de causalité puisse être établi entre un défaut d'information médicale et des préjudices et notamment parmi elles, le caractère inéluctable de la thérapie pratiquée (a), l'acceptation des risques par le patient (b) et encore l'assimilation du défaut d'information à la violation d'un droit subjectif du patient (c).

a) Le caractère inéluctable de la thérapie pratiquée

Il a pu être proposé en France de distinguer selon que l'intervention était inéluctable ou pas¹⁶³ pour savoir si le défaut d'information présente une relation de causalité avec les dommages nés de l'accident médical, en dehors de toute faute technique.

¹⁶² C.c.Q., art. 13 : « En cas d'urgence, le consentement aux soins médicaux n'est pas nécessaire lorsque la vie de la personne est en danger ou son intégrité menacée et que son consentement ne peut être obtenu en temps utile. (...) ». Néanmoins, cette exception est écartée dans deux cas envisagés également par l'article 13 du C.c.Q. : « (...) [Le consentement] est toutefois nécessaire lorsque les soins sont inusités ou devenus inutiles ou que leurs conséquences pourraient être intolérables pour la personne ». Il pourrait en être ainsi si un témoin de Jéhovah était transfusé afin que sa vie ne soit plus en danger.

¹⁶³ J. PENNEAU, *op. cit.*, note 54, p. 34

Si les soins réalisés étaient indispensables au patient, on peut supposer qu'il y aurait recouru, même s'il avait été mieux informé. Par conséquent, le lien de causalité entre l'absence d'information et les préjudices corporels subis par le patient faisant défaut, aucune responsabilité médicale ne saurait, dans cette hypothèse, être retenue. Cependant, des préjudices moraux et matériels peuvent également être engendrés par un défaut d'information et même si les soins étaient inéluctables, on peut estimer que le lien de causalité existe et que la responsabilité du médecin doit être engagée.

Dans les cas où les interventions médicales ne s'imposaient pas, la relation de cause à effet liant le défaut d'information aux différents dommages subis par le patient se trouve établie dans la mesure où le patient n'y aurait certainement pas recouru s'il avait bénéficié d'une information adéquate.

Mais finalement, la jurisprudence française ne retint pas cette proposition en matière de sanctions du défaut d'information. En effet, elle aboutirait à une véritable présomption de causalité : l'existence du lien de causalité – événement inconnu – est déduit ici d'un fait lui-même incertain puisque l'attitude qu'aurait adoptée le patient ne peut être prouvée avec certitude.

b) L'acceptation des risques par le patient

Le doyen Savatier, et d'autres auteurs à sa suite, ont proposé d'appliquer, en la matière, la théorie des risques^{163 bis}. Le médecin ne doit être tenu responsable que des risques qu'il n'aurait pas révélés au patient. En revanche, il devrait réparer l'entier dommage s'il n'a pas obtenu le consentement éclairé du patient. En effet, selon l'auteur, en consentant à l'intervention, le patient a accepté que les risques du traitement puissent se réaliser. Donc si ces derniers surviennent, le patient ne pourra jamais être indemnisé puisque les risques lui ont été révélés. En revanche, s'il n'a pas consenti de façon libre et éclairée, le transfert des risques ne peut se réaliser, et par conséquent, le médecin doit supporter et réparer toutes leurs conséquences dommageables.

^{163 bis} Voir, par exemple, Henri DESBOIS, note sous T. civ. Seine, 16 mai 1935, D.P. 1936, 2, p. 9 ; Annick DORSNER-DOLIVET,., Contribution à la restauration de la faute, condition des responsabilité civile et pénale dans l'homicide et les blessures par imprudence : à propos de la chirurgie, L.G.D.J., 1986 n^{os} 517 et suivants ; Jean HONORAT, L'idée d'acceptation des risques dans la responsabilité civile, L.G.D.J., 1969, n^{os} 77 et suivants.

Il est juste d'affirmer que le but de l'information sur les risques entraînés par un traitement ou par des soins est le transfert de ces risques sur la personne du patient. Mais le fait de consentir à recourir à la thérapeutique pour le patient ne consiste en aucun cas en l'acceptation de subir des dommages. Il s'agit d'une simple acceptation de courir des risques.

En outre, certains ont pu faire remarquer qu'il était inopportun de parler de transfert des risques au médecin en cas de non-information ou d'information incomplète du patient sur les risques courus lors de soins¹⁶⁴. En effet, cela entraînerait une novation de l'obligation du médecin. Il serait alors soumis à une obligation de résultat au regard de l'intégrité corporelle de son patient. Juridiquement, il est difficilement soutenable que le non-respect d'une obligation éthique entraîne une modification de la qualification juridique d'une obligation. La violation de l'obligation d'information par le médecin ne fait pas pour autant disparaître l'aléa propre à la matière médicale. Selon ces auteurs, la théorie du transfert des risques opère une inversion du raisonnement puisqu'elle revient à fonder l'existence de l'aléa thérapeutique sur le consentement libre et éclairé du patient. Or, c'est cet aléa qui permet de justifier l'obligation d'information.

De plus, il nous semble totalement injuste de faire supporter l'entier dommage au médecin dans les cas où, certes, il n'aurait pas informé de manière adéquate son patient, mais les dommages ne seraient que le résultat de la réalisation d'un risque inhérent à la matière médicale.

La théorie du risque a également été rejetée au Québec en 1985 en matière de responsabilité médicale¹⁶⁵.

c) L'assimilation du défaut d'information à la violation d'un droit subjectif du patient

Une auteure a récemment défendu une thèse originale et intéressante¹⁶⁶. Au regard des principes d'inviolabilité du corps humain, de dignité de la personne, et de l'obtention

¹⁶⁴ Stéphanie PORCHY, « Lien causal, préjudices réparables et non-respect de la volonté du patient », D. 1998. chr. 379

¹⁶⁵ Lapierre c. Procureur général du Québec, [1985] 1 R.C.S. 241, 265

¹⁶⁶ Sophie HOQUET-BERG, « Les sanctions du défaut d'information en matière médicale », Gaz. Pal. 9-10 sept. 1998. 12

nécessaire et conséquente d'un consentement libre et éclairé pour subir une thérapie, elle estime que les manquements du médecin à son obligation d'information appellent une sanction spécifique, différente de la responsabilité civile. Elle analyse à cet effet le défaut d'information comme la violation d'un droit subjectif. Une telle conception des choses va dans le sens d'une reconnaissance de plus en plus importante d'un réel statut des patients avec son droit à l'information comme pierre angulaire¹⁶⁷.

Ainsi, le droit à l'intégrité corporelle garanti par un consentement éclairé de la personne appartiendrait à la catégorie des droits de la personnalité. Ce droit subjectif constitue une prérogative que le droit objectif consacre et sauvegarde, ce qui est le cas en France avec l'article 16-3, alinéa 2 du Code civil¹⁶⁸. Ce droit est protégé en lui-même sans qu'il soit nécessaire de passer par les règles de responsabilité civile. Ainsi, il ne serait pas utile de prouver la faute et le dommage. La simple référence à ce droit suffirait. Cette solution n'a pas été appliquée en matière médicale en France mais l'auteure se fonde sur une application de son idée en matière de respect de la vie privée¹⁶⁹.

Aussi intéressante soit-elle, cette analyse ne modifie pas la forme de la réparation des préjudices qui reste l'octroi de dommages-intérêts. Dans cette perspective, il appartient toujours à la victime de l'accident médical d'initier un procès et, si elle gagne, le médecin devra lui verser une réparation pour l'entier dommage, même si en dépit de son manquement à son obligation d'information, il n'a commis aucune faute technique et que le dommage est la conséquence de la réalisation d'un aléa thérapeutique. C'est pourquoi la sanction du défaut d'information consistant en la perte d'une chance nous semble la solution la plus adéquate en la matière.

¹⁶⁷ *Infra*, p. 113 et suiv.

¹⁶⁸ C. civ, art. 16-3, al. 2, précité, note 108

¹⁶⁹ Civ. 1^{ère}, 5 nov. 1996, J.C.P. 1997. II. 22805, note Ravanas. Une solution identique a pu être trouvée au Québec dans l'affaire *Aubry c. Vice-Versa* [1998] 1 R.C.S. 591 : la seule violation d'un droit subjectif, le droit à l'image en l'espèce, contenu dans la Charte des droits et libertés de la personne a suffi à caractériser une faute.

2° L'opportunité de la sanction consistant en la réparation de la perte d'une chance

On voit bien que la pierre d'achoppement de l'analyse est la mesure de l'indemnisation que l'on souhaite accorder aux patients en cas d'accident médical, à la suite d'un défaut d'information. Aucun obstacle théorique ne venant s'opposer à l'utilisation de la notion de perte d'une chance en matière de défaut d'information (a), elle semble être la sanction la mieux adaptée (b).

a) L'absence d'obstacles théoriques

Jurisprudence et doctrine, des deux bords de l'Atlantique, se sont interrogées sur le point de savoir si la notion de perte d'une chance pouvait être utilisée en matière d'obligation d'information. Muriel Fabre-Magnan a, dans sa thèse, fait état de certaines de ces interrogations et les a analysées¹⁷⁰.

Quand une personne n'a pas été correctement informée par son cocontractant, les juges doivent-ils lui accorder une réparation pour l'entier dommage qu'elle a subi de ce fait, ou bien la réparation doit-elle être pondérée par la probabilité qu'elle avait d'agir correctement si elle avait connu l'information?

Ces questions se posent souvent en pratique.

Il convient de rappeler avant d'aller plus loin dans ces réflexions, que conformément à toute hypothèse de responsabilité civile, la violation d'une obligation d'information ne saurait être sanctionnée que si elle a été à l'origine d'un dommage. Si la rétention de l'information, fautive ou pas, n'a entraîné aucun préjudice, le débiteur de l'obligation ne verra pas sa responsabilité engagée. Par conséquent, si même mal informé, le patient ne subit aucun préjudice, il ne pourra, dans le cadre de la responsabilité civile, obtenir aucune réparation.

Quelles sont donc les hypothèses dans lesquelles une perte de chance peut se trouver

¹⁷⁰ M. FABRE-MAGNAN, *op. cit.*, note 113

caractérisée en cas de violation d'une obligation d'information? Mme Fabre-Magnan dans sa thèse précitée, a envisagé différentes situations.

Tout d'abord, faut-il que la chance perdue ait été tentée? Bien que la perte d'une chance soit caractérisée plus facilement quand la chance n'a pu être tentée du tout, la réparation doit être possible même si la chance a été courue. Il en va de même pour la violation d'une obligation d'information : en dépit du fait qu'il n'est pas toujours certain qu'une rétention d'information ait empêché, de façon absolue, un créancier d'éviter un dommage et donc de tenter sa chance dans la mesure où il aurait pu chercher à obtenir lui-même des renseignements ou encore agir correctement même sans l'information, il apparaît clair que, le plus souvent, le créancier s'est trouvé dans l'impossibilité de connaître l'information et par conséquent de réagir au mieux à l'annonce d'une information. Par conséquent, le patient qui, mal ou non-informé, a choisi de recourir à des soins et donc de courir certains risques qu'il ignorait, a bien perdu une chance même si celle-ci a été tentée.

Ensuite, peut-il y avoir perte d'une chance quand le fait dommageable qui en est à l'origine est une faute d'omission? Ce point est tout à fait pertinent en matière de perte d'une chance de faire un choix éclairé, car la violation d'une obligation d'information est elle-même une faute d'abstention : en l'espèce, le médecin s'est abstenu de divulguer certains risques à son patient. On pourrait penser qu'aucune perte d'une chance ne saurait être consécutive à une faute d'abstention. Or Mme Fabre-Magnan, qu'il convient d'approuver sur ce point, considère que la notion de perte d'une chance doit pouvoir s'appliquer à une faute quelconque, qu'elle soit d'omission ou de commission.

Enfin, peut-il y avoir perte d'une chance quand la chance perdue n'était pas aléatoire? En matière de violation d'une obligation d'information, certains auteurs contestent l'utilisation de la notion de perte d'une chance, arguant du fait que l'événement qui aurait eu des chances de se produire en l'absence d'une telle faute ne serait pas aléatoire mais dépendrait uniquement de l'attitude du créancier de l'obligation d'information. Ainsi, il a pu être soutenu qu'il est inexact de parler de la chance d'une personne quand un événement n'est pas, pour elle-même, aléatoire, ce qui est le cas pour le créancier de l'information, en l'espèce, puisque il appartient au patient de choisir de recourir ou pas à une thérapie¹⁷¹. Si le juge fonde ici la réparation qu'il alloue sur la seule perte d'une chance, cela revient à assimiler l'acte volontaire à l'événement aléatoire, alors que les

¹⁷¹ Isabelle VACARIE, « La perte d'une chance », *Revue de la recherche juridique, Droit prospectif*. 1987. p. 917 et suiv.

termes de chance et volonté sont antinomiques. La perte de chance, dans une telle hypothèse, serait donc exclue selon l'auteur. Mme Fabre-Magnan ne rejoint pas ces idées et estime pour sa part que le comportement du créancier d'une obligation d'information, qui n'a pas été informé, ne constitue pas un problème aléatoire dans la mesure où il s'avère impossible d'établir des statistiques en la matière. L'appréciation doit s'effectuer *in concreto* et il s'agit alors d'estimer le comportement du créancier en question s'il avait été informé. Cela est relativement complexe mais néanmoins réalisable.

Par conséquent, aucune objection théorique ne vient s'opposer, à nos yeux, à l'utilisation de la notion de perte d'une chance en matière de sanction de défaut d'information dans le cadre d'une relation médicale.

b) La réparation du préjudice particulier constitué par la perte d'une chance de faire un choix éclairé suite à un défaut d'information

Pour apprécier dans quelle mesure la perte d'une chance constitue la meilleure sanction d'un défaut d'information, il convient de bien réaliser que celui-ci ne peut jamais, à lui seul, constituer l'unique raison d'un dommage corporel subi par un patient à l'occasion d'un traitement ou d'une intervention. En effet, ce défaut d'information qui consiste en une faute éthique, doit être accompagné d'un dysfonctionnement technique ou d'une faute technique, ou encore de la réalisation d'un risque médical, pour expliquer la survenance d'un dommage corporel¹⁷².

Les deux types de perte d'une chance envisagés plus haut, celle de faire un choix éclairé et celle de survie ou de guérison, n'ont pas à être appréciés de la même façon : tous les deux ne servent pas à pallier l'incertitude relative au lien causal avec la faute du médecin. La seconde est constituée par une faute médicale unique. Mais seule une fraction du préjudice final est réparée car le juge ne peut identifier le lien de causalité. En revanche, la perte d'une chance de refuser une intervention à la suite d'un défaut d'information est un préjudice découlant d'une faute à la fois éthique et technique. Le médecin ne doit réparer l'entier dommage que si la victime prouve sa faute technique ou qu'elle aurait refusé l'intervention si elle avait été bien informée. Si seule la faute éthique est prouvée, il est

¹⁷² S. PORCHY, *loc. cit.*, note 164, 379

logique que le médecin n'ait qu'à la réparer elle, et pas l'entier dommage¹⁷³.

Pour la Cour de Cassation depuis un arrêt du 7 février 1990¹⁷⁴, le défaut d'information s'analyse comme une perte de chance que le malade aurait pu éviter de courir tel ou tel risque s'il avait été mieux informé. On sait que la réparation d'un tel préjudice, si elle est bien intégrale, puisque la perte de chance constitue un dommage à part entière, reste moindre au regard de l'indemnisation qui serait due pour réparer la totalité des dommages subis par le patient. Pour apprécier la réparation de la perte d'une chance, les juges doivent tenir compte de la gravité de l'état de la victime, donc de son préjudice final, pour ensuite déterminer la fraction correspondant à la perte d'une chance.

Cette jurisprudence si elle reste maintenue en droit positif, ne manque pas pour autant de susciter une critique importante : en la matière, l'utilisation de la notion de perte d'une chance peut apparaître totalement inadaptée. En effet, à la différence d'autres domaines comme l'action en justice ou le pari, la chance a ici été tentée. En réalité, le patient a réellement été privé de la chance de faire un choix éclairé même s'il a effectivement opéré un choix.

Néanmoins, si la solution semble bien établie devant le juge judiciaire, il n'en va pas de même devant le juge administratif. En effet, les sanctions diffèrent selon les ordres de juridiction.

Pour le juge administratif, la réparation n'allait pas de soi et il l'a longtemps refusée pour différents motifs : le caractère exceptionnel des risques, celui inévitable de l'opération, ou encore l'urgence... Finalement, il accepte de réparer le préjudice consécutif à un défaut d'information depuis 1988¹⁷⁵. Mais il ne l'analyse aucunement comme une perte de chance. Il estime qu'il s'agit là d'une faute commise dans le bon fonctionnement du service. Quand il estime qu'une telle faute a été commise, il indemnise alors intégralement la victime. On ne peut que regretter une telle divergence de jurisprudence.

Même si la solution consistant à sanctionner le défaut d'information comme la perte d'une chance de faire un choix éclairé ne favorise pas l'indemnisation de la victime – puisque celle-ci ne sera indemnisée que pour le défaut d'information et pas pour le

¹⁷³ *Id.*, p. 381

¹⁷⁴ Civ. 1^{ère}, 7. févr. 1990, *Gaz. Pal.* 2. panor. p. 123

¹⁷⁵ Cons. d'Et., 17 févr. 1988, *CHR Nancy, Rec. Cons. d'Et.*, n° 71.974

préjudice final – elle apparaît toutefois plus juste vis-à-vis du médecin. Il ne nous semble pas normal qu’il doive indemniser la totalité des préjudices subis par le patient alors que, même informé, ces préjudices auraient pu être subis. C’est pourquoi, même si une loi intervenait en la matière pour organiser, parallèlement aux règles de la responsabilité civile, l’indemnisation des victimes d’accidents médicaux, il nous semble que le préjudice particulier de perte d’une chance de faire un choix éclairé doit être maintenu dans le cadre d’actions récursoires dirigées à l’encontre des médecins par les organismes qui auront indemnisé la victime.

Si la jurisprudence québécoise se montre très réticente à indemniser la perte d’une chance, l’analysant plus comme un moyen de pallier l’incertitude relative au lien de causalité que comme un dommage particulier, la doctrine ne manque pas de s’intéresser à la notion et considère parfois que la perte d’une chance de faire un choix éclairé constitue la sanction adéquate d’un défaut d’information dans une relation médicale comme nous allons le voir. Actuellement, quand un défaut d’information est prouvé, le médecin est tenu pour responsable de tous les préjudices subis par le patient, et ce même s’il n’a commis aucune négligence dans la réalisation de l’acte médical proprement dit. Selon un auteur¹⁷⁶, cette solution est de toutes façons inadaptée. Soit elle est trop restrictive : le médecin devrait être jugé responsable même si en dépit de son défaut d’information, l’état du patient s’est amélioré. Soit elle est trop large : on ne peut pas le tenir responsable de la réalisation de risques qui se seraient quand même produits avec une meilleure information. Ainsi, pour cet auteur, le préjudice subi par une victime d’accident iatrogénique en cas de défaut d’obtention de consentement éclairé est la perte d’une chance d’avoir fait ce choix éclairé. Pour un autre auteur¹⁷⁷, il est tout à fait contestable que la sanction du défaut d’information soit la réparation de tous les dommages subis par le patient demandeur : « la compensation ne devrait s’opérer que sur la base d’une perte de chance. Ce ne serait donc pas toutes les conséquences de l’acte qui pourraient être compensées, mais seulement la traduction économique de la privation d’une option légitime ». Pour l’auteur, la réparation de tous les préjudices subis par le patient de la part du médecin alors que ce dernier n’a commis qu’une faute éthique revient à changer la nature de son obligation de moyens en une obligation de résultat, voire de garantie.

¹⁷⁶ D. JUTRAS, *loc. cit.*, note 27

¹⁷⁷ J.-L. BAUDOIN, *loc. cit.*, note 79, 72

On a pu mesurer l'importance prise par la nécessité, pour le médecin, d'obtenir le consentement éclairé du patient, par le biais d'une information de plus en plus précise et étendue. Ce mouvement a sans aucun doute été soutenu par les tribunaux qui ne se sont pas arrêtés là. En effet, ils ont contribué, dans certaines hypothèses, à renforcer l'intensité de l'obligation du médecin afin de favoriser l'indemnisation des victimes d'accidents médicaux. En outre, la loi elle-même a participé cette tendance.

CHAPITRE III-

LES CAS DE RESPONSABILITÉ DE PLEIN DROIT DES MEDECINS : UN MOUVEMENT FAVORABLE A L'INDEMNISATION DES VICTIMES D'ACCIDENTS MEDICAUX

Tant la jurisprudence (A) que la loi (B) se sont montrées sensibles à la situation des victimes d'accidents médicaux. Pour les aider dans leurs démarches contentieuses, des solutions ont été élaborées.

A LES HYPOTHÈSES JURIDICTIONNELLES DANS LESQUELLES L'INDEMNISATION DE LA VICTIME D'UN ACCIDENT MÉDICAL N'EST PAS FONDÉE SUR LA PREUVE D'UNE FAUTE

Partant de l'admission de réelles présomptions de faute et de responsabilité (1°), les tribunaux ont admis progressivement qu'une responsabilité objective pouvait être fondée sur une défectuosité du matériel ou du produit utilisés (2°) pour aller jusqu'à accepter dans certains cas strictement définis, des responsabilités fondées sur le risque médical (3°).

1° L'admission de présomptions de faute et de responsabilité médicales par le juge judiciaire

Pour faire peser sur les médecins de véritables présomptions de faute et de responsabilité médicales, les tribunaux recourent aux notions de *res ipsa loquitur* (a) et de faute virtuelle (b).

a) La res ipsa loquitur québécoise

Au Québec, la notion de *res ipsa loquitur* a pu être utilisée. Il s'agit d'une présomption de faute du médecin, permettant de favoriser la victime dans son indemnisation puisqu'il appartient au médecin de prouver qu'il n'a pas commis de faute et non à la victime de prouver l'inverse. Selon cette maxime, « le fait qu'un dommage se soit produit alors que, dans des circonstances normales, il n'aurait pas dû se produire, fait présumer qu'il est le résultat ou la conséquence d'une négligence »¹⁷⁸.

Par application de la notion en droit médical québécois, le médecin pouvait écarter cette présomption s'il prouvait qu'il n'était pas à l'origine de la faute qu'on lui reprochait et qu'il s'était en tous points conformé aux données acquises de la science.

Certains auteurs québécois ont critiqué cette *res ipsa loquitur*, dans la mesure où elle vient de la common law, et qu'elle trouve son équivalent avec les présomptions de fait du droit québécois. D'ailleurs, les tribunaux québécois ont repoussé son application, soit en limitant les effets à ceux d'une simple présomption de fait, soit en refusant de renverser la charge de la preuve. Ainsi, la *res ipsa loquitur* semble aujourd'hui abandonnée par les magistrats qui se réfèrent beaucoup plus volontiers aux articles 2846 à 2849¹⁸⁰ du Code civil du Québec, les effets étant en réalité similaires. On relève à cet égard, une décision intéressante au terme de laquelle il a été jugé que « le droit [se] portera mieux si la maxime [*res ipsa loquitur*] est tenue pour périmée et n'est plus utilisée comme une notion distincte dans les actions pour négligence. Son utilisation avait été limitée aux cas où les faits permettaient de déduire la négligence et où on ne disposait d'aucune autre explication raisonnable de l'accident. Il est plus logique que le juge des faits traite de la preuve circonstancielle dont la maxime tentait de traiter, en la soupesant en fonction de la preuve directe, s'il en est, pour décider si le demandeur a établi, selon la prépondérance des probabilités, une preuve *prima facie* de la négligence du défendeur. Si une telle preuve est établie, le demandeur aura gain de cause à moins que le défendeur ne produise une preuve réfutant celle du demandeur »^{180 bis}.

¹⁷⁸ J.-L. BAUDOUIN et P. DESLAURIERS, *op. cit.*, note 43, n° 1488

¹⁸⁰ C.c.Q., art. 2849 : « Les présomptions qui ne sont pas établies par la loi sont laissées à l'appréciation du tribunal qui ne doit prendre en considération que celles qui sont graves, précises et concordantes ».

Les victimes d'accidents médicaux invoquent souvent à l'appui de leurs demandes d'indemnisation, des présomptions de fait pour prouver la faute médicale, ou encore le lien de causalité de cette faute avec leurs dommages. En droit civil, on constate à cet égard une utilisation croissante des présomptions de fait.

Par le biais de ces différentes présomptions, les magistrats bénéficient d'une importante marge d'appréciation. Pour les faire jouer, ils se réfèrent à deux règles. Tout d'abord, le dommage doit sembler, selon toutes apparences, avoir été causé à la suite ou à l'occasion de soins médicaux octroyés au patient. Ensuite, les dommages subis par la victime doivent paraître anormaux aux tribunaux : ils n'auraient pas dû se produire dans des circonstances « normales ». Une faute ou une négligence doit donc en être à l'origine. Toutefois, les dommages peuvent résulter de la réalisation d'un risque et non d'une faute. A cet égard, les tribunaux se montrent conciliants en n'exigeant pas qu'une telle faute soit prouvée : des probabilités que celle-ci ait été commise suffisent. Pour ce faire, ils se fondent sur l'équité. Si la faute est incertaine, les dommages n'en demeurent pas moins parfois très handicapants, et il semble totalement justifié d'indemniser ces victimes.

Ainsi, quand un dommage ne peut être expliqué par autre chose qu'une négligence, il appartient à l'auteur présumé du fait dommageable, en l'occurrence le médecin, de le réparer. Ses moyens d'exonération divergent selon les auteurs. Pour certains auteurs¹⁸¹, ce professionnel peut s'exonérer en rapportant la preuve d'une cause étrangère ou qu'aucune faute n'a été commise par ses soins. A l'inverse, selon l'avis d'autres auteurs¹⁸², le jeu de ces présomptions ne crée en aucun cas une présomption de faute. En effet, le médecin n'a pas, théoriquement, à établir quelle est la cause réelle du dommage. Ainsi, il ne lui est pas imposé de prouver une quelconque faute de la victime, ni celle d'un tiers, ni la force majeure. Si tel était le cas, il serait soumis à une obligation de résultat et non de moyens. Il doit seulement prouver qu'il s'est comporté de façon raisonnablement prudente et diligente et qu'il n'a pas commis de faute dans les moyens qu'il a utilisés. Un autre auteur tente, quant à lui, de concilier ces différentes thèses^{182 bis}.

^{180 bis} Fontaine c. C.-B. (Official administration) [1998] 1 R.C.S. 424

¹⁸¹ Voir, par exemple, D. JUTRAS, loc. cit., note 27 ; A. BERNARDOT et R. KOURI, La responsabilité civile médicale, Sherbrooke, Editions Revue de droit de l'Université de Sherbrooke, 1980, à la page 47

¹⁸² J.-L. BAUDOIN et P. DESLAURIERS, op. cit., note 43, n° 1490

Cependant, les magistrats, dans leur volonté d'indemniser plus largement les victimes d'accidents médicaux, se montrent particulièrement sévères dans l'appréciation qu'ils portent sur le comportement des médecins mis en cause.

