

RESPONSABILITÉ MÉDICALE

Gérard MÉMETEAU*

Une lecture française d'un arrêt québécois

«Alors que le malade, dans les établissements de soins hospitaliers tenus par l'Administration, dépend d'un service public, le sort de celui qui entre dans une clinique privée est fait, juridiquement, de contrats de droit civil».

R. Savatier: «La condition juridique du malade hospitalisé dans les cliniques privées», *Rev. trim. Dr. san. soc.* 1974, p. 151.

La Cour d'appel du Québec – juridiction de droit civil – a rendu le 2 avril 2001 un arrêt tranchant de façon alexandrine la très controversée question de la responsabilité de l'hôpital du fait fautif de ses médecins¹. Un médecin urgentiste travaillant en hôpital commet des fautes causant un dommage à un patient admis dans son service. En première instance, la Cour supérieure² retient la double responsabilité du médecin et de l'hôpital³. En appel – nommé «pourvoi» – la

Cour infirme (il est écrit «casse») le jugement, et rejette l'action dirigée contre l'hôpital. Celui-ci pouvait-il répondre, et à quel titre, de la faute de son praticien? Devait-on consacrer à sa charge une responsabilité du fait d'autrui?

Au Canada, la question avait été, depuis longtemps, posée. Dans son opinion M. le juge Rochon en livre les données bibliographiques, imposantes⁴. En France, elle l'a également été, et récemment

- * Professeur à la faculté de droit de Poitiers, directeur du Centre de droit médical.
1. *Hôpital de l'Enfant-Jésus c. Camden-Bourgault et Doct. Brochu*, C.A. Québec, n° 200-09-000914-967, 2 avril 2001, [2001] R.J.Q. 832. Nous remercions M^e Pierre Deschamps, du Barreau de Montréal, chercheur à l'Université McGill, d'avoir bien voulu nous adresser copie de cet arrêt.
 2. Jugement du 19 avril 1996. Les faits remontent à mars 1987. Lorsque la CEDH sanctionne la France pour durée excessive des procédures d'indemnisation, elle manque de recul en droit comparé. En la cause jugée le 2 avril 2001, les faits paraissaient simples.
 3. Une instance parallèle a été engagée. En appel est intervenu, également le 2 avril 2001 un second arrêt *Brochu c. Camden-Bourgault*, n° 200-09-000915-964, statuant sur la faute personnelle du médecin, [2001] R.R.A. 295.
 4. Ne citons ici que: P.-A. CRÉPEAU, «La responsabilité civile de l'établissement hospitalier en droit civil canadien», (1981) 26 *R. Droit McGill* 673; F. LAJOIE, Rapport général dans *Le droit dans la vie économique-sociale*, livre du centenaire du Code civil, II, P.U.M., Montréal, 1970, p. 215; A. LAJOIE, P. MOLINARI, J.-L. BAUDOUIN, «Le droit aux services de santé: légal ou contractuel?», (1983) 43 *R. du B.* 625; A. BERNARDOT et R. KOURI, *La responsabilité civile médicale*, Sher-

encore⁵, ce à quoi, un peu curieusement, l'arrêt montréalais ne fait pas la moindre allusion, peut-être par légitime souci d'affirmer implicitement la pleine maturité du droit civil québécois⁶, alors cependant que la Cour de cassation finissait par adopter une solution de fond proche de celle des juges québécois. Il est vrai que cette autonomie mériterait que nous fusions nous-mêmes parfois sensibles aux expressions d'un droit médical ayant su affirmer la seule responsabilité médicale pour faute⁷ ou rejeter, après une analyse exhaustive de la jurisprudence et de la doctrine continentales, la perte de chances⁸. Mais, est-il réellement possible d'enrichir nos assignations et conclusions de données comparatistes?

En l'espèce, un problème classique de droit des obligations appliqué au droit médical est posé, à propos de cette responsabilité du fait du médecin. On n'en sera point surpris: le droit médical est du droit civil et, entre les deux disciplines, les enrichissements réciproques sont constants: en témoignent la récente (et discutable) consécration de la «cession» de la clientèle libérale, les débats sur le statut de la personne humaine (principalement de l'embryon)... Mais, ce problème est présenté dans un contexte d'évolution des structures hospitalières dont il n'est pas évident qu'il imposait la réponse donnée par la Cour d'appel. En contemplant son arrêt d'un regard de civiliste français forcément peu compétent en droit

brooke, 1980, n° 485 et s.; P. LESAGE-JARJOURA, J. LESSARD, S. PHILLIPS-NOOTENS, *Éléments de responsabilité médicale*, Éditions Yvon Blais, 1995, p. 25 et s., 2^e éd., 2001, par P. Lesage-Jarjoura et S. Phillips-Nootens, n° 43.

5. Cass. civ. I, 4 juin 1991, 21730 note J. Savatier; Dalloz 1998, somm. 24, obs. J. Penneau; *Gaz. Pal.* 1992, II, 503, note F. Chabas; RTD. civ. 1992, 123, obs. P. Jourdain; Cass. civ. I, 26 mai 1999, JDP. 1999, 10112, rapport P. Sargos; Dalloz 1999, 719, note E. Savatier; RTD. civ. 1999, 634, obs. P. Jourdain; cf. C. Clément, *La responsabilité du fait de la mission de soins des établissements publics et privés de santé*, th. Paris VIII, 5 février 1997 (Et. hospitalières éd. 2001, préface A. Demichel).
6. M. le juge Monet, cité par M. le juge Vallerand dans *Doods c. Schierz*, [1988] R.J.Q. 2623, 2627; v. en général, sous la dir. H.-P. GLENN, *Droit québécois et droit français: communauté, autonomie, concordance*, Éditions Yvon Blais, 1993; «Histoire québécoise du droit», (1987) 32 *Rev. Dr. McGill* 465 et s.; Ch. ATIAS, *Savoir des juges et savoir des juristes: mes premiers regards sur la culture juridique québécoise*, Univ. McGill, Centre de recherches en droit privé et comparé du Québec, 1990; *adde* notre étude, «Questions sur l'influence du droit français sur le droit québécois de la responsabilité médicale», (1995) 29 *R. jur. Thémis* 31.
7. *Lapierre*, [1985] 1 R.C.S. 241. La Cour de cassation a rejoint ce terrain, Cass. civ. I, 8 nov. 2000 (JCP. 2000, 10493, rapport Sargos, note F. Chabas; comm. S. Prieur, *Les Petites Aff.*, 4 déc. 2000, 14; RTD. civ. 2001/1/130 obs. Mestre et Fagès; rapport Sargos et note C. Caillé, *Rev. gén. Dr. méd.* 6/2001). Au jour où nous signions cette étude (juin 2001), cf. projet de la loi voté en première lecture par l'Assemblée nationale le 4 octobre 2001, art. L. 1142-1 C. sté publique («petite loi» n° 705, 4 oct. 2001, relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé). Le projet est devenu la loi du 4 mars 2002, art. L.1142.1-I C. sté publique (v. entre autres, dans Dalloz 2002, lég. p. 1022, ou J.O. 5 mars, p. 4118). Commentaire: Y. LAMBERT-FAIVRE, Dalloz 2002, doct. p. 1217 et s., 1291 et s. Sur la philosophie de la préparation de la loi, voir C. EVIN, *Les droits de la personne malade*, Rapport Conseil économique et social, n° 16, 18 juin 1996.
8. *Laferrière c. Lawson*, [1991] 1 R.C.S. 541.

québécois, essayons d'en dégager quelques enseignements.

