

L'indemnisation des victimes d'incidents sanitaires: perspectives de réforme

Patrick A. MOLINARI*

INTRODUCTION: LE POINT DE VUE CRÉE L'OBJET	327
A. La perception des médecins	328
B. La perception des institutions de santé	328
C. La perception des victimes	329
D. La perception des juristes	329
I. QUELQUES OBSERVATIONS QUÉBÉCOISES SUR LA PRESTATION DES SOINS DE SANTÉ	331
A. Le système public de soins	331
B. Le cadre institutionnel	334
C. Les soins collectifs de santé	336
D. La médecine technologique	338
II. LES PERSPECTIVES DE RÉFORME	339
A. Les finalités de l'indemnisation et de la responsabilité	340
B. Les modèles proposés	342
C. Les choix sociaux et l'adaptation aux contextes	344
D. Les conditions essentielles et leur faisabilité	345
III. SÉCURITÉ SOCIALE ET LIBÉRALISME	346

* Professeur titulaire et (alors) directeur du Centre de recherche en droit public, Faculté de droit, Université de Montréal, maintenant doyen de la Faculté.

LE POINT DE VUE CRÉE L'OBJET

Il n'est guère nécessaire d'étayer la proposition selon laquelle il existe une forme de crise dans l'indemnisation des victimes de dommages subis à l'occasion de la prestation de soins médicaux ou hospitaliers. Il suffit de s'en référer à la liste des publications et des communications des tous derniers mois¹ pour constater que les interrogations posées vers le début des années quatre-vingt sont sans cesse répétées ou reformulées. C'est la recherche de l'adéquation des mécanismes d'indemnisation aux finalités des systèmes de responsabilité civile qui est en amont de ces interrogations. L'observateur, averti ou fortuit, perçoit aisément, outre la diversité des interrogations, une diversité tout aussi troublante des réponses et des solutions proposées.

La question de départ, celle de l'adéquation des mécanismes d'indemnisation, est très probablement d'ordre épistémologique car elle suppose une réflexion fondamentale sur les rôles du droit et sur les liens que celui-ci entretient avec les rapports sociaux. Soulevée par le professeur Jutras² dans un récent article et reprise par le juge Baudouin dans le rapport général qu'il préparait pour le XIIIe Congrès international de droit comparé,³ la question épistémologique exigerait une attention prioritaire pour, à tout le moins, ajouter aux approches instrumentalistes qui semblent sous-tendre la plupart des analyses. Par delà la critique scientifique qui peut être faite de ces analyses, il faut convenir que la plupart sont fondées sur des prémisses souvent très différentes et qu'ainsi, le point de vue crée l'objet. Selon que le point de départ de l'analyse est le constat des effets de la crise sur la pratique médicale et sur ses conditions économiques, la recherche de solutions, même dans une perspective d'adéquation, pourrait être infléchie par la prémisse. Il n'en va pas autrement de la démarche qui origine de l'hypothèse selon laquelle une forte proportion de victimes ne reçoit aucune indemnité.

Le truisme qui consiste à affirmer que le droit n'est pas neutre vaut sans contredit pour l'analyse du droit car même sous le couvert du positivisme le plus strict, l'absence de neutralité du droit interférera avec la perception de l'analyste. S'agissant de notre sujet, cette proposition n'est pas sans conséquence. Dans un premier temps, il convient peut-être de relater, encore que de manière très imparfaite et impressionniste, quelques unes des perceptions des personnes ou des organismes qui observent une crise de la responsabilité civile médicale ou hospitalière.

-
1. Il suffira de citer: D. Jutras, "Réflexions sur la réforme de la responsabilité médicale au Québec", (1990) 31 C. de D. 821; L. Lussier, "Le régime québécois d'indemnisation des victimes d'immunisation: problèmes d'application", (1990) C. de D. 849. Mentionnons aussi qu'un des ateliers du XIIIe Congrès international de droit comparé, tenu à Montréal en août 1990, portait sur le sujet de la réforme de la responsabilité médicale. La Société de médecine et de droit du Québec tenait, en septembre 1990, un colloque sur le même sujet. Au plan international, on pourra consulter l'ouvrage *No Fault Compensation in Medicine* qui reproduit les actes d'un colloque organisé par The Royal Society of Medicine et The British Medical Association et tenu à Londres en janvier 1989, cet ouvrage a été publié par la Royal Society of Medicine Services Limited, Londres et New York à l'été 1990.
 2. D. Jutras, *loc. cit.* note 1.
 3. J. L. Baudouin, *La réforme de la responsabilité médicale: responsabilité ou assurance*, Rapport général au XIIIe Congrès de droit comparé, 1990.

A. La perception des médecins

Il semble bien que ce soit les médecins qui ont été les premiers à soulever certains effets négatifs de l'accroissement des poursuites de patients victimes d'accidents iatrogéniques. Schématiquement, la perception médicale se situe sur deux plans dont le second n'est qu'une des conséquences du premier.

La crise de la responsabilité médicale est, avant tout, une crise du marché de l'assurance-responsabilité professionnelle. Largement inspirée de l'expérience américaine qui, aux dires des fatalistes, constitue un présage de ce qui se produira au Canada et même au Québec, cette crise de l'assurance a provoqué des hausses du coût des primes que doivent assumer les médecins. Des hausses considérables qui ont été expliquées par une série de facteurs dont le caractère explicatif a parfois cédé à un impératif de justification en ayant recours à des arguments simplificateurs ou carrément caricaturaux.

En second plan et en réaction aux scénarios les plus pessimistes sur l'accroissement observé ou appréhendé des primes d'assurance, la profession médicale a développé un discours et, prétend-on, une pratique dite défensive ou préventive. L'accroissement des tests diagnostiques, la multiplication des consultations et l'abandon de certains champs d'intervention seraient des manifestations de cette attitude préventive. À l'image de la profession médicale américaine, les médecins du Canada et du Québec ont eu la perception qu'ils étaient traqués par leurs patients et par leurs procureurs.⁴

B. La perception des institutions de santé

Il est assez étonnant de constater que les établissements de santé, principalement les hôpitaux, ne semblent pas avoir réagi de la même manière que les médecins au phénomène de la crise de la responsabilité hospitalière et médicale. Certes ils n'ont sûrement pas ressenti les effets économiques de la crise de la même manière mais il demeure qu'ils sont intimement liés à la plupart des poursuites en responsabilité qui impliquent des professionnels salariés des établissements ou qui soulèvent des questions d'organisation et de dispensation de certaines catégories de soins.

Dans l'ensemble, la perception des institutions les conduit à développer des approches d'évaluation des risques et de gestion de la qualité des soins et des services qu'elles dispensent ou qu'elle rendent disponibles. S'il est difficile de bien cerner les conséquences économiques de l'accroissement des poursuites en responsabilité contre les hôpitaux, il est

4. Ces perceptions exigent bien entendu de nombreuses nuances. On peut toutefois admettre qu'elles sont dominantes. Sur la situation américaine, lire et consulter la bibliographie citée dans: P. Herzog, *The Reform of Medical Liability: Tort Law or Insurance*, communication au XIIIe Congrès international de droit comparé, Montréal, août 1990. Sur la situation canadienne, voir: D. Dewees, P. Coytes et M. Trebilcock, *Canadian Medical Malpractice Liability: An Empirical Analysis of Recent Trends* (University of Toronto, 1989). Voir, aussi, les rapports de recherche publiés dans l'annexe B du Rapport *La responsabilité et l'indemnisation dans les soins de santé* (Rapport Prichard), Toronto, University of Toronto Press, 1990.

tout aussi difficile d'en cerner les conséquences sur leur obligation de fournir des soins adéquats et d'apprécier, à cet égard, les motivations des gestionnaires.

C. La perception des victimes

L'absence de données empiriques sur la fréquence et la nature des accidents iatrogéniques rend difficile voire impossible de cerner la perception que les victimes de ceux-ci peuvent avoir des mécanismes d'indemnisation des dommages qu'elles ont pu subir. Si est vrai que plusieurs groupes de prestataires de soins de santé se montrent très critiques sur la qualité des soins disponibles ainsi que sur les rapports qu'ils entretiennent avec les professionnels et les institutions chargés de les dispenser, peu nombreuses sont les références à des perceptions qui, quoique générales, rendraient compte de l'attitude de la population face aux mécanismes d'indemnisation des préjudices iatrogéniques ou sanitaires.

