

Les Cahiers de droit



Les présomptions de fait en responsabilité médicale

Raymond Boucher, Daniel Grégoire, Jacques Deslauriers et Kathleen D. Beausoleil

Volume 17, numéro 2, 1976

URI : <https://id.erudit.org/iderudit/042099ar>

DOI : <https://doi.org/10.7202/042099ar>

[Aller au sommaire du numéro](#)

Éditeur(s)

Faculté de droit de l'Université Laval

ISSN

0007-974X (imprimé)

1918-8218 (numérique)

[Découvrir la revue](#)

Citer cet article

Boucher, R., Grégoire, D., Deslauriers, J. & Beausoleil, K. D. (1976). Les présomptions de fait en responsabilité médicale. *Les Cahiers de droit*, 17(2), 317–352. <https://doi.org/10.7202/042099ar>

Les présomptions de fait en responsabilité médicale

Raymond BOUCHER, Daniel GRÉGOIRE
Jacques DESLAURIERS, Kathleen D. BEAUSOLEIL*

	Page
Introduction	318
Section 1 – La <i>res ipsa loquitur</i> en common law	319
A – Une règle de preuve	319
B – Conditions d'application de la <i>res ipsa loquitur</i>	321
C – Effets de la <i>res ipsa loquitur</i> sur le fardeau de la preuve	324
Conclusion	327
Section 2 – La <i>res ipsa loquitur</i> en droit québécois	327
A – Assimilation de la <i>res ipsa loquitur</i> aux présomptions de fait	328
B – Conditions d'application de la <i>res ipsa loquitur</i>	332
1. Le dommage subi doit résulter de l'intervention d'un membre du personnel médical ou infirmier	332
2. Il doit être évident que le dommage ne se serait pas produit en l'absence de négligence	339
C – Effets de la <i>res ipsa loquitur</i>	343
1. Position majoritaire : la preuve d'un comportement prudent suffit à repousser la présomption de faute	343
2. Position minoritaire : seule la preuve d'un fait extrinsèque peut repousser cette présomption	344
Conclusion	351

* Raymond Boucher, alors professeur à la Faculté de droit de l'Université Laval, maintenant juge à la Cour provinciale ; Daniel Grégoire, L.l.b. ; Jacques Deslauriers et Kathleen D. Beausoleil, professeurs à la Faculté de droit de l'Université Laval. Ont également contribué à cette recherche : Thérèse R. Houle, professeur à la Faculté de droit de l'Université Laval ; Zamilda Fortin, médecin, L.l.b., conseiller spécial à la Commission des accidents du travail ; Jean Rochon, médecin, professeur à la Faculté de médecine de l'Université Laval ; Louis Sormany, L.l.b., conseiller juridique à l'Office des professions du Québec ; Daniel Lavoie, L.l.b., avocat ; Louis Rochette, L.l.b., avocat et Pierre Trottier, L.l.b., avocat. Cette recherche a pu être réalisée grâce à une subvention du Ministère des affaires sociales du Québec. La recherche a été terminée en avril 1975.

INTRODUCTION

On ne conteste plus aujourd'hui que le fardeau de la preuve est lié non pas au régime de responsabilité, mais plutôt à la classification des obligations de moyens et de résultat. Or, en responsabilité médicale, vu que l'obligation de donner des soins est considérée comme une obligation de moyens, il incombe au patient de faire la preuve de la faute dont il veut obtenir réparation¹.

Cette preuve est très difficile à faire car le patient n'est généralement pas en état de réaliser ce qui se passe autour de lui lors d'une opération. Anesthésié ou sous l'effet de calmants, il est même souvent inconscient lorsqu'une faute est commise, sans compter qu'il ne parviendra peut-être pas à convaincre un médecin expert de venir l'aider à faire sa preuve devant le tribunal. Dans ces conditions, exiger de la victime qu'elle fasse une preuve directe de la faute et qu'elle identifie positivement l'auteur de son dommage serait rendre son recours à toute fin pratique illusoire. Ce serait, au surplus, placer le défendeur dans une position très confortable alors que c'est lui qui est susceptible de savoir ce qui s'est passé et pourrait, mieux qu'quiconque, tout expliquer. Ce serait, comme l'écrit le professeur Crépeau qui traduit les propos tenus par le juge Laidlaw dans *Holt v. Nesbitt*², permettre injustement au défendeur de dire à la cour :

« Je suis responsable de tout ce qui s'est passé durant l'opération. Je connais tous les faits permettant de déterminer si, oui ou non, j'ai fait preuve de la prudence requise, je puis même fournir une explication de l'accident, mais je refuse de le faire ». Permettre à un défendeur d'assumer une telle attitude devant une cour de justice constituerait, à mon avis, un déni de justice [...] ³.

Comme nous le verrons, c'est essentiellement pour replacer entre les parties un équilibre rompu par les circonstances particulières qui entourent très souvent la commission de la faute médicale que nos tribunaux, inspirés par l'emploi de la maxime *res ipsa loquitur de common law*, ont allégé le fardeau du demandeur en lui permettant de faire une preuve indirecte de la faute au moyen des présomptions de fait. C'est

1. Cf., R. BOUCHER ET AUTRES, « La responsabilité hospitalière », (1974) *C. de D.* 219-528, pp. 409-414.

2. (1951) 4 D.L.R. 478 (Ontario C.A.), conf. par (1953) 1 R.C.S. 143.

3. CRÉPEAU, *La responsabilité civile du médecin et de l'établissement hospitalier*, Montréal, Wilson et Lafleur, 1956 p. 234.

ainsi que les présomptions de fait prévues aux articles 1203 et 1242 C.c., ont connu un essor croissant en responsabilité médicale au point de devenir presque l'unique moyen de preuve dont dispose la victime d'une faute médicale.

Elles méritent donc qu'on s'y attarde sérieusement. Mais avant d'en étudier les conditions d'application et d'analyser la preuve que le défendeur doit offrir pour les repousser, il convient de s'interroger sur la portée en *common law* de la locution latine *res ipsa loquitur* que nos juges citent abondamment.

SECTION 1

La *res ipsa loquitur* en *common law*

Il est difficile de bien cerner ce qu'est exactement la *res ipsa loquitur* en *common law*. Récemment, le professeur Linden observait :

The doctrine of *res ipsa loquitur* is still one of the great mysteries of tort law. It has been observed that if the « phrase had not been in latin, nobody would have called it a principle ». Nevertheless, it was expressed in latin, and most courts do consider it to a doctrine or a principle of law⁴.

A – Une règle de preuve

Une des raisons pour laquelle on ne parvient pas à bien identifier cette notion tient au fait que certains l'ont envisagée comme une doctrine ne s'appliquant qu'à quelques secteurs de la responsabilité délictuelle, alors que d'autres la considèrent tout simplement comme une règle de preuve basée sur la règle du poids des probabilités et qui permet d'inférer la négligence du défendeur⁵.

4. LINDEN, *Canadian Negligence Law. Canadian Legal Text Series*, Toronto, Butterworth, 1972, 162.

5. G. H. L. FRIDMAN, « Notes and Documents. The Myth of Res Ipsa Loquitur », (1954) 10 *U. of T.L.J.* 233, écrivait déjà : « The existence of such confusion may be demonstrated first of all by the fact that the exact status of the phrase is the subject of dispute. Is it a principle of law, or a doctrine of law, or a rule of evidence ? A Canadian work has referred to it as a maxim which expresses a rule of evidence and has developed into a doctrine, but is not a principle of law. Such a confusing juxtaposition of terms, quite distinct in their connotation, reveals the bewilderment this particular phrase has created », (p. 233). Pour un bref historique de la maxime, voir René LA PERRIÈRE et Michel LESPÉRANCE, « La maxime *res ipsa loquitur* et son application dans la jurisprudence québécoise », (1966) 4 *Osgoode Hall L.J.*, 2-5.

Ceci explique pourquoi on a déjà exigé que la *res ipsa loquitur* soit alléguée expressément dans les procédures du demandeur⁶, qu'on a même exclu de son champ d'application le domaine de la responsabilité médicale⁷ et qu'on demande parfois que le patient, avant de s'en prévaloir contre son médecin, fasse la preuve préliminaire que ce dernier est dans une meilleure position que lui pour expliquer ce qui s'est produit⁸.

En dépit de ces divergences de vues, la majorité des auteurs et de la jurisprudence estime que la maxime n'est rien d'autre qu'une simple règle de preuve qui dépend de l'appréciation des faits en litige et qui permet, en l'absence de preuve directe, de présumer la négligence du

6. On comprend que C. A. Wright, pour qui la *res ipsa loquitur* n'est qu'une application particulière de la preuve circonstancielle, se soit élevé contre cette exigence. Voir « Res ipsa loquitur » in A. M. LINDEN, *Studies in Canadian Tort Law*, Toronto, Butterworths, 1968, 58-61.

7. Au Canada, il a fallu attendre la décision ontarienne *Holt v. Nesbitt* de 1951, *supra*, note 2 pour pouvoir invoquer le bénéfice de *res ipsa loquitur* dans une poursuite en responsabilité médicale. En effet, comme l'a dit D. K. LAIDLAW, « The Burden of Proof in Malpractice Action », [1963] *Special Lectures of the Law Society of Upper Canada*, 219 : « After *Holt v. Nesbitt* the pendulum swung the other way, and *res ipsa loquitur* has been pleaded in just about every malpractice case that is commenced. One cannot help but think that it is pleaded, and the courts are applying it more freely, because of the supposed difficulty of proof in the part of the plaintiff in calling affirmative evidence to prove negligence on the part of the defendant doctor » (pp. 224-225).

Après la lecture de ces commentaires et de la jurisprudence récente, il est étrange qu'on ait dit, dans une étude sur la responsabilité médicale commandée par une commission d'enquête américaine, que la maxime n'était pas appliquée au Canada. Cf. Rebecca WELCH, « Medical Malpractice in Canada » in *Appendix. Report of the Secretary's Commission on Medical Malpractice*, Department of Health, Education, and Welfare, Washington, D.C., 16 janvier, 1973, p. 851.

8. William M. NEWMAN, « Res Ipsa Loquitur : A Case for Flexibility in Medical Malpractice », (1970) 3 *Wayne Law Review*, 1136, 1143-1146 ; Rudolf F. BINDER, « Res Ipsa Loquitur in Medical Malpractice », (1968) 17 (2) *Clev-Mar. L.R.* 218 ; William L. PROSSER, *Handbook of the Law of Torts*, 3^e éd., Handbook Series, St-Paul West, Minnesota, 1964, 218 ; C. A. WRIGHT, *loc. cit. supra*, note 6, 50-55.

Le professeur Linden, *op. cit. supra*, note 4, 167, réfère à sa note 37, à des décisions canadiennes sur ce point et s'oppose à ce que la *res ipsa loquitur* n'intervienne qu'une fois établi que la preuve est plus accessible au défendeur qu'au demandeur. Ce serait, en effet, subordonner l'application de la maxime à la connaissance subjective du défendeur qui pourra trouver bien des circonstances atténuantes pour montrer qu'il n'est guère mieux placé que la victime pour expliquer la cause du dommage.

défendeur. Ainsi que l'écrivaient, il y a une dizaine d'années déjà, les auteurs La Perrière et Lespérance :

On ne veut plus considérer la maxime que comme une simple règle de preuve, intervenant à un certain moment du procès; on ne veut plus lui donner effet qu'en la basant sur la nature même des faits et circonstances en litige, permettant d'en tirer des présomptions dans les limites du bon sens⁹.

Cependant, en étudiant les effets de cette règle sur le fardeau de la preuve, nous verrons qu'il y a encore beaucoup d'ambiguïté à son sujet. Ce dont on est plus certain, c'est que cette simple règle de preuve qui veut que les « faits parlent d'eux-mêmes » s'applique en responsabilité médicale dans la mesure où le demandeur réussit à mettre en preuve trois conditions préalables sur lesquelles, d'ailleurs, tout le monde s'entend.

B – Conditions d'application de la *res ipsa loquitur*

Le patient doit d'abord établir que le dommage qu'il a subi ne se serait pas, en l'absence de la faute de quelqu'un, normalement produit. La preuve de cette première condition dépend évidemment beaucoup des faits de chaque espèce. Dans certains cas, par exemple, lorsqu'un instrument a été oublié dans l'abdomen d'une personne, les faits parleront facilement d'eux-mêmes et avec une grande force de persuasion. Mais il n'en est pas toujours ainsi et pour convaincre le tribunal que le dommage dont il se plaint ne serait pas normalement arrivé si quelqu'un n'avait pas commis une faute dans le processus opératoire, le patient devra faire la preuve de ce qu'aurait dû « normalement » être, dans les circonstances, la conduite de celui qui a posé l'acte dommageable.

