

**L'ARRÊT HÔPITAL DE L'ENFANT-JÉSUS C.
CAMDEN-BOURGAULT ET LE CONTRAT HOSPITALIER
OCCULTÉ : AVENTURISME OU ÉVOLUTION ?**

Robert P. Kouri

Volume 35, Number 1, 2004

URI: <https://id.erudit.org/iderudit/1107552ar>

DOI: <https://doi.org/10.17118/11143/11937>

[See table of contents](#)

Publisher(s)

Revue de Droit de l'Université de Sherbrooke

ISSN

0317-9656 (print)

2561-7087 (digital)

[Explore this journal](#)

Cite this article

Kouri, R. P. (2004). L'ARRÊT HÔPITAL DE L'ENFANT-JÉSUS C. CAMDEN-BOURGAULT ET LE CONTRAT HOSPITALIER OCCULTÉ : AVENTURISME OU ÉVOLUTION ? *Revue de droit de l'Université de Sherbrooke*, 35(1), 307–326. <https://doi.org/10.17118/11143/11937>

Article abstract

The writer comments the findings of the Court of Appeal in *Hôpital de l'Enfant-Jésus c. Camden-Bourgault*, more particularly regarding its refusal to recognize the existence of a hospital contract and the liability of the establishment for the fault of a physician. The Court's affirmation that it is legally impossible for a hospital to provide medical services reserved exclusively to physicians is also examined. While expressing certain reservations as to the reasoning of the Court, the commentator questions whether it is opportune to undertake a reversal of precedent in this field.

**L'ARRÊT HÔPITAL DE L'ENFANT-JÉSUS
C. CAMDEN-BOURGAULT
ET LE CONTRAT HOSPITALIER OCCULTÉ :
AVENTURISME OU ÉVOLUTION?**

par Robert P. KOURI*

L'auteur commente l'arrêt Hôpital de l'Enfant-Jésus c. Camden-Bourgault de la Cour d'appel, notamment en ce qui concerne son refus de reconnaître l'existence du contrat hospitalier ainsi que la responsabilité de l'établissement pour la faute du médecin. On examine également l'affirmation selon laquelle il est impossible pour l'hôpital d'offrir des soins du ressort exclusif des médecins. Expriment certaines réserves sur le cheminement de la Cour, le commentateur s'interroge sur l'opportunité d'amorcer un revirement jurisprudentiel dans ce domaine.

The writer comments the findings of the Court of Appeal in Hôpital de l'Enfant-Jésus c. Camden-Bourgault, more particularly regarding its refusal to recognize the existence of a hospital contract and the liability of the establishment for the fault of a physician. The Court's affirmation that it is legally impossible for a hospital to provide medical services reserved exclusively to physicians is also examined. While expressing certain reservations as to the reasoning of the Court, the commentator questions whether it is opportune to undertake a reversal of precedent in this field.

*. Professeur à la Faculté de droit de l'Université de Sherbrooke. L'auteur désire remercier ses collègues, Suzanne Philips-Nootens et Robert Tétrault, professeurs à la Faculté de droit de l'Université de Sherbrooke, qui ont lu et commenté ce texte. Toutefois, les opinions exprimées sont celles de l'auteur.

SOMMAIRE

Introduction	309
(a) L'apparente antinomie entre le régime contractuel et l'absence de liberté de contracter de l'une des deux parties	311
(b) L'absence de lien de préposition entre le médecin et l'hôpital lors de l'exécution d'un acte médical	315
(c) L'impossibilité pour l'établissement d'offrir des soins médicaux car l'exercice de la médecine est du ressort exclusif de la profession médicale	322
Conclusion	325

Introduction

En responsabilité civile médicale, le débat sur la nature de la responsabilité hospitalière ainsi que sur la [non] responsabilité de l'établissement pour la faute du médecin semble être relancé devant les tribunaux. La décision de la Cour d'appel dans *Hôpital de l'Enfant-Jésus c. Camden-Bourgault et Brochu*¹, sans avoir l'effet d'un coup de foudre dans un ciel parfaitement bleu, car il y avait déjà quelques nuages à l'horizon, a malgré tout perturbé les assises traditionnelles de la responsabilité médico-hospitalière. S'agit-il d'une anomalie qui sera aussitôt désavouée par un autre banc de la Cour d'appel ou par la Cour suprême lorsque cette dernière aura l'opportunité de se prononcer sur un litige semblable, ou sommes-nous en présence d'un arrêt annonciateur d'un revirement jurisprudentiel?

Afin de situer cette décision dans l'ensemble de la responsabilité du médecin et de l'établissement, il est utile d'en résumer brièvement les faits. Le 3 mars 1987, à la suite d'une chute de son échelle, un dénommé Bourgault tombe sur ses pieds et est trouvé au sol, incapable de marcher et se tordant de douleur. Transporté d'urgence à l'Hôpital de l'Enfant-Jésus vers 3h45 du matin, il est examiné par un interne et par le médecin responsable de l'urgence, le Dr Ducharme. Le Dr Brochu, qui prend la relève du Dr Ducharme à l'urgence vers 8h00, pose un diagnostic de claquage musculaire et donne congé au patient vers 15h30. Il informe Bourgault de ne pas marcher, de garder les pieds élevés et de mettre en alternance de la glace et de la chaleur pour au moins 48 heures. Il lui dit de revenir à l'hôpital dans six jours, ou plus tôt, si des changements surviennent, mais sans lui décrire de façon suffisante les signes d'aggravation à surveiller. Le lendemain, la douleur persiste et le surlendemain, 5 mars, le blessé et son épouse constatent un changement de couleur aux pieds. Le médecin de famille de Bourgault, appelé au chevet du blessé, ordonne que le patient soit conduit immédiatement à l'hôpital. À l'urgence, un chirurgien pose

1. [1996] R.R.A. 809 (C.S.) (résumé), en ligne AZ-96021463, en appel *sub nom. Hôpital de l'Enfant-Jésus c. Camden-Bourgault*, [2001] R.J.Q. 832, [2001] R.R.A. 329 (résumé), en ligne AZ-50085016, REJB 2001-23496 (C.A.) [ci-après *Camden-Bourgault*] et *sub nom. Brochu c. Camden-Bourgault*, [2001] R.R.A. 295 (résumé), en ligne AZ-50085017, J.E. 2001-836. La demande d'autorisation d'appel de la décision *Brochu c. Camden-Bourgault* fut rejetée avec dépens le 29 novembre 2001, [2001] 3 R.C.S. v.

un diagnostic de syndrome compartimental aigu des deux jambes. Après une série d'opérations, il faut finalement amputer les deux pieds au niveau des chevilles. Une poursuite en responsabilité est intentée par Bourgault contre le Dr Brochu et l'Hôpital de l'Enfant-Jésus. Malheureusement, Bourgault décède, au cours de l'instance, d'une maladie n'ayant aucune relation avec les amputations et sa veuve continue la poursuite.