Une tendance similaire existe en France.

b) La faute virtuelle française

Les juges français ont utilisé pendant un temps une notion équivalente à la *res ipsa loquitur* en mettant en œuvre celle de faute virtuelle. La Cour de cassation indemnisait les victimes d'accidents médicaux indépendamment de l'aléa inhérent à toute intervention médicale, la faute étant déduite de l'existence même du dommage. Cette notion était utilisée essentiellement dans la jurisprudence relative aux maladroites chirurgicales, permettant ainsi aux juges de contourner la difficulté de caractérisation de la faute¹⁸³. Ainsi on peut définir la notion comme une présomption qui consiste à déduire d'un fait avéré, le handicap ou le décès, l'existence d'un fait incertain, la faute. On part de la constatation que sans une telle faute, le dommage était improbable. Du coup, pour engager la responsabilité d'une personne, on déplace l'objet de la preuve: il faut prouver le dommage et on y applique la conséquence probable de la faute.

A son tour, la Haute Juridiction abandonna la notion en 1985¹⁸⁴. Le recours aux présomptions reste néanmoins possible, tout comme au Québec. La faute n'est plus présumée et il appartient au demandeur d'apporter les présomptions.

D'ailleurs, certains juges du fond utilisaient depuis longtemps déjà une présomption de faute à l'encontre des établissements de soins en cas d'infection contractée par un patient lors de son séjour en ces lieux. Par conséquent, la charge de la preuve était renversée et il appartenait à ces centres d'établir qu'ils n'avaient pas commis de faute pour se dégager de toute responsabilité. Mais certaines cours d'appel, ainsi que la Cour de cassation, avaient sanctionné une telle analyse. Finalement, cette dernière a opéré un revirement de

¹⁸² bis P. NICOL, « Faute médicale : preuve par présomptions de fait », (1996-97) 27 R.D.U.S. 227

¹⁸³ Civ. 1^{ère}, 17 juin 1980, J.C.P. 1980. IV. 333

¹⁸⁴ Civ. 1^{ère}, 9 oct. 1985, Bull. civ. 1985. I, n° 253

jurisprudence important en 1996¹⁸⁵ en matière d'infections nosocomiales. Pour certains¹⁸⁶, cet arrêt crée une véritable présomption de responsabilité puisque que la clinique ou l'hôpital est présumé responsable d'une infection contractée dans une salle d'opération, à moins de prouver l'absence de faute de sa part. Néanmoins, les conditions de mise en jeu de cette présomption restent strictes car il appartient au patient mettant en cause le centre hospitalier, de prouver que l'infection a été contractée au sein de la salle d'opération¹⁸⁷.

D'autres auteurs estiment à leur tour que l'arrêt précité du 25 février 1997 qui a opéré un revirement de jurisprudence en matière de charge de la preuve de l'information, a dans le même temps institué une sorte de présomption de responsabilité à la charge du médecin. Puisqu'il lui appartient de prouver qu'il a bien informé, s'il ne le fait pas, le juge pourra présumer que l'absence de preuve reflète l'absence d'information. Cet arrêt aurait même posé les premières marques de l'institution d'une obligation de sécurité-résultat à la charge du médecin comme il convient désormais de l'observer¹⁸⁸.

2° L'obligation de sécurité-résultat pour les dommages provenant d'une défectuosité du matériel ou du produit utilisés

Concernant l'exécution d'une obligation contractuelle nécessitant le recours à certains matériels ou produits, il n'existe au Québec aucune disposition particulière régissant la responsabilité contractuelle pour l'utilisation de ces matériels ou produits. En France, une jurisprudence récente a évolué sur ce point particulier.

En raison des progrès fulgurants réalisés en matière de médecine, chacun attend des résultats toujours plus performants, et les patients exigent parallèlement une sécurité

¹⁸⁵ Civ. 1^{ère}, 21 mai 1996, *Bull. civ.* 1996. I, n° 219 ; *Rev. trim. dr. civ.* 1996. 913, obs. Jourdain

¹⁸⁶ Frédéric-Jérôme PANSIER et Frédéric SKORNICKI, « La faute et l'accident en matière de responsabilité médicale », *Gaz. Pal.* 23-24 oct. 1998. 10, à la page 11

¹⁸⁷ La jurisprudence relative aux infections nosocomiales a été confirmée, notamment par Civ. 1^{ère}, 16 juin 1998, J.C.P. 1998. IV. 2807 : c'est à bon droit qu'une cour d'appel a énoncé « qu'une clinique est présumée responsable d'une infection contractée par le patient lors d'une intervention pratiquée dans une salle d'opération (...), à moins de prouver l'absence de faute de sa part. ». Tout dernièrement, la Cour de cassation vient de renforcer encore plus la responsabilité des cliniques ou des hôpitaux dans le cas d'infections nosocomiales : Civ. 1^{ère}, 29 juin 1999 trois arrêts, *Juris-data* n°002690, n°002694, n°002691 : on passe désormais d'un régime de présomption de faute à celui de l'obligation de sécurité-résultat. Le caractère récent de ces arrêts nous conduit à n'en faire mention qu'ici et pas dans la partie suivante consacrée spécifiquement à l'obligation de sécurité-résultat.

¹⁸⁸ S. WELSCH, *loc. cit.*, note 119, 9

supérieure. Si bien qu'on voit se développer une certaine dose d'obligation de résultat à la charge des professionnels de la santé concernant plusieurs de leurs actes (a). En France, on a même pu parler d'obligation de sécurité-résultat. Dans cette perspective, l'obligation de sécurité fait figure de traduction juridique du principe éthique fondamental consistant en la protection de la vie et de l'intégrité physique des personnes¹⁸⁹. Mais les patients peuvent également se retourner contre d'autres éventuels responsables sur le fondement de cette même obligation de sécurité-résultat (b).

a) Une différenciation de l'intensité de la responsabilité médicale en fonction de la nature des actes réalisés.

Si les contrats de soins contiennent une obligation principale définie dans leur corpus, ils génèrent également, en général, des obligations qui lui sont accessoires. A cet égard, droits français et québécois vont dans un sens identique¹⁹⁰. Par conséquent, le contrat de soins, s'il fait naître l'obligation principale consistant en la fourniture de soins au patient, comporte également une obligation accessoire de sécurité à l'égard de ce même patient.

Il importe alors de définir l'intensité de ces différentes obligations qui n'est pas forcément la même. A ce propos, un auteur éminent propose de distinguer selon les activités pratiquées par le médecin¹⁹¹. Certaines relèvent de l'art médical et d'autres de la technique médicale. Concernant l'art médical, dans lequel l'auteur range l'obligation de soins ainsi que celles de renseignement et de surveillance, le médecin a une simple obligation de moyens en raison de l'aléa existant. En revanche, la technique médicale ne provoque, pour son exécution, aucun aléa sérieux. Dans ces circonstances, les obligations afférentes à la technique médicale peuvent s'analyser comme des obligations de résultat. Cependant, le droit québécois y pose une condition : il faut que lorsque survient le dommage, « l'appareil ne soit pas un simple instrument entre les mains d'un individu »¹⁹².

¹⁸⁹ Y. LAMBERT-FAIVRE, *loc. cit.*, note 84, 8

¹⁹⁰ C.c.Q., art. 1434 « Le contrat valablement formé oblige ceux qui l'ont conclu non seulement pour ce qu'ils y ont exprimé, mais aussi pour tout ce qui en découle d'après sa nature et suivant les usages, l'équité ou la loi. » ; C. civ., art. 1135 : « Les conventions obligent non seulement à ce qui y est exprimé, mais encore à toutes les suites que l'équité, l'usage ou la loi donnent à l'obligation d'après sa nature. »

¹⁹¹ P.-A. CREPEAU, *op. cit.*, note 69, p. 51

¹⁹² P. LESAGE-JARJOURA, J. LESSARD et S. PHILIPS-NOOTENS, *op. cit.* note 115, p. 99

Si tel est le cas, le dommage provient de l'aléa propre à tout geste humain et le médecin reste alors soumis à une simple obligation de moyens. Ainsi, ce n'est qu'en cas de défektivité interne de l'appareil ou du produit qu'une obligation de résultat du médecin peut être mise en cause. Dans ce cas, la victime n'a pas à prouver la faute du médecin, celle-ci étant présumée.

Et précisément sur ce point, le droit français s'est récemment écarté du droit québécois, toujours dans la même perspective d'aider les victimes d'accidents médicaux dans leurs démarches en vue d'être indemnisées.

Un arrêt du 7 janvier 1997¹⁹³ a quelque peu semé le trouble dans les esprits lors de son prononcé. Il s'agissait d'un patient qui souffrant d'une gêne au bras gauche, subit une opération chirurgicale. Le chirurgien, à l'occasion de la section d'une côte, sectionna également l'artère sous-clavière gauche du patient. Celui-ci en décéda. Son épouse agit en responsabilité contre le chirurgien. La Cour d'appel ne retint aucune responsabilité car pour elle, la maladresse du médecin était non fautive. La Cour de cassation cassa cet arrêt et pour retenir la responsabilité du chirurgien, elle constata que la section de l'artère ayant provoqué la mort du patient avait été le *fait du chirurgien*.

De manière traditionnelle, la jurisprudence analysait les maladresses chirurgicales selon deux points de vue différents, soit à partir des informations données au patient sur les risques de l'opération, soit en fonction de leurs causes. La spécificité de l'arrêt présenté tient au fait que l'angle d'analyse est ici tout autre : la responsabilité du chirurgien est retenue dès lors que la blessure est de son fait.

Deux interprétations de l'arrêt s'imposent.

Certains ont d'abord estimé qu'il n'était désormais plus besoin de prouver une quelconque faute du médecin pour engager sa responsabilité, dans la mesure où celle-ci était mise en œuvre de son seul fait. Aussi, on a pu légitimement se demander si les tribunaux n'avaient pas souhaité par là abandonner l'obligation de moyens du médecin au profit d'une obligation de résultat. Cet arrêt n'impose en effet ni la preuve d'une faute médicale, ni une quelconque présomption de responsabilité. Il n'emploie pas la notion de faute virtuelle. Le régime de responsabilité appliqué ne se référant ni à une faute prouvée, ni à une faute déduite, on a pu penser que le médecin serait alors soumis à une responsabilité objective,

¹⁹³ Civ. 1^{ère}, 7 janv. 1997, Gaz. Pal. 7-8 févr. 1997. Flash jurispr. p. 32, note Guigue

puisque les juges ont utilisé l'expression « fait du médecin » et n'ont pas envisagé la « faute du médecin ». Selon un auteur¹⁹⁴, cet arrêt entraîne une éviction pure et simple de l'obligation de moyens.

Mais une seconde interprétation est également possible¹⁹⁵. La Cour de cassation aurait simplement procédé, en l'espèce, à une requalification des faits. La problématique de l'arrêt portait sur la question de savoir si la perforation réalisée par le médecin était constitutive d'une faute. Les juges du fond l'analysèrent comme une simple maladresse assimilable à une erreur non fautive et la Cour de cassation, à l'inverse, comme une faute. Toute perforation accidentelle devient désormais fautive. Cet arrêt vient simplement renforcer l'obligation de moyens, qui n'est pas devenue une obligation de résultat, la preuve de l'absence de faute étant toujours possible. Cette solution présente l'avantage d'ouvrir un droit à réparation à des patients qui ne pouvaient prouver de fautes du médecin, d'autant plus que selon les rapports d'expertise, aucune faute n'était retenue pour une maladresse. Cet arrêt s'inscrit donc dans le mouvement jurisprudentiel général, favorable à l'indemnisation d'un plus grand nombre de victimes d'accidents médicaux.

D'ailleurs, la Cour de cassation a très vite réaffirmé l'obligation de moyens du médecins par la suite¹⁹⁶. Il convient donc de ne retenir que la seconde interprétation.

En réalité, cet arrêt suit la ligne de pensée de certains praticiens du droit, qu'il convient à présent d'examiner.

Pour ces auteurs¹⁹⁷, le médecin a l'obligation de donner des soins suivant une technique consciencieuse, ce qui implique que ses gestes doivent être imprimés d'une grande précision. En réalité, Pierre Sargos a fait sienne l'idée d'Yvonne Lambert-Faivre selon laquelle l'exactitude du geste chirurgical correspond à une obligation déterminée de sécurité évidente. Certes, on n'impose toujours pas au médecin le résultat spécifique consistant en la guérison, et en ce sens, il conserve une obligation de moyens. Pour autant, en tant que professionnel, ses fautes peuvent tout à fait être constituées par une maladresse, un oubli ou encore une inattention. Il s'agit ici de fautes qu'un chirurgien habile,

¹⁹⁴ David JACOTOT, « Vers la généralisation de l'obligation de sécurité dans le domaine de la responsabilité médicale », note sous Civ. 1^{ère}, 7 janv. 1997, Les Petites Affiches. 14 mai 1997. 25, à la page 26

¹⁹⁵ Annick DORSNER-DOLIVET, « L'indemnisation des accidents chirurgicaux », obs. sous Civ. 1^{ère}, 7 janv. 1997, Médecine et Droit. 1997. 24. 15, à la page 16

¹⁹⁶ Civ. 1^{ère}, 25 févr. 1997, Juris-Data n° 000782

consciencieux et attentif n'aurait certainement pas commises. Pour Pierre Sargos, il était important que la Cour de cassation renverse une certaine tendance des juges du fond à considérer ces maladroites et oublis comme relevant d'un inévitable aléa.

Madame Lambert-Faivre propose à cet égard que la formule adoptée par l'arrêt Mercier¹⁹⁸ soit modifiée de cette façon :

« Il se forme entre le médecin et son client un véritable contrat comportant pour le praticien l'engagement sinon bien évidemment de guérir le malade, mais de lui donner des soins consciencieux, conformes aux données acquises de la science, et *présentant la sécurité à laquelle le patient peut légitimement s'attendre* ».

D'ailleurs, l'auteur constate qu'en France, cela ne ferait que transposer l'article 1 de la loi du 21 juillet 1983 relative à la *sécurité des consommateurs de produits et de services*¹⁹⁹.

En dépit de la pertinence de ces propos, il semble que la jurisprudence soit réticente à imposer une telle obligation de sécurité à la charge des médecins²⁰⁰. Cela s'explique par le fait que l'expression « obligation de résultat » fait référence tant à l'exigence déterminée de sécurité de l'activité qu'à la garantie absolue qu'il ne doit se produire d'accident. Or, en matière médicale, cette obligation ne doit s'attacher qu'à l'activité du médecin. En aucun cas cette obligation lui impose d'obtenir un résultat déterminé de guérison du patient traité par ses soins. Ainsi, si les dommages subis par le patient sont sans lien avec l'activité du médecin, ce dernier ne pourra être tenu pour responsable. Il ne le sera que si, par son activité, il aggrave l'état de son patient ou lui cause de nouveaux dommages.

Relativement aux dommages susceptibles d'être subis par le patient au cours de soins qui lui sont prodigués, d'autres auteurs ont proposé une grille d'analyse tout à fait

¹⁹⁷ Pierre SARGOS, « Obligation de moyens et obligation de résultat du médecin, bilan de la jurisprudence récente de la Cour de cassation », Médecine et Droit. 1997. 24. 5; Y. LAMBERT-FAIVRE, op. cit., note 46, n° 623, p. 714

¹⁹⁸ Civ., 20 mai 1936, précité, note 36

¹⁹⁹ Code de la consommation, art. L. 221-1: « Les produits et les services doivent, dans des conditions normales d'utilisation, ou dans d'autres conditions raisonnablement prévisibles par le professionnel, présenter la sécurité à laquelle on peut légitimement s'attendre, et ne pas porter atteinte à la santé des personnes. »

²⁰⁰ On peut cependant remarquer deux jugements de première instance rendus par le Tribunal de Grande Instance de Paris le 5 mai 1997 et le 20 octobre 1997 (T.G.I Paris, 5 mai 1997 et 20 oct. 1997, D. 1998. J. 558, note Boy) selon lesquels « Si la nature du contrat qui se forme entre le chirurgien et son client met en principe à la charge du praticien une simple obligation de moyens, il est néanmoins tenu, sur le fondement d'une obligation de sécurité-résultat, de réparer le dommage causé à son patient à l'occasion d'un acte chirurgical nécessaire à son traitement chaque fois que ce dommage, dont la cause réelle n'a pu être déterminée, est en relation directe avec l'intervention pratiquée et sans rapport établi avec l'état antérieur de celui-ci ».

séduisante²⁰¹. A leurs yeux, il convient de distinguer deux types de dommages qui n'entraînent pas la même responsabilité pour le médecin.

Si à l'occasion d'un acte médical, un dommage nouveau est provoqué, sans lien avec la pathologie initiale du patient, alors la responsabilité du médecin sort du cadre strict des soins qu'il a le devoir de prodiguer et se trouve par conséquent engagée sans que le patient n'ait à prouver une faute. Le médecin est alors tenu d'une responsabilité objective sur le fondement d'une obligation de sécurité. En revanche, si le dommage subi par le patient relève d'un échec pur et simple de l'acte de soins entrepris, alors dans le cadre de son obligation de moyens, le médecin n'a pas à en répondre, sauf au patient à prouver sa faute causale.

Le premier type de responsabilité peut être analysé comme une responsabilité contractuelle du fait des choses²⁰². Et l'arrêt du 7 janvier 1997 précédemment étudié a justement mis en œuvre ce type de responsabilité.

Ainsi, le contrat de soins contient deux types d'obligations juxtaposées : la première est relative à l'exercice de l'art médical et est de moyens. La seconde se réfère à l'utilisation de matériels impliquant des actes mécaniques et est de résultat : le médecin est responsable du fait des instruments ou des produits défectueux qu'il utilise à l'occasion des soins qu'il prodigue. Le patient serait titulaire d'un droit à la sécurité dès lors qu'un appareil ou un produit est utilisé à l'occasion des soins qui lui sont prodigués. Ce patient n'aurait pas accepté, lors de la conclusion du contrat, le risque de défectuosité du matériel. Dans le cadre de cette obligation, le médecin est en outre responsable des maladroites qu'il commet et qui aggravent l'état du patient. C'est ici que la solution québécoise diffère dans la mesure où l'obligation du médecin n'est de résultat que si le dommage a été provoqué par une défectuosité du matériel ou du produit. Le régime du fait des biens est en effet très différent au Québec : l'appareil doit causer par lui-même un dommage pour que soit en jeu une obligation de résultat : le préjudice doit résulter d'un mécanisme propre ; la chose n'a pas à être actionnée par le médecin. Il s'agit ici du fait autonome de la chose^{202 bis}.

Cette distinction française établie entre les différents dommages pouvant être subis par un patient, à l'occasion d'actes médicaux, nous semble totalement justifiée. Si la

²⁰¹ Geneviève VINEY et Patrice JOURDAIN, « L'indemnisation des accidents médicaux: que peut faire la Cour de cassation? (A propos de Civ 1^{ère}, 7 janv. et 25 févr. 1997) », J.C.P. 1997. I. 4016, p. 184

²⁰² D. JACOTOT, *loc. cit.*, note 194

solution peut paraître sévère à l'encontre des médecins, elle est justifiée vis-à-vis des victimes. Les juges ont simplement recherché à supprimer le fait que cet aléa médical ne pèse que sur elles, ce qui est le cas puisqu'en dehors de la preuve de la commission d'une faute, elles ne peuvent être indemnisées. En effet, comme aucune loi n'existe pour faire peser ce risque collectivement, la jurisprudence cherche à étendre la responsabilité médicale. Il est clair que ce n'est pas la meilleure solution, mais cela permet au moins d'aider un peu les victimes. Dans la perspective d'améliorer encore le sort des victimes d'accidents médicaux, l'idéal serait que le patient soit indemnisé rapidement quelle que soit la gravité du dommage qu'il a subi, immédiatement après la survenance de celui-ci, qu'il résulte des soins proprement dit ou d'une défectuosité d'un appareil ou d'un produit, ou encore d'une maladresse quelconque de son médecin. Ce n'est qu'en un second temps que la distinction doctrinale pertinente devrait jouer, soit lors d'actions récursoires exercées à l'encontre du responsable par les organismes qui auront indemnisé la victime.

Pour nous résumer et conclure brièvement sur ce point, il convient de rappeler que le contrat de soin liant un patient à un médecin peut générer deux types d'obligations à intensités juridiques variables.

Le professionnel de la santé peut être soumis à une obligation de résultat quand la nature même de la prestation médicale exclut tout aléa. Il en va ainsi, par exemple, pour le chirurgien-dentiste ou le stomatologue qui sont garants de l'absence de vice de la prothèse dentaire qu'ils posent à un patient. En revanche, ces professionnels conservent leur obligation de moyens en ce qui concerne la pose elle-même des prothèses²⁰³. D'ailleurs, il a pu être proposé qu'une telle obligation de résultat s'étende à tous les types de prothèses qu'un chirurgien ou un médecin délivre, et encore plus généralement à tous les produits et instruments fournis par le médecin à l'occasion des soins qu'il prodigue²⁰⁴. A cet égard, un arrêt de la Cour de cassation a posé une réelle responsabilité contractuelle générale du fait des choses²⁰⁵ – qui n'existe pas au Québec – et la proposition précédente instituerait cette

202 bis L'article 1465 du Code civil du Québec précise que « le gardien d'un bien est tenu de réparer le préjudice causé par le fait autonome de celui-ci, à moins qu'il prouve n'avoir commis aucune faute ».

²⁰³ Cela a été confirmé par Civ. 1^{ère}, 25 févr. 1997, précité, note 196

²⁰⁴ P. SARGOS, *loc. cit.*, note 197, 3

²⁰⁵ Civ. 1^{ère}, 17 janv. 1995, *Bull. civ.* 1995. I, n° 43. Cet arrêt a introduit la jurisprudence dite du « cerceau brisé ».

responsabilité en matière médicale. Le médecin garderait la possibilité d'agir de façon récursoire contre le fabricant ou le vendeur des appareils ou produits défectueux sur le fondement de la loi du 19 mai 1998 sur la responsabilité en matière de fait des produits défectueux²⁰⁶. Mais une telle responsabilité médicale contractuelle du fait des choses n'existe pas encore réellement en France.

Pour reprendre l'exemple de la prothèse si, lors de la pose, le médecin cause à son patient un dommage grave et supplémentaire en raison d'une maladresse, il sera tenu responsable en France sur le fondement d'une obligation de sécurité ; sa responsabilité se trouve alors présumée. En revanche, au Québec, seule sa faute prouvée par la victime engagera sa responsabilité dans les mêmes circonstances.

Concernant plus spécifiquement les produits utilisés, il semble que la jurisprudence française soit plus clémentaire à l'égard des victimes que la jurisprudence québécoise. La qualité des produits administrés engendre à son tour une obligation de résultat en France. Le médecin est tenu de cette obligation de résultat, en tant qu'utilisateur d'un produit vicié. Les juges québécois estiment quant à eux, que le médecin n'a pas, en principe, les moyens de contrôler leur qualité donc il conserve son obligation de moyens²⁰⁷.

Mise à part le médecin, d'autres personnes sont susceptibles d'être mises en cause par un patient victime d'un accident médical et, de ce fait, amenées à l'indemniser.

b) Les recours exercés à l'encontre d'autres personnes que le médecin, sur le fondement d'une obligation de sécurité-résultat

Tant en France qu'au Québec, si le patient a subi ses dommages en milieu hospitalier, c'est l'hôpital lui-même qu'il doit assigner.

« [L'institution hospitalière] est responsable contractuellement du bon fonctionnement des appareils qui sont utilisés pour fins de soins hospitaliers, cette responsabilité découlant d'une obligation de résultat et non de moyens quant aux appareils par opposition aux soins »²⁰⁸.

²⁰⁶ Loi n° 98-389 du 19 mai 1998 relative à la responsabilité du fait des produits défectueux, J.O. 21 mai 1998, p. 7744

²⁰⁷ P. LESAGE-JARJOURA, J. LESSARD et S. PHILIPS-NOOTENS, *op. cit.* note 115, p. 105

²⁰⁸ Pour le Québec : Richard c. Hôtel-Dieu de Québec, [1975] C.S. 223

Même si le patient a contracté directement avec son médecin mais que ses dommages sont subis dans l'hôpital, c'est ce dernier qui doit être actionné, dans l'hypothèse d'une défectuosité des appareils ou matériels. Selon la doctrine majoritaire, il est enseigné qu'en général le centre hospitalier est tenu à une obligation de résultat pour les prestations impliquant l'utilisation de produits ou de matériels.

En France, il a pu être décidé qu'un centre de transfusion sanguine est responsable de plein droit du dommage causé par la contamination du sang transfusé par un virus tel celui d'immunodéficiência humaine, même si ce dernier était indécélable. Pour cela, il faut qu'aucune faute n'ait pu être imputée à l'établissement hospitalier lui-même, et que le centre ait une personnalité juridique distincte de celle de l'hôpital. Cependant, les cliniques restent quant à elles tenues d'une obligation de moyens, dans la mesure où elles n'ont pas la possibilité de contrôler la qualité du sang²⁰⁹.

En dehors de l'établissement hospitalier avec lequel le patient a pu contracter, d'autres personnes peuvent être actionnées, tels le fabricant, le distributeur, le fournisseur d'un appareil ou d'un produit en cas de défectuosité. Mais alors, l'action est en principe extra-contractuelle, dans la mesure où le patient n'a pas contracté directement avec ces personnes.

Au Québec, l'action se trouve fondée sur l'article 1468 du Code civil²¹⁰. Les personnes précédemment citées ont l'obligation de répondre, depuis l'adoption du nouveau Code civil, des défauts de sécurité présentés par leurs appareils ou produits. Un tel vice est présent quand, compte tenu de toutes les circonstances, le bien n'offre pas la sécurité à laquelle on est normalement en droit de s'attendre, notamment en raison d'un vice de conception ou de fabrication du bien, d'une mauvaise conservation ou présentation, ou encore de l'absence d'informations suffisantes sur les risques et dangers qu'il comporte, ou à propos des moyens pour s'en prémunir.

Selon un auteur²¹¹, on peut estimer que les victimes d'un défaut de sécurité présenté par un

²⁰⁹ Cons. d'Et. Ass. 26 mai 1995, M. Jouan ; Consorts N'Guyen ; Consorts Pavan, Rec. Cons. d'Et., p. 221 ; J.C.P. 1995. II. 22468, p. 290-294, note Moreau

²¹⁰ C.c.Q., art. 1468 : « Le fabricant d'un bien meuble, même si ce bien est incorporé à un immeuble ou y est placé pour le service ou l'exploitation de celui-ci, est tenu de réparer le préjudice causé à un tiers par le défaut de sécurité du bien. Il en est de même pour la personne qui fait la distribution du bien sous son nom ou comme étant son bien et pour tout fournisseur du bien, qu'il soit grossiste ou détaillant, ou qu'il soit ou non l'importateur du bien. »

²¹¹ M. BOULANGER, loc. cit., note 16 bis, 123

bien bénéficiant d'une réelle présomption. En effet, l'article 1473 du Code civil dispose que les causes d'exonération de ces trois personnes sont de quatre ordres. Le fabricant, le distributeur ou le fournisseur du bien défectueux ne sont pas tenus de réparer les préjudices ainsi causés si la victime connaissait ou était en mesure de connaître le défaut du bien, si elle pouvait prévoir le préjudice, si le défaut ne pouvait être connu compte tenu de l'état des connaissances, ou enfin si ces personnes n'ont pas été négligentes dans leur devoir d'information quand elles ont eu connaissance de l'existence de ce défaut.

La responsabilité de ces personnes peut être mise en cause par le patient, cette fois-ci sur le terrain contractuel, avec la garantie des vices cachés prévue à l'article 1730 du Code civil du Québec.

En France, la même différence existe : sur le terrain contractuel, une garantie des vices cachés identique, sur le fondement de l'article 1641 du Code civil, permet aux victimes de défectuosité d'équipements d'agir directement contre le vendeur.

