

NÉGLIGENCE, VICTIMES INDIRECTES ET PRÉJUDICE MORAL EN COMMON LAW : LES LIMITES À LA RÉPARATION SE JUSTIFIENT-ELLES?©

PAR LOUISE BÉLANGER-HARDY*

En common law les tribunaux se sont toujours montrés réticents à accorder une indemnisation pour préjudice moral. Cela est particulièrement vrai dans le cas des victimes indirectes de la négligence d'autrui. Préoccupés par la crainte de réclamations frauduleuses ou le danger d'une avalanche de poursuites, les tribunaux s'évertuent à limiter la responsabilité dans ces circonstances. Combien légitimes, toutefois, sont les raisons invoquées à l'appui d'une analyse restrictive des réclamations pour préjudice moral? L'auteure expose les principes limitatifs actuellement retenus par les tribunaux canadiens et analyse le bien-fondé de leurs préoccupations. Elle en déduit non seulement que les craintes identifiées par les tribunaux sont sans fondement, mais que d'autres facteurs plus subtils, tels les préjudices sociaux face aux maladies mentales, militent également en faveur de la non-indemnisation des victimes indirectes de préjudice moral. S'inspirant des préceptes de la critique féministe du droit, l'auteure suggère que la prédominance des normes patriarcales dans le système juridique peut expliquer en partie l'attitude des tribunaux qui ont tendance à associer le préjudice moral aux valeurs féminines. Sans offrir de solution juridique au problème posé, l'auteure exprime le voeu que les tribunaux et la société en général se sensibilisent davantage aux barrières sociales et juridiques toujours bien réelles en matière de santé mentale.

Common law courts have traditionally been reluctant to award damages for emotional harm. This is particularly true in cases of secondary victims of negligence. Preoccupied by the fear of fraudulent claims or the danger of opening the floodgates, courts strive to limit the scope of liability in these circumstances. But how legitimate is the reasoning that has served to support such a restrictive analysis of the decision to award damages for emotional harm? The author explores the limitations of the Canadian courts' current approach and analyzes the basis of their concern. She concludes that not only do the beliefs espoused by the courts lack any sound basis, but that other more subtle factors are at play in the decision to award damages to secondary victims of emotional harm. These factors include the continued social prejudice accorded those suffering from mental illness. Drawing inspiration from feminist critiques of law, the author suggests that the predominance of patriarchal norms in the legal system may at least partially explain the courts' attitude in associating psychiatric harm with female characteristics. Short of actually offering a solution to the problem, the author urges courts and society in general to take a more critical and sensitive approach to the omnipresent social and legal barriers facing the mentally ill.

I. INTRODUCTION	400
-----------------------	-----

© 1998, L. Bélanger-Hardy.

* Professeure au Programme de common law en français à l'Université d'Ottawa. L'auteure désire remercier ses assistantes Phuong Ngo et François Larocque pour leurs apportes à la recherche et Hélène Laporte pour sa révision minutieuse de l'article.

II. À LA RECHERCHE DES LIMITES IMPOSÉES PAR LES TRIBUNAUX	405
A. <i>Le préjudice psychiatrique reconnaissable</i>	405
B. <i>La nécessité d'un choc soudain</i>	409
C. <i>L'obligation de diligence et ses éléments limitatifs</i>	413
1. Le critère de prévisibilité raisonnable	413
2. Le critère de proximité	415
3. Le rôle de la politique sociale	419
III. LA VICTIME INDIRECTE ET LA POLITIQUE SOCIALE	420
A. <i>La crainte de réclamations frauduleuses</i>	421
B. <i>La crainte d'une avalanche de poursuites</i>	422
IV. PERSPECTIVE DE LA SANTÉ MENTALE	430
V. PERSPECTIVE DES FEMMES	439
VI. CONCLUSION : À LA RECHERCHE DE SOLUTIONS	444