En première instance, la Cour estime que le Dr Brochu n'a pas commis de faute professionnelle lorsqu'il a posé son diagnostic de claquage musculaire car, en toute probabilité, un médecin compétent pratiquant en salle d'urgence serait parvenu à la même conclusion devant un dossier clinique de même nature. Par contre, à cause des antécédents médicaux du patient, qui avait déjà été traité à cet hôpital pour une cardiopathie ischémique et qui était diabétique, le médecin aurait dû demander une consultation auprès des spécialistes familiaux avec son état de santé ou, encore, il aurait dû assurer un meilleur suivi médical. Le patient n'a pas été suffisamment informé des signes précurseurs d'une aggravation de son état. On retient aussi la responsabilité de l'hôpital car, en vertu du contrat avec le patient, l'établissement avait l'obligation de fournir des services d'urgence adéquats. Il doit donc répondre de la faute du médecin dans l'exécution des actes médicaux accomplis à l'urgence.

En appel, la condamnation du Dr Brochu est confirmée tandis que celle de l'Hôpital de l'Enfant-Jésus pour la faute du médecin dans l'exécution de sa prestation médicale à titre d'urgentologue est infirmée. Dans son analyse de la situation juridique concernant l'hôpital, le juge Rochon, avec le concours des juges Forget et Pidgeon, propose un revirement jurisprudentiel :

Le temps est venu pour les tribunaux de prendre acte de ces modifications tant sociales que législatives [du système de santé] et d'en tirer les conséquences juridiques appropriées. En l'absence de textes législatifs précis, je conclus qu'il ne saurait y avoir de responsabilité sans faute de l'hôpital. Pour les mêmes motifs, je suis d'avis qu'il n'y a pas de lien de préposition entre l'hôpital et le médecin lors de l'exécution d'un acte médical. De son application résulterait un bien étrange contrat, conclu par une partie, l'hôpital, qui n'est pas libre d'y consentir. Il porterait sur une matière réservée

exclusivement, sous peine de nullité, à la profession médicale. Pour l'hôpital, ce contrat serait au surplus sans considération aucune.²

Au risque de trahir le raisonnement du juge Rochon par une schématisation excessive, la décision de ne pas retenir la responsabilité de l'Hôpital de l'Enfant-Jésus pour la faute du Docteur Brochu se résume à ceci : dans le contexte québécois, parce qu'il n'y a pas de contrat entre l'hôpital et le patient, la responsabilité hospitalière est forcément d'ordre extracontractuel. Qui plus est, dans l'exercice de son art, un médecin, n'ayant aucun lien de préposition avec l'hôpital, ne saurait engager la responsabilité de ce dernier sur la base de l'article 1463 C.c.Q. (anciennement l'article 1054 alinéa 7 C.c.B.C.). Enfin, parce que la loi confie la prestation exclusive des actes médicaux à un médecin, l'hôpital ne peut s'engager à offrir ce service.

Il y a donc lieu d'examiner de plus près ces trois prémises sur lesquelles repose la conclusion du juge.

(a) L'apparente antinomie entre le régime contractuel et l'absence de liberté de contracter de l'une des deux parties

Le juge Rochon fait état de la controverse doctrinale qui perdure depuis quarante ans en citant en note de bas de page les principaux écrits faisant allusion au débat³. Cependant, s'inspirant du raisonnement des auteurs Lajoie, Molinari et Baudouin⁴, il opte résolument pour la thèse dite du régime légal ou extracontractuel de responsabilité car, selon lui, le droit aux services de santé

2. *Camden-Bourgault, ibid.* au para. 43. Le juge Rochon siège alors comme juge *ad hoc*. Selon ce magistrat, *ibid.* au para. 42, «Jusqu'en 1987, les tribunaux ont examiné la relation triangulaire médecin-bénéficiaire- hôpital en ayant recours exclusivement aux règles de la responsabilité civile, d'abord "délictuelle" puis contractuelle. Cette évolution jurisprudentielle s'est réalisée en vase clos à partir des concepts juridiques applicables aux stricts rapports privés. Le droit prétorien a fait peu de cas de l'évolution sociale et de la législation qui l'a reflétée.»

3. *Ibid.* au para. 6, note 3.

4. *Ibid.* au para. 29. Voir A. Lajoie, P. Molinari et J.-L. Baudouin, «Le droit aux services de santé : Légal ou contractuel?» (1983) 43 R. du B. 675.

prend sa source dans la loi indépendamment de la volonté du prestataire de soins et sans que n'intervienne un contrat préalable⁵.

L'argument avancé par ces auteurs est on ne peut plus simple :

Il n'y a pas de contrat parce que la partie prestataire - établissement ou médecin - n'a pas la liberté dans ces cas de consentir ou de ne pas consentir à fournir les services déterminés selon le mode que nous avons exposé. Ils sont tenus par la loi de les rendre aux bénéficiaires qui les réclament. Le libre consentement de l'une des parties étant rendu impossible par la loi même, les conditions de l'article 984 du Code civil du Bas-Canada [article 1385 C.c.Q.] ne peuvent être réunies et le contrat ne peut se former.⁶

Et plus loin, ils réitèrent :

Dans ces circonstances on peut affirmer, surtout en présence d'un énoncé exprès d'un droit formulé au nom du bénéficiaire, que le droit aux services découle de la loi seule et non du contrat. Quand le prestataire ne peut plus légalement refuser un service déterminé ou déterminable, il ne peut plus contracter.⁷

Il s'agit indubitablement d'une argumentation séduisante à première vue mais qui, soit dit avec égards, est contestable. Un an après la publication de l'article de Lajoie, Molinari et Baudouin, la professeure Suzanne Nootens, écrivant également dans la Revue du Barreau⁸, a soulevé de sérieuses objections de fond à l'encontre de ce raisonnement. Sans vouloir reprendre la démonstration de Nootens qui, à l'instar de la doctrine française, envisage les rapports contractuels de façon plus nuancée, il y a quand même lieu de préciser

-
5. *Camden-Bourgault, ibid.* au para. 23, citant Lajoie, Molinari et Baudouin, *ibid.* à la p. 677. Le juge Benoit Morin, dans *Goupil c. Centre hospitalier universitaire de Québec*, [2001] R.J.Q. 1814 [ci-après *Goupil*], est du même avis, voir para. 124 et 125. Cette cause est présentement en appel, C.A.Q. n° 200-09-003726-012.
 6. A. Lajoie, P. Molinari et J.-L. Baudouin, *ibid.* à la p. 715.
 7. *Ibid.* à la p. 720. Voir également à la p. 722 où J.-L. Baudouin, professeur à cette époque, avait donné son aval à ce point de vue.
 8. S. Nootens, «La remise en cause du contrat hospitalier» (1984) 44 R. du B. 625.

qu'entre le contrat consensuel à l'état pur et l'obligation légale, où la volonté des parties n'a plus sa pertinence, le droit reconnaît ce que l'on qualifie de «contrat forcé». Dans ce genre de situation, «[...] l'un des deux contractants se voit privé de la possibilité de refuser de contracter, son refus devenant illicite»⁹. Certes, la liberté contractuelle de l'une des parties est alors profondément compromise, sinon anéantie, au nom de considérations téléologiques, mais l'assise des rapports entre les contractants ne quitte pas pour autant le champ contractuel.