I- Le contrat hospitalier existe-t-il?

La réponse livrée à cette interrogation par la Cour d'appel du Québec est ferme: non, il n'y a pas de régime contractuel de responsabilité, donc pas de contrat, entre l'hôpital et le patient. M. le juge Rochon, après avoir justement affirmé – dans le système civil québécois – qu'il ne saurait y avoir de responsabilité sans faute de l'hôpital, écrit:

J'écarte définitivement la thèse du régime contractuel. De son application résulterait un bien étrange contrat conclu par une partie, l'hôpital, qui n'est pas libre d'y consentir. Il porterait sur une matière réservée exclusivement, sous peine de nullité, à la profession médicale.

Une offre de soins imposée écarterait donc une technique civile simple, celle du contrat.

A) Une offre de soins imposée

1) Pour la Cour d'appel, la relation entre le malade et l'hôpital s'intègre dans un régime légal se substituant à une ancienne et obsolète relation contractuelle. Le patient est le bénéficiaire d'un droit aux services de santé, dans la limite des ressources de l'hôpital

auquel il s'adresse, ce au terme d'un processus législatif développé entre 1960 et 1972 ayant abouti à une publicisation des rapports entre les parties. Une obligation légale de fournir des soins met, selon la Cour, obstacle à l'établissement d'un contrat de droit privé. L'argument avait été présenté par MM. Lajoie, Molinari et Baudouin⁹: l'hôpital n'est pas libre de consentir à l'admission du malade; il doit y procéder en vertu de la loi et des règlements. Si donc l'une des deux parties n'est pas libre, soit de ne pas adhérer, soit de ne pas fournir un service, «le domaine contractuel est exclu».

L'hôpital, bien que ne présentant pas les structures de droit public qu'il possède en France et s'apparentant plus à la clinique privée participant à l'exécution du service public hospitalier, toutes choses égales, a, en effet, par nature l'obligation d'offrir ses services. Les articles L. 6111-2 et, relatif au service public, L. 6112-1 C. santé publique (ex. art. L. 711-2 et 711-3)¹⁰, définissent la mission de l'hôpital: dispenser des soins avec ou sans hébergement. Les établissements participant au service public garantissent l'égal accès de tous à ces soins et sont ouverts «à toutes les personnes dont l'état requiert leurs services». Il est vrai que le malade demandant son hospitalisation se trou-

9. *Op. cit. et loc. cit.*, note 4, p. 708 et s.; v. aussi P.-A. MOLINARI, «Le droit aux services de santé: droits individuels et intérêts collectifs», in *Jus Medicum*, Actes C. mondial droit médical, Gand, août 1991, t. 2, p. 593.

10. Pour les lecteurs canadiens, rappelons que le Code de la santé publique a été refondu à droit constant par l'Ordonnance 2000-548 du 15 juin 2000 (J.O. 29 juillet, 11741, et 37503 et s.). L'édition à utiliser en pratique est celle des Codes Dalloz (éd. 2002, par J.-M. de Forges, D. Truchet, J. Penneau et G. Viala).

vera dans une situation extra-contractuelle d'usager du service public¹¹, mais uniquement en hôpital public, personne de droit public ne contractant nul contrat d'hospitalisation et de soins avec les patients, et employant, pour remplir ses obligations légales, des agents publics non personnellement responsables de leurs fautes (sauf de la faute personnelle détachable du service, et sauf la faute pénale). Dans un système de santé publique, tel le National Health Service, la relation de droit civil est écartée, mais à cause de la nature juridique de l'établissement soignant ajoutée à celle de la mission qu'il accomplit. M^{me} Nootens avait perçu ce préalable: les hôpitaux, au Québec, ne sont pas «mandataires de la Couronne»¹².

Quant au droit aux soins invocable par les patients, il n'implique pas l'exclusion du contrat, qui constitue un des mécanismes juridiques en permettant la réalisation. Si l'on prend l'exemple du droit au logement décent, déclaré «fondamental» par la loi du 6 juillet 1989, et objectif de valeur constitutionnelle par le Conseil constitutionnel (19 janvier 1995), on constate que sa mise en œuvre peut, certes, s'accomplir par un acte administratif de réquisition de logement vacant, mais aussi et le plus souvent par un contrat de droit civil (bail, constitution de

droit d'usage ou d'usufruit, acquisition de la propriété d'un bâtiment). Le droit aux soins lui-même impliqué par la garantie de la protection de la santé¹³, se met en œuvre par contrats autant que par relation hospitalière publique, et qu'il fasse reconnaître l'existence d'un service public de santé laisse place à des régimes juridiques variés¹⁴. Le médecin libéral est lui-même obligé d'offrir ses services aux malades, à peine d'encourir des sanctions pénales et disciplinaires, et participe, à sa place et à son niveau, à ce service de santé diffus; a-t-on vu que ceci empêchait la conclusion du contrat médical? Nul ne pousse la logique du thème de l'obligation d'accueillir les patients en état de besoin jusqu'à cette limite extrême.

2) Le contrat imposé, que l'hôpital ne pourrait refuser de conclure, ne serait pas un contrat faute de cette liberté d'un partenaire. La doctrine avait précédé l'arrêt, en exaltant assez clairement la liberté contractuelle, mais la notion de «contrats imposés», ou, selon l'expression de Paul Durant, «la contrainte légale dans la formation du rapport contractuel» ne sont pas ignorées du droit civil, conséquence normale, écrit J. Ghestin, de l'interventionnisme étatique¹⁵, et, dans ces hypothèses, dans lesquelles la Cour d'appel coule le rapport hôpital-malade,

11. M. DUPONT, C. ESPER, Ch. PAIRE, *Droit hospitalier*, Dalloz, 3^e éd., 2001, n^o 368.

12. *Op. cit. et loc. cit.*, note 4, p. 632.

13. Cf. J.-M. AUBY, *Le droit de la santé*, P.U.F. éd., 1981, p. 19; B. MATHIEU, *La mutation du droit: la santé par le juge constitutionnel*, Les C. du Conseil constitutionnel, n^o 61, 1999, n^o 59.