C'est à cette étape-ci que le besoin d'un expert prêt à témoigner en faveur du patient se fait le plus sentir. C'est également à ce niveau que sont débattues les questions de risques opératoires, du pouvoir d'appréciation du médecin traitant, des différentes méthodes de traitement et qu'entrent en considération les circonstances de temps et de lieu qui font de chaque cas un cas d'espèce¹⁰. Pour remplir cette première condition, le demandeur devra donc porter à la connaissance du juge les faits qui permettront à ce dernier d'inférer la faute du défendeur.

Il devra, en second lieu, démontrer que la personne sans la faute de qui le dommage n'aurait pas eu lieu est bien le défendeur ou l'un de

9. *Loc. cit.*, note 5, 4.

10. Irvin SHERMAN, « The Standard of Care in Malpractice », (1966) 4 *Osgoode Hall L.J.*, 222-242.

ses préposés. Les auteurs de *common law* insistent beaucoup sur la nécessité d'identifier l'auteur de la faute présumée et cette deuxième condition pose généralement des difficultés insurmontables en responsabilité puisque plusieurs personnes peuvent avoir commis la faute dont il s'agit.

Certains juges américains, pour venir en aide au patient incapable d'identifier positivement l'auteur de la faute, lui ont accordé néanmoins le bénéfice de la *res ipsa loquitur*. Cassibry¹¹, commentant une décision récente où la cour a appliqué la maxime en ce sens, déplore que les tribunaux aient donné autant d'extension à cette règle. Il comprend, par ailleurs, que le demandeur soit dans une mauvaise posture lorsqu'il doit faire sa preuve et la solution qu'il propose pour arriver au même résultat consiste à faire de tous ceux qui pratiquent en milieu hospitalier les préposés de l'hôpital.

Another means of allowing the plaintiff a more equitable chance of recovery would be to regard everyone coming into contact with an anesthetized patient a « servant » of the hospital. Since the hospital would be vicariously liable for any negligent acts, the plaintiff would only need to establish the negligence of someone. Classifying all personnel as servants of the hospital could best be done by statute so as to avoid changing the general criteria for determining vicarious liability¹².

Nous avons exposé ailleurs¹³ qu'à la faveur d'un certain courant de jurisprudence et surtout depuis la Loi 48 cette solution que l'auteur présente est maintenant ouverte au demandeur qui poursuit directement le centre hospitalier. C'est d'ailleurs ce qui nous a fait conclure qu'en droit québécois l'épineuse question de l'imputabilité de la faute à un auteur déterminé ne pose plus de problème dans une action en responsabilité médicale¹⁴.

Enfin, la victime ne pourra se prévaloir de la *res ipsa loquitur* qu'en établissant l'existence d'un lien de causalité entre l'acte du défendeur et le dommage qu'elle a subi. La preuve directe de ce lien est le plus souvent aussi difficile que celle de la faute et c'est pourquoi les tribunaux

11. Reginald E. CASSIBRY, « Res Ipsa Loquitur and Unexplained Injuries to Anesthetized Patients », (1973) 34 *Louisiana Law Review* 145.

12. *Id.*, 150-151.

13. R. BOUCHER et autres, *op. cit. supra*, note 1, 309-404.

14. Pour avoir une idée de l'ampleur de ce problème avant la Loi 48, voir A. BERNARDOT et R. P. KOURI, « La responsabilité civile de l'équipe médicale », (1974) 34 *R. du B.* 8, *Hôtel-Dieu de Montréal v. Couloume*, 27 mai 1974 Cour suprême (jj. PIGEON, BEETZ, SPENCE, RITCHIE et DE GRANDPRÉ).

acceptent qu'on en fasse la preuve par présomption de fait. De plus, comme le demandeur doit prouver la faute par une preuve prépondérante, il en sera de même de la preuve du lien de causalité.

Il faudra donc démontrer qu'il est plus probable que ce soit l'action du défendeur qui soit la cause du dommage plutôt qu'une prédisposition organique, qu'un accident antérieur ou encore la faute du patient lui-même. Aussi, lorsque des auteurs mentionnent que la cause du dommage doit être inconnue pour pouvoir invoquer la *res ipsa loquitur*¹⁵, il faut entendre par là qu'il s'agit de la faute elle-même car le lien de causalité entre la faute présumée et le dommage doit être connu sinon les faits ne seront pas assez probants pour « parler d'eux-mêmes ». Ainsi dans le cas où le poignet d'une personne devient atrophié après qu'on ait utilisé un plâtre pour en réduire la fracture, il est nécessaire que le demandeur établisse à la satisfaction du tribunal un lien de cause à effet entre ce plâtre et le dommage. Un plâtre bien posé et surveillé adéquatement ne cause pas normalement d'atrophie musculaire et si la preuve est faite qu'une telle atrophie en est résultée, il faut déduire que quelqu'un a commis une faute. Par contre si cette complication est consécutive à un manque d'exercice du patient joint à une prédisposition organique à ce genre de conséquence, il n'y aura pas de preuve suffisante pour faire présumer la négligence et cela à cause d'une absence de lien de causalité¹⁶.

Terminons sur les conditions¹⁷ en disant que c'est au demandeur à qui revient la tâche de convaincre le tribunal qu'elles existent effective-

15. P.-A. CRÉPEAU, *La responsabilité civile du médecin et de l'établissement hospitalier*, op. cit. supra, note 3, 230; LINDEN, op. cit. supra, note 4, 169, 174.

16. *Poliquin v. Boutin*, C.S. Iberville, n° 15-939. 18 mars 1974 (j. MARTEL). *National Trust Co. v. Wong Aviation Ltd.*, [1969] R.C.S. 481 (appel d'une décision de la Cour d'appel d'Ontario).

17. À ces trois conditions, il s'en ajoute une autre lorsque le dommage a été causé au moyen d'un instrument ou d'un appareil quelconque. En effet, on exige alors que le demandeur prouve que le défendeur ou ses préposés avait bien le contrôle sur cet instrument lorsque l'incident s'est produit. C'est qu'à l'origine la *res ipsa loquitur* a été utilisée pour faire présumer la faute de celui qui exerçait un contrôle sur la chose qui causait le dommage. Aujourd'hui, la maxime a une portée plus étendue puisqu'elle permet de présumer la faute de celui qui cause directement le dommage. Cf P.-A. CRÉPEAU, *La responsabilité civile du médecin et de l'établissement hospitalier*, op. cit. note 3, p. 238 et ss; John H. HARLAND, « *Res ipsa loquitur* in *Malpractice Cases in Canada* », (1961) 10 (2) *Clev-Mar L.R.* 302; William

ment et ce n'est qu'à ce prix qu'il pourra se prévaloir de la *res ipsa loquitur*. Aussi tant que cette règle de preuve n'entre pas en jeu, le défendeur peut rester passif. Il a toutefois intérêt à contester la présence de l'une ou l'autre des conditions selon le poids des probabilités en démontrant, par exemple, que l'acte médical comportait des risques inhérents ou en s'attaquant au lien de causalité, élément très déterminant.

C – Effets de la *res ipsa loquitur* sur le fardeau de la preuve

Une fois que le recours à la *res ipsa loquitur* est accordé, le défendeur doit s'interroger sur la preuve qu'il présentera en contre-partie et alors se pose la question de savoir quels sont les effets de la *res ipsa loquitur*. Les réponses que la doctrine et la jurisprudence avancent sont controversées et peuvent être regroupées en trois catégories.

Il y a ceux pour qui le défendeur n'a pas à offrir de preuve, quoiqu'ils estiment plus prudent qu'il en présente une. Pour eux, la maxime permet d'inférer la négligence mais n'oblige pas le juge ou le jury à conclure automatiquement ainsi en l'absence de preuve du défendeur. Maître des faits, le juge ou le jury peut toujours incliner en faveur du défendeur si le demandeur n'a pas repoussé le fardeau qui pèse sur lui de prouver la négligence. Voici comment un auteur a résumé cette position :

[...] the maxim is no more than a summary way of describing a situation in which it is permissible to infer from the occurrence of an accident that it was probably caused by the negligence of the defendant. However, on this view, the inference of negligence is merely permissible (not obligatory) and if at the conclusion of the case the tribunal of

C. J. MEREDITH, *Malpractice liability of doctors and hospitals (Common Law and Quebec Law)*, Carswell, Toronto, 1956, 91 ss.

Sous l'article 1054(1) C.c., le droit québécois connaît la même exigence lorsque le dommage résulte du fait autonome de la chose; mais alors le demandeur dispose d'une présomption légale beaucoup plus avantageuse que la *res ipsa loquitur* car elle s'impose au tribunal, tandis que la maxime est laissée à la discrétion du juge. Cf. CRÉPEAU, *op. cit. supra*, 240, et LA PERRIÈRE et LESPÉRANCE, *op. cit. supra* note 5, 33-34. Toutefois, et ce n'est pas pour simplifier les choses, il arrive que les tribunaux confondent l'une et l'autre de ces présomptions (*Agence Maritime v. Simard*, 1970 C.A. 929, 931). Quoi qu'il en soit, les cas où il s'agit du fait autonome de la chose sont assez rares en responsabilité médicale et l'art. 1054(1) C.c. n'aura pas souvent d'application dans ce secteur de la responsabilité, où il faudra plutôt s'en remettre aux présomptions de fait que nous étudierons dans la prochaine section.

fact is not satisfied that the accident was more probably than not caused by the negligence of the defendant, the plaintiff must fail¹⁸.

Pour ceux qui soutiennent cette position, l'effet de la *res ipsa loquitur* se limite à la force probante des faits mis en preuve par le demandeur, sur lesquels le tribunal a pleine discrétion pour décider, après les avoir évalués, s'ils permettent de conclure à la négligence du défendeur¹⁹. Comme nous pouvons le constater, la *res ipsa loquitur* ne fait ici que dispenser le demandeur de faire une preuve directe de la faute et elle allège à peine le fardeau de la preuve qui pèse sur lui.

Par contre, d'autres estiment que la *res ipsa loquitur* constitue un « *prima facie case* » ou une présomption de négligence qui oblige le tribunal à conclure à la responsabilité du défendeur s'il ne présente aucune preuve en sa faveur. Il est suffisant, cependant, qu'il produise une défense « *equally consistent with negligence or no negligence* »²⁰.

Il suffit donc au défendeur de prouver qu'il s'est comporté avec prudence et conformément « aux règles de l'art » pour repousser la présomption. Le fardeau de la preuve repose alors toujours sur le demandeur et c'est lui qui doit prouver, au terme du procès, que la négligence du défendeur est plus probable que sa non-négligence. C'est ce qui fit dire à Laidlaw :

The actual burden of proof never leaves the plaintiff, in that, after all the evidence is in, the burden is still on the plaintiff to satisfy the court on a balance of probabilities that there was negligence on the part of the defendant. About all that can be said about the principle *res ipsa loquitur* is that it does not shift the onus of proof but only the burden of adducing evidence²¹.

18. P. S. ATYAH, « *Res Ipsa Loquitur in England and Australia* », (1972) 35 *The Modern Law Review*, 337.

19. Pour Newman, *loc. cit. supra*, note 8, 1146, il s'agit là de la conception que la majorité des juridictions se fait de la maxime, alors que les deux prochaines conceptions sont en minorité selon lui, p. 1147. Quant à Wright, *loc. cit. supra*, note 6 et Prosser, *op. cit. supra*, note 8, ils attribuent le même effet à la maxime qu'ils considèrent comme une application de la preuve circonstancielle. Cette position est également partagée par G. W. PATON, « *Res Ipsa Loquitur* ». (1936) 14 *Can. Bar. Rev.* 480. Voir aussi, « *The Application of Res Ipsa Loquitur in Medical Malpractice Cases* », (1966) 60 *Northwestern University Law Review*, 853 et ss.

20. LAIDLAW, *loc. cit. supra*, note 7, 232; CRÉPEAU, *op. cit. supra*, note 3, p. 231 et ss.; LINDEN, *op. cit. supra*, note 4, 186; WRIGHT, *loc. cit. supra*, note 6, 61 et ss.

21. LAIDLAW, *loc. cit. supra*, note 7, 232. Nos italiques.

Tout ce qu'on exige du défendeur, en définitive, c'est que par une preuve de bon comportement il mette en équilibre les deux plateaux de la balance et comme le fardeau de la preuve repose toujours sur le demandeur, c'est ce dernier qui, si le doute subsiste, sera débouté.