Comme en droit français, le contrat imposé n'est pas un phénomène inconnu du droit québécois. La suppression de la double liberté de ne pas contracter et de choisir son cocontractant est reconnue d'abord dans le cas de certains rapports entre particuliers ne comportant qu'un intérêt purement individuel¹⁰. Parmi quelques exemples choisis au hasard dans le Code civil du Québec, mentionnons l'acquisition de la mitoyenneté d'un mur privatif (article 1004 C.c.Q.), le rachat du droit de passage (article 1189 C.c.Q.) et le droit de retrait en matière d'indivision (article 1022 C.c.Q.). En matière d'offre de récompense (article 1395 C.c.Q.), le contrat forcé se crée même à l'insu des deux parties! Il en est de même quand on exerce un monopole ou qu'on offre un service indispensable pour la société. C'est le cas, notamment, du transport en commun¹¹, de la fourniture de l'électricité et du gaz¹². Selon R. Morel, ces services publics sont en état permanent d'offre de contracter et les usagers ne font qu'accepter l'offre ainsi faite¹³. Dans de tels cas, les rapports juridiques entre les parties étant malgré tout contractuels¹⁴, pourquoi en exclurait-on les

9. *Ibid.* à la p. 627.

10. J. Flour et J.-L. Aubert, *Les obligations*, t. 1, *L'acte juridique*, 8e éd., Paris, Armand Colin, 1998 à la p. 84, n° 135.

11. Article 2033 C.c.Q., «Le transporteur qui offre ses services au public doit transporter toute personne qui le demande [...]». Voir également les articles 3 et 5 de la *Loi sur les sociétés de transport en commun*, L.R.Q. c. S-30.01.

12. Sur l'obligation de fournir l'électricité ou le gaz à toute personne faisant une demande à cet effet, voir la *Loi sur la Régie de l'énergie*, c. R - 6.01 aux art. 76, 77.

13. R. Morel, «Le contrat imposé» dans *Le droit privé au milieu du XXe siècle, Études offertes à Georges Ripert*, t. II, Paris, L.G.D.J., 1950, 116 à la p. 120, n° 6; R. Savatier, *Les métamorphoses économiques et sociales du droit civil d'aujourd'hui*, 1ère série, 3e éd., Paris, Librairie Dalloz, 1964 à la p. 89, n° 76.

14. R. Morel, *ibid.*

soins médicaux ou hospitaliers¹⁵? À l'inverse et dans un souci de cohérence, si on excluait du régime contractuel le domaine hospitalier, ne faudrait-il pas en faire autant dans tous les autres domaines où le droit de refus de l'une des parties est éliminé?

Pourtant, les critiques formulées par Nootens sont demeurées sans réplique¹⁶. D'ailleurs, la liste d'autorités citées par le juge Rochon, laquelle ne fait aucunement allusion au texte de Nootens, suggère fortement qu'on n'en a pas pris connaissance ou qu'on n'en a pas tenu compte. Malgré tout, la position du juge Rochon sur ce point semble avoir reçu l'aval de plusieurs auteurs¹⁷.

-
15. Selon le juge LeBel dans *Lapointe c. Hôpital Le Gardeur*, [1989] R.J.Q. 2619 (C.A.) aux pp. 2640-2641, «Le bénéficiaire choisit, en définitive, de contracter avec telle institution. La situation ne diffère guère de celle que l'on rencontre dans certains cas, comme celui des transports publics ou de services comme la câblodistribution ou le téléphone. Le transporteur ou le serveur, en règle générale, ne peut refuser de fournir ses services à celui qui les requiert. Leur relation est habituellement considérée comme contractuelle. Il s'agit d'un autre de ces contrats fortement encadrés par la législation et la réglementation publique.» Cette décision fut renversée en Cour suprême sur un autre point, [1992] 1 R.C.S. 351.
16. Le juge Morin, dans *Goupil*, *supra* note 5 au para. 137, avait mis de côté l'argumentation de Nootens en affirmant tout simplement que «Le législateur québécois n'a pas suivi l'opinion de Me Nootens, lorsqu'il a remplacé le *Code civil du Bas Canada* par le *Code civil du Québec* qui est entré en vigueur le 1^{er} janvier 1994. Nous rappelons simplement l'existence de l'article 1385 que nous avons déjà cité, en soulignant que cet article exige une manifestation de volonté des deux parties et non d'une seule pour qu'il y ait contrat. On est loin ici de la notion de "contrat forcé" invoquée ci-dessus par Me Nootens au soutien de sa thèse.» Or, selon les *Commentaires du ministre de la Justice, Le Code civil du Québec*, (t.1, Québec, Les Publications du Québec, 1993 à la p. 840), il est bien dit que «Cet article reprend en substance les conditions de formation du contrat énoncées dans l'article 984 C.C.B.C., mais sous une formulation qui permette aussi de rappeler le principe du consensualisme en matière contractuelle, et d'opposer ce principe à l'exception du respect d'une forme particulière lorsque la loi l'impose, ou que les parties assujettissent le contrat à une forme solennelle.»
17. Par exemple J.-P. Ménard, «La responsabilité hospitalière pour la faute médicale après la décision de la Cour d'appel dans l'affaire *Camden-Bourgault* : plus de questions que de réponses» dans Service de la formation permanente, Barreau du Québec, *Le devoir de sécurité et la responsabilité des établissements de santé*, Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2002, 139 à la p. 172; J. Nols, «Responsabilité des médecins-patrons, des centres universitaires et des résidents en médecine» dans Service de la formation permanente, Barreau du Québec, *Le devoir de sécurité et la responsabilité des établissements de santé*, Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2002, 31 à la p. 41. Dans son texte, «Pistes et thèmes d'épistémologie juridique : le cas de la "thèse" du contrat hospitalier» dans *Mélanges Germain Brière*, E. Caparros, dir., Collection Bleue, Montréal, Wilson & Lafleur Ltée, 1993,

(b) L'absence de lien de préposition entre le médecin et l'hôpital lors de l'exécution d'un acte médical

Sur la question du lien de préposition, deux notions connexes sont abordées par le juge Rochon. Tout d'abord, il écarte l'idée d'un lien de préposition entre le médecin et l'hôpital car ce dernier n'exerce aucun pouvoir de contrôle sur l'acte médical¹⁸. En second lieu, l'exercice de la médecine étant du ressort exclusif des médecins d'après la *Loi médicale*¹⁹, «[...] l'hôpital ne peut s'engager à une prestation de service prohibée par la loi»²⁰.