En ce qui concerne le terrain extra-contractuel, il convient de signaler une nouveauté législative fondamentale, la loi précitée sur la responsabilité du fait des produits défectueux²¹² qui a introduit les articles 1386-1 et suivants dans le Code civil français. On appelle produit de santé un médicament ou encore un produit issu du corps humain. Un risque thérapeutique peut survenir à l'occasion de l'utilisation d'un produit de santé.

Au regard de la loi, on peut distinguer deux hypothèses dans lesquelles la responsabilité du producteur ou du fournisseur de ce produit pourra être mise en cause.

Si l'aléa est indépendant de l'utilisation du produit de santé, dans le sens où il n'est pas la cause des dommages subis par le patient, ni le fournisseur ni le fabricant ne pourront être tenus pour responsables des dommages dans le cadre de la responsabilité du fait des produits défectueux. En effet, les conditions de cette responsabilité ne sont pas remplies si le défaut de sécurité n'est pas prouvé par la victime²¹³, s'il n'est pas la cause du dommage

²¹² Loi n° 98-389 du 19 mai 1998, précitée, note 206 ; Geneviève VINEY, « L'introduction en droit français de la directive européenne du 25 juillet 1985 relative à la responsabilité du fait des produits défectueux », D. 1998. chr. 291 ; Jacques GHESTIN, « Le nouveau titre IV bis du Livre III du Code civil « De la responsabilité du fait des produits défectueux ». L'application en France de la directive sur la responsabilité du fait des produits défectueux après l'adoption de la loi n° 98-389 du 19 mai 1998 », J.C.P. 1998. I. 148.

²¹³ Le défaut du produit est défini à l'article 1386-4 du Code civil français : « Un produit est défectueux (...) lorsqu'il n'offre pas la sécurité à laquelle on peut légitimement s'attendre (...). ». Aux termes de l'article 1386-10 du Code civil français, il appartient en effet à la victime de prouver le défaut de sécurité, son dommage ainsi que le lien de causalité entre les deux.

ou encore si l'aléa résulte d'un risque de développement²¹⁴.

En revanche, si les conditions de la responsabilité du producteur ou du fabricant du produit de santé sont réunies, c'est-à-dire si le produit présentait un défaut qui est la cause du dommage, il faut appliquer ce régime de responsabilité spécifique. La jurisprudence française avait déjà pris position en ce sens avant l'adoption de la loi²¹⁵.

Selon certains²¹⁶, au cas où le régime de responsabilité du fait des produits défectueux est exclu pour couvrir la réalisation d'un risque médical, la seule solution reste l'adoption d'une loi propre à l'indemnisation des accidents médicaux.

Les droits français et québécois sont donc très proches en ce qui concerne l'indemnisation des victimes de défauts de produits ou d'appareils utilisés dans le cadre de soins qui leurs sont prodigués. Mais la jurisprudence administrative française s'est montrée particulièrement téméraire en ce qui concerne l'indemnisation des accidents médicaux.

3° Les cas de responsabilité sans faute en droit public français: une responsabilité fondée sur le risque

Au regard du principe d'égalité des citoyens devant les charges publiques (a), la jurisprudence administrative française a considéré que l'emploi de thérapeutiques nouvelles justifiait sous certaines conditions la responsabilité sans faute de l'administration (b) allant même jusqu'à l'accepter dans des cas d'exercice même de l'art médical (c).

²¹⁴ Art. 1386-11 du Code civil français : le risque de développement qui exonère le producteur d'un produit défectueux s'entend de façon à ce que « l'état des connaissances scientifiques et techniques, au moment où il a mis le produit en circulation, n'a pas permis de déceler l'existence du défaut ». Aux termes de l'article 1386-12, al. 1^{er} du Code civil français, le risque de développement perd son caractère exonératoire dans les cas où le produit défectueux est issu du corps humain.

²¹⁵ Civ. 1^{ère}, 3 mars 1998, *Gaz. Pal.* 23-24 oct. 1998, p. 74, note Fouassier : il s'agissait d'un laboratoire pharmaceutique qui avait mis sur le marché un médicament sous la forme d'un comprimé dont l'enveloppe, non assimilable par le système digestif, devait être évacuée de façon naturelle. Or, un patient qui s'était vu prescrire ce produit, a dû subir deux interventions suite à la non-évacuation de l'enveloppe du cachet. La Cour de cassation a décidé que c'était à bon droit que la Cour d'appel avait déclaré le laboratoire responsable du préjudice subi par le patient en l'espèce, dès lors que « le fabriquant est tenu de livrer un produit exempt de tout défaut de nature à créer un danger pour les personnes ou pour les biens, c'est-à-dire un produit qui offre la sécurité à laquelle on peut légitimement s'attendre ».

²¹⁶ Christian LARROUMET, « L'indemnisation de l'aléa thérapeutique », D. 1999. chr. 33, 35

a) Fondement et origine de la responsabilité sans faute de l'administration

Il peut paraître paradoxal d'être tenu pour responsable sans avoir commis aucune faute. Pourtant, le juge administratif s'est prononcé en ce sens au nom du principe d'égalité des citoyens devant les charges publiques résultant notamment de l'article 13 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen²¹⁷. Ainsi, un citoyen n'a pas à supporter plus de charges qu'un autre. Le juge administratif a donc posé un principe d'indemnisation des charges excessives supportées par certains citoyens dans l'intérêt général.

Les premières décisions ayant conclu à une responsabilité sans faute de l'administration hospitalière ont concerné les collaborateurs occasionnels ou requis du service public hospitalier²¹⁸, ainsi que les sorties d'essai et les placements familiaux de malades mentaux²¹⁹. Les cas étaient donc limités. Mais plus récemment, la jurisprudence administrative s'est montrée plus large.

b) La responsabilité sans faute pour l'emploi de thérapeutiques nouvelles

La Cour administrative d'appel de Lyon a posé en 1990²²⁰ des jalons importants dans l'indemnisation sans fautes des victimes d'accidents médicaux.

Un jeune homme de 15 ans souffrant d'une cyphose, subit une opération chirurgicale dans un hôpital public. A la suite de celle-ci, il présenta des troubles neurologiques graves qui, en dépit des soins qui lui furent prodigués, aboutirent à une paraplégie de la partie inférieure de son corps.

Dans cette espèce, la juridiction administrative a reconnu un droit à indemnisation sans faute du service hospitalier sous quatre conditions.

Selon la première, l'accident doit se produire au cours de l'utilisation d'une thérapeutique nouvelle dont toutes les conséquences ne sont pas entièrement connues.

²¹⁷ Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, 26 août 1789, art. 13 : « Pour l'entretien de la force publique, et pour les dépenses d'administration, une contribution commune est indispensable : elle doit être également répartie entre tous les citoyens, en raison de leurs facultés. »

²¹⁸ par exemple Cons. d'Et., 13 déc. 1957, Hôpital-hospice de Vernon, Rec. Cons. d'Et., p. 680

²¹⁹ par exemple Cons. d'Et., sect., 13 juil. 1967, Département de la Moselle, Rec. Cons. d'Et., p. 341

²²⁰ C. adm. Lyon, 21 déc. 1990, Consorts Gomez, J.C.P. 1991. II. 21698, obs. Moreau

Celle-ci doit créer pour le patient un risque spécial.

En troisième lieu, l'utilisation de la thérapeutique ne doit pas être dictée par des raisons vitales.

Enfin, la patient doit subir des complications particulièrement graves et exceptionnelles. Par conséquent, si ces quatre conditions se trouvent réunies, le patient bénéficie d'une indemnisation, sans avoir à prouver une faute quelconque de l'administration publique.

Cette décision constitua sans nul doute une avancée jurisprudentielle importante mais elle n'était pas en rupture avec les principes fondateurs du régime de responsabilité sans faute du service public. En revanche, il en va autrement avec deux autres décisions.

c) La responsabilité sans faute dans l'exercice de l'art médical: une responsabilité fondée sur le risque

Par son arrêt Bianchi de 1993, le Conseil d'Etat a créé une véritable révolution jurisprudentielle²²¹. En effet, il a trouvé un cas de responsabilité sans faute dans l'exercice même de l'art médical, activité risquée par excellence du service public hospitalier, ce qui n'allait pas de soi. Le malade, usager de ce service public, se fait soigner à sa demande, du moins quand il en est conscient. A tout le moins, il en fait la demande dans son intérêt propre. Aussi, les risques qu'il court constituent la contrepartie naturelle et inévitable des initiatives thérapeutiques qu'il demande à subir. Pourtant, le Conseil d'Etat a tranché dans un sens différent. Ici, la victime a seulement à établir le lien de causalité existant entre l'activité du service et son préjudice. Les seules causes d'exonération seront la faute de la victime et la force majeure.

Monsieur Bianchi fut victime en 1974 de malaises attribués à des chutes de tension, puis en 1978 d'un épisode lipothymique le rendant paralysé du côté droit du visage. Il subit alors des examens dans un centre hospitalier de Marseille, dont une artériographie des artères vertébrales, à la suite de laquelle il devint tétraplégique. Aucune faute de l'hôpital n'ayant pu être établie, il n'obtint pas d'indemnisation de la part du tribunal administratif. Les risques liés à l'artériographie étaient connus mais très rares.

²²¹ Cons. d'Etat, Ass., 9 avr. 1993, Bianchi, précité, note 8

Pour admettre la responsabilité sans faute de l'administration hospitalière, le Conseil d'Etat s'est fondé sur plusieurs conditions.

Le dommage doit être subi à l'occasion d'un acte médical nécessaire pour un diagnostic ou un traitement.

Les risques présentés par cette intervention thérapeutique devaient être connus mais exceptionnels. Cette deuxième condition traduit bien la nécessité de l'existence d'une inégalité de situation – ici de connaissance, de savoir – entre l'usager du service et la puissance publique. Le Conseil d'Etat fait preuve de prudence dans cette condition en évitant d'empiéter sur le terrain du législateur, seul habilité à définir le cadre dans lequel la solidarité de la collectivité doit s'exercer. Si, devant un risque inconnu, l'équité peut commander qu'il y ait une indemnisation, celle-ci repose non plus sur le principe de responsabilité, mais sur celui de solidarité, ce qui ne serait pas critiquable en soi. Mais il appartient au législateur d'en décider.

Selon la troisième condition, le dommage doit être sans rapport avec les prédispositions, l'état initial ou l'évolution prévisible de l'état du patient. Ce critère est le plus innovateur : le Conseil d'Etat semble insister sur le fait qu'il entend n'indemniser que le risque d'aggravation, lié à l'intervention, fut-elle non fautive, du service public. Ainsi, le Conseil d'Etat a défini le risque médical comme un risque d'aggravation.

On l'aura compris, le dommage subi doit être caractérisé par une extrême gravité.

Au regard de ces différentes conditions, il est clair que la responsabilité sans faute ainsi définie par le Conseil d'Etat, reste exceptionnelle. Ici, l'indemnisation ne compense pas une rupture d'égalité devant les charges publiques. Le juge semble en réalité, admettre le droit à compensation d'une perte de chance que le service public offre normalement à ses usagers. Le principe d'égalité devant les charges publiques est interprété de façon originale: non pour aider l'usager à supporter une pénalisation imposée par le service public, dans l'intérêt de tous, mais pour compenser un avantage qu'il n'a pas obtenu et qu'il était pourtant en droit d'attendre. De telle sorte que les établissements hospitaliers se voient dans l'obligation, à la suite de cet arrêt, d'assurer la meilleure sécurité possible, et d'indemniser les victimes des défaillances les plus graves alors même qu'elles seraient inéluctables.

Par la suite, le Conseil d'Etat a confirmé l'existence de cette responsabilité

hospitalière fondée sur le risque dans une décision de 1997²²². Il s'agissait d'un enfant de cinq ans, décédé à la suite d'un coma survenu lors d'une anesthésie générale réalisée en vue d'une circoncision. L'originalité des faits par rapport à ceux de l'arrêt Bianchi est qu'ici, le patient n'était pas, à proprement parlé, une personne malade. L'acte chirurgical en cause n'était donc pas nécessaire au diagnostic ou au traitement comme l'impose la première condition posée par l'arrêt Bianchi. De plus, l'anesthésie générale constitue un acte de pratique courante à la différence d'une artériographie. Le Conseil d'Etat a donc élargi le champ de la responsabilité hospitalière fondée sur le risque à tous les actes médicaux, thérapeutiques ou pas²²³.

En dehors de cette jurisprudence favorable à l'indemnisation de victimes d'accidents médicaux, quelques domaines médicaux sont couverts par une loi qui, elle-même, établit des cas de responsabilité de plein droit.

B LES CAS LÉGAUX DE RESPONSABILITÉ MÉDICALE DE PLEIN DROIT

De façon générale, on note l'existence de plusieurs systèmes d'indemnisation publique sans égard à la responsabilité, aussi bien au Québec qu'en France. Ainsi, les accidents d'automobiles²²⁴, les accidents du travail²²⁵, les actes criminels²²⁶ font l'objet de lois particulières prévoyant des situations d'indemnisation de victimes sans que celles-ci n'aient à prouver une faute quelconque.

²²² Cons. d'Et., 3 nov. 1997, Cons. d'Et., 3 nov. 1997, Hôpital Joseph Imbert d'Arles, précité, note 8

²²³ Rappelons toutefois qu'en raison des conditions strictes posées par le Conseil d'Etat, les cas de responsabilité sans faute de l'administration hospitalière restent rares.

²²⁴ Pour le Québec : Loi sur l'assurance automobile, L.R.Q., c. C-24.2 applicable en mars 1978. Pour la France, Loi n° 85-677 du 5 juil. 1985 tendant à l'amélioration de la situation des victimes d'accidents de la circulation et à l'accélération des procédures d'indemnisation, Bull. lég. 1985, p. 452

²²⁵ Pour le Québec : Loi concernant les responsabilités des accidents dont les ouvriers sont victimes dans leur travail et la réparation des dommages qui en résulte, 1909, 9 Ed. VII, c.66. Dans cette loi, la notion de faute a été substituée par celle de risque professionnel, permettant l'indemnisation de tous les accidents du travail sans égard à la faute. Depuis son adoption, cette loi a été plusieurs fois modifiée. Elle ressemblait au départ à la loi française équivalente, puis elle s'est rapprochée de la loi ontarienne en la matière. Pour la France : Loi sur les accidents du travail du 9 avr. 1898 : il est le premier texte à avoir réellement institué une responsabilité sans faute fondée sur le risque.

²²⁶ Pour la France, Loi du 6 juil. 1990 relative aux victimes d'infractions

Ainsi, nos systèmes juridiques connaissent des cas de responsabilité fondée sur le risque. Pour certains²²⁷, cette évolution juridique témoigne de quelle façon le droit doit s'adapter à « la pression des forces sociales ». Si l'on estimait au départ n'avoir à répondre que des préjudices causés par sa propre faute, on est conscient aujourd'hui de la nécessité de répondre des dommages causés par les objets à risques que l'on a sous sa garde. En effet, il est absolument nécessaire que les victimes de tels accidents bénéficient d'une indemnisation. « La fonction réparatrice de la responsabilité civile reprend donc totalement le dessus. Avec elle, la socialisation du risque, l'étatisation de l'indemnisation, le contrôle strict de l'assurance ont enfin permis de remédier aux injustices sérieuses des [anciens régimes]. »²²⁸

Qu'en est-il en droit de la responsabilité médicale ? Au Québec, seuls les accidents d'immunisation font l'objet de dispositions législatives particulières (1°). La France connaît, en revanche, quelques autres régimes de responsabilité médicale objective, qui restent toutefois circonscrits comme il convient à présent de l'observer brièvement. Il s'agit des recherches biomédicales (2°) et des transfusions sanguines (3°).

1° Les vaccinations obligatoires

Une loi française de 1964²²⁹ a mis en place un régime d'indemnisation sans faute par l'Etat, des dommages causés par les vaccinations obligatoires²³⁰.

Aujourd'hui, il suffit donc qu'existe un lien de cause à effet entre un dommage et une vaccination obligatoire pour engager la responsabilité de l'Etat. L'indemnisation due par l'Etat est intégrale et automatique. La responsabilité sans faute de l'Etat est aussi engagée dans le cas où le dommage n'est pas exclusivement imputable à la vaccination.

La liste des vaccinations obligatoires est cependant limitative²³¹ : il s'agit des vaccinations antidiphtériques, antitétanique et antipoliomyélitique, de la vaccination antituberculeuse B.C.G. Pour les personnes exerçant dans un établissement ou un organisme public ou privé

²²⁷ J.-L. BAUDOUIN et P. DESLAURIERS, *op. cit.*, note 43, n° 1031

²²⁸ *Id.*, p. 612

²²⁹ Loi n° 64-643 du 1er juil. 1964. Gaz. Pal. 1964. 2. Bull. lég. p. 40. Elle a introduit les articles L.5 et suivants du Code de la santé publique.

²³⁰ Code de la santé publique, art. L.10-1

²³¹ Code de la Santé publique, art. L.5 à L.7

de prévention ou de soins et exposées à un risque de contamination, elles doivent être immunisées contre l'hépatite B, la diphtérie, le tétanos et la poliomyélite. Toutefois, ce régime ne s'applique pas aux dommages résultant de vaccinations qui ne sont pas déclarées obligatoires par la loi, même si elles sont imposées par une autorité administrative.

Les accidents d'immunisation font également l'objet d'une indemnisation sans égard à la faute au Québec²³². Ce régime d'indemnisation a été adopté peu après la décision de la Cour Suprême Lapierre c. Procureur-général du Québec²³³. Dans cette affaire, la Cour avait refusé d'imputer une responsabilité civile fondée exclusivement sur le risque. Globalement, le mécanisme prévu permet le versement d'indemnités, sans égard à l'établissement de la responsabilité de quiconque, à toute victime de dommages subis à l'occasion de l'immunisation, volontaire ou involontaire, contre certaines maladies énumérées dans le texte réglementaire. La victime conserve son droit de recours judiciaire et bénéficie donc d'une option entre les deux.

2° Les recherches biomédicales

Alors qu'au Québec, les recherches biomédicales sont soumises au droit commun de la responsabilité, une loi innovante en la matière a été adoptée par le Parlement français en 1988²³⁴. L'indemnisation prévue ne relève pas de l'Etat, cette fois-ci, mais du promoteur de la recherche entreprise. La loi distingue selon que les recherches ont un bénéfice thérapeutique direct ou pas pour les personnes s'y prêtant.

Ainsi, si les recherches sont sans bénéfice individuel direct, le promoteur assume, même sans faute, l'indemnisation des conséquences dommageables de la recherche pour la personne se soumettant aux expérimentations, ainsi que ses ayants droit, sans que puisse être opposé le fait d'un tiers ou le retrait volontaire de la personne qui avait initialement consenti à se prêter à la recherche. Très souvent, ce promoteur est un service hospitalier.

²³² Loi sur la protection de la santé publique, L.R.Q., c. P-35, art. 16 et suiv.

²³³ Lapierre c. Procureur-général du Québec, [1985] 1 R.C.S. 241

²³⁴ Loi n° 88 du 20 déc. 1988, Gaz. Pal. 1988, 2. Bull. lég. p. 605 en matière de recherches biomédicales codifiée par le Code de la Santé publique aux articles L.209-7 et suiv.

Si les recherches biomédicales procurent un bénéfice individuel direct pour la personne s'y prêtant, le promoteur assume également l'indemnisation des conséquences dommageables de la recherche, sauf preuve à sa charge que le dommage n'est pas imputable à sa faute ou à celle de tout intervenant, sans que puisse être opposé le fait d'un tiers, ou le retrait volontaire de la personne qui avait initialement consenti à se prêter à la recherche. On voit donc, dans ce second cas, que le promoteur peut se dégager de sa responsabilité en prouvant qu'il n'a pas commis de faute ayant entraîné le dommage, alors que dans le premier cas, il doit indemniser tous les dommages sans pouvoir s'exonérer.

A ces fins, le promoteur a l'obligation légale de souscrire une assurance garantissant sa responsabilité civile.

3° Le régime de responsabilité en matière de transfusion sanguine

Si le Québec ne connaît toujours pas encore de loi en la matière, il en va autrement en France où après que la jurisprudence ait posé les bases d'un système (a), des lois ont été prises créant un régime d'indemnisation spécifique (b).

a) Origine jurisprudentielle du régime

La Cour de cassation²³⁵ et le Conseil d'Etat²³⁶ ont établi chacun à leur tour que les centres de transfusion sanguine ont une obligation de résultat. Donc, si aucune faute ne peut être imputée à l'établissement hospitalier, seule la responsabilité du centre de transfusion, public ou privé, peut être recherchée par la victime. Mais il faut que le centre ait une personnalité juridique différente de celle de l'établissement hospitalier, sinon, seul ce dernier pourra être actionné en responsabilité.

La responsabilité des centres de transfusion ou des hôpitaux dont ils dépendent est une responsabilité sans faute, fondée sur le risque, couvrant les conséquences dommageables de la mauvaise qualité des produits fournis.

Il semble que la jurisprudence ait tranché en ce sens pour plusieurs raisons. D'une

²³⁵ Civ. 1^{ère}, 12 avr. 1995, deux arrêts, J.C.P. 1995. I. 3893, n° 20, obs. Viney et J.C.P. 1995. II. 22467, note Jourdain.

²³⁶ Cons. d'Et. Ass. 26 mai 1995, précités, note 209

part, les centres publics de transfusion sanguine bénéficient d'un monopole en ce qui concerne les opérations de collecte de sang. D'autre part, ils ont la mission d'assurer le contrôle médical des prélèvements, le traitement et conditionnement et la fourniture aux utilisateurs des produits sanguins. Enfin et surtout, cette fourniture de sang présentant des risques majeurs, il était important d'indemniser les victimes de leurs préjudices.

La responsabilité des hôpitaux ne peut quant à elle être retenue pour le préjudice résultant pour un malade de sa contamination par des produits sanguins, en l'absence de tout autre élément ayant concouru à la réalisation de ce préjudice, dès lors qu'ils n'interviennent pas en qualité de centre de transfusion sanguine.

Pour certains²³⁷, il semble que cette jurisprudence ne puisse être étendue à d'autres réalisations de risques sériels, pourtant, en progression constante dans nos sociétés, comme en témoigne la contamination par le virus de l'Hépatite C. Les raisons en seraient tant juridiques que financières. Du point de vue du droit, il serait difficile, voire impossible d'étendre la jurisprudence actuelle concernant les contaminations par le VIH, à la suite également de transfusions sanguines. En effet, selon cette jurisprudence, les centres de transfusion et les hôpitaux sont tenus d'une obligation de résultat pour la qualité du sang qu'ils fournissent et sont donc responsables des défauts du sang mêmes indécélables. Or, la directive européenne sur les produits défectueux²³⁸ est moins sévère puisque le producteur est exonéré de toute responsabilité s'il prouve que l'état des connaissances scientifiques et techniques au moment de la mise en circulation du produit par lui, ne lui a pas permis de déceler l'existence du défaut.

A l'inverse, il nous semble qu'en vertu de la loi du 19 mai 1998 qui a transposé la directive précitée, on puisse appliquer cette jurisprudence en matière de contamination par le virus de l'hépatite C, par le biais de transfusions sanguines. En effet, la cause d'exonération des fournisseurs de produits défectueux en question est ce que l'on appelle le risque de développement (même si l'expression ne figure ni dans la directive ni dans la loi). La directive pose comme principe le caractère exonératoire de ce risque tout en laissant aux

²³⁷ François STASSE, « Le droit médical doit préserver la frontière entre la faute et l'aléa », un entretien avec François Stasse, rapporteur général de la Section du rapport et des études du Conseil d'Etat, Les Petites Affiches, 20 mars 1998, 34, 4

²³⁸ Directive européenne n° 85-374 C.E.E. du 25 juil. 1985 relative à la responsabilité du fait des produits défectueux, que la France a transposé en droit interne par le biais de la Loi n° 98-389 du 19 mai 1998, précitée, note 206

Etats membres la possibilité d'écarter cette cause d'exonération. En l'occurrence, la loi française, si elle adopte comme principe l'exonération pour le risque de développement²³⁹, elle le refuse au contraire concernant les éléments et produits du corps humain, ce qui est le cas du sang²⁴⁰.

b) Les lois de 1991 et de 1993

Partant de la constatation que les autorités publiques, administratives et scientifiques, avaient commis de graves erreurs concernant ces transfusions contaminées, il a été décidé par le gouvernement d'adopter une loi permettant une indemnisation plus rapide et plus complète des victimes de ces transfusions. Ainsi, en fut-il avec la loi du 31 décembre 1991²⁴¹. Il convient d'en observer les grandes lignes, à toutes fins utiles... Cette loi ne s'applique qu'aux contaminations par le virus d'immunodéficiência humaine²⁴². En ce qui concerne les autres causes possibles de contamination, seul le droit commun a donc vocation à s'appliquer^{242 bis}.

L'article 47 de cette loi institue un Fonds public d'indemnisation. Cet article crée à l'égard des victimes une sorte de présomption simple de causalité entre l'atteinte par le VIH et la transfusion, qu'elles doivent cependant établir par tout moyen. La charge de la preuve contraire incombe par conséquent au Fonds lui-même. Ce dernier a l'obligation de procéder à des investigations afin d'établir si la demande de la victime est fondée, dans les trois mois de cette demande. S'il admet les justifications fournies par la victime, il doit alors dans un délai d'un mois, lui verser des provisions si elle le souhaite. Et dans un délai de trois mois à partir du même point de départ, il doit lui faire une offre d'indemnisation. Celle-ci peut être acceptée ou rejetée par la victime. Dans le premier cas, elle reçoit son indemnisation dans

²³⁹ C. civ., art. 1386-11 4°, précité, note 214

²⁴⁰ C. civ., art. 1386-12, al. 1^{er} dispose en effet que « le producteur ne peut invoquer la cause d'exonération prévue au 4° de l'article 1386-11 lorsque le dommage a été causé par un élément du corps humain ou par les produits issus de celui-ci ».

²⁴¹ Loi n° 91-1406 du 31 déc. 1991, J.O. 4 janv. 1992, p. 178

²⁴² Ainsi, sont exclues du champ d'application de cette loi les infections nosocomiales (pour lesquelles la jurisprudence a allégé les moyens de preuve afin de faciliter leur indemnisation : *supra*, p. 89), les contaminations résultant de l'administration thérapeutique de substance d'origine humaine autres que le sang (excluant ainsi de cette indemnisation les victimes de la maladie de Creutzfeld-Jacob auxquelles ont été administrées des hormones de croissance), les contaminations par le virus de l'hépatite C (sachant que le ministère de la santé a estimé qu'il y avait en France entre 250.000 et 400.000 personnes contaminées par ce virus...).

un délai d'un mois, et le Fonds peut alors se retourner contre le responsable de la contamination par le biais d'une action récursoire. Dans le second cas, la victime a deux mois à partir de la proposition ou du refus du Fonds pour engager une action en justice contre le Fonds lui-même.

On assiste donc à la coexistence de deux systèmes de réparation. Les victimes, ou leurs ayants droit, peuvent saisir le Fonds créé en 1991, ou engager la responsabilité de l'Etat pour carence. Leur recours au Fonds est donc facultatif. Si le juge saisi sait que le Fonds a déjà indemnisé la victime, il doit d'office déduire cette somme du montant du préjudice indemnisable. Par contre, il doit octroyer une réparation intégrale du préjudice quand la somme versée par le Fonds est susceptible d'être remise en cause, ou quand le versement de la somme allouée définitivement, est subordonné à l'apparition de la maladie. Ce système d'indemnisation n'est par conséquent pas très clair pour les victimes, et la France a été condamnée sur ce point par la Cour Européenne des Droits de l'Homme²⁴³. Ceci est important à savoir si une loi crée un fonds d'indemnisation des accidents médicaux sur le modèle de celui créé en 1991.