Certaines études ont toutefois démontré que parmi les personnes qui estimaient avoir subi des problèmes qu'elles percevaient comme graves à l'occasion de la prestation de soins ou des services de santé, la très vaste majorité avait choisi de ne rien faire pour des motifs qui tenaient surtout à l'impression que des démarches de plainte ou de recours judiciaires étaient inutiles ou trop coûteuses.⁵ Quant à celles qui utilisaient les moyens administratifs pour formuler des plaintes, une analyse de ces plaintes tendait à démontrer que bon nombre de celles-ci auraient pu faire l'objet de recours judiciaires en responsabilité civile.⁶

D. La perception des juristes

L'analyse du régime de la responsabilité civile des professionnels de la santé et de l'indemnisation des dommages subis par les victimes de fautes de ceux-ci est un objet d'intérêt pour les juristes: la conclusion s'impose à simplement consulter les listes bibliographiques sur ce sujet.⁷ L'intérêt n'est pas nouveau et n'est certes pas lié à la crise des dernières années.⁸ Il réside plutôt dans le fait que le droit de la responsabilité, fondé sur des principes juridiques

5. Voir: C. Gosselin, "L'exercice du droit aux services: l'utilisation des recours administratifs et judiciaires", dans A. Lajoie, P.A. Molinari, *Pour une approche critique du droit de la santé*, Montréal, Presses de l'Université de Montréal, 1987.

6. Voir: J. P. Ménard, "L'application du droit aux services: la portée juridique et sociale du recours devant le C.R.S.S.S.", dans A. Lajoie, P. A. Molinari, *op. cit.*, note 5.

7. S'agissant des ouvrages, on mentionnera uniquement les titres généraux les plus récents: G. Mémeteau, *La responsabilité civile médicale en droit comparé français et québécois*, Montréal, Centre de recherche en droit privé et comparé du Québec, 1990 et B. M. Knoppers, éd., *La responsabilité civile des professionnels au Canada*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1988.

8. Voir, à titre d'exemple: P.-A. Crépeau, *La responsabilité civile du médecin et de l'établissement hospitalier, étude comparée du droit français, du Common Law et du droit civil de la province de Québec*, Montréal, Wilson et Lafleur, 1956. En France, voir: R. Savatier, J.-M. Auby et H. Péquignot, *Traité de droit médical*, Paris, Librairies Techniques, 1956.

exprimés dans des termes d'une généralité peu commune dans le style législatif actuel, est un laboratoire fascinant.

Au strict plan de l'analyse juridique, la question posée par les développements récents de la responsabilité civile hospitalière et médicale est celle des concepts fondamentaux d'un régime qui s'articule autour de trois pivots bien connus, ceux de la faute, du dommage et du lien de causalité.⁹ À cet égard, les observations de la doctrine portent bien davantage sur l'évolution des concepts fondamentaux et de leur adaptation à des situations nouvelles que sur une appréciation de l'efficacité du régime de responsabilité. Du reste, il faut constater que nombreux sont les auteurs qui tendent à minimiser les causes et les effets de la crise de la responsabilité quoiqu'ils en constatent l'existence et certains des impacts sur les tribunaux et sur la pensée juridique: c'est un réflexe cohérent avec l'impératif de flexibilité du droit qui vient pondérer la tendance à réclamer des interventions législatives dès lors qu'une réalité nouvelle se manifeste.

Sans aller jusqu'à qualifier de divergentes ces perceptions, elles-mêmes perçues plutôt que scientifiquement cernées, il faut convenir que les points de vue qu'elles expriment illustrent la difficulté de notre système juridique de prendre en compte les changements sociaux et technologiques pour les intégrer rapidement et harmonieusement dans un ordre normatif dont la crédibilité dépend de la pérennité. La prestation des soins de santé est devenue une responsabilité sociale réglementée par un cadre juridique en évolution rapide et exécutée dans un cadre institutionnel et scientifique en évolution plus rapide encore. Le droit prétorien, celui-là même qui façonne les pourtours du régime de la responsabilité civile, est un droit sédimentaire qui se construit par couches successives à l'occasion des seules affaires qu'il doit trancher. Son modèle n'est pas et ne peut pas être celui de la prévision: les conclusions que l'on tire aujourd'hui d'une décision fondée sur des faits survenus il y a cinq ou dix ans et parfois davantage¹⁰ exigent une grande circonspection sauf à maintenir un perpétuel décalage entre les problèmes et les solutions ou entre les attentes et les réponses.

I. QUELQUES OBSERVATIONS QUÉBÉCOISES SUR LA PRESTATION DES SOINS DE SANTÉ

Pour mieux cerner le domaine d'application de la responsabilité civile des professionnels et des établissements qui dispensent des soins et services de santé, il faut prendre en compte les caractéristiques actuelles et prévisibles d'un système qui a connu des

9. Voir, à titre d'illustration: D. Jutras, *loc. cit.*, note 1 et J. L. Baudouin, "Vers l'amélioration d'un système basé sur la faute", (1987) 28 C. de D. 117.

10. On remarquera que les faits à l'origine de l'affaire *Lapointe c. Hôpital Le Gardeur*, [1989] R.J.Q. 2619 (C.A.), remontent à 1975. Le processus judiciaire a mis dix ans pour produire une décision de la Cour d'appel dans des circonstances certes exceptionnelles mais néanmoins réelles. L'affaire est aujourd'hui devant la Cour suprême du Canada. Cette décision étant au moins partiellement fondée sur le cadre législatif aménagé par la *Loi sur les services de santé et les services sociaux* (L.R.Q., c. S-5), il importera de bien noter que cette loi a été substantiellement modifiée depuis 1975. De fait, elle a été modifiée à vingt-sept reprises depuis 1977. Bon nombre de ces modifications touchent de près le statut des médecins hospitaliers et les conditions d'exercice de leur profession.

mutations profondes depuis environ vingt ans. Ces mutations dépassent le simple cadre de l'évolution des rapports entre les citoyens et les prestataires de soins et services et s'il est incontestable qu'elles ont eu un effet sur la relation entre un médecin et son patient, elles ont surtout déplacé les pôles de l'offre et de la demande de services de même qu'elles ont probablement modifié la nature même des services de santé. C'est désormais un système public qui dispense des soins et des services dans un cadre institutionnel de plus en plus intégré et qui préconise une conception collective d'interventions qui reposent sur des technologies complexes et coûteuses. Dans ce nouveau contexte, les mécanismes de la responsabilité civile, qui impliquent la recherche de comportements fautifs individuels et la détermination de liens causals, éprouvent forcément des difficultés d'adaptation qui, plus que la question de la hausse des primes d'assurance-responsabilité professionnelle, exigent une attention particulière.

A. Le système public de soins

Il serait inutile de reprendre ici les analyses qui démontrent que le système de soins de santé peut être qualifié de public¹¹ de même que l'on ne voudra pas reprendre l'étude des impacts de cette qualification sur le droit de toute personne de recevoir des soins de qualité.¹² Il convient néanmoins de poser que, malgré l'apparente autonomie corporative des établissements de santé et malgré le maintien de l'exercice libéral de plusieurs professions de la santé et, notamment, de la médecine, l'État québécois assume la maîtrise d'oeuvre de l'organisation, du financement et, dans une vaste mesure, de la disponibilité des soins et des services.

Cette seule observation ne doit certes pas entraîner la conclusion que les rapports juridiques de première ligne entre les citoyens et les professionnels ou les institutions sont évincés au profit d'une sorte de rapport de droit nouveau entre les premiers et l'État. Toutefois, s'agissant tant de l'allocation des ressources que de la prise en charge des coûts de l'indemnisation des victimes d'incidents thérapeutiques ou sanitaires, c'est l'État qui en assume la responsabilité ultime. C'est, au fond, une forme de responsabilité collective qui échoit à l'ensemble de la population québécoise par l'intermédiaire de son gouvernement.