Enfin, la dernière position veut que la *res ipsa loquitur* non seulement engendre une présomption de négligence mais qu'elle déplace le fardeau de la preuve et oblige le défendeur à faire osciller l'un des plateaux en sa faveur. La preuve d'un comportement prudent et conforme aux standards de la profession ne suffit plus, le défendeur doit fournir une explication probable de la cause du dommage²². Il n'est pas nécessaire cependant qu'il fasse la preuve d'un cas fortuit ou qu'il démontre la cause exacte du dommage, il doit offrir une explication probable du dommage autre que sa non-négligence.

C'est la position qui a été exprimée, selon nous, par le juge Ritchie dans la récente décision de la Cour suprême, *Finlay v. Auld*²³. Il s'agit de l'appel d'un jugement rejetant l'action de Mlle Finlay intentée contre son médecin pour extinction partielle de la voix à la suite d'une biopsie, pratiquée dans le but de confirmer l'existence soupçonnée d'une sarcoïdose.

La Cour suprême a confirmé la décision du tribunal de première instance qui avait jugé que la maladie de la demanderesse était une cause plus probable du dommage que la négligence du défendeur. Or voici comment le juge Ritchie s'est exprimé :

[...] il est néanmoins clair que le savant juge de première instance avait le droit d'adopter la première opinion mentionnée. J'aurais cependant éprouvé plus de difficulté à en arriver à une conclusion dans la présente affaire si la défense s'était fondée seulement sur l'argument que l'incapacité ne pouvait résulter de l'opération, mais M. le juge Gillis qui base son avis sur le témoignage du Dr Gordon, a été en mesure d'attribuer le dommage causé au nerf à une cause complètement différente offrant une explication s'accordant avec l'absence de négligence²⁴.

Sans accorder trop d'importance à cette décision, il faut certainement en tenir compte dans l'analyse controversée de la *res ipsa loquitur*

22. LINDEN, *op. cit. supra*, note 4, 188 et ss. ; P. S. ATYAH, *loc. cit. supra*, note 18. 337, et LA PERRIÈRE et LESPÉRANCE, *loc. cit. supra*, note 5, 13-14, qui optent pour cette position au terme de leur étude sur la maxime en *common law*.

23. *Finlay v. Auld*, 2 octobre 1973, Cour suprême, appel d'une décision de la Cour suprême de Nouvelle-Écosse (jj. JUDSON, RITCHIE, SPENCE, PIGEON et LASKIN), rapportée à [1975] R.C.S. 338.

24. *Id.*, p. 7 de la version française du 24 janvier 1974.

car elle incitera peut-être les tribunaux à exiger du défendeur, outre la preuve générale d'un bon comportement, une explication probable de la cause du dommage.

Conclusion

Après cette brève intrusion en *common law* d'où elle origine, la *res ipsa loquitur* nous paraît être une règle de preuve en constante évolution qui vient, à partir des faits, faire présumer la faute du défendeur. Puisqu'elle repose sur la nature des faits, on peut s'attendre à ce que les tribunaux exigent plus de la part du défendeur dans certains cas et si les faits sont très accablants, il sera peut-être obligé de faire la preuve d'un cas forfuit ou d'une cause extrinsèque. Mais au-delà des faits de chaque espèce, il y a des principes de droit et on ne sait pas encore si la *res ipsa loquitur* s'impose au tribunal en l'absence de preuve du défendeur ou si elle crée une véritable présomption qui va jusqu'à déplacer le fardeau de la preuve.

Dans la prochaine section, nous verrons que la *res ipsa loquitur* a permis aux tribunaux québécois de découvrir les présomptions de faits inscrites au *Code civil*. Pour disposer des litiges en responsabilité médicale, les tribunaux ont délaissé progressivement le recours à la *res ipsa loquitur*, mais les allusions constantes que les juges en font dans les motifs de leur décision ont pour effet de transposer au niveau des présomptions de faits les incertitudes qui règnent au sujet de cette maxime latine en *common law*.

SECTION 2

La *res ipsa loquitur* en droit québécois

C'est à la Cour suprême que nous devons d'avoir introduit en droit civil québécois la *res ipsa loquitur* de *common law*. En effet, lorsqu'elle a été saisie d'une affaire québécoise où le dommage en cause ne se serait pas normalement produit sans la faute du défendeur et où le demandeur ne pouvait faire la preuve directe de cette faute, le premier réflexe de la Cour suprême a été de recourir à la *res ipsa loquitur* pour faire présumer la négligence du défendeur et déplacer sur lui le fardeau de la preuve.

Il s'agit de la célèbre décision *Parent v. Lapointe*²⁵ qui a été rendue à l'époque où il n'y avait aucune présomption légale de faute contre le conducteur d'une automobile en faveur des passagers. Ceux-ci étaient tous endormis au moment de l'accident et ils ne pouvaient présenter aucune preuve directe d'une faute particulière du conducteur. La Cour a décidé que les faits parlaient d'eux-mêmes, en quelque sorte, et qu'en vertu de la *res ipsa loquitur*, le défendeur avait le fardeau de s'exonérer.

A – Assimilation de la *res ipsa loquitur* aux présomptions de fait

Quelques années plus tard, la *res ipsa loquitur* a été utilisée par la Cour d'appel du Québec dans une action en responsabilité médicale cette fois et elle a été assimilée aux présomptions de faits du *Code civil*. Il s'agit de la cause *Elder v. King*²⁶ où une compresse avait été laissée dans l'abdomen du patient à la connaissance même du chirurgien, qui avait préféré abandonner ses recherches pour la retrouver plutôt que compromettre la santé de son patient.

En première instance²⁷, le juge Lalonde, s'en reportant à la *res ipsa loquitur* et aux présomptions de fait, jugea que les faits étaient tels qu'ils dispensaient le demandeur de faire la preuve directe de la faute du médecin et il obligea ce dernier à prouver qu'il s'était bien conformé aux règles de l'art. En appel, les héritiers du défendeur ont prétendu que la *res ipsa loquitur* ne s'appliquait pas et que le demandeur avait toujours le fardeau, dont il ne s'était pas acquitté, de faire la preuve directe d'une faute certaine du défendeur. À cela, le juge Martineau, après avoir cité

25. [1952] 1 R.C.S. 376. Commentant cette décision, A. NADEAU, « Quelques notes sur le lien de causalité et sa preuve dans les actions en responsabilité civile », in *Mélanges Bernard Bissonnette*, P.U.M. 1963, 443, dit : « On avait déclaré, en Cour d'appel, que la faute s'expliquait par l'application de la maxime *res ipsa loquitur*. Semblable déduction se serait imposée sans qu'on ait eu à recourir à cette maxime latine qui n'ajoute rien à notre régime de la preuve par le moyen de présomptions de fait. MM. les juges Bissonnette et Taschereau ont, par ailleurs, dans une autre cause, savoir *X. v. Mellen*, précisé que si cette maxime est appliquée comme signifiant une responsabilité sans faute, elle est, dans notre droit, totalement irrecevable » (p. 446).

Voir aussi, André T. MÉCS, « Medical Liability and the Burden of Proof — An Analysis of recent Quebec jurisprudence. », (1970) 16 *McGill L.J.* 163, 166.

26. [1957] B.R. 87.

27. *King v. Elder*, C.S. Montréal, [1953] n° 280-274, (j. LALONDE, pp. 8-9).

quelques décisions de *common law*²⁸, répondit que la *res ipsa loquitur* équivalait, en droit civil, à nos présomptions de fait. Voici d'ailleurs comment il a motivé sa position :

On objectera que ces arrêts ont été rendus dans des provinces de droit commun et que leur application à une action, dont la cause a pris naissance dans notre province, est douteuse. On soutiendra peut-être aussi que la maxime *res ipsa loquitur* n'a pas cours dans notre droit.

Je ne crois pas que ces objections soient bien fondées parce qu'il n'y a pas de différence entre les effets juridiques de cette maxime et ceux de la doctrine des présomptions mentionnées à notre Code civil. D'ailleurs, bien que le juge de première instance ait mentionné cette maxime, il a, en réalité, fondé son jugement sur la preuve faite par la présomption résultant du fait qu'une compresse avait été laissée par le docteur Elder dans l'abdomen du demandeur. En d'autres mots, il a cru qu'il résultait de l'anomalie de ce fait une présomption prouvant la faute alléguée par le demandeur contre le docteur Elder.

Ces conclusions du juge de première instance me semblent bien fondées, parce que, notre droit ayant prévu qu'une preuve pouvait être faite par des présomptions résultant de faits, nulle conséquence plus logique ne pouvait être tirée du fait qu'une compresse avait été laissée dans l'abdomen du demandeur que celle d'une faute de la part du chirurgien sous la direction duquel l'opération avait été faite²⁹.

Depuis lors, les tribunaux³⁰, en accord sur ce point avec la doctrine³¹, ont découvert progressivement qu'ils pouvaient arriver au même

-
28. Dont *Nesbitt v. Holt*, [1953] 1 S.C.R. 143, qui a consacré définitivement l'emploi de la *res ipsa loquitur* en matière de responsabilité médicale dans les provinces canadiennes de *common law*. Cf. *supra*, note 7.
29. *Elder v. King*, [1957] B.R. 87, 91-92. Le juge McDougall, dissident au motif que le médecin avait repoussé la présomption, partagea cependant cette opinion. Il dit, en effet : « The rule or principle : *res ipsa loquitur*, is nothing more than a presumption envisaged by art. 1238 C.c. which is available against defendants. Until proof is made, the presumption persists, but defendants are entitled to bring evidence to rebut it ». (p. 96).
30. *Mellen v. Nelligan*, [1956] R.L. 129, (j. BROSSARD, p. 144) ; *X. v. Mellen*, [1957] B.R. 389, (j. HYDE, p. 397, et j. BISSONNETTE, pp. 413-414) ; *Grant v. Royal Victoria Hospital*, C.S. Montréal 1958 n° 298-702, (j. REID, pp. 10-12) ; *Fillion v. Hôpital Ste-Justine et Magnan*, C.S. Montréal 1966, n° 521-137, (j. DAMARRE, p. 11), et *Hôpital Ste-Justine et Magnan v. FILLION*, B.R. Mtl 1967, n° 9371, p. 20 ; *Lachance v. B.*, [1967] C.S. 625 ; *Cité de Montréal v. Cardin*, [1960] B.R. 1205 (j. HYDE, p. 211) et *Cardin v. Cité de Montréal* [1961] R.C.S. 655 (j. TASCHEREAU, pp. 658-659) ; *Hôtel-Dieu St-Vallier v. Martel*, [1968] B.R. 389 (j. BROSSARD, pp. 398-399) ; *Martel v. Hôtel-Dieu St-Vallier*, [1969] R.C.S. 745, pp. 748-749 ; *Couloume v. Hôtel-Dieu de Montréal*, C.S. Montréal 1973 n° 13042 (j. DESCHESNES, p. 2a).
31. CRÉPEAU, *op. cit.* note 3, 247 ; CRÉPEAU, « La responsabilité civile médicale et hospitalière : évolution récente du droit québécois », (1968) 2 *Futura*

résultat que la *res ipsa loquitur* en faisant intervenir les présomptions de fait du *Code civil* qui permettent de déduire, d'un fait connu, un fait inconnu et qui déplacent le fardeau de la preuve³².

Cependant, même si tous s'entendent pour assimiler la *res ipsa loquitur* à nos présomptions de fait, il n'en demeure pas moins que les juges et les auteurs utilisent encore très souvent cette expression qui entretient un climat d'incertitude quant aux conditions d'application de la présomption de fait et quant à la preuve qu'il faut faire pour la repousser.

La raison pour laquelle on utilise cette expression en est une de terminologie, selon nous, et vient du fait que la *res ipsa loquitur* ne permet d'inférer, en *common law*, que la faute, alors que nos présomptions de fait servent à déduire aussi bien la faute que le lien de causalité ou tout autre fait. Aussi le recours à cette locution latine ne sert-il, dans notre droit civil, qu'à identifier celle des présomptions de fait qui permet au juge d'inférer la faute du défendeur au cours du procès.