14. A. DEMICHEL, *Droit médical*, Berger-Levrault éd., 1983, p. 174.

15. J. GHESTIN, *Les obligations: le contrat*, L.G.D.J. éd., 1^{re} éd., 1980, n^o 141.

les parties se placent sous l'empire d'un statut légal impératif¹⁶, mais, ainsi que l'avait compris M^{me} Nootens¹⁷, l'on demeure, en dépit de l'obligation de contracter, ou de l'interdiction de ne pas contracter, dans le domaine du contrat. Le contrat d'assurance automobile ou de chasse aujourd'hui, le contrat d'assurance professionnelle du médecin désormais¹⁸, en témoignent. Le droit de la consommation montre bien la conciliation de l'obligation et du contrat. En effet, l'article L. 122-1 du *Code de la consommation* continue à déclarer illécite le refus de vente ou de prestation de services à un consommateur (ce qui, en matière de santé, peut poser incidemment la difficulté de la clause de conscience), sauf motif légitime: le refus constitue une contravention et devient un délit lorsqu'il s'accompagne de discrimination (art. 225-1 C. pénal). Le professionnel n'est pas en situation de refuser de contracter; la relation avec le client n'est pas moins contractuelle. Assurément peut-on envisager la situation un peu marginale de la prestation imposée par l'urgence et la menace de sanction pénale en cas de refus, concernant le médecin ou la clinique privée placés en présence d'un malade en péril. Si l'on

ne peut accepter sans réserve le (prétendu) contrat d'assistance, et si l'on est tenté d'invoquer la gestion d'affaires, n'est-il pas plus simple de constater la rencontre, née de l'urgence, d'une offre et d'une demande, donc la conclusion d'un contrat? Tout simplement, le péril interdit de refuser le consentement, mais ne l'exclut pas et, pensons-nous, il serait excessif de raisonner comme si le secours donné dans cette situation n'était jamais volontaire¹⁹. En un mot, soit l'urgence soit l'obligation légale de contracter, soit (second volet du même diptyque) l'interdiction de ne pas contracter, perturbent, il est exact, la liberté contractuelle, mais n'empêchent toutefois pas qu'il y ait contrat entre les intéressés²⁰.

Ainsi, que la *Loi sur les services de santé et les services sociaux* au Québec reconnaisse le droit de toute personne à recevoir des services de santé et oblige par la suite les hôpitaux à fournir ces soins est une chose. C'est le rappel du droit de tout être humain d'obtenir, autant que possible, les meilleurs traitements compatibles avec son état, en tenant compte de la situation locale des ressources et des structures sanitaires, mais, en vérité, cela crée-t-il un si nouveau

16. Sic. F. TERRÉ, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Les obligations*, Précis Dalloz, 6^e éd., 1996, n^o 35.

17. *Op. cit.* et *loc. cit.*, note 4, p. 629.

18. Il y a déjà l'assurance obligatoire du promoteur de la recherche biomédicale (art. L. 1121-7 C. santé pub.). L'avant-projet de loi français de juin 2001 sur la modernisation du système de santé, voté en première lecture le 4 octobre 2001 («petite loi», n^o 705, précitée), prévoit obligation d'assurance. C'est l'article L.1142-2 C. sté publique issu de la loi du 4 mars 2002.

19. G. MÉMETEAU, «Le contrat médical; la responsabilité civile du médecin», dans *Traité de droit médical* sous la dir. L. Mélenec, Maloine éd., 1982, p. 27, Cours de droit médical, Et. Hospitalières éd., 2001, p. 211.

20. Voir M^{me} NOOTENS, «La responsabilité civile du médecin anesthésiste», (1988) 19 *R.D.V.S.* 55 et s., 79 et s.

devoir de l'hôpital de ne pas rejeter le malade se présentant? Le devoir de donner, ou faire donner, des soins appropriés est, et, on peut le penser, était, de la nature même du ministère médical et hospitalier. Dans l'affaire *Martel c. Hôtel-Dieu Saint-Vallier et Vigneault*, la Cour suprême du Canada, avant l'intervention de la *Loi sur les services de santé*, admettait le contrat hospitalier, et n'écartait le contrat médical que parce que le médecin intervenant était salarié de l'établissement²¹; ce n'était qu'anticiper la jurisprudence française de 1991 et 1999. En 1989, la Cour d'appel du Québec acceptait le contrat hospitalier, sous la plume du juge LeBel²², et ce alors qu'était invoquée devant elle cette évolution sur laquelle s'appuie l'arrêt du 2 avril 2001²³, et que le praticien n'était pas, cette fois, un préposé de l'établissement. La Cour examinait dans le détail la controverse, et concluait en faveur de la compatibilité entre le contrat et l'obligation légale de l'hôpital, comprenant parfaitement qu'un contrat peut être imposé. En revanche, les juges LeBel et Jacques diver-

geaient d'opinion quant au contenu du contrat, ce qui n'était plus affaire de principe. Dira-t-on que les importantes considérations ayant arrêté la Cour en avril 2001 n'avaient pas été prises en compte? L'arrêt sous étude n'est pas le fruit d'une évolution; c'est un revirement de jurisprudence, que permettait l'absence de prise de position de la Cour suprême en 1992²⁴.

B) Une simple technique civile

1) Une clinique privée est un tissu de contrats, une superposition de conventions: sociétés commerciales même coopératives, et civiles (en particulier immobilière); contrats entre clinique et patients, médecins et patients, voire entre clinique du même groupe, ou de la même chaîne ou encore contrats de collaboration avec le service public hospitalier. Le contrat est le support de l'existence et de la vie de l'établissement, avec le particularisme de la nécessité d'harmoniser les relations entre clinique, médecin et malade²⁵. La jurisprudence est en

21. *Martel c. Hôtel-Dieu Saint-Vallier et Vigneault*, [1969] R.C.S. 745, motifs du juge Pigeon.
22. *Lapointe c. Hôpital Le Gardeur*, [1989] R.J.Q. 2619. Le traitement litigieux avait été administré en mars 1975. Mais, voir Y.-M. MORISSETTE, «Les lenteurs de la justice considérées sous un angle qui les avantage», (1987) 33 *Rev. Dr. McGill* 137.
23. Référence note 22, p. 2639. Voir également *Goupil c. Centre hospitalier universitaire du Québec*, [2001] R.R.A. 826 (C.S.).
24. *Hôpital Le Gardeur c. Lapointe*, [1992] 1 R.C.S. 382. P. Lesage-Jarjoura, J. Lesard et S. Philips-Nootens opinent en faveur du contrat hospitalier, *op. cit.*, note 4, p. 26 et s. et 2^e éd., n° 43.
25. B. MICHEL-XISTE, *Les relations juridiques entre les praticiens de santé, les cliniques privées et les patients*, thèse Poitiers, 4 avril 2000, Ét. Hospitalières éd. 2001, préface G. Mémeteau. À l'intention de nos lecteurs québécois, ajoutons, pour compliquer les choses, que les cliniques privées sont regroupées en plusieurs syndicats, eux-mêmes réunis au sein du Comité de liaison de l'hospitalisation privée (CLAHP), qui a publié des recommandations communes ayant pour objet le contrat d'exercice cliniques-médecins.

(trop grande) abondance nourrie des litiges nés de l'interprétation ou de la rupture de ces conventions; c'est un chapitre important de notre droit médical²⁶, soulevant des difficultés aiguës, telle la cession, ou la prétendue cession du contrat libéral d'exercice médical ...

Le civiliste français, qui ignore le mécanisme du «privileège» du praticien québécois mais connaît celui de ces relations complexes, éprouve peu d'hésitations à entrer dans le jeu du contrat lorsqu'il s'essaye à envisager la situation juridique du malade en clinique privée, par opposition à celle du patient en hôpital public (situation légale et réglementaire), et sans doute est-ce cette dualité de statuts provoquée par celle des structures de soins et d'hébergement, qui impose de mieux «décantier», si l'on permet le mot, ladite situation: elle se pose en s'opposant à l'autre état d'un autre malade peut-être frappé du même mal et recevant exactement les mêmes traitements dans une autre institution, le droit public.