On sait que l'accès à la profession médicale, que la constitution et l'opération d'établissements de santé ainsi que le financement de ceux-ci dépendent, à divers degrés, de décisions étatiques. Ainsi, le nombre de diplômés des facultés de médecine qui pourront entreprendre des programmes de formation dans l'une ou l'autre des spécialités médicales de même qu'en omnipratique ou en médecine familiale dépend d'une décision annuelle du

11. On pourra consulter: A. Lajoie, P. A. Molinari et J. M. Auby, *Traité de droit de la santé et des services sociaux*, Montréal, Presses de l'Université de Montréal, 1981.

12. À ce sujet, voir: A. Lajoie, P. A. Molinari et J. L. Baudouin, "Le droit aux services de santé: légal ou contractuel?", (1983) 43 R. du B. 675 et A. Lajoie, et A. Trudel, "Le droit aux services, évolution 1981-1987", dans A. Lajoie, P. A. Molinari et L. H. Richard, *Le droit de la santé et des services sociaux: évolution 1981-1987*, Québec, Publications du Québec, 1989.

gouvernement.¹³ On sait aussi que non seulement la création de structures corporatives destinées à maintenir des établissements de santé dépend de l'autorisation expresse du ministre de la Santé et des services sociaux mais que les règles de délivrance et de contrôle de la détention de permis d'exploitation reconnaissent à l'État des pouvoirs discrétionnaires considérables qui vont jusqu'à déterminer le nombre de médecins qui pourront pratiquer leur profession dans un centre hospitalier donné.¹⁴ Enfin, on sait que le financement des établissements publics est presque entièrement assuré par l'État selon des règles budgétaires particulièrement contraignantes qui empêchent notamment la libre utilisation de dotations de sources privées.¹⁵

Quant à la prise en charge par l'État des coûts reliés aux incidents sanitaires, elle intervient tant au plan de l'assurance qu'à celui de l'indemnisation. La gratuité des services médicaux consentie aux citoyens par la *Loi sur l'assurance-maladie* est assortie d'un régime de négociations entre le ministre de la Santé et des Services sociaux et les organismes représentatifs des médecins.¹⁶ Il est établi que la détermination des honoraires médicaux intègre, directement ou indirectement, le coût des primes que les médecins doivent verser à leurs assureurs ou à l'Association canadienne de protection médicale.¹⁷ S'agissant de l'assurance-responsabilité des établissements, il est clair que le coût des primes, lorsqu'elles sont versées à des assureurs privés, est intégré dans les allocations budgétaires ainsi qu'il est fréquent qu'une part de l'assurance soit assumée directement par les établissements qui peuvent avoir recours à des mécanismes d'ajustement budgétaire en cas de déboursé important.

Par ailleurs, il faut reconnaître qu'une part congrue du coût des dommages corporels subis par les victimes d'incidents sanitaires est prise en charge par les programmes existants d'assurance maladie, d'assurance hospitalisation et de sécurité sociale. Cette observation est d'autant juste dans tous les cas où il n'y a pas eu de jugement imputant la responsabilité à un auteur indépendant du système public de soins car on comprendra que dans les cas de

13. Voir l'article 3.1 de la *Loi sur les services de santé et les services sociaux*, *op. cit.*, note 10. Pour une interprétation de cette disposition au regard de certains droits fondamentaux, voir: *Jaeger c. Procureur général du Québec*, [1990] R.J.Q. 1697 (C.S.).

14. Sur la création de corporations, voir les articles 64 et suivants de la *Loi sur les services de santé et les services sociaux*, *op. cit.*, note 10. Sur la délivrance, le renouvellement et la modification unilatérale de permis, voir les articles 136 et suivants de cette même loi. Quant à la détermination des effectifs médicaux dans chaque établissement, voir les articles 70 et 70.0.1 de cette loi de même que les articles 84.4 à 84.13 du *Règlement sur l'organisation et l'administration des établissements*, Décret 1320-84, (1984) 116 *G.O.* II, 2745.

15. Voir, à titre de seule illustration d'un processus beaucoup plus complexe reposant sur des règles budgétaires de source administrative, le *Règlement sur la gestion financière des établissements et des conseils régionaux*, Décret 1127-84, (1984) 116 *G.O.* II, 2239.

16. *Loi sur l'assurance-maladie*, L.R.Q., c. A-29, art. 19.

17. On soulignera que cette dernière association consent à ses membres des indemnisations pour le coût des honoraires professionnels en cas de contestation de décisions d'application des ententes convenues avec le ministre et administrées par la Régie de l'Assurance-maladie.

jugements contre un établissement hospitalier ou contre un membre de son personnel dans l'exécution de ses fonctions ce sera de toute façon l'État qui en assumera tous les coûts.¹⁸

C'est illustrer jusqu'à quel point il est difficile de dissocier la question de l'indemnisation des victimes d'incidents sanitaires de celle du système public de soins dont la structure et les modes de fonctionnement infléchissent de manière déterminante les rapports juridiques entre les prestataires et les prestataires. À seul titre d'exemple, il importe de souligner que l'un des fondements essentiels de l'aménagement de rapports contractuels suppose un minimum de liberté dans le choix réciproque des parties: quoiqu'affirmé dans certaines dispositions législatives, l'articulation de plusieurs autres dispositions en rend l'exercice impossible sauf, pour le citoyen, à renoncer à recevoir les soins que son état requiert.¹⁹ Les rapports juridiques sont encore plus complexes lorsqu'on observe le cadre institutionnel dans lequel la vaste majorité des soins sont dispensés.

18. Sous réserve, peut-être, des recours récursoires dont on sait qu'ils sont rarement intentés sauf en cas de faute lourde ou de négligence grossière et qui, de toute façon font l'objet de conventions contenues dans les contrats collectifs de travail des employés du secteur de la santé. Voir, notamment: J. David, et A. Lajoie, "L'évolution législative du régime de négociations collectives dans le secteur public québécois", dans A. Lajoie, P. A. Molinari et L. H. Richard, *Le droit de la santé et des services sociaux: évolution 1981-1987*, *op. cit.*, note 12.

19. Sur le degré de liberté de choix d'un co-contractant, voir: S. Nootens, "La remise en cause du contrat hospitalier", (1984) 44 R. du B. 625. Sur la liberté de choix du professionnel et de l'utilisateur du système de santé, voir l'article 6 de la *Loi sur les services de santé et les services sociaux*, *op. cit.*, note 10. Pour une interprétation de cette disposition, voir: *Jasmin c. Cité de la Santé de Laval*, [1990] R.J.Q. 502 (C.S.).

B. Le cadre institutionnel

Sous réserve de l'acception retenue de l'expression "soins de santé", il faut probablement admettre que dans la mesure où ceux-ci impliquent une dimension diagnostique et des indications ou des traitements thérapeutiques, ils supposent l'intervention de médecins et de professionnels de la santé. Poser l'hypothèse qu'une proportion importante de ces soins sont fournis dans un cadre institutionnel correspond sans doute à une réalité qu'une étude statistique des relevés de la Régie de l'Assurance-maladie, pour ne retenir qu'un indice, confirmerait. On serait de même porté à croire que les centres hospitaliers sont les principaux lieux de dispensation de soins de santé quoique les centres locaux de services communautaires (CLSC) et les centres d'accueils d'hébergement, en particulier ceux destinées aux personnes âgées, sont également des dispensateurs évidents. Constituant de loin le modèle structurel le plus élaboré, les centres hospitaliers peuvent servir de référence utile pour observer la dynamique de la prestation des soins de santé.

Au caractère institutionnel des soins devrait correspondre un concept de responsabilité institutionnelle. On sait que c'est là un des défis difficiles qui a été soulevé sans être résolu par le droit de la responsabilité civile.²⁰ Outre la qualification du lien juridique entre le centre hospitalier et les patients dont il dépend,²¹ le concept de responsabilité institutionnelle suppose que l'on qualifie le statut des médecins hospitaliers à la lumière des conditions juridiques d'exercice de la médecine en centre hospitalier et à celle des contrôles institutionnels auxquels ils sont assujettis.