En ce qui a trait au premier point, nous devons reconnaître que cette position est conforme à l'école de pensée de P.-A. Crépeau, laquelle a joué un rôle prépondérant sur l'orientation de la doctrine qui s'est dégagée par la suite. Certes, J.-L. Baudouin, lors de son analyse de la thèse extracontractuelle prônée par Lajoie et Molinari²¹, avait suggéré qu'il serait intéressant de repenser la notion classique de préposition pour la remplacer par celle de «préposition de service» mise de l'avant par D. Chalifoux²². Mais dans son appréciation du droit lors de la publication dudit article, cet auteur était demeuré fidèle aux principes

439 à la p. 457, P. Legrand jr conteste le point de vue que l'hôpital est en état d'offre permanente de service. Il prétend que la thèse du contrat hospitalier repose sur une fiction - le contrat tacite - «[...] qui n'a plus de contrat que le nom». Voir également, du même auteur, «Contrat et non-contrat : scories sur l'indétermination en jurisprudence québécoise» (1992) 23 R.G.D. 255. *Contra*, P. Lesage-Jarjoura et S. Philips-Nootens, *Éléments de responsabilité civile médicale*, 2^e édition, Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2001 aux pp. 34-35, n° 46.

18. *Camden-Bourgault*, *supra* note 1 au para. 65. En cela, il est fidèle au texte de Lajoie, Molinari et Baudouin car ces auteurs prétendent, (*supra* note 4 à la p. 730) : «Le fait que l'hôpital nomme le médecin, exerce sur lui un pouvoir de surveillance et de direction générale n'est probablement pas suffisant en soi pour justifier l'existence d'un lien de préposition classique. L'acte médical doit, en fin de compte, demeurer l'ultime et exclusive responsabilité du professionnel. L'établissement hospitalier ne doit pas pouvoir dicter au professionnel le comportement scientifique qu'il doit adopter face au malade. Un contrôle direct de méthodes d'exécution de la tâche est absent et doit continuer à être absent de la relation professionnelle.» Le juge Morin, dans *Goupil*, *supra* note 5 aux para. 150 à 152, est du même avis que le juge Rochon.

19. *Loi médicale*, L.R.Q., c. M-9.

20. *Camden-Bourgault*, *supra* note 1 au para. 49.

21. A. Lajoie, P. Molinari et J.-L. Baudouin, *supra* note 4 à la p. 730.

22. D. Chalifoux, «Vers une nouvelle relation commettant-préposé» (1984) 44 R. du B. 815.

déjà admis²³. Pour sa part, F. Tôth, que le juge Rochon semble avoir rangé du côté des défenseurs de la thèse dite «classique» en citant un article publié dans la Revue de droit de l'Université de Sherbrooke en 1990²⁴, y avait pourtant déjà prôné une «vision moderne du lien de préposition²⁵» et en 1991, il avait affirmé résolument que le médecin en milieu hospitalier est préposé de l'établissement :

Lorsque les obligations contractuellement assumées ou légalement imposées au centre hospitalier comprennent les soins médicaux, les personnes retenues par le centre hospitalier (sans égard au lien juridique qui les unit) pour exécuter sa prestation sont des préposées puisqu'elles font partie de sa structure ou de ses services, utilisent ses ressources suivant des règles par lui élaborées, sont sous son contrôle administratif et disciplinaire ultime.²⁶

Certes, cette discussion du lien de préposition n'est pas dépourvue d'intérêt, mais la solution adoptée par le juge Rochon ne résout pas le dilemme du tribunal face à la responsabilité «sans faute» de l'hôpital²⁷. Il semble dire que, dans le domaine extracontractuel, la seule façon pour le médecin d'engager la responsabilité de l'hôpital résiderait dans la reconnaissance de l'existence d'un lien de préposition entre le médecin et l'établissement où il exerce son art²⁸. Mais ce n'est pas la seule voie. Comme Crépeau l'avait démontré lors de son étude magistrale sur la responsabilité hospitalière publiée en 1981, on pourrait

-
23. Dans la 6^e édition de l'ouvrage *La responsabilité civile*, Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2003, J.-L. Baudouin et P. Deslauriers militent en faveur de la reconnaissance d'un lien de préposition entre l'hôpital et le médecin basé sur la notion de «subordination administrative» et sur un «pouvoir de surveillance et de contrôle général» (à la p. 1043, n° 1516).
24. *Camden-Bourgault*, supra note 1 au para. 22, à la note 28 de la décision. Voir F. Tôth, «Contrat hospitalier moderne et ressources limitées; conséquences sur la responsabilité civile» (1990) 20 R.D.U.S. 313.
25. F. Tôth, *ibid.* aux pp. 332 et 334.
26. F. Tôth, «La responsabilité civile hospitalière pour la faute médicale. Quand l'établissement hospitalier répond-il de la faute médicale?» dans Service de la Formation permanente du Barreau du Québec, *Développements récents en droit de la santé*, Cowansville (Qc), Yvon Blais, 1991, 33 à la p. 60. Tôth s'appuie sur D. Chalifoux, supra note 22, pour étayer son opinion.
27. *Camden-Bourgault*, supra note 1 au para. 43.
28. *Ibid.* au para. 63, le juge Rochon écrit : «Il est loin d'être acquis alors que la victime pourra invoquer le brocard *qui agit per alium agit per se*, concept développé exclusivement en matière contractuelle».

faire appel à la maxime *qui facit* (ou *agit*) *per alium facit* (ou *agit*) *per se* [ci-après *qui facit*], laquelle, soit dit en passant, n'est pas l'apanage de la responsabilité contractuelle, mais s'applique également à la responsabilité extracontractuelle :

[...La] faute d'un auxiliaire, professionnel ou non, dans l'exécution de ces prestations personnelles de soins et de services, assumées légalement par l'établissement, entraînera la responsabilité de ce dernier, non pas, comme on l'estime parfois, sur la base plus astreignante du régime de garantie du commettant, instauré par l'article 1054, alinéa 7 C.c. [1463 C.c.Q.], mais bien, et plus largement, sur le fondement de la responsabilité personnelle de l'article 1053 C.c. [1457 C.c.Q.]. En effet, la maxime *qui agit per alium agit per se* [...] ne joue pas seulement en matière contractuelle, mais bien chaque fois qu'une obligation personnelle est mise à la charge du débiteur, soit qu'il l'ait assumée par contrat, soit qu'elle lui ait été imposée par la loi.²⁹