Le plus souvent – si l'on excepte la clinique à but non lucratif –, la clinique privée est un fonds de commerce appartenant à une

société anonyme ou à responsabilité limitée et, par suite, a une clientèle, fût-elle attirée par les médecins opérant dans l'établissement²⁷. Or, s'il y a clientèle, il y a contrats liant les individus la composant et la clinique. Dès lors, et sans écarter le contrat médical, la jurisprudence peut, fréquemment maintenant, viser le contrat d'hospitalisation et de soins dont le principe n'est pas discuté. Par exemple, l'arrêt du 26 mai 1999 déjà cité et sur lequel nous reviendrons, peut énoncer en termes de principe «qu'en vertu du contrat d'hospitalisation et de soins le liant aux patient, un établissement de santé privé est responsable des fautes commises tant par lui-même, que par ses substitués ou ses préposés qui ont causé un préjudice à ce patient». L'arrêt est rendu au visa de l'article 1147 du *Code Napoléon*; il reconnaît le contrat et ses conséquences, la responsabilité contractuelle²⁸. Un autre arrêt invoque «l'obligation que met à sa charge (la clinique) le contrat d'hospitalisation et de soins la liant à sa patiente, de lui donner des soins attentifs et consciencieux», ce qui est proche de la déclaration du juge Pigeon dans l'arrêt *Martel c. Hôtel-Dieu Saint-Vallier*: «l'établissement s'est engagé à fournir des soins au

26. Cf. I. LUCAS-BALOUPE, *Médecins / Cliniques: 100 questions sur le contrat d'exercice*, SCROF éd., 1992 et I. LUCAS-BALOUPE et B. VORMS, *Médecins / Cliniques: le contrat d'exercice*, SCROF éd., 2001; G. MÉMETEAU, fasc. 140 et s. dans *Traité de droit médical et hospitalier*, sous la dir. J.-M. AUBY et C. ESPER, Litec éd. Un manuel sur ces sujets est en préparation aux Éditions Les Études hospitalières (M^{lle} C. Daver).

27. Cass. civ. 3, 25 avril 1972 (Dalloz 1972, somm. 193).

28. H. GROUDEL, «La responsabilité des cliniques», *Resp. civ. Assur.*, juillet 1999, p. 27; P. SARGOS, «La doctrine jurisprudentielle de la Cour de cassation en matière d'obligations des établissements de santé privés et des personnes y exerçant leur activité», *Resp. civ. Assur.*, p. 35.

demandeur»²⁹. On pourrait livrer d'autres références, en montrant qu'en même temps diverses techniques de responsabilité civile ou pénale permettent de sanctionner les refus d'admission des malades ayant un besoin immédiat de soins³⁰. Ainsi, pour la Cour de cassation, le contrat entre l'hôpital privé (nous soulignons) et le malade est-il de droit positif, sans rien retrancher à la mission naturelle de tout hôpital. On réserve le cas d'une urgence telle que ni le malade ni aucun représentant peuvent émettre un consentement au moment de l'hospitalisation; c'est ici que la clinique devient gérant d'affaires, provisoirement³¹, le contrat pouvant se conclure ultérieurement en même temps que la gestion sera ratifiée, et prenant le relais de celle-ci.

2) Seulement, si les malades concluent ainsi licitement le contrat consacré par les tribunaux civils, si conscients soient-ils des devoirs médicaux des hôpitaux pri-

vés – et qui sont universels –, ils peuvent aussi conclure avec le ou les médecins devant apporter leurs soins personnels, lorsque ceux-ci ne sont pas salariés de l'établissement, ce qui mettrait obstacle à la conclusion d'un contrat interpersonnel ainsi que chacun sait!

Lorsque le malade choisit son médecin lui-même au lieu d'accepter passivement le choix effectué par la clinique, lorsqu'il ne vient vers celle-ci que parce que guidé par l'élection préalable d'un professionnel, *intuitu personæ*, au contrat hospitalier s'ajoute le contrat médical classique, dont il faut rappeler qu'il venait d'être reconnu par la jurisprudence québécoise avant que notre Cour de cassation ne le consacrat³². Chaque contrat a son objet, les soins médicaux constituant l'objet des obligations conventionnelles de la clinique, en ce cas limitées à l'hébergement, la fourniture de matériel, de produits, de services et de personnel du fait duquel elle

29. Cass. civ. I, 18 juillet 2000, Juris-Data 002993; *Rev. Dr. san. soc.* 2001/1/88; Bull. I, n° 220, p. 143; voir également Cass. civ. I, 15 décembre 1999 (JCP 2000, 10384, nos obs.). Au Canada voir la jurisprudence citée par P.-A. CRÉPEAU, *op. cit. et loc. cit.*, note 4, outre l'arrêt *Martel c. Hôtel-Dieu Saint-Vallier* (de 1969), depuis *Beausoleil c. Communauté des Sœurs de la Charité de la Providence*, [1965] B.R. 37 (voir p. 678 et s., p. 699 et p. 697, note 70); *Hôpital général de la région de l'Amiante c. Perron*, [1979] C.A. 567, 574.

30. Nos obs. *Rev. Dr. san. soc.* 2001/1/86-87. Le droit à l'admission à l'hôpital est renforcé au sein des hôpitaux assurant le service public hospitalier (DUPONT, ESPER et PAIRE, *op. cit.*, n° 369).

31. Arg. Cass. civ. 17 mai 1939 (JCP 1939, 1214, obs. R.D., 2^e affaire); P.-A. CRÉPEAU, *op. cit. et loc. cit.*, *supra*, note 4, p. 728.

32. *Bordier c. S.*, (1934) 72 C.S. 316; voir aussi *Rajotte c. X.*, (1936) 74 C.S. 569, ne citant, curieusement, pas l'arrêt *Mercier*. Mais, était-il connu au Québec en décembre 1936? Nous n'avons pu le savoir. En France, l'arrêt du 7 novembre 2000 rejetant la notion d'aléa médical, et faisant arrêt de principe, n'était pas connu dans toutes les provinces en mars 2001, avant sa publication à la Semaine juridique (fascicule n° 12, du 21 mars 2001, rapport Sargos, note Chabas), et des plaideurs concluaient comme s'il n'avait pas existé! Cela dit, l'on est dans la situation de cumul de deux contrats de droit privé (C. CLÉMENT, th. précitée, note 5, p. 329).

répond³³ à moins qu'il ne soit occasionnellement placé sous l'autorité du médecin pendant le temps de l'intervention³⁴. À cette obligation d'apporter au malade et au médecin les meilleurs moyens de prestation des soins s'ajoute une obligation de sécurité qui, dans le cas des infections nosocomiales, va jusqu'à l'obligation de résultat³⁵. Selon les circonstances³⁶ et, surtout, les choix réalisés par le malade, on est en présence, théoriquement du moins, de l'alternative entre le contrat hospitalier global et le cumul de contrat hospitalier limité et du contrat médical personnel.