La théorie, qu'on qualifiera de classique, selon laquelle le médecin hospitalier est un entrepreneur indépendant à qui l'autorisation de traiter ses patients dans un centre hospitalier est consentie par l'octroi d'un statut et de privilèges résiste de plus en plus mal à l'analyse des nombreuses dispositions de la *Loi sur les services de santé et les services sociaux* et de ses règlements.²² Cette analyse tendrait plutôt à démontrer que le médecin, malgré l'affirmation législative qu'il ne doit pas être considéré comme membre du personnel de l'hôpital,²³ est soumis à un faisceau d'obligations et de contrôles plus contraignants encore que ceux qui sont imposés à la plupart des professionnels dont on ne doute pas qu'ils soient les préposés des entreprises où ils exercent leurs activités.

20. Les débats sur cette question sont inlassables. En doctrine, comparer les positions de A. Lajoie, P. A. Molinari et J. L. Baudouin, *loc. cit.*, note 12 et de S. Nootens, *loc. cit.*, note 19. Voir, aussi: P.-A. Crépeau, "La responsabilité de l'établissement hospitalier en droit civil canadien", (1981) R. D. McGill 673. La position la plus récente de la Cour d'appel du Québec est affirmée dans l'affaire *Lapointe c. Hôpital Le Gardeur*, [1989] R.J.Q. 2619. Voir la synthèse et les références supplémentaires que propose D. Jutras, *loc. cit.*, note 1.

21. On sait que selon que la relation hôpital-patient est qualifiée de contractuelle ou de délictuelle, le régime de responsabilité pour le fait d'autrui variera considérablement sauf à admettre une conception moderne du lien de préposition ce que semblent refuser de faire les tribunaux. Sur le concept moderne de lien de préposition, voir: D. Chalifoux, "Vers une nouvelle relation commettant-préposé", (1984) 44 R. du B. 815.

22. *Op. cit.*, note 10, et, en particulier, le *Règlement sur l'organisation et l'administration des établissements*, cité à la note 14.

23. Voir l'article 1, *in fine*, de la *Loi sur les services de santé et les services sociaux*, *op. cit.*, note 10.

Si l'on peut convenir que le processus de sélection des médecins hospitaliers, malgré l'importante discrétion qu'il confère désormais aux hôpitaux,²⁴ n'est pas un indice très déterminant pour qualifier la relation juridique entre ceux-ci et les établissements, il en va autrement de l'intégration de tout médecin dans un département clinique. Le département clinique n'est pas qu'un lieu de regroupement des médecins d'une discipline ou d'un champ d'activités, c'est aussi et surtout une structure administrative prévue par la loi et dont le fonctionnement est régi par un cadre législatif et réglementaire précis.²⁵

Placé sous l'autorité d'un chef nommé par le conseil d'administration de l'hôpital, le département clinique est le lieu de rattachement de chaque médecin qui se trouve ainsi assujéti à l'obligation de respecter les règles de soins et les règles d'utilisation des ressources que le chef du département aura adopté et qui auront été approuvées par le conseil d'administration. Ces règles d'exercice professionnel sont de véritables normes juridiques restreignant l'autonomie que le seul statut de professionnel permet au médecin de revendiquer. Le défaut de les respecter peut emporter l'imposition de sanctions administratives ou disciplinaires qui relèvent ultimement du conseil d'administration du centre hospitalier.

L'exercice professionnel est également soumis à des mécanismes de contrôle continu qui sont certes placés sous la responsabilité d'instances médicales mais qui relèvent, dans la hiérarchie de l'hôpital, du conseil d'administration et, ainsi, de la structure juridique qu'est le centre hospitalier. Quand on observe que ces contrôles permettent de juger de la qualité et de la pertinence des soins fournis par un médecin et d'étudier, à cette fin, les diagnostics et les indications thérapeutiques,²⁶ on devrait au moins douter de la conclusion selon laquelle le médecin hospitalier est encore un entrepreneur indépendant.

Par ailleurs, il faut ajouter que le médecin hospitalier, en acceptant le statut et les privilèges que lui consent l'établissement, renonce à une partie importante de sa liberté de choisir ses patients et les époques où il fournira ses services. Les mécanismes du service permanent de garde médicale imposent à chaque médecin des obligations de présence ou de disponibilité qui doivent être satisfaites en dispensant les soins requis souvent dans des contextes d'urgence. Relevant du conseil des médecins, dentistes et pharmaciens de l'hôpital, sorte d'organisme collégial dont les pouvoirs sont cependant exercés par un comité exécutif

24. L'article 130 de la loi autorise depuis 1983 les centres hospitaliers à refuser d'octroyer un statut et des privilèges pour le motif que les effectifs sont complets. Jusqu'à cette époque, les centres hospitaliers ne disposaient guère de discrétion pour refuser la candidature d'un médecin. Assimilable à l'octroi d'un permis d'exercice, les restrictions aux conditions de délivrance d'un statut et de privilèges pourraient n'avoir aucune conséquence sur la qualification du lien entre le médecin et l'hôpital sauf, dans les faits, en rendre l'obtention plus difficile.

25. Voir, pour une analyse des actuelles structures internes des centres hospitaliers: L. H. Richard et P. A. Molinari, "L'organisation interne des établissements de santé et de services sociaux", dans A. Lajoie, P. A. Molinari et L. H. Richard, *Le droit de la santé et des services sociaux: évolution 1981-1987*, op. cit., note 12.

26. C'est le texte de l'article 103 du *Règlement sur l'organisation et l'administration des établissements*, cité à la note 14.

qui compte parmi ses membres des employés cadres de l'hôpital, le système de garde permanent est établi sous l'autorité du conseil d'administration.²⁷

Le degré d'intégration des médecins à l'hôpital est plus important que ne le laissent entrevoir les discours les plus courants qui, avec une certaine nostalgie, décrivent encore l'activité médicale comme l'exercice individuel et autonome d'un art. Il reste l'argument selon lequel, ultimement, le médecin est le seul qui choisisse l'indication et qui détermine ou applique le traitement. Cet argument définit davantage le savoir et l'habileté des professionnels que le statut de ceux-ci et il revêt surtout un caractère rhétorique.²⁸ Au surplus, on peut observer des tendances dans la prestation des soins de santé qui obligent à nuancer cette interprétation de l'autonomie professionnelle.

C. Les soins collectifs de santé

Le cadre juridique des soins de santé ne rend pas encore compte d'une tendance pourtant en pratique très nette vers une conception collective et intégrée des soins de santé. Cette tendance résulte de l'observation de pratiques internes aux centres hospitaliers et de pratiques administratives préconisées pour accroître l'efficacité d'un véritable réseau de soins de santé. Dans les deux cas le résultat est semblable: la responsabilité de la prise en charge d'un patient implique la participation d'un nombre croissant de professionnels et d'établissements.

D'une part, il est désormais et depuis longtemps admis que la prestation des soins de santé suppose l'intervention de plusieurs professionnels qui agissent de façon concertée. S'il est vrai que dans la plupart des situations la responsabilité de cette équipe est assumée par le médecin qui détermine les indications et qui, dans certains cas, délègue l'accomplissement d'actes spécifiques, il reste que l'imputabilité de chaque acte ou omission exige l'identification d'un lien direct avec son auteur. Certes, lorsque l'auteur n'est pas un médecin ou, plutôt, lorsque le médecin n'est pas fautif, la responsabilité pourra incomber à l'établissement mais encore faudra-t-il identifier une faute particulière sauf à admettre la théorie d'une relation contractuelle avec l'établissement ou avec le médecin dans quelques cas.²⁹ Pour le patient victime d'un dommage qui résulte d'une succession de soins dispensés par plusieurs

27. On a souvent tendance à analyser les structures médicales des centres hospitaliers comme de simples organisations collégiales que les médecins se sont données pour voir au bon fonctionnement du service médical et à tirer de la composition de ces structures un modèle d'évaluation par les pairs qui serait antinomique avec une relation de préposition avec l'entité juridique qu'est l'hôpital. Or, tant dans la composition des comités, notamment l'exécutif du conseil des médecins, dentistes et pharmaciens, que dans la capacité juridique d'imposer des sanctions ou plus simplement de contrôler l'exercice des devoirs imposés par les textes législatifs et réglementaires, on constate des liens directs avec le centre hospitalier.

28. Par analogie, nul ne doute que le juriste saisi d'une question est le seul qui choisit l'argumentation ou l'interprétation qui lui paraît la plus pertinente et, pourtant, nul ne doute qu'il puisse être le préposé d'une entreprise. Toujours par analogie, on pourrait réfléchir sur le statut des professeurs d'universités.