Une loi du 4 janvier 1993²⁴⁴, relative à la sécurité en matière de transfusion sanguine, a généralisé le principe de la responsabilité sans faute des établissements à l'égard des donneurs, sans considération de l'origine des dommages.

Au regard de toute cette jurisprudence et de ces textes législatifs acceptant d'indemniser des victimes d'accidents médicaux spécifiquement définis sur la base d'une responsabilité objective pour risque, on peut imaginer que la même chose est possible de façon générale, pour tous les accidents médicaux. Cela serait même totalement souhaitable compte tenu de la situation d'extrême détresse dans laquelle se trouvent souvent ces victimes, dépourvues de toute indemnisation. Juridiquement et humainement, la situation actuelle ne nous semble plus tenable, d'autant plus face à la multiplication des risques sérieux. C'est pourquoi il apparaît plus que jamais nécessaire d'opérer une réforme plus ou

^{242 bis} Des procès ont également eu lieu au Québec dans des litiges où des personnes avaient été infectées par le virus du VIH par suite d'une transfusion sanguine : Kobe ter Neuzen c. Dr Gerald Korn [1995] 3 S.C.R. 674 ; Godin c. Société canadienne de la Croix rouge (J.E. 93-1126).

²⁴³ C.E.D.H. 4 déc. 1995, Bellet, J.C.P. 1996. II. 22648, note Harichaux

²⁴⁴ Loi n° 93-5 du 4 janv. 1993 relative à la sécurité en matière de transfusion sanguine, Gaz. Pal. 1993. 1. Bull. lég. p. 187

moins étendue de la responsabilité médicale telle qu'elle existe aujourd'hui au Québec et en France, afin de rendre possible une meilleure indemnisation des victimes d'accidents médicaux.

PARTIE II

LES REFORMES POSSIBLES DU SYSTEME ACTUEL EN VUE D'UNE MEILLEURE INDEMNISATION DES VICTIMES D'ACCIDENTS MEDICAUX

« Le risque zéro, la sécurité absolue n'existent pas. Le risque est inhérent à la vie comme à la médecine »²⁴⁵.

Partant de cette constatation, on peut se demander s'il ne serait pas effectivement possible que la société, dans son ensemble, prenne en charge la réalisation des risques médicaux quand ceux-ci causent des dommages fortement invalidants, voire mortels.

En réalité, l'idée d'un système d'indemnisation des accidents médicaux sans faute fut émise dès 1966 par André Tunc²⁴⁶. Celui-ci s'est inspiré de la théorie du risque élaborée par Saleilles, à la fin du 19^{ème} siècle, et reprise par Josserand. La responsabilité qui pourrait être mise en cause ne se trouve plus fondée sur une faute dans ce système, elle est objectivée, reposant uniquement sur les risques générés par l'activité médicale elle-même. En dépit d'une réelle crise de la responsabilité médicale, cette idée n'a été mise en œuvre de façon générale par un texte unique ni au Québec, ni en France.

D'ailleurs, certains auteurs insistent sur le fait qu'il n'y aurait pas une crise, mais plusieurs crises de cette responsabilité, dépendant du point de vue adopté²⁴⁷. Par conséquent, le choix de la réforme qui sera effectué remédiera plus ou moins à tous les aspects de la crise. Certains seront forcément privilégiés par rapport à d'autres. Ces différentes crises « reflètent des choix idéologiques différents et justifient parfois des réformes contradictoires »²⁴⁸.

Pour autant, certains soulignent que toute réforme doit répondre à trois objectifs :

²⁴⁵ Déclaration de Bernard Kouchner, ministre de la Santé, le 17 Décembre 1992, dans une interview accordée au journal Le Monde.

²⁴⁶ Si cette idée était émise en France dès 1966 par André Tunc dans La responsabilité civile du médecin, 2^{ème} congrès international de morale médicale, tome 1, Paris, 1966, elle l'était également par un auteur américain, A. Ehrenzweig, dès 1964 : « Compulsory Hospital-Accident Insurance: a Needed First Step Towards the Displacement of Liability for Medical Malpractice », (1964) 31 U.Chic.L.Rev.279.

²⁴⁷ Supra, p. 14

²⁴⁸ D. JUTRAS, loc. cit., note 27

« compensatoire, dissuasif, distributif »²⁴⁹. On entend par là que le système de responsabilité modifié devrait tout à la fois permettre la meilleure indemnisation possible des victimes d'accidents médicaux, mais aussi dissuader des comportements jugés inacceptables par la société. Enfin, le système devrait être financé de façon équilibrée et justifiée.

Pour parvenir à mettre en œuvre ces trois objectifs dans le cadre d'une réforme de la responsabilité médicale, différents moyens sont possibles. Selon ceux choisis, la réforme du système sera plus ou moins profonde, plus ou moins radicale. Quoiqu'il en soit, une modification des règles existantes en la matière semble désormais incontournable, essentiellement au regard de la mise en exergue de certains de leurs droits par les patients eux-mêmes (chapitre I). Si certaines réformes deviennent aujourd'hui incontournables (chapitre II), d'autres consistant en une transformation radicale du système existant apparaissent souhaitables (chapitre III).

CHAPITRE I-

LA REMISE EN CAUSE DU SYSTEME ACTUEL PAR UNE MISE EN VALEUR PAR LES PATIENTS DE CERTAINS DE LEURS DROITS

L'influence de la common law sur le droit québécois se fait sentir de façon importante dans le principe d'autodétermination du sujet. Selon Gérard Mémeteau²⁵⁰, le droit à l'autodétermination deviendrait même « la principale valeur de l'action sur la personne ». L'auteur constate « l'existence d'un contexte sociologique nord-américain où le développement des droits individuels a atteint des proportions étonnantes voire déroutantes... ». Il parle à ce propos, fort justement à nos yeux, de « me-generation » ! Parallèlement à l'attention qui est portée afin de protéger l'individu dans sa personne, cette dernière est souvent réduite à sa volonté.

Il en va tout autrement dans les pays régis par le droit civil où le principe qui prédomine est celui de l'indisponibilité du corps humain. Par conséquent, la volonté de la

²⁴⁹ P. A. MOLINARI, *loc. cit.*, note 6, 338

²⁵⁰ G. MEMETEAU, *loc. cit.*, note 1, 42

²⁵¹ G. MEMETEAU, *loc. cit.*, note 1, 42

personne doit s'effacer derrière lui. Néanmoins, même dans ces contrées, l'autonomie de la volonté humaine tend à prendre de plus en plus d'importance, comme nous allons l'observer, au regard de l'exigence de l'obtention d'un consentement éclairé à tout acte médical (A). Mais c'est essentiellement le principe de dignité humaine qui, appliqué en matière de responsabilité médicale, oblige à porter une attention particulière, toujours plus intense, aux patients en tant que victimes d'accidents médicaux. En vertu de ce principe, on assiste aujourd'hui à la nécessité de restaurer une confiance « en perdition » entre patients et médecins (B).

A LE CONSENTEMENT LIBRE ET ÉCLAIRÉ DU PATIENT, CONDITION DE LA PROTECTION DE SA DIGNITÉ

Le principe de dignité humaine, fondamental dans l'éthique biomédicale, permet de mettre en valeur à quel point le consentement éclairé du patient, dont il a précédemment été fait mention, est primordial.

En France, depuis quelques années, on assiste à une multiplication des textes protecteurs des droits de la personne malade. Mais ces textes sont trop nombreux, trop éparpillés, et par conséquent inappliqués car inconnus.

Au Québec, la *Charte québécoise des droits et libertés de la personne* ainsi que la *Charte canadienne des droits et des libertés* consacrent, elles aussi, un grand nombre de droits des patients.

Au plan régional, il existe également des déclarations sur les droits des patients qui affirment en général le droit à la protection de la santé, et le principe de la protection de la dignité de la personne humaine²⁵².

L'apparition de la théorie du consentement éclairé à partir des années 1980' est due à la « nouvelle promotion de l'individu et de la protection de ses droits. C'est la contrepartie de la valeur qu'une société civilisée attache à la personne humaine »²⁵³.

²⁵² Le Groupe des Conseillers pour l'Éthique de la Biotechnologie, instance consultative placée auprès de la Commission européenne, émet des avis ponctuels rendus à propos de projets de textes communautaires qui ne sont pas sans avoir une certaine influence sur le droit positif. Il fait de la dignité humaine le principe clef de l'éthique biomédicale. Le principe de consentement libre et éclairé en découle naturellement. Il est conçu comme une exigence essentielle en matière médicale.

²⁵³ F. TÔTH, *loc. cit.*, note 106, 1

L'exigence de l'obtention d'un consentement éclairé à tout acte accompli sur le corps humain existe depuis longtemps en common law et en droit civil. La jurisprudence québécoise l'a affirmé depuis longtemps. Il en va par exemple ainsi du jugement Bordier de 1934²⁵⁴. L'obtention d'un tel consentement résulte d'une information loyale mettant le patient en mesure d'évaluer les chances et les risques de l'intervention. La Cour d'appel du Québec dans la décision Chouinard c. Landry de 1987, faisait état du devoir dual du médecin, soit d'informer le patient puis obtenir son assentiment après qu'il ait mesuré les risques de l'intervention²⁵⁵.

Les mêmes exigences existent en France et pour les mêmes raisons. Le principe est que toute intervention sur autrui est un acte criminel de voies de fait, sauf si celle-ci est autorisée par la personne intéressée. Cette dernière doit pour ce faire, donner son consentement éclairé.

Si le défaut d'information constitue une faute aujourd'hui, c'est parce que l'information est de plus en plus nettement envisagée comme un droit fondamental des patients, tant au plan national qu'international. Ce droit est en effet lié à la dignité de la personne, en ce qu'il conjugue liberté individuelle et inviolabilité de la personne, par le biais de l'obtention d'un consentement libre et éclairé. Ce dernier trouve son fondement dans les *Chartes des droits* canadienne et québécoise en ce qu'elles consacrent l'invocabilité de la personne²⁵⁶.

L'information a pour but de permettre au patient d'établir une sorte de bilan thérapeutique : quels sont les avantages et les risques liés à un soin particulier que son médecin lui propose ? Correctement informé, il pourra donner un consentement ou un refus éclairé.

Le fait que les médecins interviennent sur la personne humaine confère une dimension éthique très importante au sujet soigné. A cet égard, la spécificité de l'intervention médicale a deux caractères: le premier est l'aspect fondamental et inaliénable de la liberté de l'Homme, et le second est le droit au respect de sa personne. Ces deux caractéristiques expliquent pourquoi le médecin ne peut prodiguer des soins risqués au patient que si au préalable, il a obtenu son consentement éclairé. Toute l'évolution du droit positif va

²⁵⁴ Bordier c. S., (1934) 72 C.S. 316

²⁵⁵ Chouinard c. Landry, [1987] R.J.Q. 1954

²⁵⁶ Martin HEBERT, « L'application des Chartes canadienne et québécoise en droit médical », (1989) 30 Les Cahiers du droit 495, à la page 500 ; *Charte canadienne des droits et libertés* (Loi sur le Canada, Royaume-Uni, 1982, C. II, Annexe B), art. 2 et 7 ; *Charte des droits et libertés de la personne*, L.R.Q., c. C-12, art. 1, 3, 5 et 9.

d'ailleurs dans ce sens.

Au nom de la liberté individuelle, chaque personne a le droit de disposer de son corps comme elle l'entend. Même si ce droit n'est pas absolu en raison de la coexistence des droits de toutes les personnes au sein d'une société, il ne peut être correctement exercé que si la personne dispose de toutes les informations nécessaires pour mesurer ses choix.

En raison de cette liberté, conjuguée au principe d'inviolabilité de la personne, il ne fait aucun doute que son consentement est nécessaire et même indispensable pour tout traitement médical qu'elle reçoit. Néanmoins ce consentement n'est pas suffisant, s'il n'est pas revêtu de certaines qualités. En effet, la protection de la liberté de chaque personne passe par un consentement libre, éclairé et exprès selon la Cour de cassation, c'est-à-dire que la personne ne doit pouvoir consentir qu'après avoir véritablement mesuré l'impact que le traitement pourra avoir sur elle.

En outre, dans la mesure où tout un chacun se trouve forcément désarmé face à une technique qu'il ne connaît pas et maîtrise encore moins, dans un contexte où sa sensibilité est exacerbée, on attend des médecins qu'ils assistent leurs patients dans leurs choix en les aidant à déterminer la meilleure solution pour eux. Cela explique pourquoi l'obligation d'information, même si elle est remplie par un médecin, ne le dispense pas pour autant de son obligation de conseil. En effet, l'appréciation du caractère libre du consentement n'est pas évidente et s'avère parfois difficile. « Quelle liberté pour la personne qui se sent prisonnière de sa maladie? (...) »²⁵⁷

Afin que le consentement du patient soit le plus libre et le plus éclairé possible, les Codes de déontologie médicale prévoient que le médecin propose à son patient de consulter un confrère, ou tout du moins d'accepter cette consultation dans certaines circonstances, quand le patient a des décisions importantes à prendre comme le choix d'une thérapeutique particulière par exemple²⁵⁸. Il doit même pouvoir bénéficier d'un délai de réflexion, ce qui le rapproche encore un peu plus de la catégorie des consommateurs.

Le renforcement de l'exigence de l'obtention d'un consentement éclairé du patient témoigne de la modification afférente à la relation liant le patient à son médecin. Celle-ci

²⁵⁷ Jean-François MATTEI, audition devant la section des affaires sociales de l'Assemblée Nationale Française le 24 janv. 1996

²⁵⁸ Code de déontologie des médecins du Québec, précité, note 62, art. 2.03.03 ; Code de déontologie médicale français, précité, note 62, art. 60.

n'est plus à sens unique, et les deux partenaires demeurent sur un pied d'égalité. A cette fin, l'information donnée au patient ne peut qu'être quantitativement et qualitativement plus substantielle qu'elle ne l'était jusqu'à présent. Les erreurs et maladresses en tous genres seront difficiles à expliquer par le biais de la fatalité compte tenu des explications fournies auparavant. Cette façon d'envisager les relations entre les professionnels de la santé et les patients présente l'avantage indéniable de les assainir dans la mesure où certains abus d'autorité n'ont plus lieu d'être²⁵⁹.

B LA RESTAURATION NÉCESSAIRE DE LA CONFIANCE ENTRE LE PATIENT ET SON MÉDECIN

L'augmentation du contentieux en matière de responsabilité médicale trouve sans nul doute l'une de ses sources principales dans deux phénomènes.

On a d'abord assisté à une dépersonnalisation importante des rapports entre les patients et les médecins. Loin d'être privilégiés, ces derniers ont été empreints d'une manière croissante d'une attitude consumériste d'une part et d'une autre de prestation de services d'autre part. Les médecins qui ont longtemps bénéficié d'une aura incontestable grâce à leurs connaissances inaccessibles à la plupart des patients, se sont vus progressivement assimilés à de simples professionnels (1°).

Dans le même temps, c'est l'image de la médecine elle-même qui s'est transformée, passant d'un état de vénération sans limites à celui d'une exigence non moins étendue. En raison de la technicité dont elle est désormais caractérisée, la médecine suscite une attente toujours plus grande, ne souffrant plus que des erreurs soient commises. Le droit ne saurait ignorer davantage cette évolution de la perception de la médecine (2°).

1° La remise en cause du pouvoir médical liée à la vision consumériste du patient

Au regard de l'évolution de la médecine et de la perception du patient comme sujet de droits, les relations médicales se sont transformées en raison du changement d'attitude

²⁵⁹ J.-L. BAUDOUIN, *loc. cit.*, note 79, 66

des différents protagonistes, le patient s'assimilant de plus en plus à un consommateur (a) et le médecin à un simple prestataire de services (b).

a) L'assimilation du patient à un consommateur, objet de droits et protections particulières

La perception du patient comme bénéficiaire de droits constitue un phénomène de plus en plus sensible, que certains qualifient de « consumérisme de services professionnels »²⁶⁰. Même à l'égard d'un hôpital public, où il reste un usager du service public hospitalier, on le considère de plus en plus comme un client voire un consommateur. D'ailleurs, un hebdomadaire, 50 millions de consommateurs, a récemment publié une enquête mettant en doute la qualité des services d'urgence de certains établissements! Elle les a même classés en fonction de leur degré d'efficacité et de sécurité.

En tant que consommateur, le patient s'estime en droit d'exercer des actions en responsabilité à l'encontre de tout professionnel de la santé qui ne l'aura pas contenté. On peut expliquer également ce phénomène par le fait que tant en France qu'au Québec, tout citoyen se trouve dans l'obligation de déboursier des sommes importantes pour la santé en général. Le système de sécurité sociale assumé financièrement par tout un chacun contribue sans nul doute à l'exigence d'un service de qualité. La médecine ne s'apparente plus à un art mystérieux comme cela a été si longtemps le cas. Elle constitue une science de laquelle on attend des résultats, et surtout pas des erreurs.

b) L'assimilation du médecin à un prestataire de services

Le corollaire du fait que le patient devienne un consommateur est que le médecin a tendance à devenir un professionnel, simple prestataire de services, et par conséquent, sa responsabilité peut être de plus en plus souvent engagée.

L'arrêt de la Cour de cassation du 25 février 1997 précité²⁶¹ en particulier, est assez révélateur à cet égard : la vision du médecin a évolué, il est passé du « sauveur en blanc », à un simple professionnel en rapport avec un patient-consommateur.

Ce professionnel, comme d'autres, est mis en concurrence avec ses confrères, desquels un

²⁶⁰ Id., 65

²⁶¹ Civ. 1^{ère}, 25 févr. 1997, précité, note 140

second avis est désormais souvent sollicité.

Le patient, devenu lui aussi un client, fait de plus en plus l'objet d'une protection spécifique, similaire dans certains de ses principes à celle émanant du droit de la consommation. Il se forme en effet, un contrat entre une partie forte et l'autre faible, que les tribunaux cherchent par différents moyens à protéger. Ce faisant, la jurisprudence a contribué à entraîner une dégradation des rapports entre patients et médecins qui ne seraient plus basés aujourd'hui sur une totale confiance, pourtant nécessaire. Une relation patient / médecin qui se limiterait à celle de typologie consommateur / prestataire de services connaîtrait nécessairement des limites.

En effet, il importe à nos yeux de rester mesuré vis-à-vis d'une conception trop consumériste des patients. Aux Etats-Unis, la santé semble être considérée comme un service depuis un long laps de temps. Cela peut entraîner des conséquences par la suite sur l'accès aux soins. Selon ses possibilités financières, tout patient ne pourra justifier des mêmes droits par rapport au monde médical qui fonctionnera alors à plusieurs vitesses.

2° La transformation nécessaire de l'image que les médecins renvoient d'eux-mêmes

Le médecin a longtemps bénéficié d'une image forte à l'égard de ses concitoyens, en tant que détenteur d'une science inconnue au plus grand nombre. Mais aujourd'hui où sa responsabilité se trouve de plus en plus souvent mise en cause – traduisant une perte de confiance importante des patients (a) – on peut se demander s'il ne serait pas possible d'imaginer ce professionnel dans le cadre d'un nouveau modèle de relation le liant à ses patients (b), afin de rétablir une confiance nécessaire entre eux.

a) La perte de confiance des patients envers leurs médecins

Encore aujourd'hui, le médecin symbolise les progrès mirifiques de la médecine. Il constitue en ce sens, le lien entre les patients profanes en la matière et toutes les nouvelles technologies, de reproduction et autres, en ces temps de découvertes toujours plus

étonnantes. On comprend alors mieux pourquoi il a longtemps été cette sorte d'homme intouchable.

Le conflit était donc inévitable, entre cette image que les médecins renvoient d'eux-mêmes, et la réalité. Genre de « sorcier », le médecin donne l'impression de détenir une sorte de pouvoir, de la naissance à la mort. On le respecte et on le craint pour cela. Il détient une science inaccessible aux patients qui viennent le consulter et qui remettent leur vie entre ses mains.

Les vecteurs de cette image sont de trois ordres. Les médecins eux-mêmes aiment à jouer de leur image précédemment décrite. Mais ils ne sont pas les seuls. Les patients et les médias entretiennent en quelque sorte ce mythe : il n'est pas rare de lire des articles de presse aux titres tels que « Encore un nouveau miracle de la médecine... ». C'est bien la collectivité dans son ensemble qui a contribué à créer un décalage entre la réalité et l'image des médecins.

Ce décalage, comme il a été souligné précédemment, provient du fait que la médecine s'éloigne des arts pour désormais faire partie intégrante de la science, aux yeux des patients, qui se montrent alors davantage exigeants. Bernard Kouchner a bien su traduire cet état des choses :

« La médecine traverse aujourd'hui une crise de confiance : le magistère de droit divin du médecin vacille.

Le corps médical a longtemps bénéficié d'une confiance aveugle des patients, reposant d'abord sur une ignorance absolue déguisée sous un langage ésotérique, si bien dépeint par Molière, puis sur l'illusion d'un savoir absolu, toujours servi par un langage hermétique aux intrus, aux patients.

Prenons garde au retour du balancier : que cette confiance aveugle des patients, reposant d'abord sur une ignorance absolue, bascule en une méfiance systématique, et c'est notre système de santé tout entier qui risque d'être mis à mal. (...) Les patients n'attendent plus de nous une feinte infaillibilité mais une écoute constante, un soutien humain (...). »²⁶².

²⁶² Déclaration de Bernard KOUCHNER (médecin à l'origine), Ministre de la santé et de l'action humanitaire, le 9 février 1993, lors de la journée du 10^{ème} anniversaire du Comité consultatif national d'éthique pour les sciences de la vie et de la santé intitulée « Que recouvre la notion du consentement éclairé ? Comment définir le devoir d'information et le souci de vérité du médecin ? », dans COMITE CONSULTATIF NATIONAL D'ETHIQUE POUR LES SCIENCES DE LA VIE ET DE LA SANTE, « Consentement éclairé et information des personnes qui se prêtent à des actes de soin ou de recherche », Les cahiers du Comité Consultatif National d'Éthique pour les sciences de la vie et de la santé, 17 oct. 1998. 3, à la page 6

En ce sens, cet auteur est rejoint pas d'autres observateurs. Les patients réalisent que les médecins ne peuvent tout guérir et, qu'en dépit des progrès formidables de la médecine, l'aléa existera toujours. Il est patent que les victimes d'accidents médicaux demeurent conscientes que personne n'est infaillible. Elles regrettent le plus souvent que leur médecin, après l'invention qui leur a été dommageable, n'ait pas souhaité les écouter, leur expliquer ce qui était réellement arrivé. Beaucoup d'entre elles affirment que si un tel dialogue avait pu être mis en place, elles n'auraient sans doute pas engagé un procès. Du fait que cet échange nécessaire entre patients et médecins a quasiment disparu, on aboutit généralement à une impasse lors de la survenance d'un accident médical, fautif ou pas. Certaines compagnies d'assurances françaises auraient même conseillé à leurs médecins de se taire le plus longtemps possible lors d'une réclamation émanant d'un patient : « ne préjugez pas de votre responsabilité, observez une extrême prudence verbale, songez aux règles déontologiques, notamment dans les rapports confraternels, n'écrivez rien sans avoir pris notre avis... »²⁶³.

Compte tenu de la situation actuelle, il semble nécessaire de réfléchir à un nouveau modèle de relation entre patients et médecins, en vue de rétablir une confiance en état de décrépitude.

b) Le passage d'un modèle paternaliste à un modèle autonomiste, ou la recherche d'une troisième voie

La relation qui existait auparavant entre le médecin omniscient et le patient profane était fondée sur un autoritarisme consenti. Dans ce cadre, les informations divulguées à la personne malade n'étaient que celles que le médecin estimait nécessaires. Le patient exprimait très rarement sa volonté en matière de thérapeutique.

On a vu que ce temps était désormais révolu, principalement en raison de l'importance prise par la personne même du patient, en tant que sujet de droits. Sur le fondement de l'autonomie de sa volonté et de la dignité de sa personne, tout patient est amené à faire les propres choix éclairés le concernant.

On serait passé d'une sorte de paternalisme éclairé, où il était entendu que le médecin décide plus ou moins unilatéralement de ce que doit être le bien du patient, à une ambiance plus contractuelle, où le médecin réalise des offres de traitement qui, grâce à une

²⁶³ V. LESUEUR, *op. cit.*, note 14, p. 82

information ciblée, permet au patient de les accepter ou pas.

« Sur le plan éthique, cette évolution peut être comprise, schématiquement, comme passage d'une éthique téléologique, mettant au premier plan le principe de bienfaisance, vers une éthique médicale de style déontologique, mettant au premier plan le principe du respect des personnes, tenues pour des sujets moraux autonomes »²⁶⁴.

Cela est sans doute dû à une influence nord-américaine. « Elle serait à la médecine ce qu'est à la vie politique européenne l'apprentissage de la démocratie »²⁶⁵.

L'évolution jurisprudentielle afférente à la relation médicale met en évidence que celle-ci revêt des dimensions éthiques et politiques.

Il serait intéressant de trouver une sorte de troisième voie qui reconnaîtrait à la fois, la liberté des patients, leur choix de vie, leurs valeurs, sans pour autant « sombrer dans l'indifférence coupable »²⁶⁶. En effet, même si le patient demeure en toutes circonstances un sujet libre et autonome, il n'en est pas moins amoindri par la maladie, les souffrances. Et il semble évident que le médecin doit conserver son rôle de conseil.

A nos yeux, le rétablissement de la confiance entre les médecins et leurs patients pourrait être facilitée par l'admission d'un plus grand nombre d'indemnisations d'accidents médicaux sans égard à une quelconque faute médicale. En effet, si tout accident de ce type bénéficiait d'une indemnisation automatique, assortie d'une forte limitation des recours judiciaires par les victimes une fois leurs dommages réparés, le dialogue reposerait sur des bases plus sereines entre patient et médecin. Il ne serait plus question de rechercher une faute quelconque pour le patient.

Si rien n'est fait dans ce sens, on peut craindre une appréciation des fautes médicales de plus en plus sévère par les tribunaux, sensibles à la situation défavorable dans laquelle se trouvent les victimes d'accidents médicaux, d'où un risque de détérioration de la confiance entre patient et médecin, bien plus importante qu'elle ne l'est aujourd'hui. En la matière, il est sans doute préférable d'« invoquer la fatalité plutôt que la négligence ou la maladresse

²⁶⁴ COMITE CONSULTATIF NATIONAL D'ETHIQUE POUR LES SCIENCES DE LA VIE ET DE LA SANTE, *loc. cit.* note 261, 8

²⁶⁵ B. KOUCHNER, *loc. cit.*, note 261

²⁶⁶ Suzanne RAMEIX, « Dimensions éthiques de la relation entre le médecin et le patient », *Gaz. Pal.* 20-21 février 1998. 18, à la page 20

des médecins. Cela permet de substituer le désir de justice à celui de vengeance »²⁶⁷.

On sent bien, à travers tout ce qui a été dit précédemment, que des réformes en matière de responsabilité médicale sont nécessaires. Plusieurs propositions ont été faites, et il convient d'en distinguer deux types. Les premières sont incontournables si l'on veut éviter que les relations entre les patients avec leurs système de santé se dégradent encore un peu plus. Mais il semble qu'en réalité, les réformes, devraient être bien plus radicales.