L'opinion de Crépeau est suivie par Tôth³⁰. Selon ce dernier,

En effet, si on en vient à la conclusion que la relation entre un patient et un centre hospitalier ne peut être que légale (par opposition à contractuelle) et que, par ailleurs, la loi impose au centre hospitalier lui-même l'obligation de fournir des soins médicaux, alors la

29. P.-A. Crépeau, «La responsabilité civile de l'établissement hospitalier en droit civil canadien» (1981) 26 R.D. McGill 673 à la p. 733. Crépeau s'appuie sur l'arrêt *Richard c. Hôtel-Dieu de Québec*, [1975] C.S. 223 à la p. 226. Cette cause est basée sur la responsabilité contractuelle d'un hôpital qui recherche en garantie un anesthésiste, le docteur Houle, qui avait confié la surveillance de la patiente anesthésiée à un résident, le docteur Bilodeau. La Cour avait suggéré qu'il n'y avait pas de rapports contractuels entre le patient et l'anesthésiste. Selon le juge Jacques, «Il faut noter aussi que la patiente n'avait pas choisi le docteur Houle ni le docteur Bilodeau comme anesthésistes ...» (à la p. 225). La règle consacrée par la maxime *qui facit per alium facit per se* trouverait donc sa pertinence en matière extracontractuelle, en se fiant à l'affirmation suivante dudit juge : «considérant que le mis en cause ne peut se décharger de cette responsabilité en plaidant qu'il avait confié l'accomplissement de son devoir à un résident; ...» (à la p. 226). Nous ne partageons pas l'opinion du juge Morin dans *Goupil* (*supra* note 5 au para. 147), à l'effet que «[c]ette règle [*qui agit* ...] peut être invoquée dans un cadre de responsabilité contractuelle seulement [...]».

30. *Supra* note 26 à la p. 61.

responsabilité de l'hôpital peut être retenue sur la base de l'article 1053 C.C.B.C. [article 1457 C.c.Q.]. L'hôpital ne pourrait pas s'exonérer de l'exécution d'une obligation à lui imposée en confiant son exécution à un tiers non préposé.

Une maxime latine n'a pas comme telle de valeur intrinsèque, si ce n'est que de présenter de façon elliptique un concept juridique. Elle n'est que la formulation concise d'un principe général tiré habituellement du droit romain et est le fruit du bon sens et de l'expérience. Elle a l'avantage de « [...] fixer les principes en un raccourci saisissant qui tient à la fois de la synthèse et de l'analyse»³¹. Mais comme l'avait écrit Lord Shaw of Dunfermline dans *Ballard v. North British Railway Co.*³², «...[t]he day for canonizing Latin phrases is long gone». Plus près de nous, le juge La Forest, dans *London Drugs Ltd. c. Kuehne & Nagel International Ltd.*³³, approuve la remarque de Fleming³⁴ lorsque ce dernier qualifie la maxime *qui facit per alium facit per se* de «cliché rabattu», du moins en common law! Il n'en demeure pas moins que cet adage exprime de façon limpide, tout en l'ennoblissant par son expression dans une langue morte, le principe fondamental selon lequel celui qui assume une obligation par convention, ou qui se trouve assujéti à une obligation imposée par la loi, répond de la violation de cette obligation par toute personne à qui il a confié la tâche de l'exécuter. C'est l'obligation qui fait le débiteur et c'est l'inexécution de cette obligation qui engage sa responsabilité³⁵.

En exprimant son adhésion au point de vue de Crépeau sur la pertinence du *qui facit* en responsabilité médicale, J.-P. Ménard³⁶ ajoute cependant que

-
31. A. Jouanneau, *Recueil de maximes et citations latines*, 2^e éd., revue et corrigée par M. Chartier, Paris, Administration et Librairie des Annales des Justices de Paix, 1924 à la p. 1 de la préface.
32. [1923] Session Cases (H.L.) 43 à la p. 56.
33. [1992] 3 R.C.S. 299 à la p. 337.
34. La remarque est tirée de la 7^e édition de l'ouvrage de J. Fleming, *The Law of Torts*, Sydney, Law Book, 1987 à la p. 340.
35. P. Remy, «La "responsabilité contractuelle" : histoire d'un faux concept» (1997) R.T.D.C. 323 aux pp. 346 et 347, n° 33.
36. J.-P. Ménard, *supra* note 17 à la p. 158. Le juge Morin, dans *Goupil*, *supra* note 5 au para. 147, est du même avis en ce qui concerne la pertinence de la maxime à la responsabilité contractuelle seulement. Voir également D. Jutras, «Réflexions sur la réforme de la responsabilité médicale au Québec» (1990) 31 C. de D. 821 à la p. 830.

«[...] cette responsabilité existe en l'absence de faute de la personne responsable et c'est là sa caractéristique principale»³⁷. Cette affirmation illustre le danger d'attribuer à une maxime latine une portée plus restreinte que la notion générale qu'elle cherche à exprimer, car le brocard *qui facit* envisage en réalité deux situations. La première vise un régime de responsabilité sans faute où la responsabilité du maître, ou commettant, ne serait engagée que lorsque son serviteur ou préposé aurait commis une faute causale de préjudice à un tiers. En cela, le principe du *qui facit* a des affinités évidentes avec la notion de *respondeat superior*. La deuxième, celle qui nous intéresse plus particulièrement pour les fins de cette analyse, est fondée sur la faute personnelle. Elle se présente lorsqu'une personne, débitrice d'une obligation contractuelle ou légale, fait exécuter sa prestation par une autre personne, l'inexécution ou la mauvaise exécution de cette obligation constituant une faute de la part du débiteur à l'égard de son créancier. Le juge Allard, dans *Labrecque c. Hôpital du St-Sacrement* portant sur la responsabilité du fait des résidents, décrit bien la situation juridique :

De l'avis du tribunal, c'est une situation où la notion de patron momentané trouve application, les résidents ayant exécuté pour les [médecins traitants] des tâches que ces derniers leur ont confiées et qui font partie des soins qu'ils devaient au demandeur. Si l'un ou l'autre les a mal exécutées par inhabileté, incompétence ou imprudence et a causé préjudice, il s'agit alors purement et simplement d'une mauvaise exécution d'un soin qui l'a été pour un patron qui le devait suivant le contrat de soins avec son patient.³⁸

37. J.-P. Ménard, *ibid.* à la p. 159. P. Lesage-Jarjoura et S. Philips-Nootens, (*supra* note 17 à la p. 35, n° 46) sont du même avis qu'il s'agit d'une responsabilité sans faute de la part de l'institution.