29. S'agissant du médecin anesthésiste et, plus généralement, pour une analyse de la responsabilité de l'équipe médicale, voir: S. Nootens, "La responsabilité civile du médecin anesthésiste", (1989) 19 R.D.U.S. 55 et (1989) 19 R.D.U.S. 317. Voir, aussi: G. Mémeteau, *op. cit.*, note 7, aux nos 161 et suivants.

professionnels, la recherche des auteurs est une aventure pour le moins difficile que la consultation de son dossier d'établissement permet rarement de simplifier.

Mais il y a plus. L'implantation de plus en plus fréquente de comités d'éthique clinique dans les centres hospitaliers emporte que bon nombre de décisions de traitement ou de cessation de traitement sont le résultat d'une démarche concertée qui, sans être contraignante pour l'heure, n'est pas sans incidence sur les modèles de dispensation des soins et sur les processus de prise de décision.³⁰ À l'instar des comités d'éthique de la recherche dont le rôle est dans bien des cas déterminant de la validité de procédures expérimentales,³¹ la présence des comités cliniques tout comme celle de comités dits de plans de traitement multidisciplinaire dans les centres hospitaliers emportent des conséquences inexplorées sur le concept de soins intégrés.³²

D'autre part, il faut souligner certaines tendances de rationalisation des ressources hospitalières qui se manifestent par le développement de stratégies de traitement visant à raccourcir les périodes d'hospitalisation en instaurant, à titre d'exemple, le concept d'hôpital à domicile. Déjà, des centres hospitaliers de la région de Montréal proposent à des patients de réintégrer leur domicile quoique leur état exigerait une continuation du séjour hospitalier. Les hôpitaux fournissent alors l'équipement requis et le suivi des soins est assuré par des équipes itinérantes. Celles-ci relèvent parfois de l'hôpital mais parfois aussi elles sont constituées de professionnels qui sont à l'emploi d'autres établissements, comme les centres locaux de services communautaires, qui ont conclu des contrats de services avec le centre hospitalier. C'est illustrer comment nous nous éloignons du concept de colloque singulier qui a longtemps présidé à la définition de la relation entre le médecin et son patient. La médecine technologique ajoute à la confusion des rôles.

30. Pour une analyse des tendances relatives aux comités d'éthique clinique et de recherche, voir: J. L. Baudouin, M. Ouellette et P. A. Molinari, *Pour un comité national de bioéthique*, Ottawa, Commission de réforme du droit du Canada, à paraître.

31. Voir l'affaire *Weiss c. Solomon*, [1989] R.J.Q. 731 (C.S.).

32. On pourra, à cet égard consulter l'*Avant-projet de loi sur les services de santé et les services sociaux*, 1ère session, 34ième législature, ainsi que le document *Orientations* déposé par la ministre de la Santé et des Services sociaux au printemps 1989 comme suite au *Rapport de la Commission d'enquête sur les services de santé et les services sociaux* (Rapport Rochon), Québec, Publications du Québec, 1989.

D. La médecine technologique

Les développements des bio-technologies, de la génétique et des procédés minimalistes d'intervention sont des acquis de la médecine du vingt et unième siècle. On connaît les impacts de la nouvelle imagerie médicale sur les diagnostics et ceux des lasers sur plusieurs interventions thérapeutiques. On ne connaît pas encore les applications potentielles ou réelles des recherches bio-médicales mais on peut supposer qu'elles auront pour conséquence d'exiger des personnels médicaux et hospitaliers la maîtrise de technologies dont le coût d'acquisition, d'utilisation et de remplacement provoquera des problèmes d'allocation de ressources. On peut aussi supposer que le recours à des substances médicamenteuses complexes remplacera un nombre croissant d'interventions médicales classiques et supposera une collaboration nouvelle des patients qui assumeront une part de plus en plus grande de leur rétablissement.

Quels que soient les scénarios, les soins médicaux se transformeront radicalement au cours des prochaines décennies. On peut penser qu'ils prendront une dimension préventive beaucoup plus importante que maintenant et que les soins interventifs supposeront des habiletés et des formations qui ne seront plus l'apanage exclusif des médecins. Bref, et sans verser dans l'apologie de la techno-science, les transformations sociales qui résulteront inéluctablement des nouvelles technologies exigeront que les rapports entre les citoyens et ceux qui assument la responsabilité du maintien ou du recouvrement de leur santé soient reformulés pour que les risques technologiques soient équitablement répartis.

Ces observations de la prestation des soins de santé au Québec tendent à révéler que, d'un point de vue collectif auquel devraient s'ajouter des perspectives sociologiques, démographiques et économiques,³³ les rapports entre les citoyens et l'appareil public de dispensation des soins n'ont pas les caractéristiques des relations bilatérales établies par voie consensuelle. Il ne s'agit même pas d'une forme de convivialité régie par des règles élémentaires, quoique par ailleurs performantes, de respect des droits et des intérêts d'autrui. Les victimes des dysfonctions du système de soins de santé peuvent-elles encore rechercher des indemnités adéquates dans un forum qui n'est apparemment pas conçu pour procéder à de tels arbitrages sociaux?

33. Il en est ainsi des attentes des citoyens à l'endroit du système de santé. On a parlé d'attitude consumériste. L'expression est sans aucun doute appropriée quoiqu'on souhaiterait qu'il en soit autrement. De même, on ne saurait nier l'impact du discours sur le droit à la santé et aux services qui permettent de le maintenir et de le recouvrer. Au plan démographique, il faudrait considérer les impacts du vieillissement de la population et de l'accroissement de l'expectative de vie encore que ce concept doive être nuancé pour tenir compte de la durée de vie en santé. Au plan économique, il suffit de suivre le débat sur l'allocation des ressources au secteur de la santé et sur la capacité de l'État de satisfaire à la demande de services pour en cerner les enjeux.

II. LES PERSPECTIVES DE RÉFORME

Les interrogations sur les mécanismes d'indemnisation des victimes de dommages subis lors de la fourniture de soins de santé ne sont pas uniquement associées à la perception selon laquelle il existerait une crise de l'indemnisation dont les effets risquent de mettre en péril le système de distribution des soins.³⁴ Du reste, on sait que cette crise, si crise il y a, est le produit d'un conjugaison de facteurs dont la validation empirique n'est pas toujours évidente.³⁵ Quoi qu'il en soit des motifs qui animent les réflexions sur les réformes qui pourraient être introduites, il faut reconnaître qu'ils sont tous plus ou moins fondés sur l'hypothèse que le régime de responsabilité civile classique et son application par les tribunaux judiciaires ne sont peut-être pas aussi efficaces qu'on pourrait le souhaiter. Mais encore faut-il s'entendre sur les objectifs à atteindre pour mesurer l'efficacité.³⁶ Ces objectifs seraient de trois ordres: compensatoires, dissuasifs et distributifs. Un processus, donc, qui indemniserait adéquatement les victimes à partir d'un jugement sur un comportement inacceptable et dont le coût serait soit supporté par l'auteur de ce comportement, soit réparti entre ceux susceptibles d'adopter un tel comportement.

Rendu public au tout début d'octobre 1990, le rapport *La responsabilité et l'indemnisation dans les soins de santé* propose une analyse canadienne de la situation et recommande un train de mesures susceptibles de bonifier un système qui, selon son auteur, n'est pas en crise mais serait susceptible de le devenir.³⁷ Ce rapport s'inscrit dans un débat, inspiré par certaines expériences internationales, entre le recours aux principes classiques de la responsabilité pour indemniser les victimes d'incidents sanitaires et le recours à un système d'assurance fondé sur le risque plutôt que sur la faute. Comme on pourrait s'y attendre, les tenants de l'une et de l'autre position s'accordent au moins sur un point: leur régime est le plus efficace.

A. Les finalités de l'indemnisation et de la responsabilité

34. En doctrine française, voir: A. Tunc, "L'assurance `tous risques médicaux'", dans M. Eck, éd., *Le médecin face aux risques et à la responsabilité*, Paris, Fayard, 1968. Du même auteur mais beaucoup plus récemment: "Vers un système fondé sur l'assurance du risque", (1987) 28 C. de D. 125. Voir aussi: J. Penneau, *Faute et erreur en matière de responsabilité médicale*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1973.