CHAPITRE II-

LES REFORMES ET AMÉLIORATIONS INCONTURNABLES POUR UNE MEILLEURE PRISE EN COMPTE DES VICTIMES D'ACCIDENTS MÉDICAUX

Comme il vient juste de l'être démontré, les relations entre patients et médecins se dégradent davantage chaque jour, en raison d'un manque croissant de confiance réciproque. De nombreuses victimes d'accidents médicaux se plaignent de ce manque de dialogue, de surcroît, quand survient un tel événement dommageable. C'est pourquoi, le développement des moyens de médiation et de conciliation nous semble devoir faire l'objet de l'attention de tous (B). Mais ils ne sont pas les seuls.

Il est frappant de constater à quel point ces mêmes victimes d'accidents médicaux se plaignent de la façon dont sont réalisées les expertises médicales. Epreuves supplémentaires pour elles, ces expertises n'en demeurent pourtant pas moins indispensables, dans le cadre d'une procédure visant à l'obtention d'une indemnisation. Sans nul doute, ce domaine relatif à la preuve mérite, lui aussi, que l'on s'y arrête afin de d'envisager les façons de l'améliorer (A).

A LA REDÉFINITION DU RÔLE DES EXPERTS MÉDICAUX

Les experts médicaux jouent sans nul doute un rôle essentiel en matière de

²⁶⁷ Maître Fédia JULIA, dans V. LESUEUR, *op. cit.*, note 14, p. 31

responsabilité médicale (1°). Mais pour différentes raisons, notamment d'objectivité, les victimes d'accidents médicaux éprouvent de la difficulté à bénéficier de leurs témoignages(2°). Aussi, des améliorations relatives à l'intervention de ces experts semblent aujourd'hui nécessaires (3°).

1° La fonction des experts dans les procédures relatives aux accidents médicaux

Le rôle des experts médicaux dans le cadre d'un procès exercé à l'encontre d'un médecin est essentiel, dans la mesure où il détient la compétence nécessaire pour apprécier l'état d'un patient, ainsi que les normes existantes en matière médicale (a). Il est alors à même d'apprécier le déroulement des faits, et de renseigner le tribunal saisi à ce sujet (b).

a) Rôle essentiel en raison de l'importance prise par les preuves

Le but poursuivi par le témoignage d'un expert concerne l'administration de la preuve. Par celui-ci, l'expert exprime son opinion sur un fait qui relève de sa compétence. Au Québec, le témoignage d'opinion est permis à titre exceptionnel dans certains cas, notamment pour prouver l'état physique d'une personne.

Si le rôle des experts médicaux semble si important en matière de responsabilité médicale, c'est sans nul doute en raison du fait que concernant une demande d'indemnisation de dommages subis à l'occasion d'un acte médical, tout se joue le plus souvent sur des problèmes de preuves.

En général, la réalité des dommages subis par un patient est rarement remise en cause. En revanche, il convient de déterminer si la faute reprochée à un médecin, nécessaire à toute indemnisation, a réellement été commise, et si elle a entraîné les dommages subis par le patient demandeur. Pour ce faire, des connaissances techniques paraissent indispensables. Aussi, les victimes d'accidents médicaux subissent en général expertise puis contre-expertise. Et, dès qu'un certain laps de temps s'est passé, elles doivent en général se soumettre à des examens supplémentaires.

D'ailleurs, même en cas de présomption de faute, il appartient à la victime de l'accident médical de prouver son dommage ainsi qu'un certain nombre de probabilités selon lesquelles sans une faute du défendeur, le dommage ne se serait pas produit. Les expertises médicale revêtent donc, y compris dans cette hypothèse, une importance capitale.

Ces différentes expertises ont pour objectif d'informer les magistrats sur les circonstances de l'accident thérapeutique.

b) L'information des magistrats sur les éléments indispensables au jugement

L'exercice de sa mission par l'expert médical diffère quelque peu en France et au Québec. En effet, si l'expert québécois est amené à exprimer son opinion sur le déroulement des faits ayant occasionné les dommages subis par un patient, il en va différemment pour l'expert français qui doit justement taire cette opinion.

En théorie, l'expert français est un spécialiste impartial qui fournit aux magistrats les éléments indispensables à un jugement équitable. D'ailleurs, la Cour de cassation a pu préciser que²⁶⁸:

« L'expert est un technicien auquel le juge a recours pour l'éclairer [...] sur une question de fait qui requiert ses lumières. [...] S'il doit donner son avis sur les points pour l'examen desquels il a été commis, [...] il ne doit jamais porter d'appréciations d'ordre juridique. Or l'appréciation de l'existence d'une faute et de celle du lien de causalité relèvent de l'office du juge [...]; les experts ne devraient donc pas se voir confier de missions leur demandant de se prononcer sur l'existence de la faute du médecin et sur celle du lien de causalité. ».

La Cour de cassation reprenait ici les articles 232 et 238 du Nouveau Code de Procédure Civile. Le tribunal se prononce donc, au regard de l'expertise réalisée, à laquelle il aura pu adjoindre des compléments d'expertises voire des contre-expertises.

Afin d'informer le tribunal, l'expert a l'obligation de rédiger un rapport, dans lequel il développe cinq points : l'exposé des faits, l'examen des pièces du dossier, celui du patient, si cela est nécessaire. Enfin, il discute des éléments précédents et conclut, sans pour autant

²⁶⁸ Civ. 1^{ère}, 7 janv. 1997, non publié.

dire si à son avis, qu'une faute en relation des causalité avec les préjudices du patient a été commise. Les points précis qui font litige doivent ainsi apparaître.

La fonction de l'expert au Québec, consiste, comme en France, à informer le tribunal sur les différents points litigieux du procès. Il informe les magistrats sur l'état de la science médicale, ainsi que sur les normes existantes de la pratique médicale. En revanche, contrairement au système français, l'expert peut être amené à exprimer son opinion, quant à la conduite adoptée par le médecin mis en cause, à savoir s'il estime que celui-ci a commis une faute ou pas au regard des règles de l'art. D'ailleurs, le témoignage d'expert a essentiellement pour objet l'expression d'une opinion. Un magistrat a ainsi pu s'exprimer de cette façon :

« l'expert est là pour exprimer une opinion ; (opinion que le juge n'est pas obligé d'accepter évidemment) ; il peut baser son témoignage sur du oui-dire ; on peut lui poser des questions hypothétiques ; l'on a recours à sa science et à son expérience pour éclairer la Cour, dans un sens ou dans l'autre, sur les problèmes techniques, ou dans ce cas-ci, médicaux, où les juges n'ont que des notions bien vagues (...) »²⁶⁹.

Du fait qu'au Québec, les experts sont choisis par chacune des parties, le rôle de celui du patient consiste donc à prouver que le dommage résulte du fait du médecin défendeur, d'une négligence lui étant imputable. De telle sorte qu'une des dérives possibles est que l'expert adopte systématiquement le point de vue de son client.

2° De « simples professionnels » à l'objectivité en question

En raison tant de leur mode de désignation, que de celui de leur intervention (a), les experts ne fournissent pas, la plupart du temps, des garanties d'objectivité propres à rassurer les victimes concernant le déroulement du procès qu'elles ont engagé (b).

²⁶⁹ Hôtel-Dieu de Québec c. Bois, [1977] C.A. 563, à la page 568, cité par Léo DUCHARME, L'administration de la preuve, 5ème édition, collection Bleue, Wilson et Lafleur, 1986, p. 108

a) Le choix des experts médicaux

Au sujet de la désignation des experts médicaux, le Québec et la France s'opposent également en théorie. Mais pratiquement, les remarques propres à l'activité de ces professionnels sont relativement identiques.

En France, les victimes peuvent demander des expertises officieuses à des spécialistes qu'elles choisissent. Mais parallèlement, une expertise judiciaire est systématiquement ordonnée, soit par le juge des référés avant que le procès ne soit examiné au fond, soit par le juge de la mise en état ou par le tribunal, après la délivrance de l'assignation. Ces experts sont choisis par le juge saisi, parmi une liste détenue par les cours d'appel et la Cour de cassation, réactualisée chaque année. Leur inscription sur cette liste ne requiert aucune attestation de formation particulière. Ces experts ne sont jamais entendus comme témoins dans l'enceinte du tribunal.

Il en va autrement au Québec, où toutes les personnes intéressées sont entendues par les magistrats, y compris les experts. La désignation des experts québécois emprunte une voie différente, dans la mesure où il appartient à chaque partie au procès d'engager son expert. Par conséquent, les tribunaux sont très souvent conduits à trancher entre des positions contradictoires d'experts, concernant la conduite adoptée par le médecin mis en cause. Les tribunaux peuvent eux-mêmes procéder à la désignation d'experts, mais il ne s'agit en aucun cas de la pratique courante. Si un patient ne parvient pas à se faire assister d'un témoin-expert, ses chances d'obtenir une indemnisation sont quasiment nulles, à tel point qu'un avocat se sentira incapable de mettre en valeur les arguments de son client. Or, au Québec, il existe une réelle difficulté pour obtenir ce genre de témoin-expert²⁷⁰.

Le mode de désignation de ces experts médicaux met en exergue certains dysfonctionnements du système, justifiant certains doutes quant à leur impartialité.

²⁷⁰ R. BOUCHER, D. GREGOIRE, J. DESLAURIERS et K.-D. BEAUSOLEIL, « Difficultés pour le demandeur de se faire assister d'un médecin-expert lors d'une action en responsabilité médicale », (1976) 17 Les Cahiers du Droit 35, à la page 37

b) Les doutes sur l'impartialité des experts médicaux

Si l'importance de l'impartialité des experts fait l'objet d'autant de commentaires de part et d'autre de l'Atlantique, c'est certainement parce que celle-ci ne va pas de soi.

Un élément permet, à nos yeux de façon tout à fait fondée, de douter de l'objectivité des experts médicaux : il s'agit de la solidarité. En effet, l'appartenance de l'expert au corps médical génère nécessairement le sentiment d'appartenir à un même et unique groupe comprenant ceux qui sont intervenus sur la personne des victimes et ceux qui doivent constater et expliquer les dommages subis. On peut parler à cet égard de « conspiration du silence »²⁷¹. André Tunc raconte à ce sujet le sentiment d'injustice qu'il éprouvait il y a 60 ans alors qu'il plaidait devant la Cour d'appel de Paris : il avait l'impression que les juges ne souhaitaient pas s'immiscer dans les problèmes de responsabilité médicale et préféraient s'en remettre aux experts. Cela s'est confirmé quand un médecin lui a dit qu'en tant qu'expert, il trancherait toujours en faveur d'un collègue. Cette solidarité joue inévitablement selon l'auteur²⁷².

Il est clair qu'un expert dans ces conditions, se trouve dans une situation délicate : on lui demande non seulement de se prononcer sur le dommage et son lien de causalité avec une faute du médecin, mais aussi sur cette faute émanant d'un de ses confrères. Il doit démontrer que le professionnel de la santé mis en cause ne s'est pas conformé aux règles de l'art. Certains experts voient dans une poursuite exercée contre l'un de leurs confrères, une atteinte directe à l'intégrité de leur profession. D'autres imaginent que, même si le médecin défendeur à l'action a commis une faute, ils ne sauraient le mettre en cause, dans la mesure où il seraient eux-mêmes susceptibles d'avoir un comportement similaire dans le cadre de leur activité future.

Un autre élément conduit à douter de l'impartialité des experts médicaux. On constate en France que, loin de se conformer à la loi leur enjoignant de ne pas exprimer leur opinion personnelle quant à la commission d'une faute entraînant une responsabilité, les experts concluent souvent qu'aucune faute grave ne saurait être retenue à l'encontre du médecin mis en cause. Et les magistrats, loin également de se détacher du rapport

²⁷¹ Id., p. 38. L'expression trouve son origine aux Etats-Unis où le phénomène prend une ampleur encore plus importante qu'au Québec ou en France.

²⁷² André TUNC, « Rapport introductif », dans Geneviève Viney, L'indemnisation des accidents médicaux, collection Bibliothèque de droit privé, L.G.D.J., 1997

d'expertise dans leur décision, s'appuient au contraire sur celui-ci. La complexité des affaires en cause permet sans doute d'expliquer cet état de fait. Mais encore une fois, la victime de l'accident médical en supporte les conséquences en prenant de surcroît à sa charge une forte pression psychologique.

Cette cause d'impartialité des experts n'est pas présente au Québec où, comme il l'a été vu précédemment, leurs opinions ont tout lieu d'être débattues dans l'enceinte du tribunal. Mais à ce propos, la conséquence directe du fait que tous les témoins, y compris les experts, soient entendus par les tribunaux est que rien ne reste occulté et qu'ainsi, les discussions ne portent pas toujours sur l'essentiel. Encore faut-il pour ce faire que les victimes aient été chanceuses dans leur recherche d'experts, car en la matière, rien n'est moins sûr... Et quand des experts ont été trouvés, il n'est pas rare que chacun adopte totalement le point de vue de la partie qui le rémunère. De nombreux experts se croient alors obligés d'épouser la cause de leur client.

Si la désignation d'un expert ne pose pas la même difficulté en France compte tenu du fait qu'elle relève de l'office du juge, elle n'emporte pas moins une autre critique : celle de la compétence des experts. Aucune qualification particulière n'est exigée et il arrive qu'un médecin réalise une expertise au sujet de l'activité d'un autre n'exerçant pas du tout la même spécialité que lui.

« Plus encore qu'un manque d'objectivité avancé par les victimes (suspicion d'indulgence à l'égard d'un confrère), la question se pose souvent de la qualification des experts et de la validité de leurs appréciations sur des techniques que certains d'entre eux ne connaissent pas toujours de manière approfondie »²⁷³.

Il semble clair que les experts français ne sont pas souvent formés à la responsabilité civile et ne font l'objet d'aucune évaluation périodique, ce qui est totalement critiquable.

Tant au Québec qu'en France, les systèmes d'expertises médicales emportent de trop nombreuses critiques pour qu'on les laisse subsister. Des réformes, ici aussi, seraient des plus souhaitables.

²⁷³ Claude EVIN, Les droits de la personne malade, rapport présenté devant le Conseil Economique et Social en vue de l'adoption de l'avis du 12 juin 1996, Direction des Journaux officiels, 1996, p. 204

3° Les réformes nécessaires pour apporter des garanties d'objectivité aux victimes

La procédure d'expertise n'est pas satisfaisante telle qu'elle existe actuellement: des délais d'expertise trop longs, au caractère insuffisamment contradictoire, des conditions de désignation trop opaques etc. Plusieurs solutions existent. Une certaine qualification des experts pourrait tout d'abord être exigée préalablement à leur désignation (a). Mais il serait aussi possible de développer le recours à l'expertise amiable (b).

a) La qualification requise et la désignation subséquente des experts

Concernant la compétence des experts français, on pourrait exiger que pour être inscrits sur les listes, ils justifient d'une expérience spécifique et d'une compétence réelle dans la spécialité qu'ils revendiquent. On pourrait également requérir de leur part une déclaration qu'ils ne se trouvent pas en situation de conflit d'intérêt. En effet, il semble que certaines compagnies d'assurance recourent de plus en plus à des médecins-conseils « exclusifs » qui deviennent en fait des collaborateurs, subordonnés à leurs employeurs²⁷⁴.

La jurisprudence québécoise ne fournit aucune définition précise de l'expert. Un arrêt apporte néanmoins quelques précisions :

« Un témoin-expert n'est pas restrictivement une personne qui témoigne *ex officio* après avoir été judiciairement nommé expert, mais une personne rendant témoignage en rapport avec une matière ou un sujet sur lequel, à raison d'études ou de recherches, elle possède une connaissance et des qualifications spéciales »²⁷⁵.

Il s'agit donc d'une personne qualifiée, de préférence diplômée, mais pas forcément. On peut se demander si dans le cadre de la responsabilité médicale, l'expert doit nécessairement être de la même spécialité que le médecin mis en cause. Il semble que la jurisprudence n'exige pas que l'expert ait un diplôme certifiant de sa spécialité. Cependant, il doit pouvoir prouver qu'il a des connaissances et une expérience sur le sujet qui préoccupe le tribunal.

²⁷⁴ Id., p. 205

²⁷⁵ Lafontaine c. Mahoney [1958] R.P. 85, à la page 87

Quant à la désignation des experts québécois, il a été précisé auparavant qu'elle emportait plusieurs critiques : elle appartient à chaque partie au procès qui se trouve parfois confrontée à un échec total dans sa recherche. En outre, les experts désignés ont largement tendance à se faire avocats de leurs clients et à adopter leur cause en tous points. C'est pourquoi il apparaît souhaitable que la désignation des experts relève désormais des tribunaux, et non plus des parties. Ils bénéficieraient alors sans nul doute d'une plus grande indépendance d'esprit. De telles désignations ne sont pas interdites au Québec mais ce n'est pas la pratique courante.

Si toutefois une telle réforme ne voyait point le jour, certains auteurs ont proposé des solutions destinées à faciliter la recherche d'experts en médecine par les victimes d'accidents médicaux. Le rapport Prichard²⁷⁶ recommande pour sa part, l'instauration et la mise à jour régulière par le Collège des médecins d'un répertoire des experts disponibles. Ce document devrait indiquer ces experts disponibles en fonction de leur spécialité et être accessible aux avocats des demandeurs. Selon l'auteur, cette recommandation vise également à diminuer les frais d'accès à la justice des demandeurs²⁷⁷.

b) Le développement du recours à l'expertise amiable

Outre des solutions nécessaires à apporter au fonctionnement de l'expertise telle qu'elle existe actuellement, on pourrait imaginer la mise en place d'une instance parallèle. En effet, il n'existe pas, pour l'instant, de mécanisme permettant d'obtenir rapidement, en dehors de tout recours en justice, des avis techniques pertinents relatifs à un accident médical. Il pourrait être intéressant d'instituer un système d'expertise amiable, assuré par des techniciens présentant toutes garanties d'indépendance et de compétence, auxquels les intéressés pourraient s'adresser en cas de survenance d'accident médical, et qui leur fourniraient rapidement des explications sur les causes possibles de leurs dommages. Un

²⁷⁶ J.R.S. PRICHARD, *op. cit.*, note 2, recommandation n° 18, p. 25

²⁷⁷ R. BOUCHER, D. GREGOIRE, J. DESLAURIERS et K.-D. BEAUSOLEIL, *loc. cit.*, note 269, 82 : cette solution a été expérimentée avec succès en Californie où, afin de remédier à la difficulté de la plupart des victimes d'accidents médicaux de trouver un expert, les médecins de toutes spécialités sont encouragés à faire partie d'un groupe d'experts disponibles à témoigner sur demande. Les associations médicales locales dressent des listes de ces médecins volontaires qu'elles font parvenir aux avocats les invitant à s'en prévaloir. Par conséquent, un avocat peut être amené à contacter un tel expert qui va étudier le dossier médical de la victime, l'examiner et déterminer s'il y a eu dérogation aux règles de l'art.

rapport remis au Conseil d'Etat en 1993 préconisait une telle solution²⁷⁸.

Cette solution permettrait aux patients ayant subi des dommages à l'occasion d'actes médicaux, d'agir rapidement, et d'obtenir éventuellement des réponses à leurs questionnements. En effet, plus le temps passe et plus il est difficile pour les experts de déterminer précisément les causes d'un accident.

D'un autre point de vue, l'adoption d'un tel mécanisme parallèle à la justice, permettrait sans nul doute d'éviter certains contentieux. On a pu constater que de nombreux procès étaient intentés, afin de savoir ce qui s'était réellement passé.

« Il apparaît que la rénovation du dispositif d'expertise constitue un élément clé du règlement des litiges, permettant de privilégier, sur des fondements incontestables, l'information et la conciliation et de limiter ainsi le développement du contentieux »²⁷⁹. Dans cette perspective, il semble qu'il faille, à côté de l'amélioration des systèmes d'expertise médicale, développer des instances de transaction et de conciliation.

B LE DÉVELOPPEMENT DE LA CONCILIATION ET DE LA TRANSACTION COMME MOYENS D'ÉVITER DES PROCÈS INUTILES

Au regard du volume des transactions opérées en matière médicale avant tout procès jugé au fond (1^o), il semble intéressant de s'interroger sur l'opportunité du développement de ce mode particulier de règlement des litiges entre patients et médecins (2^o).

1^o Le volume des transactions en matière d'accident médical

Les statistiques en la matière font défaut au Québec, mais ceci correspond à la mouvance générale décrite précédemment²⁸⁰.

²⁷⁸ François SALAT-BAROUX, auditeur au Conseil d'Etat, rapport non publié sur la réparation des accidents médicaux majeurs, 1993.

²⁷⁹ C. EVIN, *op. cit.*, note 272, p. 204

²⁸⁰ *Supra*, p. 11

En France, il semble que deux tiers des recours pour réparations de dommages corporels consécutifs à un acte médical ou chirurgical trouvent une solution dans des procédures extra-judiciaires²⁸¹.

Toutefois, il semble difficile d'évaluer exactement quel est le volume précis des transactions, en raison de la confidentialité qui s'attache à celles-ci.

Selon les statistiques de compagnies d'assurance, il apparaît que sur la totalité des déclarations de sinistres corporels, 40% restent sans suite, 16% font l'objet de transactions, 30% entraînent la mise en œuvre d'une procédure en responsabilité civile, et 14% en responsabilité pénale²⁸².

De façon générale, le G.A.M.M. a constaté qu'en 20 ans d'activité, parmi les 24% de dossiers ayant conduit à une indemnisation sur 9000 dossiers clos, deux fois plus de patients sont indemnisés par transaction amiable qu'après procédures judiciaires²⁸³.

Ces chiffres méritent que l'on s'attache à développer ce système de réparation des dommages subis par les victimes d'accidents médicaux.

2° La création d'instances de conciliation

Les relations entre les patients et les médecins qui, de notre époque, sont déjà empreintes de méfiance pour les raisons énoncées auparavant, se voient profondément altérées par la survenance d'un accident médical.

C'est pourquoi l'on cherche depuis un certain temps à favoriser le règlement amiable de ces conflits afin d'essayer de les rendre plus faciles à dénouer. Il semble clair que tout patient acceptera plus facilement l'aléa médical si dans les cas d'accidents fautifs, il est indemnisé rapidement. Les chances de la victime de voir ses dommages réparés dans ce cadre sont plus fortes. Pour ce faire, il a été envisagé de développer conciliation et médiation. Ces modes de règlement des conflits permettent d'éviter les inconvénients liés à tout procès. Les médecins y portent une attention particulière dans la mesure où ils peuvent ainsi préserver leur honneur et leur réputation en maintenant une certaine discrétion du conflit les opposant à l'un de leurs patients.

²⁸¹ P. MIGEOT, *loc. cit.*, note 18, 970

²⁸² Y. LAMBERT-FAIVRE, *op. cit.*, note 46, n° 628, p. 720

²⁸³ Données fournies par Christian SICOT lors du colloque précité, note 23

Une telle phase de conciliation présente l'avantage d'offrir la possibilité de résoudre un grand nombre de litiges, soit après une indemnisation rapide, soit par le renoncement des victimes à l'engagement de toute procédure après une information précise sur les circonstances de l'accident.

Au Québec, ce mode de règlement des conflits reste relativement peu développé compte tenu du fait que des transactions ne sont tentées qu'une fois le litige patent. Les avocats des parties se contactent alors pour savoir s'il est possible d'éviter le procès au fond.

Mais des propositions n'ont pas manqué de voir le jour à ce propos. Ainsi, le rapport Prichard recommandait de développer des mesures facilitant le règlement de tout litige naissant en matière de dispense des soins de santé. Il pourrait s'agir de développer les procédures et les comités de plainte et de discipline, « d'appuyer les organismes de pression et les personnes qui défendent les droits des patients, les ombudsmen (...) »²⁸⁴.

La France accuse à ce jour un retard en matière de dispositif pré-contentieux. Mais les choses évoluent rapidement à ce sujet.

Ainsi, en matière civile, la fonction de conciliateur médical a été mise en place en 1981²⁸⁵. A la suite de la constatation d'un excès de poursuites judiciaires exercées à l'encontre des médecins, les pouvoirs publics ont confié à un haut magistrat issu de la Cour de cassation, le soin d'établir un rapport pour remédier à cet état de fait²⁸⁶. Il a été avancé que le patient et ses proches se heurtent presque toujours à une absence de dialogue avec les médecins. Le Parquet de Paris a quant à lui, constaté que plus de la moitié des plaintes déposées contre les médecins trouvaient leur origine dans ce manque d'information. Par conséquent, le décret précité de 1981 a institué la fonction de conciliateur médical. Lui était conférée

« la mission, en dehors de toute instance juridictionnelle, de favoriser l'information des patients ou, le cas échéant, de leurs ayants droit et de faciliter le règlement amiable des différends relatifs à la responsabilité résultant de l'activité professionnelle d'un médecin à l'occasion ou à la suite d'une prestation de soins ».

²⁸⁴ J.R.S. PRICHARD, *op. cit.*, note 2, recommandation n° 19, p. 25

²⁸⁵ Décret n° 81-582 du 15 mai 1981 relatif aux conciliateurs médicaux, J.O. 19 mai 1981, p. 1556

²⁸⁶ Alain GARAY, « Le conciliateur à l'hôpital », Gaz. Pal. 23-24 oct. 1998. 56, à la page 57 : il s'agissait du conseiller Mac Aleese.

Cette fonction était exercée par des magistrats bénévoles. En réalité, ces conciliateurs furent peu nombreux et le décret de 1981 fut annulé en 1989 pour illégalité par le Conseil d'Etat, car il ne protégeait pas assez le secret médical.

En matière administrative, c'est une loi de 1987²⁸⁷ qui a procédé à la création de procédures de conciliation et de médiation. A cet égard, certains établissements mettent en place, depuis un certain nombre d'années, des commissions d'information et de conciliation ayant pour mission d'améliorer les rapports entre les établissements hospitaliers et les patients. Comme les réclamations se sont faites de plus en plus nombreuses, certains établissements ont eux-mêmes choisi de mettre en place ce genre d'instances, assurées par d'anciens chefs de service d'hôpitaux. Le rôle de ce conciliateur est en fait de pallier le manque de dialogue entre patients et médecins. Le recours contentieux reste toutefois possible.

Des auteurs estiment toutefois que les compagnies d'assurance ne proposent une transaction que si deux conditions sont réunies²⁸⁸ : tout d'abord, il faut qu'une condamnation soit fortement prévisible. Ensuite, la victime ne doit pas avancer des prétentions exorbitantes.

Plus récemment, plusieurs textes incitent à la mise en place d'instance de médiation au sein même des hôpitaux.

Ainsi, la Charte du patient hospitalisé²⁸⁹ en son paragraphe X concernant les voies de recours des patients, prévoit qu'il appartient au directeur de l'établissement hospitalier « de mettre en place une fonction de médiation entre l'établissement et les patients afin d'instruire dans les meilleurs délais les demandes de réparation pour préjudice et de donner à leurs auteurs les explications nécessaires ».

On voit que la charte cherche à prévenir les contentieux. Certains hôpitaux ont mis en place des structures pluridisciplinaires d'analyse à la suite de ce texte. Aujourd'hui, ils y sont

²⁸⁷ Loi n° 87-1127 du 31 déc. 1987 portant réforme du contentieux administratif, J.O. 1^{er} janv. 1988, p. 7, art. 13 : « Des décrets en Conseil d'Etat déterminent dans quelles conditions les litiges contractuels concernant l'Etat, les collectivités territoriales et leurs établissements publics, ainsi que les actions mettant en jeu leur responsabilité extra-contractuelle sont soumis, avant toute instance arbitrale ou contentieuse, à une procédure préalable soit de recours administratif, soit de conciliation ».