I. INTRODUCTION

En common law, le préjudice moral¹ que peut causer un acte de négligence est perçu d'un oeil méfiant, surtout s'il n'est pas accompagné d'un préjudice physique. Les premières décisions en matière de réparation du préjudice moral en sont un bon exemple. À celle qui est secouée par la peur de se voir frapper par un train alors que la calèche dans laquelle elle prend place tarde à quitter la voie ferrée, le tribunal répond que le dommage est trop éloigné et qu'il n'est pas souhaitable d'étendre démesurément la responsabilité de la partie défenderesse.²

¹ Nous avons retenu l'expression préjudice moral pour décrire l'ensemble du dommage de nature émotionnelle, psychologique ou psychiatrique. Traditionnellement, les tribunaux de common law utilisaient l'expression choc nerveux, mais cette pratique est de plus en plus critiquée. Voir, par exemple, *Rhodesc. Canadian National Railway* (1990), 75 D.L.R. (4e) 248 à la p. 272 (B.C. C.A.) [ci-après *Rhodes*]; A.M. Linden, *Canadian Tort Law*, 6e éd., Toronto, Butterworths, 1997 à la p. 386; et N.J. Mullany et P.R. Handford, *Tort Liability for Psychiatric Damage* Sydney, Law Book, 1993 à la p. 14. Ces derniers proposent d'adopter le terme préjudice psychiatrique, un terme dont nous nous servirons lorsqu'il est question d'un préjudice psychiatrique reconnu comme tel par la profession médicale. Il convient également de noter que le vocabulaire de la common law en français dans le domaine de la responsabilité civile délictuelle n'est pas encore normalisé.

² Voir *Victorian Railways Commissionersc. Coultas* (1888), 13 A.C. 222 (P.C.) [ci-après *Coultas*]. La partie demanderesse alléguait avoir souffert un choc nerveux, une fausse couche et une maladie prolongée diminuant sa mémoire et sa vue.

Certes, les attitudes ont changé; de nos jours, nombreuses sont les circonstances dans lesquelles ces victimes peuvent récupérer des dommages-intérêts.³ En outre, les victimes n'hésitent pas à présenter aux tribunaux des réclamations de plus en plus singulières; elles veulent se faire indemniser pour le préjudice moral lié au stress en milieu de travail, à l'abus sexuel ou encore à la crainte et à la peur associées à un mauvais diagnostic médical.⁴ Malgré cet essor, la réticence des tribunaux face au préjudice moral n'a pas tout à fait disparue. En matière de négligence, les préoccupations, voire les préjugés d'antan, refont souvent surface sous une forme plus subtile, dissimulés derrière une série de principes qui semblent souvent arbitraires.

La common law a toujours cherché à limiter la portée de la responsabilité pour négligence, que le préjudice soit corporel, matériel ou économique. Par ailleurs, lorsque le dommage est de nature émotionnelle, psychologique ou psychiatrique, les préoccupations liées à la portée illimitée de la responsabilité pour négligence augmentent.

La jurisprudence en la matière offre plusieurs raisons pour expliquer ce phénomène. La plus importante est le danger d'une avalanche de poursuites. Les tribunaux craignent la multiplication des réclamations fondées sur le préjudice moral, ce qui pourrait «ouvrir les vannes» à une foule de poursuites judiciaires, avec les conséquences que cela comporte pour l'industrie de l'assurance. Cette crainte est fondée sur la présomption qu'à la suite d'un acte de négligence, nombreuses sont les victimes de préjudice moral. En outre, les tribunaux semblent craindre les réclamations fondées sur des troubles vagues, faciles à simuler, qui permettent à certaines personnes de profiter financièrement des conséquences inattendues d'un simple acte de négligence. De plus, pour certains, la majorité des individus dans nos sociétés modernes doivent démontrer une fermeté d'âme, un flegme raisonnable devant les vicissitudes de la vie. Par conséquent, il ne convient pas de compenser