35. Voir l'étude de Dewees, Coyte et Trebilcock citée à la note 4 et P. Deschamps, B. M. Knoppers, K. G. Glass et B. Morneau, *Report on Health Care Liability in Canada*, Montréal, Centre de recherche en droit privé et comparé du Québec, 1989.

36. Voir l'étude de Jutras citée à la note 1.

37. Ce rapport a été préparé par Robert S. Prichard comme suite à un mandat reçu en septembre 1987 de la Conférence des sous-ministres de la Santé du Canada, des provinces et des territoires. Il a été rendu public le 2 octobre 1990 et compte 75 pages sans les annexes. L'essentiel de ce rapport est contenu dans ses pages 1 à 36. Pour ce qui est du jugement sur la situation canadienne, voir les pages 3 à 6 du texte. Il y sera fait référence dans ce texte comme le *Rapport Prichard* ou le rapport. Pour les conclusions de ce rapport voir *infra*, p. 349.

L'objectif de répartition des risques qui sous-tend un régime de responsabilité dont le coût est supporté par différents programmes d'assurance ne constitue pas, à proprement parler, un objectif d'indemnisation. Il en est plutôt la résultante et, s'il est vrai qu'on doit tenir compte des effets d'un régime sur la redistribution de ses coûts, c'est aux seuls plans de l'indemnisation et de la responsabilité que les finalités doivent être recherchées. La question est donc double: les mécanismes d'indemnisation emportent-ils une indemnisation adéquate des victimes et produisent-ils auprès des auteurs des dommages un effet dissuasif susceptible de diminuer la prévalence des actes fautifs? Il n'existe pas de méthode sûre pour répondre à l'un ou l'autre volet de cette question.

S'agissant de l'indemnisation adéquate des victimes, deux lectures peuvent être proposées. L'une consiste à évaluer les indemnités effectivement accordées aux victimes qui ont réussi à faire la preuve que les dommages qu'elles ont subis sont la conséquence de l'acte fautif d'un professionnel de la santé ou d'un établissement. Selon le *Rapport Prichard*, environ 250 victimes se partagent annuellement le somme de deux cents millions de dollars et, quoique la statistique appelle des nuances,³⁸ on pourrait en conclure que le régime fonctionne correctement. Mais le rapport énonce aussi que 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 dix pour cent des poursuites qui auraient pu être intentées.³⁹ Aucune statistique ou évaluation ne permet de juger adéquatement de la question puisqu'il est sans doute impossible de déterminer combien de personnes ont été victimes de dommages comme suite à la prestation de soins de santé.

S'il existe des facteurs qui contribuent à expliquer la croissance des demandes judiciaires d'indemnisation⁴⁰ et si l'on peut noter une tendance des tribunaux à simplifier la preuve requise dans ce type de recours,⁴¹ rien ne permet de croire qu'il n'existe pas tout autant de facteurs qui agissent comme un frein aux réclamations légitimes de victimes de dommages.⁴² Nombreuses seraient donc les distorsions qui affectent les images que l'on tente de définir pour apprécier l'adéquation des mécanismes d'indemnisation. Il semble donc que ce soit beaucoup une affaire de confiance dans un régime, voire une affaire d'attachement idéologique, qui explique comment on tente de démontrer que l'une option est meilleure que l'autre.

Il ne semble pas en être autrement de la perception selon laquelle le régime de responsabilité civile fondé sur la faute a pour effet d'améliorer la qualité des soins de santé.

38. Voir l'étude de Deschamps, Knoppers, Glass et Morneau citée à la note 35.

39. À la page 18 du rapport. Un pourcentage aussi faible que 4% a été avancé avec réserves méthodologiques dans l'étude de Dewees, Coyte et Trebilcock citée à la note 4. Sur cette question, voir aussi: D. Jutras, *loc. cit.*, note 1.

40. Voir, à titre d'illustration, les explications proposées par le *Rapport Prichard* à la page 18.

41. Il serait hors propos de même esquisser ici les analyses qui ont été faites des tendances jurisprudentielles qui rendraient compte d'une sorte de sympathie à l'endroit des victimes et qui, en conséquence ont proposé des interprétations novatrices de la faute et du lien de causalité. À seul titre d'illustration de l'ampleur de ce phénomène et des analyses de droit interne qu'il commande, on pourra consulter: J. L. Baudouin, *loc. cit.*, note 9; I. Parizeau, "Le lien de causalité au bord du gouffre", (1989) 49 R. du B. 514 et S. Nootens, "La perte de chance: détournement du lien de causalité ou dommage distinct?", (1990) 50 R. du B. 611.

42. Voir, à titre d'illustration les facteurs invoqués dans le *Rapport Prichard* à la page 21.

Évoquée dans le *Rapport Prichard*, cette conclusion étonne par sa généralité⁴³ et par l'absence de tout élément d'appréciation qui permette une conclusion déductive plutôt qu'intuitive. Il est vrai que l'objectif de qualité des soins est promu par tous les intervenants et que l'on assiste à des actions concertées pour en accroître la possibilité de réalisation mais cela étant, la corrélation avec l'accroissement des poursuites en responsabilité civile n'est pas absolument évidente. D'ailleurs, il ne semble pas absolument clair que l'effet d'un jugement en responsabilité, outre l'impact qu'il produit chez celui qui est tenu d'indemniser, s'étend au comportement des catégories de personnes susceptibles de se trouver dans une situation analogue.

Certes il faut convenir que l'effet sédimentaire de la jurisprudence instille une meilleure compréhension des règles de droit et de leurs applications mais la mesure dans laquelle elle infléchit les rapports sociaux reste une inconnue. L'écart entre les règles générales de prudence et de diligence et les faits particuliers d'une affaire rend difficile la juxtaposition des opinions judiciaires pour en tirer des lignes directrices de conduite.⁴⁴ Au mieux, on pourra reconnaître au régime de responsabilité civile une contribution à la définition des standards de pratique professionnelle. À cette contribution s'ajoute celles des mécanismes de contrôle de l'activité professionnelle mis en place par les corporations professionnelles, les établissements de santé et, dans certaines situations, par le régime d'assurance-maladie.⁴⁵ C'est sûrement l'amalgame de l'ensemble des mesures de contrôle qui permet l'atteinte des objectifs de responsabilité qui doivent accompagner les objectifs d'indemnisation.⁴⁶

43. À la page 20 du rapport. On parle d'un effet net positif sur la qualité des soins.

44. Pour se convaincre de cette proposition on n'a qu'à observer les incertitudes qui ont entouré les propositions judiciaires sur le devoir d'information du médecin et sur la notion de consentement libre et éclairé. À ce sujet, voir, notamment: M. Somerville, "Structuring the issues in informed consent", (1981) McGill L. J. 740; R. P. Kouri, "La causalité et l'obligation de renseigner en droit médical québécois", (1987) 17 R.D.U.S. 493 et B. M. Knoppers, "Vérité et information de la personne", (1987) 18 R.G.D. 819.

45. Voir, pour une discussion générale des mesures de contrôle: L. H. Richard et P. A. Molinari, "Les statuts des professionnels et le contrôle de leurs activités" dans A. Lajoie, P. A. Molinari et L. H. Richard, *Le droit de la santé et des services sociaux: évolution 1981-1987*, op. cit., note 12.

46. La question des mesures de contrôle de l'activité des établissements et de certains membres de leur personnel est beaucoup plus complexe. La mise en place de programmes d'évaluation de la qualité et de gestion des risques peut produire des effets bénéfiques. Mais ici comme en matière de surveillance et de sanction des activités professionnelles on ne dispose pas d'indice fiable de la portée des mesures.