²⁸⁸ Y. LAMBERT-FAIVRE, *op. cit.*, note 46, p. 719

²⁸⁹ Circulaire du 6 mai 1995 portant Charte du patient hospitalisé : Philippe JEAN, La charte du patient hospitalisé – Commentaire de la circulaire du 6 mai 1995 et recueil de textes de référence, Berger-Levrault, 1996

obligés en raison d'un décret récent²⁹⁰.

Ce dernier met en place une commission de conciliation dont la mission est « (...) d'assister et d'orienter toute personne qui s'estime victime du fait de l'activité de l'établissement et de l'informer sur les voies de conciliation et de recours gracieux ou juridictionnels dont elle dispose (...) »²⁹¹.

Cette commission doit être constituée, tant dans les établissements hospitaliers publics que privés. Son existence doit faire l'objet d'un affichage public au sein des établissements ainsi que d'une mention dans les livrets d'accueils remis aux patients, sous la forme d'une liste indiquant la composition de la commission de conciliation ainsi que de ses dates et horaires de permanence²⁹².

Le traitement des réclamations²⁹³ est assuré par le médecin conciliateur, sauf celui de celles qui constituent un recours gracieux ou juridictionnel. Pour ce faire, il rencontre le patient, ainsi que ses proches s'il l'estime nécessaire, ou s'ils le souhaitent. Il peut également consulter le dossier médical du patient, s'il a l'autorisation écrite de celui-ci ou celle de ses ayants droit s'il est décédé.

Puis il rend compte de ses démarches et analyses au directeur de l'établissement public de santé ou au représentant légal de l'établissement de santé privé, ainsi qu'à la commission.

Une fois informée, la commission établit des recommandations et les transmet au directeur de l'établissement public de santé ou au représentant légal de l'établissement de santé privé. Elle établit un rapport annuel.

Tous les établissements de santé concernés ont six mois pour mettre en place ce dispositif²⁹⁴.

L'attention ainsi portée à la médiation témoigne de l'importance accordée à la recherche consensuelle de solutions. Pour certains, le problème de l'indemnisation dépasse à cet égard, largement « le cadre technique et juridique du droit de la responsabilité médicale et hospitalière »²⁹⁵. L'enjeu est davantage éthique et il importe de plus écouter les patients en tant qu'agents à part entière des systèmes de santé. D'ailleurs, la médiation

²⁹⁰ Décret n° 98-1001 du 2 nov. 1998 relatif à la commission de conciliation prévue à l'article L.710-1-2 du Code de la santé publique et modifiant ce Code, D. 1998. Législation, p. 373

²⁹¹ Code de la santé publique, art. R.710-1-1

²⁹² *Id.*, art. R.710-1-5, al. 3

²⁹³ *Id.*, art. R.710-1-7

²⁹⁴ C'est-à-dire jusqu'au 2 mai 1999.

²⁹⁵ A. GARAY, *loc. cit.*, note 285, 58

apparaît moins comme une alternative à la justice que comme « l'émergence d'un nouveau mode de régulation sociale (...), une nouvelle socialité »²⁹⁶.

Il convient de demeurer conscient qu'en tout état de cause, les transactions et les conciliations ne peuvent résoudre la totalité des conflits, en particulier quand les dommages subis sont très graves. C'est pourquoi le développement de ces mécanismes de règlement amiable des litiges, s'il est souhaitable, n'est cependant pas suffisant. D'autres dispositifs devraient permettre d'améliorer nettement le sort des victimes d'accidents médicaux.

CHAPITRE III-

LA TRANSFORMATION RADICALE DU MECANISME DE RÉPARATION DES ACCIDENTS MEDICAUX

Une telle réforme nécessite sans nul doute la recherche d'un équilibre « entre ce qui est socialement désirable et ce qui est économiquement rentable »²⁹⁷.

Les systèmes proposés pour améliorer l'indemnisation des victimes d'accidents médicaux sont nombreux, et forts différents les uns des autres. Ils privilégient, chacun à leur tour, l'un des aspects de la crise de la responsabilité médicale. Aussi, l'objectif de notre recherche n'est en aucun cas d'en dresser le catalogue par le biais d'une étude exhaustive mais plutôt d'observer certains d'entre eux, ceux qui nous semblent les plus intéressants et également les plus représentatifs des différentes alternatives qui s'offrent aux réformateurs du système (A).

Il sera alors possible d'affirmer qu'à nos yeux, une solution émerge et paraît préférable à toutes les autres, celle consistant en l'adoption d'une loi qui combinerait l'indemnisation des victimes d'accidents médicaux au moyen d'une assurance et d'un fonds de garantie, avec le maintien simultané d'une responsabilité médicale pour faute (B).

²⁹⁶ Antoine GARAPON, Le gardien des promesses – Justice et Démocratie, p. 232

²⁹⁷ B. M. KNOPPERS, loc. cit., note 78, 15

A LES DIFFÉRENTS SYSTÈMES PROPOSÉS

L'Etat participe d'ores et déjà au Québec et en France, et pour une part non négligeable, à l'indemnisation des accidents médicaux. Au regard des incidents sanitaires, il intervient au Québec, au plan de l'assurance. Le Ministre de la Santé et les organismes représentatifs des médecins ont pris un accord selon lequel les honoraires pratiqués par les professionnels de la santé intègrent le coût des primes que les médecins doivent verser à leurs assureurs ou à l'A.C.P.M. Il semble que l'intervention de l'Etat français soit moins probante à ce stade-là que celle du Québec. Mais l'Etat, cette fois-ci en France également, intervient aussi sur le plan de l'indemnisation. En effet, une part importante du coût des dommages corporels est assumée par le biais des programmes d'assurance-maladie, d'assurance-hospitalisation et de sécurité sociale.

Néanmoins, comme il a pu l'être observé, ce type d'indemnisation reste insuffisant pour couvrir l'ensemble des dommages susceptibles d'être subis par la victime d'un accident médical. Aussi, plusieurs recherches ont été menées concernant un mécanisme adéquat de prise en compte des victimes d'accidents médicaux. En général, les études concernant l'amélioration du système d'indemnisation de ce type d'accidents s'inscrivent dans une alternative : soit recourir aux principes classiques de la responsabilité civile, quitte à les modifier dans une certaine mesure, soit recourir à un système d'assurance, fondé sur le risque plutôt que sur la faute. D'autres projets plus originaux, mêlent dans un système mixte, une nécessaire amélioration des règles de responsabilité civile existantes, avec l'instauration d'un régime d'indemnisation sans égard à la faute. Le mécanisme prévu par le rapport Prichard va dans ce sens.

En 1992, l'Ordre des Médecins français s'était exprimé en faveur de l'adoption d'une législation rendue nécessaire par une certaine dérive contentieuse en matière de responsabilité médicale²⁹⁸. Les conclusions qu'il a formulées à ce sujet nous apparaissent tellement pertinentes qu'il semble judicieux de les rappeler avant d'observer quelques solutions possibles en matière de réforme de la responsabilité médicale :

- L'efficacité de la médecine française doit être maintenue. Face au risque médical qui s'accroît à la mesure de cette efficacité, les médecins libéraux déclarent que les patients

²⁹⁸ Déclaration de l'Ordre des médecins du 14 oct. 1992, citée dans, D. TABUTEAU, *op. cit.*, note 49, p. 26

ont droit, dans le respect de la déontologie, à une information loyale et compréhensible sur les risques encourus.

- Les patients ont droit à l'indemnisation intégrale du risque médical.

- Les médecins sont responsables des fautes qu'ils commettent et doivent en répondre dans le cadre de l'obligation de moyens qu'ils contractent: ils doivent à leurs patients des soins consciencieux, attentifs et conformes aux données actuelles de la science. Cette responsabilité relève des médecins et de leur assurance professionnelle.

- Les médecins ne sauraient être astreints à une obligation de résultat. L'indemnisation de l'aléa médical (accident médical non fautif) ne peut être qu'extérieure à celle fondée sur la responsabilité du médecin. Cette indemnisation relève de la solidarité nationale.

- L'instauration des médiateurs médicaux doit faciliter l'information des patients, le déroulement des procédures et l'organisation des expertises.

Au regard de ces différentes affirmations, il convient à présent d'observer quelles sont les solutions envisageables pour améliorer le sort des victimes d'accidents médicaux, soient la substitution d'une responsabilité médicale délictuelle à une autre contractuelle (1°), le développement du jugement en équité (2°) et enfin l'instauration d'une loi spécifique (3°).

1° La substitution d'une responsabilité médicale délictuelle à une responsabilité médicale contractuelle

Avant de voir les fondements possibles à une telle substitution (b), il importe d'identifier les raisons qui la justifieraient (a).

a) L'inadaptation de la responsabilité contractuelle à la réparation des dommages corporels

De nombreux auteurs ont souligné à quel point la responsabilité contractuelle était inadaptée à la réparation des dommages corporels, préjudices principaux dont les victimes d'accidents médicaux demandent réparation.

En effet, concernant le manquement à l'obligation d'information, qui fonde une grande partie des demandes de réparation des victimes d'accidents médicaux, il semble difficile d'assimiler à une source ordinaire de responsabilité contractuelle (le défaut d'information), le fait générateur d'une atteinte à la sécurité physique du contractant (l'accident médical). On imagine mal que les responsabilités encourues par un expert-comptable ou par un vendeur professionnel ayant méconnu leurs obligations de conseil soient identiques à celle d'un médecin pour le sort de son patient, atteint véritablement dans sa propre chair, à la suite d'un défaut d'information²⁹⁹! Dans cette dernière hypothèse, la demande de réparation de la victime ne correspond pas réellement à une demande d'indemnisation comme forme d'exécution par équivalent de la convention conclue. Ici, une responsabilité extra-contractuelle se justifierait tout à fait : le contrat de soins n'engendre pas d'obligation de réparation mais plutôt le paiement correspondant à l'équivalent de la prestation promise et inexécutée quand aucune autre sanction du contrat n'est possible.

A ce propos, le doyen Carbonnier a toujours soutenu que les dommages corporels n'ont absolument rien de spécifiquement contractuel et ne devraient relever que de la responsabilité délictuelle :

« Ce qu'on appelle responsabilité contractuelle devrait être conçu comme quelque chose de très limité, l'obligation de procurer au créancier l'équivalent de l'intérêt (pécuniaire) qu'il attendait du contrat ; c'est artifice de faire entrer là-dedans des bras cassés et des morts d'hommes ; les tragédies sont de la compétence des articles 1382 et suivants. »³⁰⁰

b) Les fondements proposés à cette substitution

L'arrêt de la Cour de cassation du 25 février 1997 précité³⁰¹ a pu laisser penser qu'une telle substitution pouvait être réalisée.

En effet, cette décision ne se réfère pas à l'article 1147 du Code civil propre justement à la matière contractuelle. De surcroît, le renversement de la charge de la preuve qu'il a opéré s'adresse non seulement aux médecins, mais également à tous les professionnels, contractuellement ou même *légalement* tenus d'une obligation d'information.

²⁹⁹ P. PIERRE, *loc. cit.*, note 145, 22

³⁰⁰ Jean CARBONNIER, *Les obligations*, Droit civil, tome 4, 18^{ème} édition, 1994, § 295

³⁰¹ Civ. 1^{ère}, 25 févr. 1997, précité, note 130

Pour qu'une telle interprétation puisse se concrétiser, encore faudrait-il renverser la tendance générale existant en France et au Québec selon laquelle la relation liant un médecin à son patient est, de façon générale, de nature contractuelle.

Selon un auteur³⁰², deux solutions permettraient d'écarter la responsabilité contractuelle en la matière.

La première présente un caractère extrême et consiste à nier purement et simplement l'existence du contrat médical. Deux arguments permettraient de soutenir une telle thèse. Tout d'abord, on ne peut que constater que la relation nouée entre un patient et un médecin est de nature particulière. En effet, tous les éléments constituant la confiance nécessaire entre les deux protagonistes ne sauraient être réunis au moment même de l'accord et de fait, apparaîtraient au fur et à mesure. A l'inverse, il nous semble que cet argument se trouve mal fondé : l'accord qui porte sur un traitement, un soin n'est donné qu'une fois la confiance établie. Elle peut certes se renforcer par la suite, mais s'il n'y a aucune confiance au départ, l'accord reste totalement impossible.

Ensuite, le prétendu contrat qui lierait patient et médecin a pour objet le corps humain qui pourtant se trouve hors du commerce juridique. Selon nous, cet argument, pas plus que le premier, n'est pertinent en l'espèce : en donnant son accord au médecin, le patient ne tire aucune rémunération de son corps, de telle sorte que l'accord ne porte sur aucun commerce juridique.

La seconde solution qui permettrait d'écarter la responsabilité contractuelle en matière médicale est moins radicale que la précédente. Elle consiste à reconnaître l'existence d'un contrat médical mais celui-ci ne donnerait lieu en aucun cas à des dommages contractuels. Pour justifier cette position, l'auteur argue du fait que l'accord médical n'a pas pour objet les risques liés aux soins envisagés. Par conséquent, les dommages consistant en la réalisation des dits risques, ne sauraient revêtir un caractère contractuel. Encore une fois, cet argument ne joue pas ici, compte tenu de toute la jurisprudence existant sur l'obligation d'information portant sur les risques justement³⁰³. La plupart des risques susceptibles de se réaliser ou encore ceux se concrétisant exceptionnellement, mais d'une extrême gravité, doivent faire l'objet d'une information par le médecin. Par conséquent, une fois révélés, ces risques relèvent bien du champ

³⁰² C. LAPOYADE-DESCHAMPS, *loc. cit.*, note 144

³⁰³ *Supra*, p. 60

contractuel.

Néanmoins, il est vrai qu'il semble difficilement justifiable d'imputer la réparation relative à la réalisation de ces risques au seul médecin, alors que ce dernier n'aura pas commis de faute par hypothèse. Pour autant, le patient a besoin d'être indemnisé. A nos yeux, c'est précisément dans une telle situation que la solidarité nationale devrait jouer pour permettre une indemnisation du patient : le choix de recourir à une intervention, même si on sait qu'elle est risquée, n'est pas forcément, à proprement parler, un choix quand aucune autre solution n'est possible. Que le patient ne soit pas indemnisé en cas d'échec des soins est logique, mais en revanche, il n'est pas juste de le laisser supporter les conséquences de dommages supplémentaires.

Pour ces différentes raisons, la solution consistant à réformer la responsabilité médicale en transformant l'obligation de moyens du médecin en une unique responsabilité objective, puisque c'est bien de cela qu'il s'agit, ne nous semble pas envisageable. Certes, que la responsabilité du médecin puisse jouer dans certains cas bien définis de façon objective est raisonnable. En revanche, aucune raison logique ne justifie qu'un médecin se trouve dans l'obligation de réparer tous les dommages subis par ses patient, y compris quand il n'a pas commis de faute à l'origine de ces préjudices.

Ne pourrait-on pas alors laisser la jurisprudence œuvrer comme elle l'a fait jusqu'à présent, tentant de ménager tant les médecins que les patients ?

2° Le développement du jugement en équité

Certains auteurs, particulièrement Gérard Mémeteau, s'opposent à l'adoption d'une loi en la matière, pour se montrer en revanche bien plus favorables à l'intervention du juge en équité.

Si plusieurs raisons postulent à laisser faire le juge en matière d'indemnisation des accidents médicaux plutôt que d'adopter une loi en raison de ses inconvénients inéluctables (a) que ne connaît pas la jurisprudence notamment grâce à son caractère malléable (b),

d'autres au contraire viennent nous conforter dans l'idée que cette situation de *statu quo* n'est plus tenable, ni au Québec ni en France.

a) Les inconvénients liés à la promulgation d'une nouvelle loi

Le premier argument s'opposant à l'adoption d'une loi en matière d'indemnisation des victimes d'accidents médicaux concerne la disproportion qui existerait alors entre le volume du contentieux propre à la matière et un texte législatif. Une nouvelle loi ne s'imposerait pas pour si peu d'affaires. « L'aléa médical n'est pas quantitativement tragique »³⁰⁴. Cela est contestable à notre avis : tout dépend du type d'accidents que la loi indemniserait. Si les accidents sériels relèvent de son champ d'application, la loi est alors tout à fait fondée. De plus, ces accidents étant le plus souvent *qualitativement* tragiques, il est aujourd'hui nécessaire de réagir.

On peut également soutenir que la promulgation d'une loi ne permettra pas d'éviter un certain nombre de procès. Une indemnisation rendue plus facile inciterait les victimes à exercer des actions en justice. Au contraire, nous pensons que si une loi était adoptée, elle pourrait prévoir, une fois l'indemnisation octroyée, une certaine limitation du droit de recours juridictionnel des victimes, ce qui s'est déjà fait en matière d'accidents du travail ou de la circulation.

Néanmoins, des difficultés techniques sont inévitables, en dépit de l'existence d'une loi. Même promulguée par exemple, la loi française de 1985 sur les accidents de la circulation³⁰⁵ a dû être interprétée par la jurisprudence et des procès sont restés nécessaires. Concernant l'aléa thérapeutique, plusieurs débats ne sauraient être évités par une loi. Mais la jurisprudence abondante existant en la matière a déjà permis de régler un certain nombre de questions dont la loi éventuelle pourrait s'inspirer.

Enfin, il est à noter que la plupart des parlementaires ne sont pas des juristes³⁰⁶ ! Ils ne sont pas les plus compétents pour savoir quelle solution s'impose, à la différence des juges. Il convient, sur ce point, de noter une différence importante qui existe entre le

³⁰⁴ G. MEMETEAU, *loc. cit.*, note 143, 6

³⁰⁵ Loi n° 85-677 du 5 juil. 1985, précitée, note 224

³⁰⁶ G. MEMETEAU, *loc. cit.*, note 15, 15

Québec et la France : le pouvoir créateur du juge. La common law pose ici son empreinte sur le droit québécois. La régulation des conflits sociaux passe traditionnellement beaucoup plus par le juge au Québec, alors qu'en France, ce rôle est plus tenu par le législateur. Mais en dépit de ce fait, une loi présenterait de nombreux avantages en la matière, même au Québec.

On doit toutefois observer un avantage indéniable de la jurisprudence : son caractère malléable.

b) Le caractère malléable de la jurisprudence

La jurisprudence, à la différence d'une loi qui, une fois promulguée, a vocation à rester figée, présente la particularité d'être à même de saisir les situations nouvelles. D'ailleurs, comme on l'a vu, certaines décisions ont accordé des réparations à des victimes d'accidents médicaux sans que celles-ci n'aient à prouver de faute médicale.

Un fait demeure incontestable à ce propos : l'origine jurisprudentielle du droit médical au Québec et en France.

Gérard Mémeteau, ayant souligné le faible volume du contentieux médical, estime le juge à même de trouver des solutions adaptées à ces situations. Pour ce faire, il peut se fonder sur l'équité, qui bénéficie d'un fondement légal³⁰⁷. Ainsi, le contrat de soins donnerait lieu à des hypothèses marginales – les accidents médicaux – qui pourraient être jugées sur le fondement de l'équité. Il existerait alors sur ce fondement « un devoir professionnel de réparer le dommage imprévisible, soigneusement défini et limité, extraordinaire, engendré par l'acte thérapeutique proposé et réalisé sans faute »³⁰⁸.

A nos yeux, cette solution est loin d'être la panacée. En effet, il ne nous semble pas juste de faire peser sur les seuls médecins le poids de la réalisation de risques que la société dans son ensemble, a choisi de courir³⁰⁹. Même si l'on estime que le volume du contentieux est peu important, ce qui est contestable, le coût financier afférent à la réparation d'un seul

³⁰⁷ C.c.Q., art. 1434 et C. civ., art. 1135, précités, note 190

³⁰⁸ G. MEMETEAU, *loc. cit.*, note 15, 19

³⁰⁹ Nous entendons par là que les progrès de la médecine, à l'origine de la multiplication des risques médicaux, sont non seulement cautionnés, mais également sollicités et appréciés par la société elle-même.

accident médical reste souvent loin d'être négligeable. Bien sûr, les médecins bénéficient d'assurances. Mais ces compagnies répercutent forcément le montant des dommages-intérêts versés sur le montant des primes payées par les médecins.

En outre, des disparités de jurisprudence sont inévitables dans un tel contexte. Même si l'uniformisation des solutions est possible en dernière instance, des victimes devront continuer à se battre de longues années pour espérer obtenir réparation de leurs dommages.

Enfin, les juges seront obligés, s'ils continuent à s'inscrire dans cette même tendance favorable à ce type de victimes, d'adopter une conception toujours plus sévère de la faute médicale, notamment en imposant une obligation de sécurité et une autre d'information très étendues.

Tout ceci n'est pas souhaitable du point de vue des médecins, ni de celui des victimes.

3° Les arguments en faveur de l'instauration d'une loi en la matière

La jurisprudence, tout du moins française, semble pousser le législateur à intervenir. Les décisions les plus récentes, dont il a été fait mention tout au long de notre exposé, vont devenir tellement intenable pour les seuls assureurs que le législateur devrait être amené à se manifester.

D'ailleurs, un auteur s'est demandé si l'arrêt du 25 février 1997 précité en matière de renversement de la charge de la preuve de l'information sur les risques³¹⁰ n'était pas l'arrêt Desmares de la responsabilité médicale³¹¹.

Les juges français paraissent désormais partir du postulat selon lequel il est nécessaire d'indemniser les victimes d'accidents médicaux dès lors que le dommage subi est sans rapport avec le motif d'hospitalisation.

³¹⁰ Civ. 1^{ère}, 25 févr. 1997, précité, note 140

³¹¹ G. MEMETEAU, *loc. cit.*, note 143, 9 ; Civ. 2^{ème}, 21 juil. 1982, Desmares, D. 1982, p. 449, note Larroumet : cet arrêt fut rendu à un moment où rien n'était fait en France pour améliorer le sort des victimes d'accidents de la circulation. Il décida que même la faute de la victime n'avait aucun effet exonératoire sur la responsabilité du gardien d'une chose inanimée. Des vœux mêmes des magistrats à l'origine de cette décision, celle-ci avait pour but de provoquer le législateur à intervenir en la matière, ce qu'il fit en 1985.

Mais la situation est également remarquable au Québec où des régimes particuliers de responsabilité civile se multiplient régulièrement. « Tout se passe comme si, petit à petit, le régime général prévu au Code civil et basé sur la faute ou le fait dommageable, se vidait peu à peu de son contenu, au profit de régimes spéciaux fondés sur la garantie, le risque ou la sécurité sociale générale »³¹².

Plusieurs raisons permettent d'expliquer un tel phénomène selon ces auteurs. Quelques une sont d'ordre politique. Mais c'est surtout une évolution de la société dans son ensemble et des mentalités en vigueur qui permettraient de comprendre cet état des choses. L'on a peu à peu pris conscience de ce que la responsabilité civile n'était pas forcément le meilleur moyen de prévenir des comportements fautifs ultérieurs. Cette remarque vaut totalement pour l'indemnisation des accidents médicaux à nos yeux.

Notons toutefois que l'instauration d'un régime d'indemnisation des accidents médicaux sans égard à la faute nécessitera l'intervention législative de toutes les provinces du Canada, le parlement fédéral étant dépourvu de compétences en la matière. Le Québec peut donc choisir d'intervenir.

Des arguments d'ordre technique (a) et d'autres de fond (b) militent en faveur de l'adoption d'une loi organisant l'indemnisation des victimes d'accidents médicaux.

a) *Les arguments techniques*

Compte tenu de la multiplication des risques, notamment sériels, plusieurs observateurs estiment qu'il ne sera pas possible d'indemniser intégralement toutes les victimes de tous les préjudices subis à la suite d'un accident médical.

Les montants accordés aujourd'hui sont très élevés quand une faute a été prouvée, comme dans toutes les actions en responsabilité civile d'ailleurs. Par trois arrêts de 1978, la Cour Suprême du Canada a modifié le montant des réparations des dommages qui ont considérablement augmenté³¹³. Ceci s'est traduit par une augmentation des primes d'assurances des médecins à tel point que certains éprouvent désormais de grandes

³¹² J.-L. BAUDOUIN et P. DESLAURIERS, *op. cit.*, note 43, n° 70 et suiv.

³¹³ *Andrews c. Grand and Toy Alberta Ltd.*, [1978] 2 R.C.S. 229 ; *Thorton c. Board of School Trustees of School District No. 57*, [1978] 2 R.C.S. 267 ; *Arnold c. Teno*, [1978], 2 R.C.S. 287

difficultés pour s'assurer. Les indemnités compensatoires sont passées de 15.000\$ en 1978 à 150.000\$ en 1989 selon les chiffres de l'A.C.P.M.³¹⁴ La réforme de 1978 était pourtant nécessaire. Il fallait établir impérativement une base définie une fois pour toutes de façon logique, de l'évaluation des préjudices. Jusqu'à cette date, les victimes d'accidents médicaux supportaient les aléas de la vie et en plus, étaient sous-indemnisées. Une certaine limitation de la réparation peut aujourd'hui être envisagée.

Or, le principe de réparation intégrale des dommages s'impose en droit de la responsabilité³¹⁵. Par conséquent, la limitation des dommages-intérêts nécessiterait forcément l'adoption d'une loi l'autorisant ³¹⁵ bis. Cette limitation nous semble particulièrement justifiée en matière d'accidents non fautifs. Laisser une victime sans aucune indemnisation n'est pas souhaitable. Pour autant, elle s'est soumise volontairement à certains risques, et si aucune faute n'est à l'origine de ses dommages, on peut comprendre que sa réparation soit limitée dans une certaine mesure. Une réforme de la responsabilité médicale pourrait passer soit par la fixation d'un plafond d'indemnisation ou encore d'un forfait, en contre-partie de la sécurité de l'intervention d'un fonds d'indemnisation, soit par une liste des préjudices indemnisables: ces deux mécanismes constituant des limitations de la réparation, une loi serait nécessaire.

Un deuxième argument vient nous conforter dans l'idée qu'une loi est nécessaire. Concernant l'assurance des médecins, la France ferait bien de s'inspirer du droit québécois en la matière qui est déjà intervenu en faveur de la protection des victimes d'accidents médicaux³¹⁶. En effet, la *Loi sur les services de santé et les services sociaux*³¹⁷ impose une obligation d'assurance-responsabilité tant pour les médecins que pour les hôpitaux. Même si en pratique, les médecins français bénéficient généralement d'une assurance, des

³¹⁴ F. TÔTH, *op. cit.*, note 106, p. 1

³¹⁵ *Supra*, p. 41

³¹⁵ bis Toutefois, au Canada, la limitation des dommages-intérêts a pu être imposée par la jurisprudence concernant le préjudice non économique.

³¹⁶ Y. LAMBERT-FAIVRE, *op. cit.*, note 46, n° 716, p. 625 : pour l'auteure, la nécessité de s'assurer en France, devrait être obligatoire et même conditionner l'exercice de la médecine.

³¹⁷ *Loi sur les services de santé et les services sociaux*, L.R.Q. c. S-4.2, art. 258 : « Tout médecin ou tout dentiste exerçant dans un centre doit détenir, pour lui et sa succession, une police valide d'assurance de responsabilité professionnelle acceptée par le conseil d'administration et, chaque année, établir que cette assurance est en vigueur. Un médecin peut toutefois s'acquitter de l'obligation visée [au-dessus] en fournissant annuellement au conseil d'administration la preuve qu'il est membre de l'Association Canadienne de Protection Médicale » ; art. 267 : « Un établissement qui n'a pas adhéré à une association reconnue par le ministre pour négocier et conclure un contrat d'assurance de la responsabilité civile à l'avantage de ses membres et pour en gérer la franchise doit souscrire un tel contrat à l'égard des actes dont il peut être appelé à répondre. »

dispositions législatives apporteraient aux victimes d'accidents médicaux une certaine garantie de solvabilité du responsable. De surcroît, les médecins québécois se voient dans l'impossibilité formelle de limiter leur responsabilité quand il s'agit de dommages corporels³¹⁸. Ainsi, une loi serait obligatoire pour imposer aux médecins de s'assurer. La France connaît néanmoins quelques cas d'obligations d'assurance, mais elles restent exceptionnelles. Elles concernent les médecins exerçant dans le cadre de sociétés professionnelles et de sociétés d'exercice libéral à forme commerciale. Ces sociétés peuvent d'ailleurs elles-mêmes s'assurer. Les promoteurs de recherche biomédicales sont également tenus de souscrire une assurance de responsabilité pour eux, ainsi que pour tout intervenant, sous peine de sanction pénale³¹⁹. Enfin, les établissements de transfusion sanguine se voient appliquer le même régime³²⁰ concernant la couverture des donneurs lors d'opérations de prélèvement.