Dans les deux cas, la conciliation entre l'offre des soins par l'établissement et ses médecins, d'une part, l'acceptation (ou la demande) de ces prestations par le malade, d'autre part, est facilitée par le recours au principe fondamental du libre choix, à la fois du médecin et de l'hôpital (art. L. 162-2 C. Sec. social; art. L. 1111-1 § 1 C. sté publique; art. 6 C. déontologie médicale; art. 6 C. déontologie des

sages-femmes). Sans entrer ici dans un débat sur la place précise du principe dans la hiérarchie normative, en droit français, relevons qu'il est au moins d'ordre public autant que l'indépendance du médecin. Du côté du patient, il permet l'orientation vers tel hôpital et tel médecin qu'il désire, et l'on ne voit pas que la technique contractuelle y mette obstacle, au contraire. Mais, pouvoir choisir son partenaire, principalement dans une relation de fort *intuitus personæ*³⁷, est bien la marque du contrat, et nous comprenons la réaction de la doctrine puis de la jurisprudence québécoises devant le caractère légalement impératif de l'acceptation par l'hôpital du contrat que le malade lui demande de conclure: la liberté est offensée. Seulement, l'obligation de conclure n'est point incompatible avec l'existence du contrat, donc d'une responsabilité contractuelle entre les parties et dans les limites de l'inexécution des obligations contractuelles seules³⁸. C'est pour-

33. Exemple récent: Cass. civ. I, 18 juillet 2000 (Juris-Data 002993; *Rev. dr. san. Doc.* 2001/3/p. 527).
34. Exemple récent: Cass. civ. I, 13 mars 2001 (Juris-Data 008617; JCP 2001, fasc. 13, Actualités, p. 637; *Dictionnaire permanent de bioéthique* Éd. Législative, mise à jour n° 100, 4 avril 2001, v^{is} responsabilité médicale, par C. CAILLÉ, *Rev. Dr. san. soc.* 2001/3/p. 528).
35. Cf. l'étude de F. CHABAS, «La responsabilité des cliniques pour défaut d'organisation; étude de droit privé français», *Gaz. Pal.* 22/24 avril 2001, doct. p. 22; Y. LACHAUD, «L'évolution de la jurisprudence de la Cour de cassation en matière d'infection nosocomiale», *Gaz. Pal.*, 29/30 octobre 1999, doct. p. 3. En l'état, la fourniture de sang n'impose à la clinique privée qu'une obligation de moyens.
36. Tel est le sens de l'arrêt *Hôpital de l'Espérance c. Laurent*, [1978] 1 R.C.S. 605. Le contrat avait été conclu avec le médecin, en l'espèce et réserve faite de situations différentes.
37. Cf. G. KOSTIC, *L'intuitus personæ dans les contrats de droit privé*, thèse, Paris V, 14 octobre 1997.
38. Nous laissons ici en marge la querelle sur la pertinence de la reconnaissance de la responsabilité contractuelle. Cf. Ph. RÉMY, «La responsabilité contractuelle: histoire d'un faux-concept», *R.T.D. civ.* 1997, p. 323; L. LETURMY, «La responsabilité délictuelle des contractants», *R.T.D. civ.*, 1998, p. 839; E. SAVAUX, «La fin de la responsabilité contractuelle», *R.T.D. civ.*, 1999, p. 1.

quoi des auteurs canadiens ont pu affirmer l'existence de ce contrat hospitalier³⁹.

II- Quel est le contenu du contrat hospitalier?

L'arrêt du 2 avril 2001, rendu par la Cour d'appel du Québec, vise la conception «étroite» du contrat, défendue par le juge Jacques dans l'affaire *Lapointe c. Hôpital Le Gardeur* en 1989, limitant l'obligation (contractuelle) de l'hôpital à la structure donnée à son service d'urgence⁴⁰, et retenue par un arrêt de common law (Cour d'appel de l'Ontario) s'arrêtant à l'aménagement des services d'urgence et aux choix des médecins compétents⁴¹. Dans une pensée civiliste, MM. Bernardot et Kouri lisent dans le contrat hospitalier l'obligation de fournir des soins consciencieux, diligents, prudents, compte tenu des données modernes de la science⁴². Un autre auteur, raisonnant sur un droit des obligations influencé par la pensée

germanique, distingue, et admet, deux contrats d'hospitalisation, le contrat homogène et le contrat démembré⁴³, chacun étant aussi envisageable que l'autre en droit privé. Ici encore, une alternative à deux branches est offerte.

A) *Le contenu limité du contrat*

1) Si l'on entend limiter le contenu des obligations contractuelles de l'établissement, et donc renvoyer vers la responsabilité délictuelle les défaillances survenues au-delà de ces limites conventionnelles, on parlera, ainsi que le faisait M. le juge Jacques, de l'organisation non pas même de tous les services, mais de celui de l'urgence, sinon, en se référant à l'arrêt précité de la Cour d'appel de l'Ontario, au choix de médecins compétents, ce qui passe alors par les procédures de négociation des contrats d'exercice, les périodes de «stage», les avis des commissions médicales d'établissement, d'une

39. A. BERNARDOT et P. KOURI, *op. cit.*, note 4, n° 491 et s.; P. LESAGE-JARJOURA, J. LESSARD, S. PHILIPS-NOOTENS, *op. cit.*, note 4, p. 27, relevant justement que l'hôpital fournit les soins médicaux «dans la mesure où ceux-ci ne relèvent pas d'un contrat particulier avec un médecin». C'est l'alternative posée au texte et dès notre chronique de 1988, précitée, note 5, à la *Revue de droit sanitaire et social*.

40. Voir spécialement dans [1989] R.J.Q. 2632.

41. L'arrêt cité, *Ypreman c. Scarborough General Hospital*, (1980) 110 D.L.R. 513 (C.A. Ont.).

42. *Op. cit.*, note 4, n° 492.

43. J. CRETTEZ, *De l'inexécution des obligations contractuelles du médecin: quelques aspects*, thèse Univ. Lausanne, Chablot éd., Lausanne, 1990, p. 96 et s. Une doctrine belge, paraissant interpréter rapidement la pensée de P.-M. Crépeau, mais se référant à une jurisprudence des États-Unis sur la théorie de l'*ostensible agency* (*Mduba/Benedictine Hospital*, 384 N.Y.S. 2d 527, Sup. C. App. division, 1976)), préfère partir de la théorie de l'apparence qui contient, il est vrai, une part de vérité (Th. VANSWEEVELT, *La responsabilité civile du médecin et de l'hôpital*, Maklu/Bruylant éd., 1996, n° 845 et s.). En tout cas, on admet aussi plus simplement l'alternative du contrat de soins médicaux patient/clinique ou patient/médecin (H. NYS, *La médecine et le droit*, Kluwer éd., 1995, n° 332 et s., spéc. 335).

part, les modalités de résiliation du contrat en cas de commission de fautes médicales⁴⁴, les contrôles des mesures d'évaluation et d'accréditation, connues aussi au Canada pour les services de santé, et susceptibles de conduire à des contrôles de l'établissement sur l'activité médicale⁴⁵, d'autre part... À cet égard, il sera autorisé de s'étonner d'une affirmation selon laquelle «il n'entre pas dans les obligations d'une clinique d'exercice libéral de vérifier les compétences effectives des praticiens qui exercent en son sein, et qu'elle ne saurait répondre des fautes commises par les médecins dans l'exercice de leur activité à titre libéral»⁴⁶, en contradiction avec l'obligation de ne placer au chevet des malades que des professionnels compétents et qualifiés⁴⁷, connue du droit québécois⁴⁸ et constituant la règle de principe. La surveillance de l'hospitalisé compte tenu de son état et de ses risques prévisibles, l'hébergement au soin «hospitalier» (bien que le contrat d'hospitalisation ne soit pas assimilé au contrat hôtelier *stricto sensu*), la sécurité sanitaire, la fourniture des médicaments et

produits, relèvent de ces prestations promises par l'établissement⁴⁹. Mais, il est accoutumé d'y ajouter la fourniture de soins autres que médicaux (infirmiers, de sage-femme, de kinésithérapie...), les soins post-opératoires, les soins d'entretien. Ces divers services entrent dans le champ contractuel, à la charge de la clinique personnellement.