Il s'agit pour nous de retenir tout simplement que la présomption de fait correspondant à la *res ipsa loquitur* ne sert à renverser le fardeau de la preuve qu'à un moment bien précis du procès, lorsqu'il s'agit d'inférer la négligence du défendeur ; mais le demandeur et le défendeur peuvent invoquer d'autres présomptions de fait, le premier lors de sa preuve du dommage, du lien de causalité et des faits, le second lors de

Santé, éd. Intermonde, Montréal, 27-29 ; CRÉPEAU, « L'établissement hospitalier et le droit de la responsabilité », in *Livre du Centenaire du Code civil*, 1970, t. 2, P.U.M. pp. 202-205 ; CRÉPEAU, « Liability for Damage Caused by things : The Civil Law Point of View », (1962) 40 *R. du B. Can.* 222, pp. 226-227 ; Pierre AZARD, « Renouveau ou déclin de la responsabilité contractuelle », in *Mélanges Bernard Bissonnette*, 1963, P.U.M. p. 37 ; MEREDITH, *op. cit. supra*, note 17, 92-93 ; A. BERNARDOT, « Le médecin et les présomptions de fait », (1971) 2 *R.D.U.S.*, 75-88 ; A. BERNARDOT, *La responsabilité médicale*, Sherbrooke, Publication de R.D.U.S., 1973, pp. 42-45 ; LA PERRIÈRE et LESPÉRANCE, *loc. cit. supra*, note 5, 14-15 ; André T. MECS, *loc. cit. supra*, note 24, 170.

32. Art. 1238 C.c. : « Les présomptions sont établies par la loi ou résultent de faits qui sont laissés à l'appréciation du tribunal » ; art. 1242 C.c. : « Les présomptions qui ne sont pas établies par la loi sont abandonnées à la discrétion et au jugement du tribunal ». On ne retrouve pas dans notre code de définition des présomptions et il faut se reporter à l'art. 1349 du *Code Civil français* pour en avoir une. Elles y sont définies comme étant « des conséquences que la loi ou le magistrat tire d'un fait connu à un fait inconnu ». Voir *Traité de droit civil du Québec*, tome 9, par NADEAU et DUCHARME, Montréal, Wilson et Lafleur, 1965, n° 540, p. 435, et n° 586-593, pp. 484-500.

sa preuve d'exonération de responsabilité. Si l'on ne confond pas ces différentes présomptions qui renversent elles aussi le fardeau de la preuve à un certain moment du procès, et si l'on se souvient qu'il appartient toujours au demandeur de réussir dans sa preuve s'il ne veut pas être débouté de son action, on n'éprouvera pas de difficulté à débrouiller l'écheveau qui intrigue tant de juristes de *common law*³³.

Dans cette perspective, d'ailleurs, on peut mieux comprendre certaines affirmations faites en jurisprudence et qui autrement porteraient à confusion, tels les propos suivants tenus par le juge Brossard dans l'affaire *Martel* en Cour d'appel.

Lorsque, par suite d'une opération, d'une anesthésie ou d'un traitement, un patient est atteint d'un mal qui n'aurait pu spontanément se produire en l'absence de telle intervention, anesthésie ou traitement, il y a lieu de présumer un lien de causalité entre les deux événements. Cette présomption peut être repoussée par celui contre qui elle pèse.

Il ne faut pas, partant de cette présomption, conclure à la responsabilité du médecin, chirurgien ou anesthésiste sous prétexte de lui appliquer la règle, *res ipsa loquitur*.

[...] Pour que soit engagée la responsabilité, il faut donc apporter la preuve d'une faute déterminante de la cause du préjudice. Cette preuve peut, cependant, découler de présomptions de faits. Cette fois, la règle *res ipsa loquitur* de *common law* rejoint celle des présomptions de droit civil (art. 1238 et 1242 C.c.)³⁴.

En définitive, nous pouvons affirmer que la *res ipsa loquitur* de *common law* n'est rien de plus, en droit civil québécois, qu'une présomption de fait servant à inférer la négligence et comme toute présomption, elle comporte certaines conditions d'application que nous allons maintenant étudier.

33. LA PERRIÈRE et LESPÉRANCE, *loc. cit. supra*, note 5, 28-29.

34. *Hôtel-Dieu St-Vallier v. Martel*, [1968] B.R. 389, 398-399. Il en est de même des propos du juge Lamarre dans *Filion v. Hôpital Ste-Justine et Magnan*, C.S. Montréal [1966] n° 521-137 qui admet d'abord la présence de présomptions de fait (p. 11) et ajoute ensuite que « quant à la présomption de faute, lorsqu'au contraire une faute est relevée dans la direction d'un traitement ou l'exécution d'une opération, on doit, sauf preuve contraire, présumer que les accidents qui se produisent chez le patient sont les conséquences de cette faute » (p. 15). Enfin, il termine en disant : « Nous sommes d'opinion que la théorie de la *res ipsa loquitur* n'a pas d'application dans l'espèce » (p. 20).

La seule façon de concilier ces propos c'est que, pour le juge, la preuve de la faute ayant été faite et la *res ipsa loquitur* ne servant qu'à inférer la faute, la maxime n'a donc pas d'application puisqu'il s'agit d'inférer le lien de causalité. Cependant, cf. *Sport Togs Inc. v. Telio Trading Co.*, [1970] C.S. 261, 266-267 (décision portant sur vice caché).

B – Conditions d'application de la *res ipsa loquitur*

Selon les principes généraux de la responsabilité civile, une victime doit, pour être indemnisée, prouver les trois éléments suivants, soit un dommage, une faute et un lien de causalité entre ceux-ci. De ces trois éléments, c'est la faute qui est inconnue ici et qu'on veut faire présumer; mais auparavant cela présuppose que les deux autres faits générateurs de responsabilité ont été mis en preuve.

La preuve du dommage en elle-même ne présente pas de grandes difficultés quoique dans l'affaire *Vézina v. D.*, le tribunal n'était pas convaincu à la fin du procès que la victime avait bien subi un dommage³⁵. Il est plus ardu, cependant, de démontrer d'une part, que le dommage subi résulte bien de l'intervention d'un membre du personnel médical, et, d'autre part, que la cause la plus probable en est la faute de ce dernier. Les tribunaux exigent que les deux dernières conditions soient rencontrées avant que la faute ne soit présumée. Ainsi lorsqu'une personne décède pendant une opération, il faut prouver d'abord que le décès est bien la conséquence de l'opération et ensuite démontrer qu'il ne se serait pas normalement produit n'eût été la faute dans le processus opératoire³⁶. Ce faisant, les deux conditions essentielles à la mise en application de la présomption de faute auront été remplies et le défendeur aura le fardeau de repousser cette présomption.

1. *Le dommage subi doit résulter de l'intervention d'un membre du personnel médical ou infirmier*

Cette première condition est tellement élémentaire qu'on est porté à l'oublier, comme nous le verrons à l'étude des prochaines décisions. Sans cette condition, en effet, comment penser faire présumer la faute d'un médecin, par exemple, alors qu'on ne sait même pas si celui-ci a quelque chose à voir avec le dommage subi.

En général, lorsqu'il est évident que le dommage découle directement d'une intervention médicale, les parties au litige admettront ce fait au départ. C'est ce qui est arrivé dans l'affaire *Martel* et qui a fait dire au juge Pigeon, avant d'aborder la présomption de faute, qu'il fallait « noter que les défendeurs ont admis au procès que le préjudice subi par

35. [1961] C.S. 245, où le juge Lesage dit que « même s'il y avait responsabilité, le demandeur n'a guère prouvé qu'il a subi des dommages » (p. 249).

36. *Ducharme v. Royal Victoria Hospital*, (1938) 76 C.S. 309, 317-319, conf. par (1940) 69 B.R. 162, 179 (j. BARCLAY).

le demandeur avait été causé par l'anesthésie caudale qui lui a été administrée »³⁷. Il en fut de même dans l'arrêt *Brunelle v. Sirois*³⁸ où le tribunal mentionna que les parties avaient admis que les troubles de vision constatés par le demandeur après son réveil étaient bien la conséquence de l'artériographie pratiquée par le défendeur. Mais dans le cas où cette relation entre le dommage et l'acte du défendeur n'est pas aussi évidente, le demandeur, qui n'est pas tenu d'en faire la preuve directe³⁹, pourra se prévaloir des présomptions de fait pour faire présumer cette relation.

Ainsi dans *X. v. Rajotte*⁴⁰, une compresse avait été retrouvée à l'intérieur de l'intestin de la demanderesse et comme le défendeur n'avait pas ouvert l'intestin lors de la première opération, la compresse aurait dû normalement être à l'extérieur de l'intestin lorsqu'elle a été enlevée. Avant même de s'interroger sur la faute du médecin, la Cour devait donc s'assurer que la compresse provenait bien de la première opération. À cette fin, on a demandé à la réclamante de jurer qu'elle n'avait pas avalé cet objet et qu'elle n'avait pas, dans l'intervalle, subi d'autres opérations. Au surplus, l'opinion des experts entendus était à l'effet que la compresse avait très probablement ulcéré l'intestin et pénétré ainsi à l'intérieur de celui-ci. Tous ces faits réunis ont permis au juge Rivard de dire :

Ce phénomène est une explication plausible du fait constaté ; c'est même la seule manière de pouvoir l'expliquer.

Le premier juge a trouvé là une présomption violente, indéniable même. Il aurait pu tout aussi bien dire que la preuve était faite, et que les choses s'étaient passées de la sorte, parce qu'elles n'avaient pu se passer autrement⁴¹.

37. *Martel v. Hôtel-Dieu St-Vallier*, [1969] S.C.R. 745, p. 748. En Cour supérieure, le juge Miquelon avait dit : « Il est donc établi, à la satisfaction du tribunal, et sur ce point-là la preuve est complète, que les troubles excessivement graves qui ont fait du demandeur un invalide sont consécutifs à l'anesthésie caudale pratiquée par le docteur Vigneault et qu'il y a entre les deux relations de cause à effet (p. 28) ; *Martel v. Hôtel-Dieu St-Vallier*, C.S. Chicoutimi [1965] n° 29-089. Voir juge BROSSARD, p. 399. En Cour d'appel, [1968] B.R. 389 et commentaires de MECS, *op. cit. supra*, note 24, 169.

38. C.S. Québec n° 139-067, 18 mars 1974 (J. LAROCHE), des extraits du jugement sont donnés à [1974] C.S. 105, 111.

39. MECS, *loc. cit. supra*, note 24, 168.

40. (1938) 64 B.R. 484.

41. *Id.*, pp. 484-490.

L'arrêt *Filion v. Hôpital Ste-Justine*⁴² nous donne un autre exemple où le tribunal a présumé l'existence nécessaire d'un lien de cause à effet entre le dommage et l'intervention d'une infirmière. Dans cette affaire, un jeune garçon souffrant de néphrose a dû se faire amputer une jambe à la suite d'une thrombose de l'artère fémorale, qu'il a subie immédiatement après qu'une garde-malade lui eut administré une venipuncture dans cette même artère.

Avant même qu'on se demande si l'infirmière avait commis une faute, plusieurs experts ont été interrogés dans le but de déterminer si la thrombose était bien la conséquence du prélèvement sanguin. À la suite de l'opinion émise par l'un d'entre eux, la Cour a conclu :

Le Dr Chicoine est un autre médecin qui n'a vu l'enfant qu'une fois ; il donne des renseignements médicaux sur la maladie de la néphrose ; il admet cependant que cette maladie produit rarement des troubles circulatoires importants et l'on ne peut établir de relations directes entre le néphrose et la thrombose.

[...] Les faits que la Cour souligne de l'ensemble de cette preuve, laissent présumer qu'il y a relations étroites entre le prélèvement de sang à la cuisse droite de l'enfant et la thrombose de l'artère fémorale droite, à côté même de l'endroit où le prélèvement a été fait et l'amputation qui a suivi⁴³.

La récente décision *Little v. St-Michael Hospital*⁴⁴ nous fournit un autre exemple d'un dommage qui a été présumé être la conséquence du fait reproché. Ici le demandeur prétendait que les préposés de l'hôpital avaient été négligents lors d'une injection de « decadron » et que cette drogue avait eu pour effet de « réactiver » la tuberculose dont il était atteint sans le savoir au moment de son hospitalisation. Plusieurs experts ayant émis l'opinion que les injections de cette drogue pouvaient « réactiver » une tuberculose latente, la Cour présuma l'existence d'un lien de cause à effet entre ces deux événements.

Mais si de façon générale, la cause entre le dommage et l'intervention du défendeur est admise ou peut être présumée, il y a, par contre, des actions en responsabilité médicale qui ont été rejetées parce que le demandeur n'a pu réussir à établir cette première condition selon la prépondérance de preuve.

42. C.S. Montréal n° 521-137, 28 février 1966 (j. LAMARRE).

43. *Id.*, p. 11 et 13. Aussi, cf. les dépositions au même effet du Dr Poirier, p. 6, et du Dr Goldbloom, p. 7.