³ En droit des délits, la question de l'indemnisation du préjudice moral se présente dans plusieurs contextes. Outre la négligence, l'indemnisation du préjudice moral peut se fonder sur un délit intentionnel. Voir, par exemple, *Wilkinson v. Downton*, [1897] 2 Q.B. 57 [ci-après *Wilkinson*]; *Rahemtulla v. Vanfed Credit Union* (1984), 29 C.C.L.T. 78 (B.C. S.C.). En droit des contrats, l'indemnisation de ce type de préjudice est également possible sous certaines conditions. Voir *Jarvis v. Swan's Tours Ltd.*, [1973] Q.B. 233; *Newell v. Canadian Pacific Airlines Ltd.* (1976), 14 O.R. (2e) 752 (C. cté.). À ce sujet, voir M.G. Bridge, «Contractual Damages for Intangible Loss: A Comparative Analysis» (1984) 67 R. du B. can. 323. Ces types de pertes ne seront pas étudiés dans le présent texte.

⁴ Voir, par exemple, *Walker v. Northumberland County Council*, [1995] 1 All E.R. 737 (Q.B.) [ci-après *Walker*] (stress en milieu de travail). Voir également N.J. Mullany, «Fear for the Future: Liability for Infliction of Psychiatric Disorder» dans N.J. Mullany, dir., *Torts in the Nineties* Sydney, Law Book, 1997, 101 aux pp. 107-14 [ci-après «Fear for the Future»].

pour le préjudice moral. Finalement, les tribunaux font parfois allusion aux difficultés liées à la preuve d'un lien de causalité ou à l'évaluation des dommages-intérêts.

Il nous apparaît important d'explorer la légitimité des raisons ainsi invoquées à l'appui d'une analyse restrictive des réclamations pour préjudice moral. Ces raisons sont-elles valables? Est-ce possible d'expliquer autrement le phénomène? La peur et l'incompréhension que suscitent, encore de nos jours, les divers types de maladies mentales y sont-elles pour quelque chose? Que dire du fait que les victimes sont souvent des femmes ou que la nature du préjudice, son caractère émotionnel, rappelle des traits soi-disant typiquement féminins?

La responsabilité pour négligence étant fondée sur la présence d'une obligation de diligence dont l'existence dépend de critères extrêmement larges et flexibles, tels la prévisibilité et la proximité, il est important d'identifier et de reconnaître tous les éléments de la politique sociale qui influencent les tribunaux. Seul un tel exercice permettra de déterminer jusqu'à quel point les décisions qui visent les victimes de préjudice moral sont justes et bien fondées.

La première partie de notre étude est une analyse des mécanismes juridiques servant à limiter la responsabilité pour négligence lorsque le préjudice est d'ordre moral. Cet exercice nous permettra de passer en revue les décisions canadiennes les plus récentes⁵ et, à l'occasion, les décisions fondamentales qui proviennent d'autres ressorts du Commonwealth.⁶ Nous chercherons à mieux comprendre la nature des difficultés dans ce domaine de la common law. En outre, à part quelques exceptions,⁷ nous constaterons que les tribunaux

⁵ Nous nous sommes limitée, sauf pour quelques exceptions, aux décisions canadiennes postérieures à 1990. Mentionnons immédiatement l'excellent ouvrage de Mullany et Handford, *supra* note 1, qui comprend une analyse exhaustive de la plupart des décisions du Commonwealth rendues avant 1992.

⁶ La Chambre des lords s'est prononcée quatre fois sur le problème des réclamations pour préjudice moral dans le contexte qui nous intéresse. Ce sont les affaires *Bourhill c. Young* [1942] 2 All E.R. 396 (H.L.) [ci-après *Bourhill*]; *McLoughlin c. O'Brian*, [1982] 2 All E.R. 298 (H.L.) [ci-après *McLoughlin*]; *Alcock c. Chief Constable of South Yorkshire Police* [1991] 4 All E.R. 907 (H.L.) [ci-après *Alcock*] et *Page c. Smith*, [1995] 2 All E.R. 736 (H.L.) [ci-après *Page*]. En Australie, c'est l'affaire *Jaensch c. Coffey* (1984), 54 A.L.R. 417 (H.C.) [ci-après *Jaensch*] qui fait autorité. Voir aussi *Coates c. Government Insurance Office of New South Wales* (1995), 36 N.S.W.L.R. 1 (C.A.).