Quant aux soins médicaux, c'est-à-dire ceux relevant du monopole médical légal, ils ne sont que délégués aux médecins, lorsque ceux-ci exercent sur le fondement d'un contrat libéral (parfois dit inexactement contrat d'exclusivité) et nouent avec le sujet le contrat médical, la question subsistant de savoir quel est le type de relation clinique-patient lorsque, faute d'expression des consentements, aucune convention ne peut se conclure avec le médecin. Qui, alors, est chargé de donner les soins, et sur quelle base juridique? À défaut du médecin, il faut bien que ce soit la clinique... Le contrat d'exercice libéral stipule les conditions de mise à disposition du professionnel des locaux (ce n'est cependant pas un bail), le matériel,

44. Cette résiliation rapide sera facilitée par les possibilités récemment offertes au créancier par la Cour de cassation, envisageant la rupture du contrat sans recours préalable au juge, mais aux risques de son auteur. Cass. civ. I, 13 octobre 1998 (Dalloz 1999, 197, note Jamin; JCP 1999, 10133, note Rzepecki).
45. Y. LACHAUD, «L'ordonnance 96-346 du 24 avril 1996 et l'évolution de la responsabilité des cliniques du fait de l'activité des praticiens libéraux», *Gaz. Pal.* 24/25 octobre 1997, doct. 30.
46. C.A. Versailles, 28 octobre 1999 (Dalloz 2000, IR.13; *Rev. Dr. san. soc.* 2000/2/377).
47. Voir réf. dans *Rev. Dr. san. soc.*, précitée, note 44, dont Cass. civ. I, 1^{er} juin 1976 (JCP 1976, 18483, obs. R. Savatier; Dalloz 1976, somm. 63); Cass. civ. I, 15 décembre 1999 (JCP 2000, 10384, nos obs.). C. CLÉMENT, th., précitée, note 5, p. 337 et réf.
48. Voir P.-A. CRÉPEAU, *op. cit. et loc. cit.*, supra, note 4, p. 703, note 96.
49. P. SÉGUIN, *Les intermédiaires matériels entre le médecin et le malade*, thèse, Paris VIII, 30 juin 1999, p. 217.

les auxiliaires, moyennant le paiement d'une contrepartie financière appelée la «redevance» servie à la clinique et donnant lieu à d'abondants contentieux. Cette contraction du contrat hospitalier, alors improprement qualifié «d'hospitalisation et de soins», s'explique par le respect du monopole professionnel et de l'indépendance du praticien, ce qui, dans l'arrêt du 2 avril 2001, va beaucoup plus loin et exclut le contrat hospitalier. Il est exact que, légalement, seul le médecin est habilité à pratiquer les actes de sa spécialité (mais, les autres professionnels de santé également); que son indépendance dans la pratique de son art doit demeurer absolue (ce que menacent des «codifications» de l'acte médical, telles que, en droit de l'assurance-maladie, les «références médicales opposables»). La Cour d'appel du Québec en déduit, d'une part, l'impossibilité d'établir une relation de préposition entre l'hôpital et le médecin, d'autre part, l'inexistence du contrat qui «porterait sur une matière réservée exclusivement, sous peine de nullité». Le lien de préposition impliquerait la direction par l'hôpital des actes thérapeutiques; ceux-ci ne peuvent être posés que par le professionnel dûment diplômé et établi, et il est vrai que

ce thème de non-ingérence dans les actes réservés peut impressionner: ne le connaît-on pas en droit de cette redevance ci-dessus nommée (interdiction de partage d'honoraire médical avec un non-médecin), ou de la transmission du cabinet médical par les héritiers: ils ne peuvent faire acte de présentation du successeur à la clientèle, car c'est un acte purement professionnel⁵⁰. Que s'ensuit-il?

2) Si la clinique ne souscrit pas contractuellement l'obligation de donner ni faire donner les actes médicaux mais ne se réserve que les autres prestations soignantes et hôtelières, elle répond certes de la défaillance de celles-ci soit du chef d'une obligation de moyens soit de celui d'une obligation de résultat (ex.: infections nosocomiales, fourniture des produits et médicaments). Particulièrement est-elle responsable de fautes de ses personnels envers les patients, et contractuellement, sans qu'il soit pertinent de s'attacher ici à la notion de préposition de l'article 1384 du Code civil, texte de responsabilité délictuelle. P.-A. Crépeau l'avait excellemment écrit en 1981⁵¹. Que le collaborateur soit ou non préposé, sa faute engage la responsabilité contractuelle du fait d'autrui de l'établissement⁵², qui, classi-

50. Sic G. CORNU, *R.T.D. civ.* 1962, p. 132. Nous laissons de côté la récente reconnaissance de la cession de clientèle par la Cour de cassation, Cass. civ. I, 7 novembre 2000, JCP 2001, 10452, note Violla; *Rev. gén. Dr. méd.*, 2001/6/149, note I. MOINE-DUPUIS, «La clientèle médicale dans le commerce». Au demeurant, on peut estimer que cette «cession» accessoire de clientèle restera un acte purement professionnel.

51. *Op. cit. et loc. cit.*, *supra*, note 4, p. 719.

52. G. VINEY, P. JOURDAIN, *Les conditions de la responsabilité*, L.G.D.J., 2^e éd., 1998, n° 824 et s. Cette responsabilité joue en faveur du médecin victime du geste de l'auxiliaire, Cass. civ. I, 13 mars 2001, *Juris-Data* 008617; *Dict. permanent de bioéthique*, mise à jour n° 100, 4 avril 2001, v^{is} responsabilité médicale, par C. CAILLÉ, *R.T.D. civ.* 2001, 3, 599, obs. P. Jourdain.

quement, laissait s'ajouter une responsabilité délictuelle de l'intervenant vis-à-vis de la victime⁵³, solution remise récemment en cause à l'égard des préposés⁵⁴. Puis s'agissant des actes médicaux, *a priori* encadrés par le contrat médecin-patient, ils relèvent de la responsabilité professionnelle du médecin en application du droit commun, la clinique n'en répondant pas, et n'étant responsable que des fautes personnelles dans l'organisation de l'environnement de ces actes, ce qui peut imposer à la victime d'assigner à la fois le praticien et l'hôpital lorsque deux défaillances se sont cumulées ou lorsqu'il y a lieu à hésiter sur la cause du dommage.

Telle est la voie, suivie en 1999 par la Cour de cassation en son arrêt du 26 mai⁵⁵ se référant lui aussi à l'inaliénable indépendance du médecin: la clinique est contractuellement responsable envers le patient pour ses propres fautes et celles de ses substitués ou préposés, mais l'indépendance du professionnel libéral ne permet pas de retenir cette responsabilité

du chef de l'accomplissement de l'acte médical⁵⁶. Tel est le soutien de cette jurisprudence, de laquelle des considérations assurantielles n'ont peut-être pas été absentes, suggérée par M. le Conseiller Sargos en son rapport, bien que celui-ci fût nuancé et offrit à la Cour une alternative. Il est ainsi permis de constater la rencontre des deux jurisprudences, canadienne et française, excluant du domaine contractuel, si le contrat existe pour l'une ou non pour l'autre, l'obligation de la clinique de donner des soins médicaux. Sera-t-on convaincu?