44. *Little v. St-Michael Hospital, l'Écuyer et Timmons*, C.S. Mtl, n° 786-120, 22 nov. 1973, pp. 15-16, (j. ROTHMAN).

Dans *Gendron v. Dupré*⁴⁵, le demandeur, qui avait été amené à l'hôpital avec une jambe fracturée et une plaie ouverte, n'a pas prouvé que la nécrose dont il fut atteint était due au plâtre et à l'intervention des médecins. Selon les témoignages de certains experts auxquels le tribunal adhère, la nécrose résultait plutôt d'une infection provoquée par des saletés restées dans la plaie en dépit des soins des défendeurs. Après avoir cité un extrait de la décision *X. v. Mellen* où le juge Bissonnette écrit que la *res ipsa loquitur* est assimilée à nos présomptions de fait et que la « faute ne peut en fait être présumée que si elle découle d'un lien de causalité »⁴⁶, le juge Lafleur décide que « dans la présente instance, il n'y a aucune preuve d'un lien entre les soins prodigués par les défendeurs et la nécrose qui s'est développée à un certain moment à l'endroit des fractures subies par le demandeur lors de son accident »⁴⁷.

Une autre décision encore plus manifeste de l'absence de lien de causalité est celle de *Poulin v. Hôpital de l'Enfant-Jésus*⁴⁸, où un enfant ayant été hospitalisé à la suite d'une fracture du fémur devait un mois et demi plus tard se le fracturer de nouveau. Son père, poursuivant l'orthopédiste et l'hôpital, alléguait que les traitements avaient été inadéquats, que le départ de son enfant de l'hôpital avait été prématuré et que la deuxième fracture résultait d'une mauvaise réduction de la première. En se référant aux arrêts *Martel* et *Parent v. Lapointe* il prétendit qu'il y avait une présomption de négligence en sa faveur. Contrairement à l'arrêt *Martel*, le tribunal décida que la seconde fracture ne provenait pas ici de l'opération mais d'une chute subséquente de l'enfant :

Cette chute est la cause du dommage subi par le pupille du demandeur.
Cette chute constitue une cause étrangère aux services professionnels du

45. [1964] C.S. 617, pp. 621-624.

46. [1957] B.R. 389, p. 414. Cependant la suite des propos du juge Bissonnette nous paraît incompréhensible. En effet, après avoir dit que la faute ne peut être présumée que si elle découle d'un lien de causalité, il ajoute : « Ainsi, dans la présente espèce, il ne suffirait pas au père du jeune enfant de dire au chirurgien : je vous ai confié mon fils pour la réduction de la fracture de sa jambe droite et vous avez laissé la gangrène envahir sa jambe gauche. Il lui faudrait ajouter et démontrer qu'il n'y a aucune connexité entre les soins chirurgicaux qui ont été requis et l'atteinte à l'intégrité de l'autre jambe. Alors, le chirurgien devra repousser la présomption de fait qui découle de cet acte dommageable et étranger aux soins médicaux qu'on lui avait demandés ».

47. [1964] C.S. 617, 621.

48. *Poulin v. Hôpital de l'Enfant-Jésus et Ferland*, C.S. Québec n° 150-154, 2 décembre 1971, (J. McNicholl).

défendeur et conséquemment le défendeur a droit au bénéfice de l'exonération. Ce qui revient à dire qu'il ne saurait y avoir pour le défendeur de fardeau de preuve à repousser : c'est la règle générale au contraire qui doit suivre son cours : la preuve doit être à la charge de la partie demanderesse.

Il ne saurait y avoir de relation de cause à effet entre la fracture du 6 octobre 1966 et les soins donnés par le défendeur pour la fracture du 30 juillet 1966 et les jours suivant cet accident ⁴⁹.

Dans une autre décision non rapportée, le mari de la demanderesse était un grand malade et avait dû subir plusieurs opérations. Son épouse attribua son décès à des complications lors de traitements de radiothérapie et le juge disposa du litige sur la base d'absence de causalité.

Enfin, dit-il, il n'est pas établi, même par présomption, que le patient en cause est mort des suites de l'irradiation de ses ganglions hodgkiniens. Le décès est survenu plus d'un an après la dernière irradiation. [...] *son propre médecin a attribué sa mort à une broncho-pneumonie et à son état cachectique* ⁵⁰.

49. *Id.*, 16 ; cf. aussi pp. 17-18.

50. Dans *Brouilly v. Thibault et Hôtel-Dieu de Québec*, C.S. Québec n° 4103, 6 mars 1973, p. 16 (j. MARQUIS). Voir aussi *De Croiselles v. Hôpital de l'Enfant-Jésus et Beudet*, C.S. n° 153-358, 21 nov. 1972, (j. BERNIER), où on a décidé que le demandeur n'avait pas trouvé de lien de cause à effet entre la malformation d'un nouveau-né et la faute possible du défendeur qui a exposé la mère à des radiations sans vérifier si elle n'était pas déjà enceinte. Le dommage est plutôt attribuable à l'âge des époux ou à une cause de nature congénitale ; *Heckey et Gauthier v. Martel et Hôtel-Dieu de Hauterive*, C.S. *Hauterive* n° 5514 (j. BÉDARD), conf. à *Gauthier v. Martel*, C.A. Québec n° 8541, 23 mai 1973 (jj. OWEN, RIVARD et CRÊTE) ; *Beausoleil v. La Communauté des Sœurs de la Charité de la Providence*, [1965] B.R. 37 (dissidence des juges TASCHEREAU et BADEAUX) ; *Penneton v. Hôpital Maisonneuve*, C.S. Montréal, n° 733-816, 8 sept. 1971, (j. BÉLANGER) ; *Hôpital Notre-Dame v. Villemure*, [1970] C.A. 538, 551-552, dissidence du j. Owen.

Enfin, voici comment le j. Bergeron s'est exprimé dans *Thibault v. Godbout*, [1973] R.P. 325 : « Il n'y a pas de présomption à l'encontre du médecin lorsque ses fonctions consistent à réparer un dommage causé par autrui. La présomption de faute du médecin ne s'appliquera que si le dommage découle de son acte ou de son intervention et c'est alors seulement que sera appliqué le principe émis dans l'affaire « *Hôtel-Dieu v. Martel* », (p. 332). Le juge paraît soumettre ici l'application de la présomption de faute à une condition particulière. Cependant, en y regardant de près, on se rend compte qu'il a tout simplement voulu dire que la faute ne se présume pas si la cause du dommage n'est pas le fait des médecins mais résulte plutôt d'une cause étrangère.

Il ressort abondamment de toutes ces décisions que les tribunaux refusent de faire présumer une faute quelconque tant que la victime ne les convainc pas par une preuve prépondérante de l'existence d'une relation de cause à effet entre son dommage et un acte médical ou infirmier selon le cas. Mais l'auteur de cet acte ou de cette intervention d'où le dommage découle devra être bien identifié sinon qui sera présumé en faute ?

La Cour suprême est venu rappeler dernièrement, dans l'arrêt *Hôtel-Dieu de Montréal v. Couloume*⁵¹, cette nécessité d'identifier l'auteur de l'acte dommageable avant que la présomption de faute ne puisse être invoquée. Dans cette affaire le demandeur avait été hospitalisé pour des examens et au cours de ceux-ci, on a découvert une fracture de sa hanche droite qu'il ne pouvait s'être infligée avant son entrée à l'hôpital. Il attribua cette fracture à une chute en bas de son lit, due à un manque de surveillance de la part du personnel de l'hôpital, mais il ne se souvenait lui-même de rien et aucune note n'apparaissait à son dossier qu'il ait fait une chute dont il ne pouvait d'ailleurs s'être relevé seul.

Le juge Pigeon, qui rendit la décision, partagea le point de vue du juge Rinfret, dissident en appel⁵², et reprenant les propos qu'il avait tenus dans l'arrêt *Martel*⁵³, insista sur le fait que dans cette cause l'auteur du dommage était un préposé clairement identifié, contrairement à l'affaire *Couloume* où le patient était probablement l'auteur involontaire de son propre dommage infligé lors d'« épisodes épileptiques ».

Il importe de noter comment M. le juge Taschereau [dans *Parent v. Lapointe*]⁵⁴ décrit la personne visée par la présomption : « C'est à l'auteur de ce fait », dit-il, c'est-à-dire à l'auteur du fait qui a causé le dommage. Dans l'affaire *Parent*, l'auteur du fait c'était le conducteur de l'automobile ; [...] dans *Martel*, c'est l'anesthésiste qui avait donné l'injection. [...] *cela était admis* en l'occurrence.

[...] Il est facile de constater que cette formulation du juge Deschesnes dans la présente affaire n'est pas d'accord (*sic*) avec l'énoncé de M. le juge *Taschereau*. On y omet la question primordiale : la personne que l'on veut tenir responsable est-elle l'auteur du fait ? Dans *Martel*, cette question ne se posait pas puisqu'il était *admis* que l'anes-

51. *Hôtel-Dieu de Montréal v. Couloume*, Cour suprême, 27 mai 1974 (jj. RITCHIE, SPENCE, PIGEON, BEETZ, DE GRANDPRÉ).

52. *Coulombe (sic) v. Hôtel-Dieu de Montréal*, [1973] C.A. 856 (arrêt résumé) ou C.A. Mtl. n° 13042, 9 mai 1973 (jj. RINFRET, MONTGOMERY, DESCHESNES).

53. [1969] R.C.S. 745, 748-749.

54. [1952] 1 R.C.S. 376.

ehésiste était l'auteur du fait qui a causé le dommage. Pour ce qui est de l'hôpital, la responsabilité retenue l'a été à titre d'employeur pour un dommage causé par son préposé dans l'exécution de ses fonctions parce que cette Cour en est venue à la conclusion qu'en l'occurrence, telle était la situation de l'anesthésiste, *mais non parce qu'on aurait appliqué à l'institution une présomption de faute. Nulle part dans cette affaire-là, comme dans Parent et dans Cardin, il a été question d'appliquer cette présomption autrement qu'à l'auteur du fait dommageable* 55.

[...] Dans la présente cause, il n'y a aucune preuve que l'auteur du fait dommageable soit un préposé de l'hôpital. Au contraire, la conclusion du premier juge c'est que vraisemblablement, c'est le patient lui-même qui s'est causé la fracture en se jetant en bas de son lit et la Cour d'appel n'a pas différé d'opinion à ce sujet 56. .

Dans cette étude de la responsabilité hospitalière que nous avons entreprise, la décision *Couloume* constitue un excellent exemple de poursuite dirigée contre le centre hospitalier et l'opinion que le juge Pigeon exprime ici est à l'effet que dans une action intentée contre le centre hospitalier pour faute de ses préposés, le demandeur ne peut faire valoir contre lui la présomption de faute qui joue seulement à l'encontre de l'auteur identifié de la faute.

Pendant, une telle distinction au niveau de la présomption de faute entre la responsabilité du préposé pour sa propre faute et la responsabilité du commettant pour celle d'un autre est sans conséquence pour le demandeur lorsque toutes les personnes susceptibles d'avoir commis la faute sont les préposés d'un même commettant. En effet, il suffit de prouver que les personnes susceptibles de commettre la faute étaient toutes des préposés pour bénéficier de la présomption de faute et l'invoquer contre le commettant sans avoir à identifier avec précision l'auteur de la faute.

C'est d'ailleurs l'opinion émise en Cour supérieure par le juge Miquelon dans l'affaire *Martel* lorsqu'il dit :

Nous en venons donc à la conclusion que le docteur Vigneault était un employé et que s'il y a eu faute de sa part, ou si l'on doit présumer faute de sa part, parce que la preuve de l'absence de faute n'a pas été faite, la corporation défenderesse en est responsable. D'ailleurs, la faute, si faute il y a eu, peut être aussi bien celle des infirmières qui étaient à la salle d'opération, car l'éventualité d'une erreur dans le médicament choisi est loin d'être improbable. C'est d'ailleurs l'explication qui vient naturellement à l'esprit et vu qu'il n'y a eu aucun contrôle après l'opé-

55. Les italiques sont de nous.

56. *Supra*, note 51, pp. 3-4-5.

ration, la porte est toujours ouverte à la spéculation. Or, dans ce cas-là la faute serait certainement celle d'une infirmière aussi bien que celle du médecin ⁵⁷.

Voilà pourquoi nous pouvons affirmer que dans une poursuite dirigée contre le centre hospitalier, il suffit de démontrer, d'une part, que ceux qui étaient susceptibles de commettre la faute étaient des préposés du centre et, d'autre part, que l'acte dommageable relevait de leurs fonctions. Sur ce dernier point, rappelons que la présomption de fait, qui découle de l'apparence des fonctions ⁵⁸, vient en aide au patient en obligeant le centre à prouver que l'auteur de la faute présumée était au contraire en dehors de l'exécution de ses fonctions.