⁷ Ce sont, notamment, les décisions des cours d'appel dans les affaires *Abramzik c. Brenner* (1967), 65 D.L.R. (2e) 651 (Sask. C.A.); *Duwyn c. Kaprielian* (1978), 22 O.R. (2e) 736 (C.A.) [ci-après *Duwyn*]; *Beecham c. Hughes*, [1988] 6 W.W.R. 33 (B.C. C.A.) [ci-après *Beecham*]; *Rhodes*, *supra* note 1; *Bechard c. Haliburton Estate* (1991), 5 O.R. (3e) 512 (C.A.) [ci-après *Bechard*] et plus récemment, *Nespolon c. Alford* (1998), 110 O.A.C. 108 (C.A.) [ci-après *Nespolon*]. La Cour suprême du Canada ne s'est pas prononcée sur la question depuis fort longtemps. Voir *Vana c. Tosta*, [1968] R.C.S. 71.

canadiens semblent peu disposés à analyser à fond le domaine et que les décisions sont parfois difficiles à concilier les unes avec les autres. Dans la deuxième partie, nous étudions de plus près les raisons invoquées par les tribunaux pour justifier l'imposition de limites strictes à la réparation du préjudice moral, afin d'en évaluer la validité et la pertinence. Troisièmement, nous explorons la thèse voulant que la réticence des tribunaux puisse s'expliquer en tenant compte des attitudes sociales face aux maladies mentales ou encore à la lumière de la critique féministe du droit. Finalement, partant des nombreuses propositions de réforme qui ont été élaborées au cours des dernières années, nous nous permettons de suggérer qu'il y ait lieu non seulement de modifier les règles de la common law, mais plus important encore, de relever le défi de changer les perceptions des membres de la société.

Quelques précisions s'avèrent nécessaires avant de poursuivre notre analyse. Il faut noter qu'en général, lorsque la négligence d'un individu entraîne un préjudice quelconque, la common law permet uniquement l'indemnisation de la victime directe, c'est-à-dire celle qui subit de façon immédiate les effets de l'acte délictueux. Ainsi les victimes indirectes, parfois dénommées victimes par ricochet ou victimes médiatees puisque leur préjudice est accessoire à celui de la victime directe, ne peuvent se faire indemniser.⁸ C'est que, pour la common law, la réparation du préjudice des nombreuses victimes indirectes ou secondaires qui souffrent inévitablement le contre-coup du dommage causé à une victime directe mènerait à une responsabilité trop large pour l'auteur du délit.⁹ En matière de préjudice moral, la distinction entre

⁸ Voir *Alcock*, *supra* note 6 à la p. 924, où Lord Oliver affirme :

The infliction of injury on an individual, whether through carelessness or deliberation, necessarily produces consequences beyond those to the immediate victim. ... [T]he common law has, in general, declined to entertain claims for such consequential injuries from third parties save possibly where loss has arisen from the necessary performance of a legal duty imposed on such party by the injury to the victim.

Voir également J.G. Fleming, *The Law of Torts* 9e éd., Sydney, Law Book, 1998 aux pp. 158-59.

⁹ Toutefois, la victime indirecte n'est pas complètement ignorée. Les réclamations de tierces parties qui subissent des pertes pécuniaires et non-pécuniaires à la suite du préjudice causé à une victime directe sont possibles dans certaines situations. C'est le cas, par exemple, des pertes subies par les membres de la famille d'une victime. Ces dernières peuvent se faire indemniser en vertu de la *Loi sur le droit de la famille* L.R.O. 1990, c. F-3, art. 61-63. Voir K. Cooper-Stephenson, *Personal Injury Damages in Canada* 2e éd., Scarborough (Ont.), Carswell, 1996 aux pp. 177-80, 188-200, 489-93. Soulignons également la législation en matière d'indemnisation pour accidents mortels qui permet à certaines tierces parties de se faire indemniser pour les pertes associées au décès de la victime directe. Voir *Family Compensation Act* R.S.B.C. 1996, c. 126; *Fatal Accidents Act* R.S.A. 1980, c. F-5; *Fatal Accidents Act* R.S.S. 1978, c. F-11; *Loi sur les accidents mortels* L.R.M. 1987, c. F50; *Loi sur le droit de la famille* L.R.O. 1990, c. F-3, art. 61-63; *Fatal Accidents Act* R.S.P.E.I. 1988, c. F-5; *Fatal Accidents Act* R.S.N. 1990, c. F-6; *Fatal Injuries Act* R.S.N.S. 1989, c. 163; *Fatal*