B) Le contenu global du contrat hospitalier

1) Il revient à P.-A. Crépeau d'avoir mis en évidence, sans que cette démonstration ait été contredite par l'évolution législative locale, le caractère de pleine entreprise de soins de l'hôpital, dans son article cité à la Revue de droit de McGill de 1981 se référant, entre autres, à l'opinion du juge Lajoie dans l'arrêt *Hôpital de la région de l'Amiante c. Perron*⁵⁷. Paradoxalement

53. Ex. C.A. Paris, 7^e ch. A. 27 juin 2000 (Juris-Data 128113); P. SARGOS, «Indépendance professionnelle et responsabilité multidisciplinaire», *Médecine et Droit*, n° 18, Mai/juin 1996, p. 1.

54. Comp. Cass. com. 12 octobre 1993 (Dalloz 1994, 124, note Viney), et Cass. Ass. plén. 25 février 2000 (JCP 2000, 10295, conclusions Kessous, note Billiau; Dalloz 2000, 673, note Brun): «N'engage pas sa responsabilité à l'égard du tiers le préposé qui agit sans excéder les limites de la mission qui a été impartie par son commettant». Donc, il en va ainsi en faveur du médecin salarié, ce qui confirme que la clinique peut conclure le contrat global d'hospitalisation et de soins: sa nature, son statut, ne s'y opposent pas.

55. Précité, *supra*, note 5.

56. O. LANTRÈS, thèse, précitée, note 5, p. 307; B. XISTE, thèse précitée, note 5, p. 248 et s.; C. CLÉMENT, thèse précitée, note 5 p. 338 et s. Après l'arrêt du 26 mai 1999, cf. C.A. Paris, 17^e ch. C. 14 juin 2000 (Juris-Data 121114: indépendance de principe de la sage-femme); Trib. conflits 14 février 2000; Cass. civ. I, 18 juillet 2000 (*Rev. Dr. san. soc.* 2000:1:85).

57. [1979] C.A. 567.

ment, c'est cette évolution de l'hôpital qui, vue à la lumière des textes législatifs, conduit une autre doctrine, approuvée par l'arrêt du 2 avril 2001, à récuser la notion de contrat hospitalier. En 1981, M. Crépeau n'ignorait pas ces lois pourtant, même s'il ne pouvait deviner combien la responsabilité pénale des cliniques-personnes morales pour certains comportements pouvant affecter les soins enrichissait sa vision de cette entreprise soignante⁵⁸. Le lecteur français est frappé, lui, par l'unité de nature des hôpitaux publics et privés institués et gérés à la même fin de dispenser des soins y compris – c'est évident – médicaux (art. L. 1112-2, 1112-4, 6111-1, 6111-2 C. sté publique), qui justifie leur existence, qu'ils relèvent du droit administratif ou du droit privé. Ils ont tous pour objet, dispose l'article L. 6111-2 précité, de dispenser des soins, et le texte les place en situation de sujet du verbe «ont» pour objet de dispenser; ce sont eux qui «dispensent» personnellement et on le voit bien lorsque l'hôpital public est jugé responsable de la faute commise par son médecin. Que fait de plus ou de moins que l'hôpital public la clinique privée? Elle propose au public les mêmes services mis en œuvre par les mêmes professionnels et, sans vouloir aucunement soutenir la thèse de la suppression de notre dualisme institu-

tionnel, nous voyons bien que les deux hôpitaux sont dans une situation d'entreprise sanitaire équivalente.

Assurément, fera-t-on valoir l'impératif du monopole médical. Il n'est point question que la personne morale-hôpital pratique les actes médicaux. A-t-on vu une personne morale réaliser un acte professionnel? Celui-ci ne peut être accompli que par le médecin qualifié, et ce que ne peut commettre l'établissement est se rendre complice d'un exercice illicite par un non-médecin⁵⁹ alors que – nous sommes en plein paradoxe – la clinique conclut ce contrat global que l'autonomie du médecin doit proscrire, alors que la relation juridique clinique-médecin paraît menacer le plus cette indépendance. À suivre la logique du raisonnement, l'hôpital public (en droit français) ne pourrait pas même être déclaré responsable de la faute médicale, car ce serait participer à la commission des actes réservés. Et l'on pousserait plus avant encore: chaque fois que l'acte professionnel est «réservé» à un individu diplômé voire inscrit à un ordre ou une corporation, aucune institution ou société professionnelle ne pourrait en promettre à ses clients l'accomplissement: l'armateur ne pourrait offrir les services du capitaine, nul autre que cet officier breveté ne pouvant commander le bâtiment⁶⁰. Pour

58. C. CAILLÉ et M. DANTI-JUAN, «La responsabilité pénale des établissements de santé», dans *Mélanges en l'honneur de Jean-Henri Soutoul*, Ét. Hospitalières éd., 2000, p. 41.

59. E. SAVATIER, *Les données de la responsabilité médicale à la fin du XX^e siècle*, thèse Lyon III, 18 décembre 1998, p. 423.

60. M. REMOND-GUILLOUD, *Droit maritime*, Pédone éd., 2^e éd., 1993, n° 200 et s.: le capitaine est à la fois préposé et indépendant (en outre, représentant de l'État).

retourner à l'hôpital (privé), nous nous étions permis de constater en 1988, et Jean Savatier en 1991⁶¹, que d'autres professionnels – les sages-femmes – bénéficiaient d'un monopole légal, et que cependant l'hôpital concluait licitement en offrant leurs services.

L'indépendance technique ne justifie pas davantage d'abord l'exclusion d'un contrat de travail entre la clinique et le médecin qui en devient le préposé alors que – nous sommes en plein paradoxe – la clinique conclut ce contrat global que l'autonomie du médecin doit proscrire, alors que la relation juridique clinique-médecin paraît menacer le plus cette indépendance. Il suffit de relever, avec la jurisprudence, que le lien de préposition ne doit pas affecter la prestation technique de l'acte médical, s'étendre à une subordination scientifique, ainsi que l'interdit le Code de déontologie médicale qui réglemente, mais reconnaît expressément, l'exercice salarié de la médecine (art. 95 et s.). Une

importante série jurisprudentielle énonce à la fois la licéité et cette limite du contrat de travail du médecin en établissement⁶². En déduit-on des menaces à l'encontre d'une liberté en effet fondamentale? La subordination est limitée à la participation à un service organisé, et permet une liberté technique, l'indépendance dans l'exercice de l'art médical⁶³. Le médecin de l'hôpital public est un agent public intégré dans les cadres du service, avec ses impératifs organisationnels; il est techniquement indépendant. Le juge ou le professeur d'université, dont l'indépendance a valeur constitutionnelle, sont des fonctionnaires publics tenus de respecter cependant l'organisation générale du service. L'arrêt du 4 juin 1991 n'a fait que consacrer cette reconnaissance, déjà acquise, du contrat salarié du médecin hospitalier (privé); celui du 26 mai 1999 y a ajouté son autorité et la référence à l'indépendance. Du reste, d'une part, les menaces à l'encontre des libertés médicales en cliniques vien-

61. J. SAVATIER, note sous Cass. civ. I, 4 juin 1991, (JCP 1991, 21730: *Gaz. Pal.* 5/6 août 1992, doct. 2, note F. Chabas; *R.T.D. civ.* 1992, 124, obs. P. Jourdain, *Daloz* 1993, somm. 24, obs. J. Penneau; nos obs. précitées, *supra*, note 5, *Rev. Dr. san. soc.* 1988/3/517).