38. [1995] R.R.A. 510 (C.S.) à la p. 514. La Cour d'appel, en confirmant la décision de première instance, avait reproduit avec approbation cette citation du juge Allard, [1997] R.J.Q. 69 (C.A.) à la p. 75. Nous avons déjà soutenu ce point de vue : A. Bernardot et R. P. Kouri, *La responsabilité civile médicale*, Sherbrooke, Éditions R.D.U.S., 1980 à la p. 342, n° 521 : «Le simple fait pour [le médecin] de laisser accomplir un acte médical par un de ses étudiants ne le décharge pas pour autant de son obligation contractuelle envers le patient. Il demeure le débiteur contractuel. Par conséquent, advenant une faute de l'étudiant, tout se passe en réalité comme si le médecin traitant n'avait pas rempli son obligation de soins. Il importe peu de savoir qui du médecin ou de l'étudiant est à l'origine de l'inexécution de soigner.» Voir également *Murray-Vaillancourt c. Clairoux*, [1989] R.R.A. 762 (C.S.) à la p. 773.

G. Mémeteau³⁹ adopte un raisonnement semblable :

La responsabilité du fait d'autrui suppose une substitution : celui qui promet n'exécute pas; il fait exécuter son obligation et le tiers intervenant commet la faute ou le fait responsable. Ici, la clinique souscrit une obligation personnelle de faire convenablement réaliser l'acte médical, et la défaillance du médecin n'est rien d'autre que le manquement à cette obligation de l'hôpital[...].⁴⁰

Même si, en vertu de la *Loi sur les services de santé et les services sociaux*, l'établissement doit fournir des soins⁴¹, cela n'implique pas qu'il va

39. G. Mémeteau, «Une lecture française d'un arrêt québécois» (2001) 61 R. du B. 557 à la p. 573.
40. Selon G. Viney et P. Jourdain, *Traité de droit civil - Les conditions de responsabilité*, 2^e éd., Paris, L.G.D.J., 1998 à la p. 931, n° 831, «Les conditions [de responsabilité] qui viennent d'être rappelées sont ordinairement requises car elles sont commandées par l'idée fondamentale selon laquelle le débiteur doit être tenu de la même façon lorsqu'il exécute lui-même ou lorsqu'il fait exécuter par autrui.» C. Larroumet, «Pour la responsabilité contractuelle» dans *Études offertes à Pierre Catala, Le droit privé français à la fin du XXe siècle*, Paris, Litec, 2001, 543 à la p. 552, conteste la notion même de responsabilité contractuelle du fait d'autrui : «Peu importe que le débiteur exécute l'obligation par lui-même ou bien en recourant aux services d'autrui. Dès lors qu'il n'a pas été déchargé de l'obligation par le créancier, il est responsable en cas d'inexécution ou de la mauvaise exécution, quelle que soit la personne qui a exécuté à ses lieu et place. La notion même d'obligation contractuelle rend impossible le concept de responsabilité contractuelle du fait d'autrui.»
41. *Loi sur les services de santé et les services sociaux*, L.R.Q. c. S - 4.2, art. 5, 6, 13 et plus pertinemment l'article 81; «La mission d'un centre hospitalier est d'offrir des services diagnostiques et des soins médicaux généraux et spécialisés. À cette fin, l'établissement qui exploite un tel centre reçoit, principalement sur référence, les personnes qui requièrent de tels services ou de tels soins, s'assure que leurs besoins soient évalués et que les services requis, y compris les soins infirmiers et les services psychosociaux spécialisés, préventifs ou de réadaptation, leur soient offerts à l'intérieur de ses installations ou, si nécessaire, s'assure qu'elles soient dirigées le plus tôt possible vers les centres, les organismes ou les personnes les plus aptes à leur venir en aide», l'article 100; «Les établissements ont pour fonction d'assurer la prestation de services de santé ou de services sociaux de qualité [...]», et l'article 101; «L'établissement doit notamment : 1° recevoir toute personne qui requiert ses services et évaluer ses besoins; 2° dispenser lui-même les services de santé ou les services sociaux requis ou les faire dispenser par un établissement, un organisme ou une personne avec lequel il a conclu une entente de services visée à l'article 108; 3° veiller à ce que les services qu'il dispense le soient en continuité et en complémentarité avec ceux dispensés par les autres établissements et les autres ressources de la région et que l'organisation de ces services

devoir compter uniquement sur ceux et celles ayant la qualité de préposé ou préposée afin d'exécuter sa prestation. Lorsque la loi impose à une personne physique ou morale le devoir de fournir une prestation à quiconque, rien ne s'oppose à ce que la prestation soit exécutée par un tiers introduit dans la relation juridique par le débiteur. Quand la partie débitrice de l'obligation de fournir des soins est une personne morale, la nécessité de recourir à des tiers, qu'ils soient préposés⁴² ou entrepreneurs indépendants, est incontournable⁴³. Certes dans certains cas, le lien de préposition entre l'employé et l'institution est évident et l'article 1463 C.c.Q. trouve sa pertinence. Mais il serait faux de prétendre que tous ceux et celles oeuvrant dans le milieu hospitalier sont

tienne compte des besoins de la population à desservir; 4° diriger les personnes à qui il ne peut dispenser certains services vers un autre établissement ou organisme ou une autre personne qui dispense ces services». Selon Patrick Molinari, «Le droit aux services de santé : de la rhétorique à la mise en oeuvre judiciaire» dans *Service de formation permanente*, Barreau du Québec, *Développements récents en droit de la santé*, Cowansville (Qc), Yvon Blais, 1991, 73 à la p. 79, «En raison du domaine d'application de la *Loi sur les services de santé et les services sociaux*, ce sont les établissements, centres hospitaliers, centres d'accueil et centres locaux de services communautaires qui sont les premiers débiteurs du droit des citoyens.» Dans son commentaire du jugement *Camden-Bourgault*, *supra* note 17 à la p.150, J.-P. Ménard souligne que les faits qui ont donné naissance à cette cause remontent à 1987, donc avant la refonte complète de la *Loi sur les services de santé et des services sociaux* en 1991. Pour cette raison, toujours selon Ménard, «[...] la portée du jugement de la Cour d'appel n'a définitivement plus le caractère définitif qu'il semble avoir à première vue. [...]» (à la p. 150) J. Nols n'est pas de cet avis : «Responsabilité des médecins-patrons, des centres universitaires et des résidents en médecine», *supra* note 17 à la p. 40 : «[...] les changements majeurs apportés à la *Loi sur les services de santé et des services sociaux* sans, par ailleurs, modifier les droits des usagers de recevoir des services de santé et, comme corollaire, sans modifier l'obligation pour les établissements de voir à la dispensation de tels services, compte tenu de l'organisation des ressources dont ils disposent.»