une victime directe et une victime indirecte revêt une certaine importance,¹⁰ car c'est par rapport à ce dernier type de victime que l'impact de la règle d'exclusion se fait particulièrement sentir.

Un préjudice moral peut évidemment être infligé à la victime directe d'un acte négligent. Deux scénarios sont possibles. Selon le premier, la victime est indemnisée pour les pertes non pécuniaires, par exemple, la douleur et la souffrance qui découlent des blessures corporelles occasionnées par la négligence d'autrui.¹¹ Selon le second scénario, la victime directe subit uniquement un préjudice moral. Avant d'avoir droit à l'indemnisation, elle devra prouver que l'auteur de l'acte délictueux avait, envers elle, une obligation de diligence qu'il n'a pas su respecter.¹² Dans ce dernier cas, nous constaterons que la réparation du préjudice moral de la victime directe pose de moins en moins de difficultés majeures pour les tribunaux.¹³ À l'intérieur de certaines limites que nous étudierons plus bas, ces derniers semblent prêts à assurer une certaine forme de compensation.

Du côté des victimes indirectes, la situation est tout autre. Notons d'abord qu'il existe plusieurs situations où le préjudice moral est subi par une personne autre que la victime directe. C'est le cas du sauveteur qui se rend sur les lieux d'un accident horrible pour prêter main-forte aux nombreux blessés,¹⁴ ou du parent qui arrive sur la scène

Accidents Act L.R.N.-B. 1973, c. F-7; *Fatal Accidents Act* R.S.Y. 1986, c. 64; et *Fatal Accidents Act* R.S.N.W.T. 1988, c. F-3. Voir Cooper-Stephenson, c. 10 et 11. Nous ne nous attarderons pas à ces types de réclamations.

¹⁰ Voir l'affaire *Alcock*, *supra* note 6 à la p. 923 où Lord Oliver affirme, en catégorisant les décisions où il y a un préjudice moral : «Broadly they divide into two categories, that is to say those cases in which the injured plaintiff was involved, either mediately or immediately, as a participant, and those in which the plaintiff was no more than the passive and unwilling witness of injury caused to others». Voir également le jugement de Lord Lloyd dans l'affaire *Page*, *supra* note 6 aux pp. 755-56. L'insistance sur la dichotomie entre victime directe et victime indirecte semble s'accroître, surtout au Royaume-Uni. Pour une analyse critique de cette nouvelle tendance, voir C. Hilson, «Nervous Shock and the Categorisation of Victims» (1998) 6 Tort L. Rev. 37; et H. Teff, «Liability for Negligently Inflicted Psychiatric Harm: Justifications and Boundaries» (1998) 57 Cambridge L.J. 91 aux pp. 111-14 [ci-après «Justifications and Boundaries»].

¹¹ Nous ne nous attarderons pas à ce type de réclamations. Mais, voir à cet effet les affaires *Andrews c. Grand & Toy Alberta Ltd.* [1978] 2 R.C.S. 229; *Arnold c. Teno*, [1978] 2 R.C.S. 287; *Thornton c. Board of School Trustees of School District No. 5* (Prince George), [1978] 2 R.C.S. 267; et *Lindal c. Lindal*, [1981] 2 R.C.S. 629. Voir aussi Cooper-Stephenson, *supra* note 9, c. 7.