2. Il doit être évident que le dommage ne se serait pas produit en l'absence de négligence

Pour qu'une faute soit présumée, il ne suffit pas de prouver que le dommage résulte de l'intervention d'un préposé du centre hospitalier, il faut de plus convaincre le tribunal que le dommage subi ne se serait pas produit sans la faute de ce préposé. En effet, un dommage peut très bien découler d'un acte médical et dépendre d'une prédisposition physique ou d'un manque de collaboration du patient lui-même sans qu'il n'y ait eu de faute commise par celui qui a posé cet acte médical. Aussi pour que le tribunal accorde le bénéfice de la présomption, faut-il qu'il soit satisfait que c'est une négligence qui est la cause la plus probable de ce dommage.

Cette deuxième condition nous vient d'un célèbre extrait du juge Taschereau dans *Parent v. Lapointe* où, après avoir mentionné que la faute pouvait s'inférer des faits établis, il écrit :

57. *Martel v. Hôtel-Dieu St-Vallier*, C.S. Chicoutimi, n° 29-089, 18 juin 1965. Voir aussi *Grant v. Royal Victoria Hospital*, C.S. Mtl. n° 298-702, 19 juin 1958 (j. REID) ; *Ouellette v. Wolfe et Reddy Memorial Hospital*, C.S. Mtl 1974, n° 794-259, où le j. Bard a constaté que ce qui suit a été admis à l'audience de la part des défendeurs. « Les infirmières, aussi bien dans la salle d'opération que dans la salle de réveil et assignées à la chambre où la demanderesse a séjourné durant son séjour à l'hôpital, étaient des préposés de Reddy Memorial Hospital le 8 décembre et le 23 décembre 1969. Les médecins résidents qui ont assisté le docteur Wolfe avant, durant et après l'opération ainsi que pendant la période de convalescence à l'hôpital étaient des préposés de Reddy Memorial Hospital ». (pp. 4-5).

58. J.-L. BAUDOUIN, *Traité élémentaire de droit civil. La responsabilité civile délictuelle*, Montréal, P. U. M., 1973, n° 370 et s., p. 241 et s.

Quand, dans le cours normal des choses, un événement ne doit pas se produire, mais arrive tout de même et cause un dommage à autrui, et quand il est évident qu'il ne serait pas arrivé s'il n'y avait pas eu de négligence, alors c'est à l'auteur de ce fait à démontrer qu'il y a une cause étrangère dont il ne peut être tenu responsable et qui est la source de ce dommage. Si celui qui avait le contrôle de la chose réussit à établir à la satisfaction de la Cour l'existence du fait extrinsèque, il aura droit au bénéfice de l'exonération⁵⁹.

En effet, une fois que le juge est convaincu que le dommage résulte de l'opération pratiquée, il peut présumer la faute du défendeur s'il s'agit d'un dommage qui ne se produit pas normalement et dont la cause, lorsqu'il se produit, est attribuable en général à une faute. En responsabilité médicale, les annales judiciaires nous fournissent plusieurs exemples de dommages qui ne se produisent pas dans le cours normal des choses : une compresse retrouvée dans l'abdomen d'un patient⁶⁰, l'oubli d'une pince hémostatique⁶¹, le bris d'une aiguille hypodermique⁶², la paralysie consécutive à une anesthésie caudale⁶³, des troubles de vision à la suite d'un accouchement⁶⁴ ou d'une artériographie⁶⁵, etc...

Donc, au début du procès, la victime place le tribunal devant le fait brutal et inusité de son dommage, qu'elle attribue à une négligence de la part d'un médecin, par exemple, et elle cherche à prouver alors que s'il s'était comporté normalement, cela ne se serait pas produit. Mais le défendeur ne restera pas inactif et il alléguera, outre son bon comportement, des causes autres que sa faute qui seraient à l'origine du dommage. Cependant, il faut retenir que celui qui a posé l'acte dommageable ne sera pas présumé en faute tant que le demandeur n'aura pas convaincu

59. [1952] S.C.R. 376 p. 381. On a l'habitude de résumer cette proposition en deux questions à savoir : « S'est-il produit un événement étranger au cours normal des choses » ? « Est-il évident que cet événement ne serait pas arrivé s'il n'y avait pas eu négligence de la part du défendeur » ? J. DESCHESNES dans *Couloume v. Hôtel-Dieu de Montréal*, *supra*, note 51, p. 3 repris par j. BISSON dans *Kritikos v. Laskaris et Santa Cabrini Hospital*, C.S. Mtl, 3 mai 1974, n° 809-732, p. 34. Voir aussi *Agence Maritime Inc. v. Simard*, [1970] C.A. 929, p. 931.

60. *Elder v. King*, [1957] B.R. 87.

61. *G. v. C. et De Coster*, [1960] B.R. 161, j. CASEY, p. 163, j. TASCHEREAU, p. 166, et j. CHOQUETTE, pp. 164-170.

62. *Vézina v. D.*, [1961] C.S. 245, p. 248 ; *Cardin v. Cité de Montréal*, [1961] S.C.R. 745, p. 749.

63. *Martel v. Hôtel-Dieu St-Vallier*, [1969] S.C.R. 745, p. 749.

64. *Kritikos v. Laskaris*, *supra*, note 59, pp. 68-69.

65. *Brunelle v. Sirois*, *supra*, note 38.

le tribunal que la cause la plus probable du dommage est une faute du défendeur. Dans l'arrêt *Martel*⁶⁶, le juge Pigeon est venu préciser comment le demandeur devait s'acquitter de ce fardeau :

Il faut donc uniquement rechercher si la preuve faite était suffisante pour permettre de conclure qu'en toute probabilité ce qui s'est produit ne serait pas arrivé en l'absence de faute. Je dis « en toute probabilité » car il est clair que lorsque dans le texte ci-dessus cité le juge Taschereau dit « il est évident », il n'entend pas exiger un degré de certitude autre que celui qui doit servir à juger les causes civiles, soit une probabilité raisonnable. Il ne s'agit pas d'une certitude hors de tout doute raisonnable qui est exigée en matière criminelle seulement. Encore moins peut-on exiger une certitude mathématique, une démonstration qui exclut toute autre probabilité⁶⁷.

En dehors de la faute du médecin, il peut y avoir bien d'autres causes du dommage, dont le fait que le dommage subi soit un risque opératoire. Aussi, s'il est plus probable que ce risque opératoire est la cause du dommage plutôt que la faute du médecin, la présomption de faute ne saurait jouer contre ce dernier. C'est ce qui s'est produit dans l'affaire *Blais v. Hébert*⁶⁸ où la demanderesse, après avoir subi trois opérations dont une hystérectomie totale, a souffert d'incontinence urinaire. Elle prétend que lors de l'opération le défendeur lui a fait négligemment une incision à la vessie alors que la preuve démontre que les troubles proviennent d'une fistule secondaire, qui est une complication connue à l'hystérectomie. Voilà pourquoi la Cour conclut :

[La fistule] demeure un risque inhérent à toute hystérectomie et elle fait partie du risque opératoire. Devant cette preuve, la Cour peut difficilement conclure que la formation d'une fistule est un indice d'un acte fautif quelconque.

66. [1969] S.C.R. 745.

67. *Id.*, p. 749. En effet les tribunaux font une nette distinction entre ce qui est possible (hypothétique) et ce qui est probable, sans exiger toutefois qu'une présomption de fait soit tellement forte qu'elle exclut tout autre possibilité. Ainsi dans *Rousseau v. Bennette*, [1956] S.C.R. 89, le j. Taschereau écrit : « Toute autre conclusion ne reposerait que sur une hypothèse ou ne serait que du domaine des conjectures. Entre une probabilité et une conjecture, c'est de toute nécessité la probabilité qui doit être acceptée ». (p. 93-94). Voir aussi : *Montreal Tramways Company v. Nulherm*, (1917) 55 S.C.R. 621 ; *Montreal Tramways v. Léveillé*, [1933] R.C.S. 456, j. LAMBERT, p. 472, et j. CANNON, p. 478-479 ; *Dubois v. Genois*, [1964] C.S. 637 ; *Gauvin v. Pelletier*, [1970] C.S. 548. En responsabilité médicale, voir *Couloume v. Hôtel-Dieu de Montréal*, C.A. *supra*, note 52, j. DESCHESNE et RINFRET, dissidents ; *Kritikos v. Laskaris et Santa Cabrini Hospital*, *supra*, note 59, pp. 68-69.

68. C.S. Montréal n° 461-750, 3 mai 1972 (j. COUSINEAU).

[...] Devant cette preuve, la Cour ne peut accepter les prétentions de la demanderesse à l'effet que le fardeau de la preuve soit déplacé parce qu'il ne se dégage pas de la preuve des présomptions de faits suffisamment graves, précises et concordantes pour entraîner ce déplacement du fardeau de la preuve. Ici, il apparaît clairement que l'ensemble de la preuve ne rencontre pas les critères posés par la Cour suprême dans l'arrêt *Parent v. Lapointe* [...] ⁶⁹.

Cette seconde condition d'application de la présomption de faute montre bien, contrairement à ce que les décisions peuvent laisser croire à prime abord, qu'il ne suffit pas au patient victime d'une faute médicale d'invoquer le fait brutal de son dommage pour faire présumer la faute du médecin. D'ailleurs, le juge Pigeon, celui-là même qui a dédigié les motifs de la célèbre décision *Martel* de 1969 que les tribunaux citent abondamment, a rappelé dans sa dissidence à l'arrêt *Villemure* ⁷⁰, partagée par le juge Ritchie, combien il est nécessaire que cette condition soit remplie avant que la faute ne soit présumée :

Et puis, sur quoi se fonde-t-on pour trouver ainsi dans le suicide survenu dans les trente heures de l'admission à l'hôpital la preuve d'une faute à la charge du psychiatre. À mon avis, on arrive à ce résultat uniquement en présumant que ce fait ne se produit pas sans faute. Or, c'est ce que la preuve ne permet pas de faire ici. En faisant état du fait brutal comme preuve de faute, l'on perd de vue le principe fondamental que l'obligation du médecin envers son patient est une obligation de moyens et non de résultat. Cela ne veut pas dire que la faute professionnelle du médecin ne peut, comme toute autre faute, se prouver par présomption mais, pour qu'il en soit ainsi, il faut que se rencontrent les conditions requises, [...] comme l'a énoncé le juge Taschereau dans *Parent v. Lapointe*.

[C'est ce] qu'il est essentiel de prouver avant que le résultat puisse être considéré comme preuve de faute. [...] Ici, il n'y a aucune preuve qui tende à établir une faute du psychiatre excepté le fait brutal, c'est-à-dire le résultat ⁷¹.

Au terme de cette étude des conditions d'application de la présomption de faute, il faut reconnaître qu'avant de bénéficier de cette présomption, le demandeur doit, par le biais de la présomption de fait, convaincre le tribunal que son dommage résulte bien d'une intervention médicale, qu'un tel dommage ne se produit pas dans le cours normal des choses et que s'il s'est produit c'est qu'une faute en est la cause la plus probable. Ce n'est qu'à ce moment que celui qui est poursuivi aura le

69. *Id.*, p. 4.

70. *Villemure v. Hôpital Notre-Dame et Turcot*, [1973] R.C.S. 716.

71. *Id.*, p. 720.

fardeau de s'exonérer ; ceci nous amène à étudier les effets de cette présomption.

C – Effets de la *res ipsa loquitur*

L'effet de la présomption de faute est d'abord de dispenser le patient de faire la preuve directe de la faute et ensuite de déplacer le fardeau de la preuve de façon à obliger le médecin à se disculper lui-même. Ce rôle de la présomption de faute n'est pas contesté dans notre droit, contrairement aux incertitudes qui règnent en *common law* quant à l'effet de la *res ipsa loquitur* sur le fardeau de la preuve ⁷².

Mais il existe des divergences de vue ici aussi sur la question de savoir quelle preuve le défendeur doit présenter pour repousser cette présomption. Alors que certains affirment que la preuve d'un comportement conforme aux règles de l'art suffit, d'autres prétendent, au contraire, que le médecin ne peut échapper à la responsabilité qu'en prouvant un fait extrinsèque assimilable au cas fortuit et à la force majeure. Comme nous le verrons, il y a des disciples de l'une et l'autre de ces positions tant en doctrine qu'en jurisprudence.