Mais il est également envisageable d'obliger les patients à s'assurer, comme c'est le cas en Suède ou encore en Suisse. Concernant ce dernier pays, le système consiste à proposer au malade une souscription pour un laps de temps limité, en fonction de l'intervention qui doit être subie. Le montant de la prime dépend du type d'opération, et donc des risques encourus. En cas de préjudice, une commission d'experts examine les faits en urgence et évalue les dommages. Mais cette solution présente l'inconvénient, rédhibitoire à nos yeux, d'exclure tous ceux qui n'ont pas les moyens financiers de s'assurer.

Quant à la Suède, elle a mis en place dès 1974 un système d'indemnisation des accidents médicaux sans recherche de faute. Les collectivités régionales contractent une garantie qui couvre l'ensemble de la population de la région, auprès de compagnies d'assurances privées. En cas d'accident, l'indemnisation des victimes est immédiate s'il est prouvé qu'une mauvaise évolution de leur état de santé est due à un acte médical et non à la maladie elle-même. Il demeure cependant possible pour les victimes d'agir en justice contre des éventuels responsables. Ce système présente deux avantages indéniables: le nombre de procès a baissé ce qui satisfait tant les médecins que leurs assureurs. Quant aux victimes,

³¹⁸ *Id.*, art. 16 ; Code de déontologie des médecins, précité, note 62, art. 2.03.48 ; C.c.Q., art. 1474

³¹⁹ Code de la santé publique, art. L. 209-7 et 209-21

³²⁰ *Id.*, art. L. 688-10, al. 2

elles obtiennent une réparation dans près de 50% des cas ce qui est loin d'être la situation en France ou au Québec.

En troisième lieu, l'adoption d'une loi serait nécessaire à la création d'institutions qui seraient chargées d'indemniser les victimes d'accidents médicaux. Celles-ci pourraient correspondre à des organismes de paiement et de prévention. Une disposition législative s'impose, dans la mesure où les deniers publics ne peuvent être donnés ou perçus que par des organismes publics créés par des lois. Il en a par exemple été ainsi pour le fonds de garantie pour les victimes de contamination par le VIH à la suite d'une transfusion, institué par la loi de 1991 précitée³²¹.

Enfin, l'unification des délais de prescription – qui sont différents en France selon que le contentieux relève du domaine privé ou du domaine public³²² – ne saurait être réalisée que par l'adoption d'une loi. Une telle mesure est indispensable pour rétablir une certaine égalité entre les victimes d'accidents médicaux survenus en France.

Un auteur a proposé que la prescription qui serait ainsi établie soit décennale et que son point de départ consiste en la manifestation du dommage ou son aggravation³²³. La prescription serait moins longue au Québec puisqu'elle est triennale. En revanche, leurs points de départ seraient identiques. Il nous semble qu'un délai de dix ans ne se justifie pas nécessairement en l'espèce, compte tenu du point de départ de la prescription.

Après avoir observé ces différents arguments techniques afférents à l'adoption d'une loi organisant l'indemnisation des victimes d'accidents médicaux, il convient de relever que, de manière générale aussi, une telle norme serait justifiée.

b) Les arguments de fond

Le droit, selon nous, pour être applicable sans contestation possible, a le devoir de refléter autant que faire ce peut, l'évolution de la société. Or à l'évidence, la conception que l'on se fait aujourd'hui de la médecine n'est plus la même qu'il y a quelques années. Et il

³²¹ Loi n° 91-1406 du 31 déc. 1991, précitée note 229

³²² *Supra*, p. 21 et suiv.

³²³ Y. LAMBERT-FAIVRE, *op. cit.*, note 46, n° 723, p. 634

importe que le droit en tienne compte. On comprend mal comment il est possible d'appliquer les mêmes règles juridiques, dans tous les cas, depuis tant d'années, alors que la médecine a changé : si elle est devenue plus sûre dans certains cas, elle a dans le même temps créé de nouveaux dangers.

De surcroît, comment justifier l'exception médicale : pourquoi le droit s'adapte-t-il à tant d'autres matières, comme l'évolution du modèle familial, la prise en compte du risque dans le travail, dans la circulation de véhicules à moteur, et pas à la médecine?

Cette situation injuste et potentiellement dangereuse n'est plus durable.

Bien évidemment, les remèdes à apporter à nos systèmes d'indemnisation des accidents médicaux relèvent d'une certaine conception de la société, à savoir si l'on souhaite prendre en charge collectivement les risques que l'on a choisi tout autant collectivement de prendre.

Au regard de ces nombreux arguments, il apparaît clairement que l'adoption d'une loi en la matière nous semble préférable à toute évolution jurisprudentielle. L'obtention d'une réponse émanant d'un tribunal est aléatoire car il est nécessaire qu'un procès existe et les réponses, longues à intervenir, ne sont pas forcément les mêmes selon les juridictions. L'interprétation des décisions des juges peuvent en outre, être différentes selon les auteurs, ce qui ne facilite en aucun cas la tâche, déjà assez lourde, des victimes.

L'adoption d'une loi permettrait donc d'agir rapidement et d'unifier la jurisprudence ce qui constitue un avantage indéniable.

B L'OPPORTUNITÉ D'UNE LOI COMBINANT L'INDEMNISATION PAR LE BIAIS D'UNE ASSURANCE ET D'UN FONDS DE GARANTIE, AVEC LE MAINTIEN PARALLÈLE D'UNE RESPONSABILITÉ CIVILE POUR FAUTE.

Les mécanismes d'indemnisation susceptibles d'être mis en place par le biais d'une loi pourraient revêtir des modalités différentes, chacune recelant ses avantages et ses inconvénients.

Dans le cadre d'une loi, on pourrait souhaiter la mise en place d'un fonds de garantie qui constituerait l'organisme chargé de l'indemnisation des victimes d'accidents

médicaux. Ce fonds pourrait aller de pair avec une assurance de responsabilité obligatoire pour les professionnels et / ou pour les patients. Mais en tout état de cause, une difficulté inhérente au maintien parallèle de la responsabilité pour faute avec un système d'indemnisation sans faute justement ne manquerait pas d'apparaître.

Quoiqu'il en soit, la question de l'alimentation financière de tout système qui permettrait d'indemniser les victimes d'accidents médicaux reste une difficulté, mais pas incontournable selon nous. En effet, une loi en la matière permettrait de limiter dans une certaine mesure le volume des ressources financières nécessaires en passant d'une logique de responsabilité à une autre de solidarité (1°). Quoiqu'il en soit, l'adoption d'une loi n'irait pas contre une clarification des règles existantes, notamment dans la perspective d'actions récursoires (2°). Aussi avons-nous une certaine idée du système d'indemnisation des accidents médicaux tel qu'il pourrait être dans un avenir proche (3°).

1° La loi : instrument de passage d'une logique de responsabilité à une logique de solidarité

Face à l'ampleur du phénomène des accidents médicaux et aux implications qu'il comporte, la seule responsabilité ne semble plus suffisante (a) : les projets législatifs les plus récents en témoignent (b). Mais aucun d'eux ne permet de résoudre l'ensemble des difficultés présentes (c).

a) *L'efficacité limitée de l'institution de la responsabilité civile en matière d'accidents thérapeutiques*

La responsabilité civile, en tant qu'institution, développe plusieurs objectifs. Si elle a pour but premier de servir à réparer les dommages occasionnés par la tenue de certains comportements, elle permet, dans le même temps, de prévenir pour le futur ces mêmes attitudes. Selon quelques auteurs, elle aurait également pour mission de punir, ce qui se traduit par l'octroi de dommages-intérêts exemplaires³²⁴. A notre avis, la responsabilité civile ne devrait pas servir à punir, ce qui correspond au rôle de la responsabilité pénale.

³²⁴ D. JUTRAS, loc. cit., note 27. Sur le caractère punitif de ces dommages, supra p. 44

Or, selon que l'on cherche à améliorer l'un ou l'autre des aspects de la responsabilité civile, ce ne peut être qu'au détriment de celui qui ne fait l'objet d'aucune réforme. Par exemple, afin de favoriser l'indemnisation des victimes d'accidents médicaux – ce qui se passe en ce moment – les tribunaux peuvent adopter une conception de plus en plus sévère de la faute médicale. Par conséquent, sachant qu'il est plus facile d'obtenir réparation, les victimes vont être davantage tentées d'exercer des recours. L'aspect prévention de la responsabilité civile est donc défavorisé : loin de chercher à prévenir d'éventuels accidents, les médecins peuvent être tentés d'adopter une attitude défensive et de ne plus courir certains risques qui pourtant seraient susceptibles d'améliorer le sort d'une majorité de patients. La prévention est alors poussée à son extrême, à tel point qu'elle perd tout intérêt.

Par conséquent, si la réforme de la responsabilité médicale, en vue d'une meilleure indemnisation des accidents médicaux, ne passait que par des modifications de la responsabilité civile, cela serait insuffisant.

Il apparaît intéressant de songer à la création d'un système d'indemnisation spécifique à la réparation des dommages corporels, qu'une loi rendrait possible, en les faisant sortir du champ inadapté de la responsabilité contractuelle.

De plus, des raisons financières viennent conforter l'idée de la nécessité de créer un mécanisme de réparation indépendant de la responsabilité civile : si l'indemnisation se fonde sur la solidarité, la réparation n'a pas à être intégrale. Elle pourrait être forfaitaire, ce qui est loin d'être négligeable concernant l'indemnisation pour la réalisation de risques sériels³²⁵.

b) La spécificité des projets législatifs récents en matière d'indemnisation des accidents médicaux

Le dernier projet québécois en la matière a été élaboré par le rapport Prichard précité³²⁶. La France, qui quant à elle depuis une vingtaine d'années, a connu une multitude de projets et rapports en tous genres qui n'ont jamais abouti, compte depuis 1997 trois nouvelles propositions de lois, témoignant de l'actualité de ce sujet dans ce pays et de la

³²⁵ F. STASSE, *loc. cit.*, note 237, 5

³²⁶ J.R.S. PRICHARD, *op. cit.*, note 2

préoccupation qu'il semble provoquer dans la société³²⁷.

Concernant le champ d'application d'une loi instaurant un régime d'indemnisation des accidents médicaux indépendant de la responsabilité, il convient tout d'abord d'observer de quelle façon est envisagée la définition du préjudice indemnisable par ces différents projets.

La première alternative consiste à déterminer quels types d'accidents l'on souhaite réparer : l'accident thérapeutique individuel ou sériel ? Tous ces différents projets de lois ne distinguant pas, ils incluent tous les accidents sériels au sein d'un même système³²⁸. La plupart de ces projets prévoient d'indemniser la réalisation des accidents, fautifs ou pas. Néanmoins, selon le système issu de la proposition de loi n° 158, l'accident ne donne droit à réparation que si aucune faute n'a été commise. En effet, l'article 1, alinéa 1^{er} de la proposition dispose que l'accident n' « ouvre droit à réparation, [que] si la personne mise en cause n'établit pas avoir agi avec une diligence et une compétence normales eu égard aux circonstances (...) ». Par conséquent, si le médecin établit avoir agi conformément à ce qui exigé de lui et qu'il n'a pas commis de faute, l'indemnisation ne fonctionnera pas. La victime a donc tout intérêt à prouver une faute quelconque et en ce cas, la proposition de loi perd tout intérêt.

En un deuxième temps, on peut se demander de quelle façon est envisagée le risque thérapeutique. La proposition de loi n° 671, dans sa conception de l'aléa médical qu'elle envisage d'indemniser, parle de « conséquences inexplicables et inconnues » de sorte que si le risque était connu, sa réalisation ne peut être indemnisée, ce que nous trouvons

³²⁷ Assemblée Nationale, 23 juil. 1997, n° 158, Muguette JACQUAINT, François ASENSI... : Proposition de loi relative à l'indemnisation des victimes d'accidents thérapeutiques ; Assemblée Nationale, 7 janv. 1998, n° 616, Claude EVIN, Jérôme CAHUZAC... : Proposition de loi relative à l'indemnisation des accidents sanitaires ; Assemblée Nationale, 3 févr. 1998, n° 671, Jean-Michel DUBERNARD, Bernard ACCOYER... : Proposition de loi tendant à créer un fonds d'indemnisation des victimes du risque médical ;

³²⁸ Proposition de loi n° 158 précitée note 326, art. 1 : « Est un accident thérapeutique au sens de la présente loi, tout dommage résultant en France soit du fonctionnement d'un service de soins, soit de l'exécution ou de la non-exécution d'un acte médical » ;

Proposition de loi n° 616 précitée note 326, art. 1 s'applique « toute victime d'un accident dans le cadre de l'établissement d'un diagnostic, d'une intervention chirurgicale ou d'un traitement médical » ;

Proposition n°671 dans sa définition du risque médical susceptible d'être indemnisé quand il se réalise, ne distingue pas selon le type d'accident, art. 2 : « Toute aggravation anormale de l'état de santé antérieur d'un malade qui survient au cours ou à la suite d'investigations, d'interventions ou de traitements médicaux, indépendamment de l'évolution de l'affection en cause et résultant, soit d'une faute médicale ou dans l'organisation du service de soins, soit de conséquences inexplicables et inconnues » ;

Selon le rapport Prichard, les accidents sériels sont également compris dans la loi : recommandation n° 49 : « Il est recommandé que le régime d'indemnisation puisse inclure, au besoin, les accidents de vaccination, les préjudices liés aux produits sanguins et aux produits pharmaceutiques ».

contestable.

Le rapport Prichard énonce dans ses recommandations n° 45 et 46 que l'indemnisation sans égard à la responsabilité devrait être accessible aux personnes ayant subi des préjudices évitables à la suite d'un traitement³²⁹. Apparemment, il ne prévoit donc pas la couverture du risque médical. Un préjudice évitable serait celui qu'un diagnostic différent, une autre méthode thérapeutique ou une intervention effectuée différemment aurait permis d'éviter. Cela couvrirait les hypothèses de négligence mais aussi un peu plus selon l'auteur du rapport. En tout état de cause, le mécanisme ne prévoit pas de réparer la réalisation du risque médical.

Enfin, les projets s'accordent pour que ne soient indemnisés que les préjudices graves dans le cadre des systèmes envisagés.

Selon la proposition de loi n° 671, le préjudice subi par le patient doit être indépendant de son état antérieur qu'il contribue à aggraver. La proposition de loi n° 616 a la même exigence vis-à-vis du préjudice à savoir qu'il doit être anormal, donc indépendant de l'état antérieur du patient. Aux termes de cette proposition, l'indemnisation ne serait due que pour les accidents sanitaires ayant entraîné des dommages d'une extrême gravité à l'origine d'une incapacité permanente partielle de 50%.

Le rapport Prichard, pour définir le caractère grave du préjudice, dispose que la perte doit comporter, à tout le moins, une incapacité partielle permanente ou pour des employés, une perte de la capacité de gain totale au moins pendant huit semaines. Si les victimes sont sans revenus, la perte est jugée importante (et le préjudice grave) dans le cas d'une incapacité partielle permanente ou d'une incapacité fonctionnelle relativement totale d'au moins huit semaines³³⁰.

Après la définition du champ d'application de ces projets, il convient d'étudier de quelle manière ils envisagent le paiement des indemnités dues à une victime d'accident médical.

Les trois propositions de loi françaises envisagent la création d'un fonds de garantie, à la différence du rapport Prichard qui n'en prévoit pas. Les indemnités seraient toujours versées par les assureurs des médecins et des établissements hospitaliers ainsi que par l'Etat³³¹.

³²⁹ J.R.S. PRICHARD, *op. cit.*, note 2, recommandations n° 45 et 46, p. 30

³³⁰ *Id.*, recommandation n° 53, p. 31

³³¹ *Id.*, recommandation n° 62, p.33

L'alimentation du fonds de garantie recouvre des modalités différentes selon les projets. La proposition de loi n° 158 est intéressante à ce sujet. Le fonds serait chargé de la réparation des accidents sanitaires. Les ressources de ce fonds seraient alimentées par une cotisation additionnelle à celle de l'assurance-maladie, à la charge des employés du secteur privé. Ce fonds interviendrait après avis de la commission nationale des accidents sanitaires qui serait créée par cette loi. Cette commission, saisie par le patient victime, aurait pour mission d'apprécier si l'accident médical en cause résulte ou pas d'une faute. Si elle estime qu'aucune faute n'est en cause, elle transmet le dossier au fonds d'indemnisation.

Enfin, on peut se demander comment sont susceptibles de coexister au sein d'un même ordre juridique les régimes de responsabilité et d'indemnisation sans faute. D'ailleurs, certains auteurs soulignent les difficultés de compatibilité existantes entre les deux³³². Certaines des propositions de loi permettent aux victimes déjà indemnisées par le fonds, d'exercer une action en justice³³³. Il en va autrement du rapport Prichard selon lequel le patient est tenu de décider à un moment donné, s'il accepte les indemnités proposées dans le cadre du régime d'indemnisation sans égard à la responsabilité ou s'il intente une action en responsabilité. En cas d'échec de l'action en responsabilité, le patient ne pourra en aucun cas demander des indemnités dans le cadre de l'autre régime. Toute personne qui aura accepté le paiement d'indemnités dans le cadre du régime d'indemnisation sans égard à la faute devrait renoncer à toute action en responsabilité civile³³⁴.

c) *Le maintien de certaines faiblesses du système actuel en dépit de l'instauration d'un mécanisme d'indemnisation des accidents médicaux indépendant de la responsabilité civile.*

L'indemnisation automatique des victimes pour les accidents médicaux subis ne permettra pas de résoudre la question de savoir s'il y a eu faute ou pas à l'origine de l'accident. Un débat devra toujours avoir lieu à notre avis, mais en un second temps, une fois la victime indemnisée. Ainsi, toute la jurisprudence développée trouvera encore matière à s'appliquer dans une certaine mesure.

D'autres difficultés ne manqueront pas d'apparaître avec l'adoption d'une loi

³³² P. A. MOLINARI, *loc. cit.*, note 6, 343

³³³ Proposition de loi n° 158 précitée, note 326

³³⁴ J.R.S. PRICHARD, *op. cit.*, note 2, recommandations n° 50, p. 31

instaurant un nouveau mécanisme : il faudra définir de nouvelles notions employées par la loi et des procès seront sans doute nécessaires. Mais au moins, ce ne seront plus les victimes d'accidents médicaux qui en feront les frais.

2° La clarification nécessaire des règles en matière de responsabilité médicale mise en jeu de façon récursoire.

L'adoption d'une loi permettant sous certaines conditions une indemnisation automatique des victimes d'accidents médicaux, ne supprime pas pour autant la responsabilité civile pour faute. En effet, l'organisme qui aura indemnisé la victime doit pouvoir exercer une action récursoire contre le véritable responsable des dommages quand il existe (a). Dans cette perspective, il ne faudrait pas négliger d'améliorer les recours judiciaires existants (b).

a) Le nécessaire maintien d'une responsabilité pour faute des médecins: l'indemnisation ne saurait se substituer à la responsabilité.

La demande d'un système d'indemnisation des victimes d'accidents médicaux sans égard à la faute, ne signifie pas pour autant que des fautes réellement commises ne soient pas sanctionnées. Simplement, on cherche à éviter que la victime, déjà affaiblie, n'ait en plus à apporter la difficile preuve d'une faute pour être indemnisée.

Pour autant, l'auteur d'une faute ne saurait fuir ses responsabilités et, si celles-ci sont établies, il doit conserver l'obligation d'y répondre. La ligne de partage entre responsabilité sans faute et pour faute doit être clairement affirmée afin de maintenir dans toute sa portée l'obligation de moyens pesant sur les professionnels. Celle-ci peut seule permettre de « concilier l'acceptation du risque qui fait progresser la médecine et sauve des vies et le refus de la négligence et de l'incompétence »³³⁵.

Le système retenu pour permettre l'indemnisation des accidents médicaux doit répondre à deux questions: « les mécanismes d'indemnisation emportent-ils une indemnisation adéquate des victimes et produisent-ils auprès des auteurs des dommages un effet dissuasif

³³⁵ D. TABUTEAU, op. cit., note 49, p. 29

susceptible de diminuer la prévalence des actes fautifs ? »³³⁶ C'est pourquoi nous pensons que le meilleur mécanisme d'indemnisation des accidents médicaux, au regard de ces deux objectifs, devrait allier une meilleure répartition du risque sur plusieurs personnes, avec le maintien des règles de responsabilité.

C'est donc l'aspect préventif de la responsabilité civile que l'on cherche ici à préserver. La menace de poursuites en responsabilité civile a des effets positifs. Elle provoque un certain dialogue entre patients et médecins. Mais surtout, les médecins sont incités à rester vigilants dans les soins qu'ils dispensent, à réduire les risques que ne se reproduisent certains accidents médicaux³³⁷.

Enfin, les infractions pénales doivent elles aussi être sanctionnées, mais elles demeurent rares.

b) Amélioration des recours à la justice

Le rapport Prichard préconise d'améliorer l'accès à la justice parallèlement à la mise en place d'un nouveau système d'indemnisation des accidents médicaux sans égard à la faute³³⁸. En effet, les deux vont de pair. Et la plupart des pays vont dans ce sens, en évitant autant que faire ce peut les dualités de régimes ou de juridiction.

La France a donc un travail important à réaliser de ce point de vue. Cependant, l'unification des juridictions civile et administrative concernant la matière médicale en France, si elle semble souhaitable au regard de la doctrine, paraît néanmoins peu probable. Tout d'abord, elle ne pourrait être réalisée rapidement, dans la mesure où ce fonctionnement de la machine judiciaire est bien ancré dans les conceptions françaises. De surcroît, on peut s'interroger sur l'opportunité d'une unification qui se limiterait à un domaine sans être généralisée³³⁹.

La France connaît cependant un mécanisme intéressant qui pourrait se développer hors de ses frontières. On reproche le plus souvent sa lenteur au système judiciaire, qui se

³³⁶ P. A. MOLINARI, *loc. cit.*, note 6, 340

³³⁷ J.R.S. PRICHARD, *op. cit.*, note 2, conclusions n° 26 et suiv., p. 20

³³⁸ *Id.*, recommandations n° 13 à 20, p. 24 et 25

³³⁹ G. MEMETEAU, *loc. cit.*, note 1, 81

traduit en termes de coûts. Pourtant, il existe des procédures permettant d'obtenir des réparations dans des délais plus raisonnables. On pense ici au référé provision. Il est applicable devant les tribunaux judiciaires et administratifs. Il permet à la victime d'obtenir à bref délai le versement d'une allocation à valoir sur l'indemnisation de son préjudice quand sa créance n'est pas contestable. Cette procédure est spécialement adaptée dans les cas où les parties sont d'accord sur l'existence des dommages mais que l'état du patient n'est pas encore consolidé.

Il serait peut-être judicieux de créer une commission nationale des accidents médicaux comme le préconisent certains projets, notamment la proposition de loi n° 616. Cela permettrait sans doute de faciliter l'engagement de procédures au cas où la victime déciderait de recourir à un procès. Mais surtout, une telle commission présenterait l'avantage de centraliser ce contentieux et d'avoir les moyens de le traiter.

Ainsi, nous sommes désormais en mesure de révéler le système d'indemnisation des victimes d'accidents médicaux qui a notre faveur.

3° Proposition personnelle d'un système d'indemnisation des accidents médicaux

Le problème des accidents médicaux ne saurait rester plus longtemps sans un traitement efficace. A cet égard, une loi s'impose. Elle pourrait suivre une certaine procédure (a). Elle devra répondre à un champ d'application précis (b) et définir les débiteurs des indemnités dues aux victimes d'accidents médicaux (c). Le système ainsi mis en place devra maintenir néanmoins une dose de responsabilité médicale pour faute (d).

a) Esquisse d'une procédure d'indemnisation des accidents médicaux

Le développement de la médiation et des expertises amiables apparaît des plus nécessaires pour que toute victime sache ce qui lui est arrivé et qu'elle puisse agir rapidement pour être indemnisée. Une grande partie du contentieux pourrait de ce fait être évité. Il semble que la France ait choisi de s'engager sur cette voie de façon appuyée, ce qui

n'est malheureusement pas le cas du Québec.

Parallèlement, une commission spéciale chargée d'examiner les dossiers pourrait être mise en place. Elle devrait organiser des expertises médicales rapides afin de déterminer si le patient ayant subi des dommages est en droit d'obtenir une indemnisation. Dans l'affirmative, un fonds de garantie générale pour l'indemnisation des accidents médicaux serait en charge de réparer financièrement les dommages subis.

b) Le champ d'application de la loi : quels accidents médicaux ? quelles victimes ?

Avant d'aller plus loin dans ces développements, notons qu'à nos yeux, seuls des préjudices graves devraient être indemnisés, tels que définis précédemment., soit entraînant des handicaps ou des incapacités importantes. Il devrait s'agir de préjudices indépendants de l'état antérieur du patient, survenus à l'occasion des soins subis et ayant contribué à aggraver son état de santé.

La loi doit couvrir les réalisations de risques médicaux. Elle doit donc permettre d'indemniser toutes les victimes, même quand aucune faute n'est à l'origine des dommages et que l'accident n'était pas évitable. La discussion sur l'existence d'une faute doit avoir lieu postérieurement à l'indemnisation de la victime qui souffre déjà assez.

Il nous semble important d'exclure d'un tel régime d'indemnisation, les accidents sériels. Si on les inclut, le système n'est pas gérable³⁴⁰ : les sommes nécessaires à son fonctionnement seraient trop importantes. Il faudrait que chaque catastrophe sanitaire fasse l'objet d'une loi particulière. Néanmoins, il n'est pas juste que les victimes de ce type d'accidents ne soient pas indemnisées rapidement, ou trop tard pour en profiter, comme ce fut le cas avec le VIH avant la loi de 1991. C'est pourquoi, individuellement, les victimes devraient pouvoir être indemnisées, après examen de leur dossier par la commission des indemnisations. Celle-ci, si elle observe un certain nombre de dossiers similaires, devrait pouvoir obliger les pouvoirs publics à prendre des mesures rapidement pour qu'un fonds spécial soit créé par une loi particulière comme pour le virus de l'hépatite C par exemple en

³⁴⁰ P. MIGEOT, *loc. cit.*, note 18, 970 : un fonds qui servirait à indemniser toutes les victimes d'accidents médicaux devrait actuellement au moins être doté de 1 milliard de francs.

ce moment.

c) Les débiteurs des indemnités dues aux victimes

Selon nous, le financement relatif à l'indemnisation des accidents médicaux doit prendre plusieurs formes pour être supportable.

L'Etat, par le biais de ses systèmes d'assurance-santé, devrait continuer à prendre en charge une partie de cette indemnisation, qu'il finance essentiellement par le produit de l'impôt.