42. Par exemple, le personnel infirmier, *Perron c. Hôpital général de la région de l'amiante inc.*, [1976] C.S. 1191, [1979] C.A. 567 à la p. 582; *Hôpital de Chicoutimi c. Battikha*, [1990] R.J.Q. 2275, [1990] R.R.A. 873 (C.S.), [1997] R.J.Q. 2121 (C.A.) à la p. 2127.
43. Selon *Rizzo c. Hôpital Notre-Dame*, [1975] C.S. 425 à la p. 428, «Étant une personne morale, un hôpital doit nécessairement agir par l'intermédiaire des infirmières et du personnel de soutien qui sont à son emploi.»

nécessairement en état de subordination. Autant la Cour suprême⁴⁴ que la Cour d'appel⁴⁵ ont déjà reconnu cette nuance en ce qui concerne le médecin.

(c) L'impossibilité pour l'établissement d'offrir des soins médicaux car l'exercice de la médecine est du ressort exclusif de la profession médicale

Le juge Rochon s'attarde sur l'illicéité de toute convention susceptible de contrevenir à la *Loi Médicale*⁴⁶ qui «[...] confie l'exercice exclusif de la médecine aux médecins»⁴⁷. Ainsi écrit-il :

Cette loi contient des dispositions prohibitives et d'ordre public. Toute convention au contraire serait nulle. L'hôpital ne peut s'engager à une prestation de service prohibée par la loi (1062 C.C. - 1373 du *Code civil du Québec*). Cet engagement serait sans considération puisque la *Loi sur l'assurance-maladie* (art. 3a) prévoit que la rémunération est versée au médecin et non à l'hôpital.⁴⁸

Les médecins membres du Collège des médecins du Québec jouissent effectivement d'un droit exclusif d'exercice en vertu du *Code des professions*⁴⁹, mais il n'est pas sans intérêt de noter qu'en vertu de ce même Code, plusieurs autres professions susceptibles d'être exercées en milieu hospitalier bénéficient également d'une telle exclusivité. À titre d'exemples, on pourrait mentionner la *Loi sur les infirmières et infirmiers*⁵⁰, la *Loi sur la pharmacie*⁵¹, la *Loi sur les*

44. Par exemple, *Laurent c. Hôpital Notre-Dame de l'Espérance*, [1974] C.A. 543; [1978] 1 R.C.S. 605, concernant l'absence de responsabilité d'un hôpital pour la faute d'un médecin assurant un tour de garde à l'urgence.

45. Par exemple, *Dussault c. Hôpital Maisonneuve*, [1976] C.A. 791 à la p. 808; *Côté c. Hôtel-Dieu de Québec*, [1987] R.J.Q. 723 (C.A.); *Houde c. Côté*, [1987] R.J.Q. 723 à la p. 726 (juge Monet) et aux pp. 740-741 (juge Beauregard); *Cloutier c. C.H.U.L.*, [1990] R.J.Q. 717 (C.A.); *Hôpital de Chicoutimi c. Battika*, *supra* note 42 et évidemment, *Camden-Bourgault*, *supra* note 1.

46. *Supra* note 19.

47. *Camden-Bourgault*, *supra* note 1 au para. 49.

48. *Ibid.*

49. *Code des professions*, L.R.Q. c. C - 26, art. 26 et 31.

50. L.R.Q. c. I - 8, art. 36, 36.1, 37 et 41.

51. L.R.Q. c. P - 10, art. 17, 18 et 35.

dentistes⁵², la *Loi sur les technologues en radiologie*⁵³ et la *Loi sur les sages-femmes*⁵⁴. Pourtant, la jurisprudence semble admettre que l'hôpital peut offrir les «soins hospitaliers» comprenant, entre autres, les soins infirmiers⁵⁵, le service de prélèvements sanguins⁵⁶, le service du laboratoire d'hémodynamie⁵⁷ et le suivi post-opératoire⁵⁸.

Sur cet aspect, Tôth a raison de souligner :

À ce compte-là, prétendre que les actes médicaux ne peuvent faire partie du contrat hospitalier car ils sont l'apanage exclusif des médecins revient à exclure du même coup, par exemple, les soins infirmiers et les services radiologiques.⁵⁹

52. L.R.Q. c. D - 3, art. 26 à 28, 38.

53. L.R.Q. c. T - 5, art. 7, 8 et 12.

54. L.R.Q. c. S - 0.1, art. 6 à 8 et 12.

55. Par exemple, dans *Hôpital de Chicoutimi c. Battikha*, *supra* note 42, où il était question d'attribuer la responsabilité du fait d'une compresse oubliée dans l'abdomen du patient, la Cour d'appel a décidé que l'hôpital répondait seul de la faute de l'infirmière dans le décompte des compresses (à la p. 2127). Dans *Bérubé c. Samson*, [2000] J.Q. n° 1452 (QL) (C.S.), on avait reproché certains manquements et omissions au personnel infirmier de l'Hôpital Hôtel-Dieu de Lévis mais le Tribunal était d'opinion que ces manquements n'étaient pas causals du préjudice souffert par la victime, occasionné par un syndrome de choc toxique. Voir également *Gravel c. Hôtel-Dieu d'Amos*, [1989] R.J.Q. 64 (C.A.), confirmant [1984] C.S. 792 sur la responsabilité, (l'hôpital est responsable du retard du personnel infirmier à appeler le médecin lors d'un accouchement); *Mainville c. Cité de la Santé de Laval*, [1998] R.J.Q. 2082 (C.S.) (exérèse d'une sonde urinaire par une étudiante infirmière sous la supervision d'une infirmière). Dans *Hôpital Notre-Dame c. Dame Villemure*, [1973] R.C.S. 716 infirmant [1970] C.A. 538, la Cour suprême a reproché à l'hôpital un défaut de surveillance d'un patient suicidaire par des infirmières.

56. *Rizk c. Hôpital du Sacré-Coeur de Montréal*, [1998] A.Q. n° 3805 (QL), [1999] R.R.A. 197 (C.S.) (on a retenu la responsabilité de l'hôpital lorsqu'une patiente est tombée inconsciente lors d'un prélèvement sanguin car l'infirmière effectuant le prélèvement aurait dû prévoir cette possibilité et l'institution hospitalière avait été négligente «[...] dans la conception de l'entité mobilière utilisée pour les prélèvements sanguins [...]» (para. 12). F. Tôth, *supra* note 26 à la p. 55.

57. *Gélinas c. Dumont*, [2000] J.Q. n° 1866 (QL) (C.S.).

58. *Perron c. Hôpital général de la région de l'amiante*, *supra* note 42; *Tabah c. Liberman*, [1990] R.J.Q. 1230 (C.A.); *Labrecque c. Hôpital du St-Sacrement*, [1995] R.R.A. 510 (C.S.), [1997] R.J.Q. 69 (C.A.) aux pp. 74 et 75.

59. *Supra* note 26 à la p. 55.