1. *Position majoritaire : la preuve d'un comportement prudent suffit à repousser la présomption de faute*

Cette position est partagée incontestablement par la majorité et le professeur Crépeau est l'un de ceux qui l'a le plus défendue ⁷³. François Lajoie a bien su résumer cette position quand il a écrit :

Il est important de noter cependant que ce régime de preuve n'impose pas à l'hôpital ou aux médecins poursuivis d'assumer les conséquences, les risques et les aléas inévitables de l'activité qui leur est propre, et qu'ils n'ont pas à démontrer la cause du préjudice ou son caractère imprévisible ou irrésistible, le cas fortuit ou la force majeure, mais seu-

72. *Supra*, section 1.

73. CRÉPEAU, « La responsabilité médicale et hospitalière dans la jurisprudence québécoise récente », (1960) 20 *R. du B.* 445 ; CRÉPEAU, « La responsabilité civile du médecin et de l'établissement hospitalier », *op. cit. supra*, note 17 ; CRÉPEAU, *loc. cit. supra*, note 31, 27-29 ; CRÉPEAU, *op. cit. supra*, note 31, 202-205 ; LA PERRIÈRE et LESPÉRANCE, *loc. cit. supra*, note 5, 31 ; MECS, *loc. cit. supra*, note 24, 169 et 172 ; P. AZARD, « L'évolution actuelle de la responsabilité médicale au Canada », (1968) 10 *Revue Internationale de droit comparé* 31-32 ; pour la jurisprudence, *cf. infra* note 75.

lement qu'ils ont agi avec la science, l'habileté, la diligence et la prudence requises et selon des standards généralement reconnus⁷⁴.

Une lecture attentive des décisions d'avant 1970 nous laisse voir que cette position est partagée d'emblée par la jurisprudence qui accepte volontiers la preuve du comportement d'un médecin diligent⁷⁵. Qu'il suffise pour s'en convaincre de rapporter les propos du juge Bissonnette dans la célèbre décision *X v. Mellen* :

Pour faire céder cette présomption, le défendeur avait, *inter alia*, à établir qu'il s'était, en tous points, conformé aux données de la science médicale actuelle et à la technique généralement employée par les chirurgiens⁷⁶.

La raison qui incite les auteurs et les tribunaux à ne pas exiger plus du médecin que la preuve d'un comportement diligent et conforme aux normes de la profession tient au fait qu'on craint de transformer son obligation de moyens en obligation de résultat. De plus, on estime généralement que le médecin est bien souvent incapable lui-même d'expliquer la véritable cause du dommage et qu'exiger de lui une telle preuve serait l'obliger à supporter les risques de la maladie et les aléas de la vie. Ces arguments, il va sans dire, sont contestés par ceux qui soutiennent une position contraire et exigent que la preuve d'un fait extrinsèque soit le seul moyen de repousser la présomption de faute qui pèse sur le médecin⁷⁷.

2. Position minoritaire : seule la preuve d'un fait extrinsèque peut repousser cette présomption

Cette deuxième position semble avoir été mise de l'avant récemment par le professeur Bernardot⁷⁸, à qui il apparaît illogique d'accepter une preuve générale de bon comportement du médecin alors que tous les faits tendent justement à prouver qu'il a été négligent. À ce sujet, il s'exprime ainsi :

74. « L'établissement hospitalier et le droit de la responsabilité », in J. BOUCHER et A. MOREL, « Rapport général », *Le droit dans la vie économique-sociale. Livre du centenaire du Code civil*, t. 2, Montréal, P.U.M., 1970, 226.

75. GENDRON v. Dupré [1964] C.S. 617 ; Vézina v. D., [1961] C.S. 248 ; Lafrenière v. Hôpital de Maisonneuve, [1963] C.S. 467 (j. LAMARRE) ; Cimon v. Carbotte, [1971] C.S. 622 ; Daoust v. La Reine [1969] 2 E. C.R. 129 ; Cité de Montréal v. Cardin, [1960] B.R. 205, j. BADEAUX, CASEY et HYDE.

76. [1957] B.R. 389, 414.

77. BERNARDOT, *La responsabilité médicale*, *op. cit. supra*, note 3, 40 ; BERNARDOT, « Le médecin et les présomptions de fait », *loc. cit. supra*, note 31, 85-88.

78. *Ibid.*

En effet, lorsque de certains faits suffisamment probants un magistrat retient la négligence d'un médecin, ce dernier ne pourra pas s'exonérer en prouvant qu'il n'a pas été négligent, qu'il s'est comporté comme l'aurait fait un « bon professionnel », car les faits démontrent justement le contraire.

Dès lors, la seule issue possible pour le médecin est d'établir que le préjudice subi par la victime (son patient) résulte d'un événement imprévisible, extérieur et insurmontable⁷⁹.

Pour étayer son raisonnement l'auteur se base sur certaines décisions et surtout sur les propos du juge Taschereau dans *Parent v. Lapointe*⁸⁰, repris en Cour suprême dans l'arrêt *Cardin v. Cité de Montréal*⁸¹ et dans *Martel v. Hôtel-Dieu Saint-Vallier*⁸². Le juge Taschereau avait dit, on s'en souvient⁸³, que lorsqu'il se produit un événement qui ne doit pas normalement arriver et quand il est évident qu'il n'aurait pas eu lieu sans la faute du défendeur, « alors, c'est à l'auteur de ce fait de démontrer qu'il y a eu une cause étrangère dont il ne peut être tenu responsable et qui est la source du dommage ».

Pour bien comprendre cette seconde position, une précision s'impose selon nous. Si le professeur Bernardot qui soutient cette position veut dire que le médecin poursuivi, ayant été incapable de prouver qu'il s'était comporté diligemment dans les circonstances, doit alors faire la preuve d'un fait extrinsèque pour se disculper, il faut reconnaître dans ce cas que les décisions lui donnent raison. Mais alors il n'est nullement en contradiction avec la position majoritaire, car il va de soi qu'en l'absence d'une preuve de bon comportement, la preuve d'un fait étranger est requise pour échapper à la responsabilité.

Mais si, au contraire, il a voulu signifier par là que le tribunal doit refuser la preuve d'un bon comportement pour exiger celle d'un fait extrinsèque comme unique moyen de repousser la présomption de faute qui pèse sur le médecin, alors nous croyons que les décisions dont il s'autorise ne viennent pas soutenir cette thèse⁸⁴.

En effet dans la décision *Parent v. Lapointe*⁸⁵, la cause du dommage était inconnue mais le tribunal a principalement considéré le fait

79. *Id.*, Les italiques sont de nous.

80. [1952] 1 R.C.S. 376, 381.

81. [1961] R.C.S. 655, 659.

82. [1969] R.C.S. 745, 748-749.

83. *Supra*, note 59.

84. Crépeau paraît d'ailleurs avoir interprété l'arrêt *Parent v. Lapointe* dans ce sens. Cf. *infra*, note 88.

85. [1952] 1 S.C.R. 376.

que le défendeur avait admis à deux reprises s'être probablement endormi au volant de l'auto au moment de l'accident et ceci fit dire au juge Taschereau que c'était là « l'explication la plus logique et la plus probable »⁸⁶.

[...] quand on lui demande comment est arrivé l'accident, le défendeur, après avoir éliminé toutes les causes possibles, est bien obligé d'admettre qu'il s'est endormi au volant. Voici ce qu'il dit :

« J'en déduis personnellement que j'ai dû m'endormir je ne peux rien affirmer ». Il pouvait difficilement expliquer d'une autre manière la fin tragique de ce voyage. Malgré qu'il dise qu'il « ne peut rien affirmer », ceci ne détruit pas la force de son premier aveu, que d'ailleurs il répète plus loin dans son témoignage⁸⁷.

Comme on peut le constater la Cour n'a pas été convaincue que le défendeur s'était comporté prudemment et il ne restait donc plus à ce dernier qu'à faire la preuve d'une cause étrangère pour s'exonérer. Pour apprécier la portée de toute décision, il ne faut pas oublier que dans chacune les faits sont très importants et nuancent le droit. Aussi ne devons-nous pas invoquer l'arrêt *Parent v. Lapointe* comme étant une décision où la Cour suprême aurait exigé la preuve d'une cause extrinsèque comme seul moyen pouvant repousser la présomption de faute⁸⁸.

86. *Id.*, p. 382.

87. *Id.*, p. 382.

88. Pour Crépeau, *op. cit. supra*, note 3, p. 238-244, qui critique la décision *Parent v. Lapointe*, il est évident que le juge Taschereau a présenté la preuve d'un fait extrinsèque comme le seul moyen de repousser la présomption de faute. À cet effet voici un judicieux commentaire fait par La Perrière et Lespérance, *loc. cit. supra*, note 5. « Cette attitude du juge Taschereau dans la cause *Parent* a suscité de vives critiques de Crépeau dans son ouvrage sur la responsabilité médicale [thèse de Crépeau de 1956, p. 242]. Cette critique ne nous semble justifiée qu'en autant qu'on veuille bien généraliser ce mode d'exonération d'un cas d'accident d'automobile à tous les cas où la *res ipsa loquitur* peut s'appliquer, et en particulier en matière de responsabilité médicale, où l'évidence de la faute est beaucoup plus difficile à déceler. Il faut se rappeler que, la présomption de *res ipsa loquitur* s'appliquant à des cas particuliers (c'est une présomption de fait, on ne saurait généraliser et appliquer à tous les cas un mode d'exonération qui s'impose dans les circonstances particulières d'un accident d'automobile.

Donc, si l'on veut voir, comme Crépeau, dans l'énoncé du juge Taschereau une règle d'exonération applicable à tous les cas de *res ipsa loquitur* (et c'est en termes généraux que le juge s'exprimait), on est justifié de refuser d'admettre ce mode d'exonération comme le seul possible, surtout en matière médicale. Si d'autre part on considère cet énoncé comme s'appliquant seulement aux faits en litige, la décision est à notre sens justifiée ». (p. 30).

C'est pour la même raison d'ailleurs que nous ne pouvons invoquer davantage l'arrêt *Cardin v. La Cité de Montréal*⁸⁹. Dans cette cause, une mère amena son enfant à la clinique du Service de santé de la Cité de Montréal pour l'administration d'un vaccin de rappel et, une fois ce vaccin administré, un médecin préposé de la Clinique décida de lui en donner un autre avec une aiguille hypodermique. Celle-ci se brisa dans le bras de l'enfant qui resta paralysé plusieurs mois subséquemment à cette maladresse. Les défendeurs prétendirent que l'enfant avait bougé et qu'il s'agissait là d'un geste imprévisible. Aussi, dès que le tribunal eut jugé que « l'immobilisation complète du bras était la précaution qui s'imposait pour prévenir le danger qui s'est réalisé » et que « le défaut d'assurer cette immobilisation constituait la faute du médecin »⁹⁰, le seul moyen pour ce dernier de se disculper était évidemment la preuve d'un cas fortuit ou le fait imprévisible de la victime⁹¹. Au surplus, cette décision n'est pas un exemple judicieux d'application de la présomption de faute puisque la Cour a considéré que le défaut d'assurer l'immobilisation était un acte fautif dans les circonstances.

Enfin un autre arrêt cité par Bernardot et qui ne nous paraît pas étayer davantage son affirmation est la célèbre décision *Martel*⁹² où le médecin n'a pas réussi à convaincre la Cour qu'il s'était comporté en anesthésiste prudent dans les circonstances, d'où la conclusion suivante du juge Pigeon :

89. [1961] S.C.R. 655.

90. *Id.*, p. 659.

91. D'ailleurs le juge Taschereau avait fait, à la page précédente, l'énoncé de principe suivant : « Certainement, les médecins ne doivent pas être tenus responsables d'accidents imprévisibles qui peuvent se produire dans le cours normal de l'exercice de leur profession. Il arrive nécessairement des cas où, malgré l'exercice de la plus grande vigilance, des accidents surviennent et dont personne ne doit être tenu responsable. Le médecin n'est pas un garant de l'opération qu'il fait ou des soins qu'il procure. S'il déploie une science normale, s'il donne les soins médicaux que donnerait un médecin compétent dans des conditions identiques, s'il prépare son patient avant l'intervention suivant les règles de l'art, il sera difficilement recherché en dommages, si par hasard un accident se produit. Pas plus pour le médecin que pour les autres professionnels, avocats, ingénieurs, architectes, etc., le standard de perfection est l'exigence de la loi. Il faut nécessairement tenir compte des accidents, des impondérables, de tout ce qui est prévisible et de tout ce qui ne l'est pas ». (p. 658). De plus sa conclusion est conforme à cet énoncé quand il dit : « Il y a eu, à mon sens, une absence de soin et de précaution qu'un homme prudent n'omettrait pas dans des conditions semblables ». (p. 660).