¹² Voir, par exemple, *Mason c. Westside Cemeteries Ltd.* [1996], 29 C.C.L.T. (2e) 125 (Div. gén. Ont.) [ci-après *Mason*].

¹³ Ce phénomène est particulièrement évident au Royaume-Uni. Voir *Page*, *supra* note 6 et *Vernon c. Bosley* (No. 1), [1997] 1 All E.R. 577 (C.A.) [ci-après *Vernon*].

¹⁴ Voir *Chadwick c. British Transport Commission* [1967] 2 All E.R. 945 (Q.B.) [ci-après *Chadwick*].

d'un accident de la route qui vient de se produire, et qui voit son enfant sérieusement blessé,¹⁵ ou encore du travailleur qui est témoin d'un accident du travail dans lequel plusieurs de ses collègues perdent la vie.¹⁶ Dans tous ces cas, le préjudice moral qui s'ensuit est la conséquence du préjudice causé à la victime directe.

Afin d'être en mesure de se faire indemniser, ces personnes ne peuvent se fier à l'obligation de diligence possible envers la victime directe. Elles doivent démontrer que l'auteur du délit a, envers elles, une obligation de diligence indépendante. Dans le contexte d'une action pour négligence, seule l'existence de cette obligation rend possible l'indemnisation.¹⁷

II. À LA RECHERCHE DES LIMITES IMPOSÉES PAR LES TRIBUNAUX

Lorsqu'il y a préjudice moral en common law, plusieurs des limites tracées par les tribunaux pour maîtriser la portée de la responsabilité sont analysées dans le cadre de la notion d'obligation de diligence. Avant de nous y attarder, il convient d'explorer celles qui sont imposées à l'extérieur de ce cadre. La première exige que la victime démontre qu'elle a subi un préjudice psychiatrique reconnaissable et, la seconde, que ce dernier découle d'un choc ou d'un incident inopiné qui assaille subitement le système nerveux.

A. *Le préjudice psychiatrique reconnaissable*

La victime d'un préjudice moral doit prouver qu'elle a subi un préjudice psychiatrique reconnaissable, c'est-à-dire une maladie de nature psychique reconnue par la profession médicale. Les maladies

¹⁵ Voir, par exemple, *McLoughlin*, *supra* note 6; et *Bruneau c. Bruneau* (1997), 32 B.C.L.R. (3e) 317 (S.C.) [ci-après *Bruneau*].

¹⁶ Voir, par exemple, *Mount Isa Mines Ltd. c. Pusey* (1970), 125 C.L.R. 383 (H.C. Aust.) [ci-après *Pusey*]. La question de la responsabilité envers les employés qui sont victimes de choc nerveux a récemment été étudiée au Royaume-Uni dans les affaires *Hunterc. British Coal Corp.*, [1998] 2 All E.R. 97 (C.A.); et *Frost c. Chief Constable of the South Yorkshire Police* [1997] 1 All E.R. 540 (C.A.) (droit d'appel à la Chambre de lords accordé, [1997] 3 W.L.R. 1194 à la p. 1229) [ci-après *Frost*]. Il convient par ailleurs de préciser que dans cette affaire, la cour laisse entendre que l'employé est peut-être une victime directe. Pour un commentaire sur les conséquences de cette décision, voir H. Teff, «Psychiatric Injury in the Course of Policing: A Special Case?» (1997) 5 Tort L. Rev. 184.

¹⁷ Voir *Bourhill*, *supra* note 6 à la p. 404; *Alcock*, *supra* note 6 à la p. 926; *Jaensch*, *supra* note 6 à la p. 425; et *Mullany et Handford*, *supra* note 1 à la p. 99.

psychiatriques qui frappent le plus souvent les victimes sont la dépression réactionnelle, divers types de névroses, la schizophrénie et, plus récemment, le syndrome du stress posttraumatique (ci-après SSPT).¹⁸ Bien qu'en matière de responsabilité pour négligence, le SSPT ne soit pas le seul désordre psychiatrique donnant ouverture à une indemnisation, c'est celui qui ressemble le plus au type de préjudice moral que les tribunaux veulent bien reconnaître.¹⁹