Un fonds d'indemnisation générale aurait en charge les accidents individuels. Il pourrait être alimenté par les assureurs des médecins et de tous les patients qui subissent des soins³⁴¹. En effet, il nous semble que chacun des participants au « phénomène de l'accident médical » contribue à ce financement. La loi devrait rendre obligatoire cette participation. De plus, plus l'assiette est large, moins la somme à verser est importante.

Enfin, des fonds particuliers seraient créés lors de la constatation de catastrophe sanitaire. Ils seraient constitués par les surplus du fonds général s'il y en a, et par un impôt spécial, solidarité oblige.

d) La co-existence des régimes de responsabilité et d'indemnisation sans faute au sein d'un même ordre juridique

Il nous semble que le bon système serait celui qui permettrait à la victime d'être indemnisée sans égard à une quelconque faute, mais à condition que ses dommages répondent à certains critères.

Le fait de choisir de recourir à une telle indemnisation la priverait de tout recours judiciaire, que ce soit en responsabilité civile ou pénale, à condition bien sûr qu'elle ait été justement indemnisée³⁴².

Le fait de choisir d'exercer un recours en justice les priverait de la possibilité d'obtenir une indemnisation par le biais d'un fonds d'indemnisation ou d'une assurance, sauf l'assurance-

³⁴¹ Une assurance pourrait être prise par chaque patient au moment où il s'apprête à subir des soins.

³⁴² P. A. MOLINARI, *loc. cit.*, note 6, 342 : Le système néo-zélandais d'indemnisation des accidents médicaux prive les personnes indemnisées de recours judiciaire.

maladie étatique qui constitue un minimum.

En revanche, les recours récursoires seraient toujours possibles pour les assureurs et le fonds d'indemnisation dans les cas où il se révélerait que l'accident médical trouve son origine dans une faute.

CONCLUSION

LES MODALITES D'INDEMNISATION DES ACCIDENTS MEDICAUX, UN CHOIX DE SOCIETE

Au terme de notre étude, nous avons pu constater que l'indemnisation des victimes d'accidents médicaux en France et au Québec passait principalement par la mise en jeu d'une responsabilité médicale pour faute. A la suite de la jurisprudence et de la doctrine, principalement en France, nous sommes montrés favorables à l'instauration d'un système parallèle d'indemnisation sans égard à la faute. Dans cette perspective, le recours à un tel mécanisme apparaît clairement comme relevant d'un véritable choix de société.

Quant au fond, les droits français et québécois de la responsabilité médicale sont sensiblement identiques, mis à part quelques points particuliers témoignant principalement de la tendance française – tant légale que jurisprudentielle – à favoriser coûte que coûte l'indemnisation des victimes d'accidents médicaux.

Il importe de se demander si, de nos jours, on peut accepter dans notre société que des personnes victimes de la réalisation d'un risque médical, ne soient pas du tout indemnisées du fait de l'absence de faute à l'origine de leur dommage. A cet égard, il semble qu'une réforme en profondeur de la matière ne soit pas souhaitée au Québec. En effet, aucun mouvement doctrinal, jurisprudentiel ou étatique ne prône le remplacement de la responsabilité civile traditionnelle par un autre régime d'indemnisation. Les juristes québécois préféreraient des petites réformes ponctuelles³⁴³. Pour un auteur, ce comportement est fondamentalement conservateur³⁴⁴. Nous pensons que cette attitude explique l'absence de statistiques et de projets de lois en la matière au Québec. L'adoption d'une réforme de la responsabilité médicale constitue bien un choix de société, une « rationalité politique ». Au Québec, celle-ci est fortement empreinte de libéralisme. En effet, il existe deux façons d'envisager la réparation d'un événement dommageable. Soit

³⁴³ Encore très récemment, un auteur a pu affirmer qu'il n'existait pas de « crise causée par les fautes professionnelles médicales » tout en affirmant que « malheureusement, un nombre infinitésimal de demandeurs parviennent à un jugement qui leur soit favorable » : Marc BOULANGER, « Les tribunaux et la responsabilité médicale : assisterait-on à une ère moins conservatrice en matière de procédure, preuve, prescription et quantum ? », dans Développements récents en responsabilité médicale et hospitalière, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1999, p. 137, à la page 145 et suivantes.

l'on choisit de recourir à la responsabilité individuelle selon laquelle si aucune faute n'est prouvée, nulle indemnisation ne sera allouée. Soit l'on sollicite la solidarité collective de la société. Pour ce faire, on ne considère pas le dommage comme le résultat de l'adoption d'un comportement fautif mais plus comme la conséquence inévitable de l'activité d'une catégorie sociale dont la société dans son ensemble doit assumer les risques.

En France, on a beau dire que le problème est surtout financier, il s'agit bien aussi d'un choix politique : celui de ne pas affecter un budget spécifique à cette cause. Preuve en est la disposition législative récente : l'article 14 de la loi n° 98-389 du 19 mai 1998 relative à la responsabilité du fait des produits défectueux annonçait qu' « un rapport sur le droit de la responsabilité et l'indemnisation de l'aléa thérapeutique [devait] être déposé par le Gouvernement sur le bureau des deux assemblées avant le 31.12.1998 ». Ce genre de disposition n'appelle pas de sanction particulière, en dépit d'une qui serait de nature politique. Celle-ci n'est toujours pas intervenue même si aucun rapport n'a encore été remis au Parlement français.

Au regard des systèmes de santé existants déjà au Québec en France, il est clair que l'engagement est celui d'une certaine justice sociale. Néanmoins, de gros progrès restent à faire. La société devrait dans son ensemble, assumer la réalisation des risques médicaux quand ils entraînent de graves préjudices, tout comme elle le fait déjà pour les accidents d'automobiles ou du travail.

³⁴⁴ D. JUTRAS, *loc. cit.*, note 27

BIBLIOGRAPHIE QUEBECOISE

*** OUVRAGES GENERAUX**

BAUDOIN, J.-L. et P. DESLAURIERS, La responsabilité civile, 5ème édition, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1998

BERNARDOT, A. et R. KOURI, La responsabilité civile médicale, Sherbrooke, Éditions Revue de droit de l'Université de Sherbrooke, 1980

COMMISSION DE REFORME DU DROIT DU CANADA, Le traitement médical et le droit criminel, Document de travail n°26, Ottawa, 1980

CREPEAU, P.-A., L'intensité de l'obligation juridique ou des obligations de diligence, de résultat et de garantie, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1989

DESCHAMPS, P. et autres, Report on Health Care Liability in Canada, (P.-A. CREPEAU, dir.) Centre de recherche en droit privé et comparé du Québec, McGill University, 1989

DUCHARME, L., L'administration de la preuve, 5ème édition, collection Bleue, Wilson et Lafleur, 1986

Précis de la preuve, 5ème édition, collection Bleue, Wilson et Lafleur, 1996

GARDNER, D., L'évolution du préjudice corporel, Éditions Yvon Blais, 1994

GOULET, M., Le droit disciplinaire des corporations professionnelles, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1993

INSTITUT CANADIEN D'ADMINISTRATION DE LA JUSTICE, La responsabilité civile des professionnels du Canada, études publiées par Bartha Maria Knoppers, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1988

LESAGE-JARJOURA, P., J. LESSARD et S. PHILIPS-NOOTENS, Éléments de responsabilité civile médicale – Le droit dans le quotidien de la médecine, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1995

PRICHARD, J.R.S., La responsabilité et l'indemnisation dans les soins de santé, Rapport à la conférence des sous-ministres de la santé de l'étude fédérale, provinciale, territoriale sur les problèmes de la responsabilité et de l'indemnisation dans le secteur des soins de santé, University of Toronto Press, 1990

*** ARTICLES**

BAUDOIN, J.-L. « La réforme de la responsabilité médicale: responsabilité ou assurance? », dans Rapports généraux au XIIIème Congrès International de Droit Comparé, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1992, p. 27

« La responsabilité professionnelle médicale: pathologie et thérapie », (1989) 1 Assurances 62

BOUCHER, R., D. GREGOIRE, J. DESLAURIERS et K.-D. BEAUSOLEIL, « Difficultés pour le demandeur de se faire assister d'un médecin-expert lors d'une action en responsabilité médicale », (1976) 17 Les Cahiers du Droit 35

BOULANGER, M., « La victime de soins médicaux et hospitaliers déficients : perspectives en matière de recours et de compensation des dommages » dans Développements récents en droit civil, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1994, p. 97

« Les tribunaux et la responsabilité médicale : assisterait-on à une ère moins conservatrice en matière de procédure, preuve, prescription et quantum ? », dans Développements récents en responsabilité médicale et hospitalière, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1999, p. 137

BRIERE, J., « Les conséquences de l'augmentation des recours et des indemnités pour les médecins et la société », (1987) 18 R.G.D. 113

CREPEAU, P.-A., « L'incidence des régimes de responsabilité sur l'indemnisation du préjudice en matière médico-hospitalière », (1983) 51 Assurances 299

DESCHAMPS, P., « L'obligation de moyens en matière de responsabilité médicale », (1991) 58 Assurances 575

GARDNER., D., « Réflexions sur les dommages punitifs et exemplaires », (1998) 77 Revue du Barreau Canadien 198

GAUDET, S., « L'application de la notion de perte de chances en droit médical », dans Responsabilité médicale et hospitalière – Aspects éthiques et juridiques, Canadian Institute, 1990

HEBERT, M., « L'application des Chartes canadienne et québécoise en droit médical », (1989) 30 Les Cahiers du droit 495

JUTRAS, D., « Réflexions sur la réforme de la responsabilité médicale au Québec » dans Rapports généraux au XIIIème Congrès International de Droit Comparé, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1992

KNOPPERS, B.-M., « Les notions d'autorisation et de consentement dans le contrat médical », (1978) 19 Les Cahiers du droit 893

« La responsabilité civile des professionnels et le professionnel », dans INSTITUT CANADIEN D'ADMINISTRATION DE LA JUSTICE, La responsabilité

civile des professionnels du Canada, études publiées par Bartha Maria Knoppers, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1988, p. 9

KOURI, R., « La causalité et l'obligation de renseigner en droit médical québécois », R.D.U.S. (1987) 494

KOURI, R. et L. LEMIEUX, « Les témoins de Jéhovah et le refus de certains traitements: problèmes de forme, de capacité et de constitutionnalité découlant du Code civil du Québec », (1995) 26 R.D.U.S 77

LIPPEL, K., « L'incertitude des probabilités en droit et en médecine », (1992) 22 R.D.U.S 445

MEMETEAU, G., « Questions sur l'influence du droit français sur le droit québécois de la responsabilité médicale », (1995) 29 Revue Juridique Thémis 31

MOLINARI, P., « L'indemnisation des victimes d'incidents sanitaires: perspectives de réforme », dans Soins de Santé, éthique et droit, Montréal, Éditions Yvon Blais, 1993, p. 325

NICOL, P., « Faute médicale : preuve par présomptions de fait », (1996-97) 27 R.D.U.S. 227

NOOTENS, S., « La perte de chance: détournement du lien de causalité ou dommage distinct? », (1990) 50 Revue du Barreau 611

PRATTE, P., « Les dommages punitifs : institution autonome et distincte de la responsabilité civile », (1998) 58 Revue du Barreau 287.

TÔTH, F., « La responsabilité civile hospitalière pour la faute médicale, Quand l'établissement hospitalier répond-il de la faute médicale », dans Développements récents en droit de la santé, Service de la formation permanente, Barreau du Québec, Éditions Yvon Blais, 1991

« Le droit du patient d'être informé: un droit protégé par la Charte des droits et libertés de la personne », (1989) 20 R.D.U.S 161

« L'obligation de renseignement du médecin en droit civil québécois », dans Responsabilité médicale et hospitalière – Aspects éthiques et juridiques, Canadian Institute, 1990

<i>BIBLIOGRAPHIE FRANCAISE</i>

*** OUVRAGES GENERAUX**

CONSEIL D'ETAT, Rapport public 1998, Réflexions sur le droit de la santé, La Documentation Française, 1998

CHAPUS, R., Droit administratif général, tome 1, 7^{ème} édition, Montchrestien, p. 634, n° 869

DORSNER-DOLIVET, A., Contribution à la restauration de la faute, condition des responsabilités civile et pénale dans l'homicide et les blessures par imprudence : à propos de la chirurgie, L.G.D.J., 1986

EVIN, C., Les droits de la personne malade, rapport présenté devant le Conseil Economique et Social en vue de l'adoption de l'avis du 12 juin 1996, Direction des Journaux officiels, 1996

FABRE-MAGNAN, M., De l'obligation d'information dans les contrats: essai d'une théorie, L.G.D.J., 1992

GARAPON, A., Le gardien des promesses – Justice et Démocratie, Éditions Odile Jacob, 1996

HONORAT, J., L'idée d'acceptation des risques dans la responsabilité civile, L.G.D.J., 1969

JEAN, P., La charte du patient hospitalisé – Commentaire de la circulaire du 6 mai 1995 et recueil de textes de référence, Berger-Levrault, 1996

LAMBERT-FAIVRE, Y., Droit du dommage corporel, 3^{ème} édition, Dalloz, 1996

LENOIR, N. et M. BERTRAND, Les normes internationales de la bioéthique, Que sais-je? Presses Universitaires de France, 1998

LESUEUR, V., Victimes de la médecine – Enquête sur l'erreur médicale, Le Pré aux Clercs, 1998

MEMETEAU, G., Traité de La responsabilité médicale, Les Etudes Hospitalières, 1996

PENNEAU, J., La responsabilité du médecin, 2^{ème} édition, Connaissances du droit, Dalloz, 1996

TABUTEAU, D., Risque thérapeutique et responsabilité hospitalière, collection Santé: méthodes et pratiques, Berger-Levrault, 1995

TRUCHET, D., L'indemnisation de l'aléa thérapeutique, Droit sanitaire et social, Sirey, 1995

VINEY, G., La responsabilité : effets, L.G.D.J., 1988

Introduction à la responsabilité, 2^{ème} édition, L.G.D.J., 1995

L'indemnisation des accidents médicaux, collection Bibliothèque de droit privé, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1997

VINEY, G. et P. JOURDAIN, Les conditions de la responsabilité, 2^{ème} édition, L.G.D.J., 1998

* **ARTICLES**

AUBERT, J.-L., obs. sous Civ. 1^{ère}, 25 févr. 1997, Defrénois. 1997. 751

AUBY, J.-M., note sous Cons. d'Et., 14 févr. 1997, Revue de droit public. 1997. 1139

AYACHE, G., « La responsabilité médicale ou la dignité du médecin », Gaz. Pal. 23-24 oct. 1998. 55

BARBIERI, J.-F., « Défaut d'information et responsabilité médicale: les principes de droit privé », Les Petites Affiches, 4 janv. 1995. 2. 16

BICLET, P., Brèves, Médecine et Droit. 1997. 27. 17

Brèves, Médecine et Droit. 1998. 28. 23

« Qui sème le vent... », Médecine et Droit. 1997. 23. 1

BONNEAU, J., « Examen critique de la loi du 1er Juillet 1998 relative à la veille sanitaire », Gaz. Pal. 23-24 oct. 1998. 35

obs. sur le colloque La responsabilité médicale: enjeux, réalités et perspectives, organisé par le Syndicat Interhospitalier Régional d'Ile de France (SIRIF) tenu à Paris le 23 sept. 1998, Gaz. Pal. 23-24 oct. 1998. 91

BOY, L., note sous Trib. gr. inst. Paris, 5 mai 1997 et 20 oct. 1997, D. 1998. J. 558

BYK, C., chronique de bioéthique, J.C.P. 1997. I. 4035

CAYLA, J.-S., « Le principe de précaution, fondement de la sécurité sanitaire », Rev. dr. sanit. et soc. 1998. 490

CHABAS, F., « La responsabilité pour défaut de sécurité des produits, dans la loi du 19 mai 1998 », Gaz. Pal. 9-10 sept. 1998. 2

obs. sous Civ. 1^{ère}, 25 févr. 1997, Droit et Patrimoine. 1997. 1645

CHRESTIA, P., note sous Cons. d'Et., 3 nov. 1997, Hôpital Joseph Imbert d'Arles, D. 1998. J. 146

CLEMENT, C., « La responsabilité sans faute de l'hôpital pour un acte médical non thérapeutique », note sous Cons. d'Et., 3 nov. 1997, Hôpital Joseph Imbert d'Arles, Rev. dr. sanit. et soc. 1998. 519

« Le Conseil d'Etat explicite la notion de faute médicale », Les Petites Affiches. 11 mars 1998. 26

COMITÉ CONSULTATIF NATIONAL D'ETHIQUE POUR LES SCIENCES DE LA VIE ET DE LA SANTE, « Consentement éclairé et information des personnes qui se prêtent à des actes de soin ou de recherche », Les cahiers du Comité Consultatif National d'Ethique pour les sciences de la vie et de la santé, 17 oct. 1998. 3

DAËL, S., « Responsabilité hospitalière et risques thérapeutiques: de la présomption de faute à la responsabilité sans faute », concl. sur Cons. d'Et., Ass., 9 avril 1993, M.Bianchi, Rev. fr. Droit adm. 1993. 573

DAGORNE-LABBE, Y., « L'obligation d'information du médecin à l'égard de son patient », note sous Civ. 1ère, 14 oct. 1997, Les Petites Affiches. 13 mars 1998. 18

DORSNER-DOLIVET, A., « L'indemnisation des accidents chirurgicaux », obs. sous Civ. 1ère., 7 janv. 1997, Médecine et Droit. 1997. 24. 15

FABRE, H., « Responsabilité conjointe ou partagée de l'anesthésiste et du chirurgien (ou obstétricien) », Médecine et Droit. 1996. 22. 9

FOUASSIER, E., note sous Civ. 1ère, 3 mars 1998, Gaz. Pal. 23-24 oct. 1998. 74

FOURNEL, S., « Le particularisme de la « faute médicale de nature à... » engager la responsabilité de l'administration », Gaz. Pal. 8-10 mars 1998. 18

GARAY, A., « Le conciliateur à l'hôpital », Gaz. Pal. 23-24 oct. 1998. 56

« Quels droits des patients? », Gaz. Pal. 20-21 févr. 1998. 21

GHESTIN, J., « Le nouveau titre IV bis du Livre III du Code civil « De la responsabilité du fait des produits défectueux ». L'application en France de la directive sur la responsabilité du fait des produits défectueux après l'adoption de la loi n°98-389 du 19 mai 1998 », J.C.P. 1998. I. 148

GUIGUE, J., note sous Civ. 1ère, 25 févr. 1997, Gaz. Pal. 27-29 avr. 1997. 27

note sous Civ. 1ère, 27 mai 1998, Gaz. Pal. 23-24 oct. 1998. 78

GUIGUE, J. et C. ESPER, « Le juge judiciaire et le juge administratif se prononcent sur l'information médicale du malade », Gaz. Pal. 24-25 oct. 1997. 3

« La responsabilité du fait anesthésique », Gaz. Pal. 23-24 oct. 1998. 3

HAIM, V., « De l'information du patient à l'indemnisation de la victime par ricochet », D. 1997. chr. 125

HARICHAUX, M., chronique de responsabilité, Rev. dr. sanit. et soc. 1998. 540

« La preuve de l'information médicale », obs. sous Civ. 1ère, 14 oct. 1997, Rev. dr. sanit. et soc. 1998. 68

HERMITTE, M.-A. et Ch. NOIVILLE, « L'obligation d'information en matière de santé publique à la lumière de la loi du 1er Juillet 1998 sur la sécurité sanitaire », Gaz. Pal. 23-24 oct. 1998. 42

HOQUET-BERG, S., « Les sanctions du défaut d'information en matière médicale », Gaz. Pal. 9-10 sept. 1998. 12

JACOTOT, D., « Vers la généralisation de l'obligation de sécurité dans le domaine de la responsabilité médicale », note sous Civ. 1ère, 7 janv. 1997, Les Petites Affiches. 14 mai 1997. 25

JOURDAIN, P., chronique de responsabilité, Rev. trim. dr. civ. 1997. 434

chronique de responsabilité, Rev. trim. dr. civ. 1998. 116

chronique de responsabilité, Rev. trim. dr. civ. 1998. 681

KIMMEL-ALCOVER, A., « A propos des accidents médicaux: vers l'indemnisation de l'aléa thérapeutique », Les Petites Affiches. 1996. 155. 17

KRULIC, J., « Le droit à l'information du patient », note sous Trib. adm. Versailles, 26 juin 1997, Les Petites Affiches. 23 févr. 1997. 12

LAMBERT-FAIVRE, Y., « L'indemnisation des victimes post-transfusionnelles du Sida: hier, aujourd'hui et demain... », Rev. trim. dr. civ. 1993. 1

« Fondement et régime de l'obligation de sécurité », D. 1994. Chr. 81

« L'éthique de la responsabilité », Rev. trim. dr. civ. 1998. 1

« A propos de l'accident médical d'un ministre », D. 1998. 23. 1

LAPOYADE-DESCHAMPS, C., « Les médecins à l'épreuve », obs. sous Civ. 1ère, 25 févr. 1997, Responsabilité civile et assurances. avr. 1997. 4

LARROUMET, C., « La responsabilité du fait des produits défectueux après la loi du 19 mai 1998 », D. 1998. chr. 311

« L'indemnisation de l'aléa thérapeutique », D. 1999. chr. 33

LECOCQ, P.-A., « Une nouvelle avancée du risque comme fondement de la responsabilité de l'hôpital public », note sous Cons. d'Et., 3 nov. 1997, Hôpital Joseph Imbert d'Arles, Les Petites Affiches. 1998. 4. 16

LEGAL, H., « Sida et contrôle de la distribution des produits sanguins: de la faute lourde à la faute simple », concl. sur Cons. d'Et., 9 avril 1993, Rev. fr. Droit adm. 1993. 583

LEVENEUR, L., « Le risque thérapeutique devant la Cour de cassation: la recherche de l'équilibre », Contrats, concurrence, consommation. mai 1997. 4

LUCAS-GALLAY, I., « Le domaine d'application du droit au refus de soins: du nouveau? », Médecine et Droit. 1997. 27. 16

MAZEN, N.-J., « Le médecin libéral: un homme sous haute surveillance », Gaz. Pal. 24-25 oct. 1997. 38

MEMETEAU, G., chronique de responsabilité, Rev. dr. sanit. et soc. 1998. 333

« Devoir d'information renversement de la charge de la preuve », note sous Civ. 1ère, 25 févr. 1997, Médecine et Droit. 1997. 24. 6

« Les évolutions redoutées de la responsabilité médicale: loi ou jurisprudence? », Gaz. Pal. 24-25 oct. 1997. 8

MIGEOT, P., « L'évolution du règlement des conflits », Revue Générale de Droit des Assurances. 1998. 4. 970

MOQUET-ANGER, M.-L., chronique de responsabilité médicale à l'hôpital (établissement public de santé), Médecine et Droit. 1997. 24. 22

MOREAU, J., note sous C. adm. appel Lyon, 21 déc. 1990, Consorts Gomez, J.C.P. 1991. II. 21698

note sous Cons. d'Etat, Ass., 10 avr. 1992, M. et Mme V..., J.C.P. 1992. II. 21881

note sous Cons. d'Etat, Ass., 9 avr. 1993, Bianchi, J.C.P. 1993. II. 22061

note sous Cons. d'Et., 3 nov. 1997, Hôpital Joseph Imbert d'Arles, J.C.P. 1998. II. 10016

PANSIER, F.-J., note sous C. adm. Paris, 9 juin 1998, Gaz. Pal. 23-24 oct. 1998. 67

PANSIER, F.-J. et F. SKORNICKI, « La faute et l'accident en matière de responsabilité médicale », Gaz. Pal. 23-24 oct. 1998. 10

PENNEAU, A., note sous CJCE, 29 mai 1997, Commission des Communautés européennes c. Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord, D. 1998. J. 488

PENNEAU, J., « La réforme de la responsabilité médicale: responsabilité ou assurance? », Revue internationale de droit comparé. 1990. 525

sommaires commentés, D. 1997. 316

« Les patients face au droit de la responsabilité médicale », Gaz. Pal. 20-21 févr. 1998. 8

PENNEAU, M. et J. PENNEAU, « Recommandations professionnelles et responsabilité médicale », Médecine et Droit. 1998. 28. 4

PIERRE, P., chronique de responsabilité civile médicale, Médecine et Droit. 1997. 24. 19

PORCHY, S., « Lien causal, préjudices réparables et non-respect de la volonté du patient », D. 1998. chr. 379

RADE, C., « L'impossible divorce de la faute et de la responsabilité civile », D. 1998. chr. 301

RAMEIX, S., « Dimensions éthiques de la relation entre le médecin et le patient », Gaz. Pal. 20-21 février 1998. 18

« Un point de vue philosophique sur le rapport du CCNE « Consentement éclairé et information des patients qui se prêtent à des actes de soin ou de recherche » », Les cahiers du Comité Consultatif National d'Éthique pour les sciences de la vie et de la santé, 17 oct. 1998. 23

REMY, P., « La « responsabilité contractuelle »: histoire d'un faux concept », Rev. trim. dr. civ. 1997. 323

ROY, P., « Responsabilité civile : les chirurgiens d'abord, les généralistes aussi », Le Quotidien du Médecin. 3 novembre 1998

SARGOS, P., « Réflexions sur les accidents médicaux et la jurisprudence de la Cour de cassation en matière de responsabilité médicale », D. 1996. chr. 365

« Obligation de moyens et obligation de résultat du médecin, bilan de la jurisprudence récente de la Cour de cassation », Médecine et Droit. 1997. 24. 2

Rapport de l'arrêt Civ. 1ère, 7 janv. 1997, D. 1997. J. 189

Rapport de l'arrêt Civ. 1ère, 25 févr. 1997, Gaz. Pal. 27-29 avr. 1997. 22

Rapport de l'arrêt Civ. 1ère, 18 mars 1997, J.C.P. 1997. II. 22829

Rapport de l'arrêt Civ. 1ère, 14 oct. 1997, J.C.P. 1997. II. 22942

« Modalités, preuve et contenu de l'information que le médecin doit donner à son patient », note sous Civ. 1ère., 14 oct. 1997, Médecine et Droit. 1997. 27. 1

note sous Civ. 1ère, 7 oct. 1998, J.C.P. 1998. II. 10179

SOUSSE, M., « Quelle réforme en matière de responsabilité médicale? », Gaz. Pal. 15 oct. 1994. 1159

STASSE, F., « Le droit médical doit préserver la frontière entre la faute et l'aléa », un entretien avec François Stasse, rapporteur général de la Section du rapport et des études du Conseil d'Etat, Les Petites Affiches. 20 mars 1998. 34. 4

THOUVENIN, D., note sous Civ. 1ère, 7 janv. 1997, D. 1997. J. 190

VINEY, G, chronique de responsabilité civile, J.C.P. 1997. I. 4025

chronique de responsabilité civile, J.C.P. 1997. I. 4068

chronique de responsabilité civile, J.C.P. 1998. I. 144

« Pour une loi organisant l'indemnisation des victimes d'accidents médicaux », Médecine et Droit. 1997. 24. 1

« L'introduction en droit français de la directive européenne du 25 juillet 1985 relative à la responsabilité du fait des produits défectueux », D. 1998. chr. 291

VINEY, G. et P. JOURDAIN, « L'indemnisation des accidents médicaux: que peut faire la Cour de cassation? (A propos de Civ 1ère., 7 janv. et 25 févr. 1997) », J.C.P. 1997. I. 4016

WALINE, J., note sous Cons. d'Et., 14 févr. 1997. Revue de Droit Public. 1997. 1139

WELSCH, S., « Responsabilité médicale: la nouvelle donne », Les Petites Affiches. 10 avr. 1998. 6