92. [1969] S.C.R. 745.

Ici, pour justifier le tribunal de ne pas accepter l'affirmation de l'anesthésiste, il y a plus que le résultat inexpliqué de l'injection. Il y a également le fait que son témoignage malgré sa sincérité n'est pas convaincant parce qu'il n'a aucun souvenir précis de ce cas particulier [...] À cela, il faut ajouter que la technique décrite par l'anesthésiste et qui consiste à mélanger dans un petit bocal deux solutions d'anesthésique dont une seule devait renfermer de l'adrénaline, ne permet aucunement d'exclure l'hypothèse de toutes sortes d'erreurs conciliables avec les effets observés⁹³.

Certains pourront reprocher au tribunal d'avoir été très intransigeant en demandant au médecin de se souvenir de ce cas particulier. Mais si l'anesthésiste avait été plus explicite sur son comportement et avait su convaincre le tribunal qu'il avait procédé selon une technique adéquate, la Cour suprême aurait été placée devant la preuve d'un bon comportement et, en présence d'un dommage inexpliqué, rien ne permet de dire qu'elle aurait ou non exigé davantage du médecin. Toutefois, celui-ci n'ayant pas démontré à la satisfaction de la Cour qu'il s'était comporté diligemment dans les circonstances, il ne restait plus au tribunal qu'à exiger de lui la preuve d'un fait hors de son contrôle. C'est d'ailleurs l'explication que l'anesthésiste a entreprise en dernier ressort, mais sans succès⁹⁴.

Une autre décision plus récente⁹⁵ où on a exigé la preuve d'un fait extrinsèque appelle, selon nous, les mêmes commentaires. Dans cette cause, la demanderesse s'est retrouvée affligée d'une cécité complète de l'œil droit immédiatement après son accouchement. La preuve révèle que cette perte de vision résulte d'une perte sanguine trop grande « due en grande partie à la rupture placentaire [...] qui est un événement fortuit » et qu'aucune négligence n'est à l'origine de cette perte massive de sang⁹⁶. Si le juge estime, dans cette affaire, que les défendeurs n'avaient aucun contrôle sur cette cause, il considère, cependant, que les défendeurs pouvaient en contrôler les effets et qu'ils ont commis une faute en ne

93. *Id.*, p. 750-751.

94. Il faut dire que la seule explication suggérée par la défense pour expliquer l'accident en excluant une faute, savoir une susceptibilité particulière à l'anesthésique utilisé, est une pure hypothèse qui n'est aucunement démontrée et que la preuve tend fortement à exclure. Au reste, tous les témoignages médicaux sont unanimes à constater l'absence de toute contre-indication pour le genre d'anesthésie employée ». (p. 750).

95. *Kritikos v. Laskaris et the Santa Cabrini Hospital*, C.S. Montréal n° 809-732. 3 mai 1974, 85 pages (J. BISSON).

96. *Id.*, p. 50.

décelant pas à temps cette perte sanguine et en n'y remédiant pas par des apports en quantités suffisantes⁹⁷. Encore que cette décision ne soit pas un excellent exemple d'application de la présomption de faute, les défendeurs ayant par preuve directe été reconnus fautifs, le juge a exigé d'eux la preuve d'une cause étrangère que ceux-ci ont tentée mais en vain. Par contre, s'ils avaient pu établir avoir donné du sang à temps et en quantité suffisante, rien ne nous permet d'affirmer que le tribunal, placé devant un dommage inexpliqué, aurait exigé alors la preuve d'une cause étrangère.

Ce qu'il faut retenir de ces décisions, c'est que la présomption de faute repose sur des faits et qu'il y a des cas où les faits sont tellement accablants qu'il est presque impossible pour le médecin de convaincre le tribunal qu'il s'est comporté prudemment dans les circonstances et l'oblige à faire la preuve d'une cause étrangère⁹⁸. On ne peut donc conclure de ces décisions que les tribunaux acceptent seulement la preuve d'un fait extrinsèque pour repousser la présomption de faute.

Toutefois, la décision récente de la Cour supérieure dans *Brunelle v. Sirois*⁹⁹ ne peut que nous laisser perplexes. Il s'agit là d'une cause où le tribunal s'est nettement prononcé dans le même sens que ceux qui, malgré la preuve d'un bon comportement de la part du médecin, exigeraient de lui, dans tous les cas où le dommage demeure inexpliqué, la preuve d'une cause étrangère.

Dans cette affaire le demandeur a subi des troubles de vision permanents après s'être soumis à une artériographie et le juge a reconnu que le médecin, une autorité en la matière, s'était conformé en tous points aux règles de l'art. Mais comme le résultat fâcheux demeurait toujours sans explication, il a exigé par surcroît la preuve d'un fait hors du contrôle du défendeur pour repousser la présomption.

Voici quelques extraits qui témoignent bien du raisonnement qu'a suivi le juge dans cette affaire :

[...] la preuve a démontré, également sans contradiction, que l'artériographie a été faite selon les règles de l'art et les données de la sciences médicale, telles que connues en 1964. Le tribunal a également

97. *Idem*, p. 51.

98. Nous pourrions en dire autant des décisions *Grant v. Royal Victoria Hospital*, C.S. Mtl, n° 298-702, 19 juin 1958 (j. REID, p. 10 et ss) ; *Ouellette v. Wolfe et Reddy Memorial Hospital*, C.S. Mtl, n° 794-259, 9 avril 1974 (j. BARD).

99. *Supra*, note 38 (jugement en appel).

reconnu le bien fondé de la conclusion, pour les motifs déjà récités, que le défendeur Sirois n'est pas à blâmer pour n'avoir pas prévenu son patient, si tel est le cas en fait, des risques et dangers de ladite artériographie [...].

[...] il n'en reste pas moins que le résultat préjudiciable pour le demandeur de l'artériographie est demeuré inexpliqué. Pour ce seul motif, soit l'existence d'une faute présumée contre lui, la responsabilité du Dr Jean Sirois doit être retenue¹⁰⁰.

Comme nous pouvons le constater et contrairement aux décisions précédentes que nous avons analysés, le juge ne se contente plus ici de la preuve du bon comportement qui lui est faite mais exige du médecin qu'il explique l'accident, ou du moins qu'il en suggère une explication qui excluerait une faute de sa part¹⁰¹.

Cependant, cette exigence est tempérée par le fait que la preuve que le médecin doit faire demeure soumise à la règle générale du poids des probabilités, de sorte qu'il doit « établir comme fait générateur du dommage une cause étrangère¹⁰² à [sa] négligence, au moins aussi probable que cette dernière »¹⁰³, sans aller jusqu'à faire une preuve hors de tout doute.

[En effet, il ne faut pas] aller jusqu'à dire comme l'un des juges de la Cour d'appel dans l'arrêt Couloume¹⁰⁴ que s'il y a doute, il doit être résolu contre les spécialistes de la santé [...], ce n'est pas une question

100. *Id.*, p. 108–109 ou p. 14–16 du jugement non rapporté.

101. « Par conséquent, aucune preuve directe de faute n'a été faite contre le Dr Jean Sirois. D'où la question suivante qu'il faut se poser : le défendeur a-t-il repoussé la présomption existant contre lui, en établissant, ou du moins en suggérant une explication « pour expliquer l'accident », qui excluerait une faute ? » *Id.*, p. 15. Sur ce point, la décision *Brunelle v. Sirois* s'apparente beaucoup à celle de *Finlay v. Auld* que nous avons déjà commentée, *supra*, note 23.

102. À titre d'exemple de cause étrangère ou de fait extrinsèque, on peut mentionner le bris d'une aiguille (*Vézina v. D.* [1961] C.S. 249) et le fait de la victime (*Cardin v. Cité de Montréal*, [1961] R.C.S. p. 658–659) s'ils sont imprévisibles. Voir aussi P. AZARD. « La force majeure délictuelle et contractuelle dans le droit civil québécois », (1965) 25 *R. du B.* 357.

103. *Kritikos v. Laskaris*, *supra*, note 59, p. 69.

104. En effet, dans *Couloume v. Hôtel-Dieu de Montréal*, C.A. Mtl n° 13042, 9 mai 1973, le j. Deschesne avait dit à la page 9 : « L'intimé a-t-il démontré que le dommage doit être plutôt attribué à une cause étrangère dont il ne peu être tenu responsable ? C'est la question que l'article 1071 C.c. pose alors à l'hôpital. Il faut retenir qu'à compter de ce moment, c'est sur l'hôpital que repose l'obligation de prouver « en toute probabilité » l'exonération qu'il allègue et le doute, s'il en demeure, doit jouer contre lui ».

de doute : il s'agit de procéder pour en arriver à une conclusion qui soit la plus probable et non une conclusion qui devrait faire abstraction de tout doute.

En faisant jouer la doute contre le médecin, on lui imposerait en somme une preuve hors de tout doute raisonnable qui, monsieur le juge Pigeon le soulignait dans l'arrêt Martel. « est exigée en matière criminelle seulement », un tel critère étant étranger à l'adjudication des litiges civils ¹⁰⁵.

En définitive, il ressort de l'analyse de toutes ces décisions que deux conditions sont nécessaires pour qu'on puisse invoquer à bon droit une décision favorisant la thèse de ceux qui prétendent que la preuve d'un fait extrinsèque est le seul moyen de repousser la présomption. En effet, il faut d'abord que le tribunal ait reconnu dans cette décision que le médecin s'était bien comporté selon les règles de l'art et qu'ensuite, devant le fait brutal inexpliqué, le tribunal ait alors exigé de sa part la preuve d'un fait extrinsèque. Or si on excepte la décision *Brunelle v. Sirois*, nous devons bien reconnaître que ce n'est pas là la position de la jurisprudence et que les tribunaux se satisfont de la preuve d'un bon comportement lorsque le médecin la leur présente.

Cependant, nous ne pouvons faire la sourde oreille à cette tendance de la jurisprudence qui depuis l'arrêt *Martel* exige beaucoup de la part du médecin dans sa preuve d'un bon comportement, au point qu'il y a lieu de se demander si on n'assistera pas à un revirement de la jurisprudence comme cela s'est produit dans le cas de la présomption légale de faute de l'article 1054 al. 1 C.c. où le gardien « est pratiquement obligé soit de rapporter la preuve de la cause exacte de l'accident, soit, s'il en est incapable, de montrer que, quelle que puisse être l'hypothèse donnée à celle-ci, il est impossible de relever dans son comportement un acte ou une omission qui le relie à elle d'une façon ou d'une autre » ¹⁰⁶.

CONCLUSION

En responsabilité médicale, on a souvent eu l'occasion d'appliquer la maxime *res ipsa loquitur* vu l'impossibilité fréquente de la victime d'apporter une preuve directe de faute. En se rendant compte peu à peu que les présomptions de fait du *Code civil* dispensaient dans bien des cas

105. *Kritikos v. Laskaris*, *supra*, note 59, p. 53.

106. J.-L. BAUDOIN, *Traité élémentaire de droit civil. La responsabilité civile délictuelle*, *op. cit. supra*, note 58, n° 450, p. 290. Cf. aussi n° 447-451.

la victime de présenter une preuve difficile, les tribunaux s'en sont servis étant incités ainsi à placer notre droit civil à la remorque de la *common law* en ce domaine.

Notre analyse de la jurisprudence a permis de constater que la victime d'une faute médicale ne devait pas se contenter de prouver que son dommage « était un fait qui n'aurait pas dû se produire », pour profiter des effets de la présomption de faute. La victime a le fardeau d'abord de relier son dommage à une intervention du défendeur et de démontrer ensuite, selon le poids des probabilités, que le dommage subi ne se serait pas produit sans une faute de ce dernier. Le résultat du recours à cette présomption de faute demeure toutefois aléatoire parce qu'il dépend des faits de chaque espèce. Dans certains cas, les faits parleront d'eux-mêmes alors que, dans d'autres cas, ils ne permettront pas de relier le dommage à l'intervention même du défendeur, plusieurs autres causes pouvant possiblement être à son origine.

Enfin, soulignons que même si les tribunaux n'exigent pas la preuve d'un fait extrinsèque pour repousser cette présomption, ils sont très exigeants quant aux explications que le défendeur doit fournir dans les circonstances, au point de ne pas se contenter d'une preuve générale de bon comportement mais d'exiger, comme la Cour suprême l'a fait dans l'affaire *Martel*, de se souvenir exactement des faits et gestes accomplis lors de l'intervention médicale.