B. Les modèles proposés

Pour l'essentiel, les modèles proposés pour améliorer l'indemnisation des victimes d'incidents sanitaires supposent la mise en place de régimes d'indemnisation fondés sur le risque autorisant ainsi l'indemnisation de toute victime de dommages sans avoir à recourir à la notion de faute ou à la recherche de responsabilité. Plus ou moins ouverts aux circonstances autorisant le versement d'une indemnité, ces régimes reposent sur le concept de préjudice évitable lorsqu'il s'agit de soins médicaux et sur un concept plus large lorsqu'il s'agit, par exemple, de préjudice découlant de la prise de médicaments ou d'immunisation. On sait que le modèle suédois est celui qui est le plus souvent cité en exemple de ces nouveaux régimes: on le décrit parfois avec une forme de prosélytisme qui peut laisser songeur.⁴⁷

Alors que le modèle suédois, en vigueur depuis 1975, est un programme volontaire d'assurance qui laisse ouverte la possibilité de recours judiciaires,⁴⁸ d'autres modèles prévoient des règles d'indemnisation qui excluent tout recours judiciaire contre l'auteur des dommages.⁴⁹ Il peut être intéressant de souligner que le modèle mis au point en Nouvelle-Zélande au début des années soixante-dix résultait d'une Commission royale d'enquête dont le mandat portait sur l'indemnisation des victimes d'accidents du travail. Les conclusions de cette enquête étaient à l'effet qu'il était inapproprié d'examiner ce seul régime sans aborder la question plus large de l'indemnisation de toutes les victimes d'accidents. Était donc proposé un régime global de compensation excluant le recours aux tribunaux.⁵⁰

Le modèle proposé par le *Rapport Prichard* peut être qualifié de mixte. Il repose sur une amélioration du système actuel de responsabilité civile et sur la création d'un régime d'indemnisation sans égard à la faute pour les préjudices évitables et pour d'autres préjudices qui seraient limitativement prévus.⁵¹ Sans entrer dans une description des caractéristiques de ce nouveau régime dont la mise en oeuvre suppose l'intervention législative de chacune des

47. Voir, notamment: C. Oldertz, "Compensation for personal injuries — the Swedish patient and pharma insurance" dans *No Fault Compensation in Medicine, op. cit.*, note 1 et du même auteur, "Compensation for personal injuries — the Swedish pharma insurance", Communication au XIIIe Congrès international de droit comparé, Montréal, août 1990. Les deux textes sont relativement semblables. Il faut peut-être souligner que l'auteur est vice-président senior de la Skandia Insurance Company. Cette compagnie oeuvre dans le champ du programme que l'auteur décrit. Voir aussi la description sommaire de ce régime proposée par A. Tunc, *loc. cit.*, note 34.

48. Avant l'entrée en vigueur de ce régime, selon Oldertz, environ 10 poursuites en responsabilité civile étaient intentées avec succès chaque année en Suède. Depuis lors, il estime que le nombre total de recours ne dépasse pas 15. Ces données sont sans signification sauf à démontrer que les contextes suédois et québécois sont différents. Voir: Oldertz dans *No Fault Compensation in Medicine, op. cit.*, note 1 aux pages 14 et 72.

49. C'est le cas du régime néo-zélandais qui s'inscrit dans un cadre général d'indemnisation contre les accidents de presque toutes catégories et qui, à cet égard est tout à fait spécifique. À ce sujet, voir: M. A. McG. Vennell, "Medical misfortune in a no fault society", dans *No Fault Compensation in Medicine, op. cit.*, note 1.

50. M. A. McG. Vennell, *loc. cit.*, note 49, 34.

51. Voir les recommandations 45 à 64 aux pages 30 à 34 du rapport.

provinces, puisque le Parlement fédéral est sans compétence en la matière,⁵² on peut retenir qu'il n'est pas très différent du modèle suédois et qu'il laisse place à une concertation des organismes privés et de l'État dans la détermination et l'imputation des coûts de son fonctionnement.

La difficulté principale soulevée par la mise en oeuvre d'un tel régime est celle de la complémentarité entre le recours aux mesures traditionnelles de responsabilité et le fonctionnement du nouveau système d'indemnisation. On peut certes bien comprendre la procédure d'option qui fait renoncer à l'un ou à l'autre régime mais il est beaucoup plus difficile de cerner quel sera l'impact de cette co-existence. D'une part, une amélioration significative du droit de la responsabilité civile devrait le rendre plus performant et davantage susceptible d'atteindre les objectifs d'indemnisation et de responsabilité. D'autre part, si le régime d'indemnisation sans égard à la responsabilité est bien conçu et propose des compensations adéquates, on comprend mal le maintien des recours judiciaires sauf, peut-être en matière de recours récursoires pour faute lourde ou négligence grossière.

À défaut de disposer de données plus précises sur la conceptualisation du régime d'indemnisation et de pouvoir apprécier l'impact des améliorations au régime de responsabilité, il est impossible de prédire lequel des deux régimes sera le plus efficient. Au surplus, on peut croire que certains des obstacles à l'accès aux tribunaux judiciaires, tel celui du coût des services juridiques, ne seront jamais véritablement levés. La perspective que le régime public serve ceux qui n'ont pas les moyens ou les ressources pour s'adresser au régime judiciaire laisse perplexes. Par ailleurs, aura-t-on tendance à porter devant les tribunaux les affaires simples et à relayer au régime d'indemnisation les affaires complexes parce que les chances de succès paraissent moins bonnes? Ou serait-ce l'inverse? L'expérience suédoise tendrait à démontrer que ces problèmes sont exagérés et que le régime d'indemnisation a, à toutes fins pratiques, mis fin aux recours judiciaires.⁵³ Si tel est le cas, on aurait pu tout simplement proposer un régime exclusif d'indemnisation comme il en existe déjà dans plusieurs domaines. C'est là une question de choix social et d'adaptation aux contextes particuliers.

C. Les choix sociaux et l'adaptation aux contextes

52. Le rapport propose la mise en application du régime d'indemnisation dans tout le Canada et selon des principes généraux uniformes. Il n'est pas clair qui, des provinces ou du fédéral devrait assurer la maîtrise d'oeuvre et il est recommandé que "l'administration du régime tienne compte de la compétence des provinces en la matière" (p. 33, recommandation 60). Le souhait est d'autant heureux qu'on voit mal comment la responsabilité législative de ce programme pourrait être celle du Parlement ni même, comment le Parlement pourrait utilement financer le régime sauf à l'imposer grâce à la *Loi canadienne sur la Santé* et d'y rendre conditionnels ses versements aux régimes provinciaux de santé. Le procédé manquerait d'élégance constitutionnelle dans l'hypothèse incertaine où il pourrait reposer sur une quelconque compétence constitutionnelle. En revanche, l'affirmation d'une préoccupation nationale pour l'indemnisation des victimes est certes tout à fait louable. Sur cette question, voir: T. Duperré, *La perspective fédérale-provinciale*, Québec, Publications du Québec, 1989.

53. Voir: Oldertz dans *No Fault Compensation in Medicine*, *op. cit.*, note 1.

L'adhésion au principe fondamental de la responsabilité civile reste une condition de maintien d'un ordre juridique reposant sur une conception évolutive des rapports sociaux. L'apport des tribunaux à l'affirmation et à la protection de droits aujourd'hui considérés comme fondamentaux est dans plusieurs domaines observable et incontestable.⁵⁴ Soulever alors la question de l'adéquation du régime de responsabilité civile québécois à une indemnisation adéquate des victimes d'incidents sanitaires peut paraître sous-entendre un constat implicite d'incapacité de ce régime de produire les effets de compensation et d'imputation qu'on lui reconnaît par ailleurs. L'aménagement de régimes particuliers d'indemnisation n'a toutefois pas pour prémisses une volonté de saper les principes civilistes fondamentaux mais correspond plutôt à l'expression de choix sociaux fondés sur des justifications particulières qui tiennent, pour la plupart, aux difficultés d'appliquer le régime général.

Le Québec compte aujourd'hui cinq régimes particuliers d'indemnisation de victimes de dommages.⁵⁵ Celui visant les victimes d'accidents du travail et de maladies professionnelles n'est ni nouveau, ni unique. Les considérations sociales et économiques qui ont présidé à sa mise en oeuvre dans bon nombre d'États sont connues: elles ne se fondent habituellement pas sur l'inadéquation des principes de responsabilité civile mais plutôt sur les inconvénients d'un processus contradictoire de recherche de la faute entre les employés et les employeurs. Elles reposent aussi sur des objectifs d'assurance et de sécurité sociale.⁵⁶ Le régime sur l'indemnisation des victimes d'actes criminels repose sur des considérations évidentes et rend compte d'une volonté d'assurer la population contre les risques de la criminalité. Quant aux victimes de dommages subis à l'occasion d'actes de civisme, on saisit bien aussi les motivations qui en sont à l'origine.