Ainsi, la personne qui dans sa peine, souffre d'inquiétude, de désolation, de tristesse, d'anxiété légère, de désappointement, de colère ou qui est tout simplement outrée, ne peut pas se faire indemniser. Énoncé maintes fois dans la jurisprudence du Commonwealth,²⁰ ce principe, qui s'applique autant aux victimes directes qu'aux victimes indirectes, est toujours valable, comme le révèlent plusieurs décisions

¹⁸ Un des ouvrages les plus importants en matière de diagnostic des maladies mentales est le American Psychiatric Association, *Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders* 4^e éd., Washington, American Psychiatric Association, 1994 aux pp. 427-29 [ci-après *DSM-IV*]. Cet ouvrage contient une description du SSPT ainsi que des six critères nécessaires pour établir le diagnostic. Les éléments fondamentaux du SSPT sont les suivants : 1) la victime est impliquée dans un accident ou est témoin d'un incident au cours duquel une personne (un tiers ou elle-même) est sérieusement blessée ou tuée. Sa réaction en est une d'horreur, d'effroi ou d'impuissance; 2) la victime revit l'événement traumatique sous forme de cauchemars et d'autres pensées accablantes; 3) la victime fuit tout ce qui en pensée, en acte ou en apparence rappelle l'événement traumatisant; 4) la victime exhibe des symptômes de dysphorie et d'agitation; 5) la perturbation de la victime se poursuit pendant plus d'un mois, et 6) cause une détérioration importante, entre autres, sur le plan professionnel. Voir J.T. Brown, «Compensation Neurosis Rides Again: A Practitioner's Guide to Defending PTSD Claims» (1996) 63 *Defense Counsel J.* 467 pour un bon exposé des critères du SSPT et autres troubles du même type. Pour un exposé plus détaillé sur les dimensions médicales des réclamations pour préjudice psychiatrique dans le contexte du délit de négligence, voir Mullany et Handford, *supra* note 1 aux pp. 24-42; et Law Commission, *Liability for Psychiatric Illness* Consultation Paper No. 137, London (R.-U.), HMSO, 1995 aux pp. 38-50 [ci-après *Liability for Psychiatric Illness*].

¹⁹ Toutefois une mise en garde s'impose. Nous empruntons les mots du juge Thorpe dans l'affaire *Vernon*, *supra* note 13 à la p. 610 :

PTSD and its DSM-III-R [version préalable au DSM-IV] classification should not ... be adopted in personal injury litigation as the yardstick by which the plaintiff's success or failure is to be measured. First, PTSD is not a bespoke measure for the purpose of nervous shock litigation. It was produced for other purposes and is itself of a much wider range The fact that it is a diagnostic that necessarily involves a shock is not a reason for elevating it to the exclusion of other psychiatric illnesses that may be shock induced.

²⁰ Au Royaume-Uni, voir d'abord le jugement de Lord Denning dans *Hinz c. Berry*, [1970] 2 Q.B. 40 aux pp. 42-43. Voir également *McLoughlin*, *supra* note 6 aux pp. 301, 311-12; *Alcock*, *supra* note 6 à la p. 925; *Page*, *supra* note 6 à la p. 739; *Vernon*, *supra* note 13 à la p. 600; et en Australie, *Jaensch*, *supra* note 6 à la p. 419.

canadiennes récentes.²¹ Il s'agit d'une mesure efficace de contrôle de la portée de la responsabilité qui sert à éliminer un grand nombre de réclamations.²²

Malgré ce principe, certains tribunaux canadiens accordent des dommages-intérêts même s'il semble clair, d'après la preuve, qu'il n'y a pas de préjudice psychiatrique reconnaissable.²³ Ailleurs, la présence d'un préjudice psychiatrique est acceptée implicitement, le tribunal se fondant uniquement sur le témoignage de la victime, sans preuve médicale à l'appui.²⁴ Dans l'affaire *McDermott*, la famille d'une jeune fille de treize ans est impliquée dans un accident d'automobile sérieux. Les parents, assis sur la banquette avant, sont tués sur le coup, devant