L'autre conséquence du refus de reconnaître le droit pour un établissement d'offrir des soins, médicaux ou autres, ne pouvant être administrés que par les membres de certaines corporations professionnelles jouissant d'un droit exclusif d'exercice, serait de ramener le système de santé québécois à ce qu'il était il y a plus d'un demi-siècle; un simple lieu de rencontre entre patients et soignants⁶⁰. Une telle conception, de dire Crépeau lors d'un bref rappel historique à l'occasion de son étude de 1981 sur la responsabilité hospitalière, devait entraîner la « [...]reconnaissance d'une distinction très nette entre soins professionnels et soins hospitaliers»⁶¹. Ainsi, en présence de travailleurs indépendants, il fallait distinguer les actes professionnels des actes de services, les premiers ne pouvant lier que le professionnel fautif alors que ceux de la deuxième catégorie engageaient la responsabilité de l'hôpital⁶². Aujourd'hui, à la lumière de la législation québécoise et, plus fondamentalement, compte tenu d'une réalité sociale incontournable, l'hôpital est devenu plus qu'une «auberge spécialisée»⁶³ offrant simplement logement et pension⁶⁴. Il est devenu «une entreprise de soins médico-hospitaliers»⁶⁵, conformément au rôle qui lui a été confié par le législateur québécois⁶⁶. À l'exception du récent arrêt *Camden-Bourgault*, la jurisprudence, tant de la Cour d'appel que de la Cour suprême, n'a pas démenti cette appréciation de la situation juridique⁶⁷. La décision de la Cour d'appel dans *Perron c. Hôpital Général de la Région de l'Amiante*⁶⁸ illustre parfaitement l'accueil de la notion de l'«hôpital-entrepreneur» par les tribunaux. Selon le juge Lajoie,

-
60. P.-A. Crépeau, «La responsabilité médicale et hospitalière dans la jurisprudence québécoise récente» (1960) 20 R. du B. 433 à la p. 459; A. Bernardot, R. P. Kouri, *supra* note 38 à la p. 252, n° 383.
61. P.-A. Crépeau, *supra* note 29 à la p. 676.
62. A. Bernardot et R. P. Kouri, *supra* note 38 à la p. 252, n° 383.
63. P.-A. Crépeau, *supra* note 29 à la p. 676.
64. *Ibid.* Voir également D. Jutras, *supra* note 36 à la p. 830.
65. P.-A. Crépeau, *ibid.* à la p. 677. Voir également P.-A. Crépeau, «La responsabilité civile du médecin» (1977) 8 R.D.U.S. 25 à la p. 34.
66. Art. 81 de la *Loi sur les services de santé et les services sociaux*, *supra* note 41.
67. Voir *Martel c. Hôtel-Dieu St-Vallier*, [1969] R.C.S. 745 à la p. 752; *L'Hôpital Notre-Dame c. Dame Villemure*, *supra* note 55; *Bernard c. Cloutier*, [1978] C.S. 943, [1982] C.A. 289; *Houde c. Côté et Hôtel-Dieu de Québec*, [1987] R.J.Q. 723 (C.A.) à la p. 726, modifiant le jugement de la Cour supérieure sur un autre point, (1982) C.S. 906
68. *Supra* note 42.

... [L]'établissement hospitalier est devenu par suite de la politique sociale de l'État en matière de santé, un véritable entrepreneur de soins et, par contrat ou par l'effet de la loi, il s'engage à fournir aux patients, par l'intermédiaire de personnes dûment habilitées selon les normes de l'Ordre professionnel auquel elles appartiennent, des services hospitaliers comprenant non plus seulement des services d'hôtellerie, des soins infirmiers, mais également des services professionnels proprement dits, dont les services d'anesthésie, de salle d'opération et de salle de réveil.⁶⁹

L'opinion du juge LeBel dans *Lapointe c. Hôpital Le Gardeur*⁷⁰ est au même effet :

L'argument tiré de l'exclusivité d'exercice professionnel ne vaut pas. L'institution a l'obligation de lui fournir [au bénéficiaire] ses services, conformément à la loi, c'est-à-dire en recourant aux services de médecins qualifiés au sens des lois professionnelles.

Conclusion

Même si, sur le plan théorique, la question de savoir si la responsabilité de l'hôpital est contractuelle ou légale présente un certain intérêt, Baudouin et Deslauriers ont raison de souligner que la question « [...] a néanmoins perdu, sur le plan pratique, une grande partie de son actualité »⁷¹. Ils soulignent quand même la nécessité de qualifier les relations entre l'hôpital et le patient car, selon eux, la responsabilité du fait d'autrui exige la détermination d'un lien de préposition entre le thérapeute et l'établissement⁷². Mais l'approche innovatrice préconisée par P.-A. Crépeau, ayant pour effet d'actualiser le principe du *qui facit per alium facit per se* en reconnaissant sa pertinence à la responsabilité extracontractuelle, élimine la nécessité de s'interroger sur l'existence d'un lien de préposition.

69. *Ibid.* (C.A.) à la p. 582.

70. *Supra* note 15 (C.A.) à la p. 2642.

71. *Supra* note 23 à la p. 997, n° 1448.

72. *Ibid.* à la p. 998, n° 1448.

La volonté d'évacuer du champ de responsabilité de l'hôpital tout acte posé par un médecin et, logiquement, par tout autre professionnel fournissant une prestation relevant d'une profession d'exercice exclusif ne saurait emporter l'adhésion. La législation imposant le devoir de fournir des soins et services au patient⁷³, il serait illogique d'affirmer que l'établissement n'assume aucune responsabilité pour les actes accomplis en son nom par son personnel professionnel⁷⁴.

Sans prôner l'immobilisme par une adhésion inconditionnelle aux précédents, n'y a-t-il pas lieu de craindre que chaque nouveau banc de la Cour d'appel qui s'écartera d'un courant jurisprudentiel jusqu'alors constant de ses prédécesseurs risque de frapper notre système de jurisprudence d'incertitude? Le désir fort légitime de promouvoir une saine évolution des règles peut être trahi par une approche iconoclaste.

Le temps nous dira si *Camden-Bourgault* est la première salve d'une offensive jurisprudentielle destinée à ébranler les fondements traditionnels de la responsabilité médico-hospitalière. Il est indubitable que, devant la complexité des rapports d'un système de santé de plus en plus éclaté et qui occulte parfois le rôle des divers intervenants, la tâche du patient se croyant lésé par une faute est loin d'être allégée, tant à cause des coûts que des difficultés inhérentes à la preuve. Au lieu d'abandonner aux tribunaux la tâche de mettre de l'ordre dans un système de santé en constante évolution, il serait peut-être temps que le législateur fixe avec une certaine précision et avec transparence la responsabilité de chacun, individu et établissement, à l'égard du patient.

73. Art. 81, 100, 101 de la *Loi sur les services de santé et les services sociaux*, *supra* note 41.

74. Voir J.-P. Ménard, *supra* note 17 à la p. 161.