62. Ex. Cass. soc. 30 janvier 1980 (JCP 1980, 19433, obs. G. Lyon-Caen); Cass. civ. I, 31 mai 1960 (*Daloz* 1960, somm. 127, 1^e esp.); 22 janvier 1974 (*Daloz* 1974, IR. 85); Cass. soc. 5 février 1981 (*Gaz. Pal.* 7 août 1981, pittoresque)...; déjà Demogue, obs. *R.T.D. civ.*, 1933, p. 507.

63. Cass. soc. 27 octobre 1978 (JCP 1979, IV, 5); 7 mars 1979 (JCP 1979, IV, 169). Voir nettement R. et J. SAVATIER, J.M. AUBY, H. PÉQUIGNOT, *Traité de droit médical*, (Litec 1956) n° 412. Pour C.A. Aix en Provence (12 janvier 1993; *Bull. Aix* 1993/1994, p. 147): «si le médecin exerce, vis-à-vis de son employeur, son métier en toute indépendance sur le plan médical, il ne peut agir de même sur le plan administratif». Affirmant la prééminence de cette indépendance: C.A. Montpellier, 30 septembre 1998 (*Rev. Dr. san. soc.* 1999/3/569). La clinique commettant répond du fait médical nonobstant l'indépendance professionnelle du médecin salarié (Cass. crim. 5 mars 1992, *Daloz* 21993, somm. 24, obs. J. Penneau; *R.T.D. civ.* 1993, 137, obs. P. Jourdain, le visa de l'article 1384 §5 s'explique par l'application des règles de la responsabilité délictuelle par le juge pénal).

nent-elles du contrat de travail, de ce lien de préposition honni par l'arrêt du 2 avril 2001? Nous aurions plutôt tendance à les entrevoir du côté des obligations financières parfois excessives liant le professionnel à l'établissement ou à ses confrères, et la curiosité veut que ce soit alors dans le cadre du contrat d'exercice libéral. D'autre part, qu'attend le malade dont les jeux contractuels internes de l'hôpital sont ignorés, auquel presque toujours ils importent peu? Son espérance porte sur la prestation de soins dans un milieu technique et hôtelier digne de crédit. Il s'adresse à l'établissement pour les recevoir en sachant que cette institution placera à son chevet les médecins compétents. Il y a, dans le quotidien, deux hypothèses: le malade choisit d'abord la clinique et s'en remet à elle pour la pratique de soins y compris médicaux; le malade choisit d'abord un médecin pour le soigner, et vient en clinique parce que ce praticien pour ainsi dire l'y conduit. Dans le premier cas, salariat ou non, indépendance médicale préservée quoi qu'il en soit, il y a contrat global. Dans le second cas, il y a (sauf si le médecin est salarié) deux contrats joints⁶⁴. Qu'écrivait M. Jourdain⁶⁵? «la seule chose qui importe est de

savoir avec qui le patient a-t-il traité».

2) Les conséquences se déduisent des analyses contractuelles. Si l'on admet l'existence – qui est une possibilité et non un impératif – du contrat hospitalier global, on doit affirmer la responsabilité contractuelle de l'hôpital privé envers le malade, pour les fautes médicales, sauf son recours en garantie contre le professionnel⁶⁶. La clinique promet de faire donner des soins consciencieux et conformes aux données acquises de la science; le malade hospitalisé accepte cette offre dont l'objet se loge dans le contrat dit, et cette fois-ci à bon droit – d'hospitalisation et de soins. La carence du médecin est la carence de la clinique, car il y a manquement à ce que celle-ci a personnellement promis. L'arrêt du 26 mai 1999 a écarté cette solution: la clinique ne répond que du fait de son médecin salarié, et non de celui de son médecin libéral, ce qui a été une façon de rejeter ce contrat global. Mais, si l'on veut bien peser à son juste poids l'argument de l'indépendance dont la logique condamnerait le contrat de travail, et si, par suite, on hésite à accepter cette jurisprudence, on se pose une question: la responsa-

64. Ex. note E. SAVATIER, sous Cass. civ. I, 26 mai 1999 (Dalloz 1999, spéc. 722). Y. Lachaud y redoute trop de subjectivité et d'incertitude («Responsabilité des établissements de santé privés du fait de l'activité des médecins libéraux», *Médecine et Droit*, n° 17, mars/avril 1996, p. 14 et «La responsabilité des cliniques du fait de l'activité des médecins libéraux: vers une évolution réglementaire et jurisprudentielle?», *Gaz Pal.* 12/13 juillet 1995, doct. 15.

65. Obs. *R.T.D. civ.* 1999, 635; J. AMBIALET, *Responsabilité du fait d'autrui en droit médical* (L.G.D.J. 1965, préface M. de Juglart, p. 69 et s., spéc. 72/73). Nos obs. *Rev. Dr. san. soc.* 1988, précitées.

66. Sur les difficultés de ce recours, cf. H. GROUDEL, *op. cit. et loc. cit.*, note 28.

bilité hospitalière du fait du médecin est-elle une responsabilité du fait d'autrui, ou une responsabilité personnelle?

A priori, l'acte technique étant posé par un tiers substitué par la clinique dans l'exécution de son obligation, il y a tout lieu d'affirmer une responsabilité du fait d'autrui semblable à celle pesant sur le médecin faisant intervenir un confrère, et cette position paraît très classique. Nous nous y étions rallié naguère encore⁶⁷, mais nous interrogeons prudemment. La responsabilité du fait d'autrui suppose une substitution: celui qui promet n'exécute pas; il fait exécuter son obligation, et le tiers intervenant commet la faute ou le fait responsable. Ici, la clinique souscrit une obligation personnelle de faire convenablement réaliser l'acte médical, et la défaillance du médecin n'est rien

d'autre que le manquement à cette obligation de l'hôpital⁶⁸, comme elle constitue la violation des engagements du service public hospitalier ou, en médecine urbaine libérale, de la société professionnelle d'exercice. Il va sans dire que ces analyses ne s'offrent à l'esprit que lorsque le dommage est causé dans les limites de l'obligation convenue, et dans le temps de son exécution; c'est un retour au droit commun de la responsabilité contractuelle.

L'arrêt du 2 avril 2001 présente les mérites de la simplicité et d'une logique inspirée par la doctrine (ce qui, en soi, est séduisant). N'accorde-t-il pas, comme l'arrêt français du 26 mai 1999, une importance excessive au constat, à la défense du monopole et de l'indépendance du médecin, qui n'en demandait pas tant?

67. *La responsabilité civile médicale en droit comparé français et québécois* (Univ. McGill, Centre de recherche en droit privé et comparé du Québec éd., 1990, n° 160 et s.); *Traité de la responsabilité médicale* (Les Ét. Hospitalières éd., 1996, n° 160 et s.).

68. Nous sommes bien dans le cas du contrat global, bien entendu. Comp. G. VINEY, obs. JCP 2000, 1241, n° 6, et note Billiau, *in fine*, précitée, note 51, *supra*.