Le régime québécois d'assurance-automobile prévoit l'indemnisation des victimes d'accidents sans égard à la faute. Il s'agit d'un programme dont la mise en oeuvre a requis un courage politique ambitieux et qui compte maintenant une quinzaine d'années d'histoire. Il a eu des impacts considérables non seulement sur l'achalandage judiciaire mais aussi, il faut le mentionner, sur la pratique des avocats. Parmi les considérations qui ont présidé à son implantation, les difficultés d'accès à la justice pour plusieurs victimes de même que celles inhérentes à la preuve de la faute et du lien de causalité ont joué un rôle de premier plan. Quant au régime, beaucoup plus récent, d'indemnisation des victimes d'immunisations, il a été adopté dans les quelques mois qui ont suivi la décision de la Cour suprême dans l'affaire

54. Pensons, par exemple à l'émergence et au développement de la théorie des droits de la personnalité. Sur cette question, voir, à seul titre d'illustration: P. A. Molinari, "Observations sur la production des théories juridiques: les images floues du droit à l'image", dans *Actes du colloque Nouvelles technologies et propriété*, Montréal, 1989, à paraître.

55. *Loi sur les accidents de travail et les maladies professionnelles*, L.R.Q., c. A-3.001; *Loi sur l'assurance-automobile*, L.R.Q., c. A-25; *Loi sur l'indemnisation des victimes d'actes criminels*, L.R.Q., c. I-6; *Loi visant à favoriser le civisme*, L.R.Q., c. C-20 et *Loi sur la protection de la santé publique*, L.R.Q., c. P-35. Les articles 16.1 et suivants de cette loi visent l'indemnisation des victimes d'immunisation.

56. Pour une analyse historique de l'évolution du droit des accidentés du travail à une indemnité, voir: K. Lippel, *Le droit des accidentés du travail à une indemnité: analyse historique et critique*, Montréal, Éditions Thémis, 1986.

Lapierre c. Procureur-général du Québec.⁵⁷ On sait que la Cour avait alors refusé d'imputer une responsabilité civile fondée exclusivement sur le risque.⁵⁸ Pour l'essentiel, ce régime public permet le versement d'indemnités, sans égard à la responsabilité de quiconque, à toute victime de dommages subis à l'occasion de l'immunisation volontaire ou obligatoire contre certaines maladies énumérées dans les textes réglementaires. La victime conserve toutefois son recours de droit commun et a ainsi l'option du régime.⁵⁹

Chacun de ces régimes correspond à une analyse de contextes spécifiques. On ne trouve pas, du reste, d'explication unique à leur mise-en-oeuvre sauf, peut-être, le constat que certaines catégories de personnes sont exposées à des risques dont l'indemnisation est difficile voire impossible. Mais, par delà cette observation, on ne saurait trouver de ligne directrice. Ainsi ce n'est pas la question du nombre de victimes qui semble être à la source des interventions. Ce n'est pas non plus, une question d'accès à l'appareil judiciaire. Ce n'est pas davantage une question de performance de cet appareil.

D. Les conditions essentielles et leur faisabilité

Il ne s'agit pas ici d'esquisser les caractéristiques d'un régime public d'indemnisation des victimes d'incidents sanitaires. D'une part, le rapport *La responsabilité et l'indemnisation dans les soins de santé* en donne un aperçu intéressant et, d'autre part, il faut certainement continuer la réflexion sur les principes de base de son implantation éventuelle. L'une des nombreuses questions qui restent ouvertes est celle de savoir qu'elle pourrait en être l'étendue.

Le titre de ce court texte n'a pas été choisi pour le distinguer du titre d'autres études consacrées à une question similaire. En raison de l'influence des perceptions de certains groupes sur la crise de la responsabilité civile, on a parfois tendance à limiter l'examen de la question aux actes médicaux et aux services dispensés dans les centres hospitaliers. Or, on sait que la conception globale des soins de santé exige que cette question s'étende non seulement, comme l'a fait le Québec, aux programmes d'immunisation mais aussi aux dommages résultants de la consommation de médicaments comme c'est le cas en Suède et ailleurs. Le *Rapport Prichard* traite aussi des dommages résultant de l'emploi de produits sanguins.⁶⁰ Cette question a récemment fait l'objet d'un programme spécial d'indemnisation à titre humanitaire. Dans une conception large de la santé publique, on pourrait penser, par exemple, à l'indemnisation des victimes de maladies transmissibles. Bref, et c'est là un inconvénient

57. [1985] 1 R.C.S. 241. Les décisions de première instance et d'appel sont rapportées à [1979] C.S. 907 et [1983] C.A. 631.

58. Parmi les nombreux commentaires de doctrine reliés à cette affaire, voir, notamment: P. C. Haanappel, "Les obligations découlant de la loi seule: commentaires sur l'affaire Lapierre", (1986) 20 R.J.T. 321.

59. L'application du régime public d'indemnisations n'est pas sans poser des problèmes d'interprétation et de validité. À ce sujet voir l'intéressante étude de L. Lussier, "Le régime québécois d'indemnisation des victimes d'immunisation: problèmes d'application", (1990) 31 C. de D. 849.

60. Pour une description de ce programme, voir: J. M. Shore, et M. Vardy, "Obligation de l'État d'aider financièrement les personnes atteintes du VIH par suite d'une transfusion de sang ou de dérivé sanguin", (1990) 31 C.D. 871.

majeur de la conceptualisation de tout système d'indemnisation, il faut répondre à la question de savoir qui on veut indemniser et pourquoi on veut ainsi les indemniser. Cette double question, qui ne se pose pas au régime de responsabilité de droit commun, est centrale. La Nouvelle-Zélande y a répondu en adoptant une approche globale. Le procédé n'est pas sans surprendre mais il a l'avantage de la simplicité et, semble-t-il,⁶¹ de l'efficacité lorsqu'il est couplé avec des mesures efficaces de contrôle de la compétence des professionnels et de la qualité des services publics.

S'agissant de la santé et de la prestation de services destinés à la maintenir ou à la recouvrer, la variété des modèles d'intervention et des ressources de même que l'influence de l'organisation des systèmes sur la consommation des services par la population exigeraient probablement une approche relativement globale qui ferait reposer sur l'ensemble de la collectivité la prise en charge des défaillances des systèmes de santé. Dans cette perspective, le choix de maintenir l'accès aux règles du droit civil pour obtenir des compensations revêt surtout une valeur symbolique.

III. SÉCURITÉ SOCIALE ET LIBÉRALISME

En définitive, l'enjeu majeur est celui de la conception que l'on se fait de la sécurité sociale dans un régime fondé sur les principes du libéralisme. Le système de soins de santé du Québec, à l'instar de celui de toutes les provinces canadiennes est souvent qualifié de public. Cette qualification est trompeuse puisque, lorsqu'on l'observe attentivement, il s'agit plutôt d'un système d'assurance publique des coûts des services de santé. Ceux-ci continuent majoritairement à être dispensés selon les principes de la libre entreprise et du marché. Par ailleurs, il faut convenir que la plupart des approches gouvernementales récentes cherchent à aborder le concept de santé en atténuant l'importance du modèle fondé sur la consommation de services.⁶² Le défi est de taille et tout porte à croire, qu'à moyen terme, les difficultés qu'éprouvent certaines victimes à obtenir une compensation adéquate pour les dommages qu'elle ont subis ne s'estomperont pas puisque, plus le modèle des soins de santé se distanciera d'une relation personnelle entre un professionnel et son patient, moins il sera possible pour les victimes d'imputer une responsabilité à un auteur. L'hypothèse d'une réforme, même fondamentale et qui remette en question notre perception du rôle de l'État, doit être posée et vérifiée.

61. Voir: M. A. McG. Vennell, "Medical misfortune in a no fault society", dans *No Fault Compensation in Medicine*, *op. cit.*, note 1.

62. Voir, à ce sujet: *Rapport de la Commission d'enquête sur les services de santé et les services sociaux* (Rapport Rochon), Québec, Publications du Québec, 1989.