²¹ Voir *Beaulieu c. Sutherland* (1986), 35 C.C.L.T. 237 à la p. 246 (B.C.S.C.) [ci-après *Beaulieu*]; *Beecham*, *supra* note 7 à la p. 46; *Bruneau*, *supra* note 15 aux pp. 322-23; *Campbell c. Varanese* (1991), 102 N.S.R. (2e) 104 aux pp. 118-19 (C.A.) [ci-après *Campbell*]; *Corcoran c. MacKay* (1986), 58 Nfld. & P.E.I.R. 263 à la p. 266 (P.E.I. S.C.) [ci-après *Corcoran*]; *Cox c. Fleming* (1993), 13 C.C.L.T. (2e) 305 à la p. 317 (B.C.S.C.), inf. en partie par (1995), 15 B.C.L.R. (3e) 201 (C.A.) (le jugement de la Cour d'appel est silencieux sur ce point) [ci-après, en première instance, *Cox*]; *Dube (Litigation Guardian of) c. Penlon Ltd.* (1994), 21 C.C.L.T. (2e) 268 aux pp. 301-04 (Div. gén. Ont.) [ci-après *Dube*]; *Frank c. Cox* (1988), 84 N.S.R. (2e) 370 aux pp. 379-80 (N.S.S.C.) [ci-après *Frank*]; *Kardan c. Bartholdi* (1995), 83 O.A.C. 158 à la p. 160 [ci-après *Kardan*]; *McCartney c. Andrews* [1987] O.J. No. 1092 aux paras. 55-56 (H.C.J.) (QL) [ci-après *McCartney*]; *Macartney c. Islic* (1996), 34 C.C.L.I. (2e) 119 à la p. 135 (Div. gén. Ont.) [ci-après *Islic*]; *Rhodes*, *supra* note 1 aux pp. 264-67; *Strong c. Moon* (1992), 13 C.C.L.T. (2e) 296 aux pp. 299, 303-04 (B.C.S.C.) [ci-après *Strong*]; et *Talibi c. Seabrook* (1995), 177 A.R. 299 à la p. 305, 28 C.C.L.T. (2e) 254 (Q.B.) [ci-après *Talibi* avec renvois aux A.R.].

²² Voir, par exemple, *Beaulieu*, *supra* note 21; *Islic*, *supra* note 21; et *Talibi*, *supra* note 21.

²³ Sur ce point les affaires canadiennes récentes sont : *McDermott c. Ramadanovic Estate* (1988), 27 B.C.L.R. (2e) 45 à la p. 53 (S.C.) [ci-après *McDermott*]; *Fox c. Benko* (1993), 140 A.R. 62 à la p. 72 (Q.B.) [ci-après *Fox*] où le tribunal, tout en reconnaissant que l'enfant demandeur n'a subi aucun préjudice, corporel ou moral, au moment d'un accident de la route, décide de lui octroyer 2 000 \$ en dommages-intérêts pour l'inquiétude et l'affliction causées par le préjudice à sa mère; *Ashley Estate c. Goodman*, [1994] O.J. No. 1672 aux paras. 16-19 (Div. gén.) (QL) [ci-après *Ashley Estate*] où le juge indemnise pour le chagrin et la douleur liés au décès de la conjointe du demandeur et non pour un préjudice psychiatrique reconnaissable; *Vanek c. Great Atlantic & Pacific Co. of Canada* (1997), 39 O.T.C. 54 (Div. gén.) [ci-après *Vanek*] où le tribunal cite l'affaire *Mason*, *supra* note 12, dans laquelle la cour affirme que les souffrances émotionnelles ou mentales méritent d'être indemnisées, même si elles ne sont pas de la même intensité qu'un préjudice psychiatrique reconnaissable.

²⁴ Voir *Vanek*, *supra* note 23 aux pp. 22-23; *Sutton c. Pelley*, [1993] O.J. No. 2429 au para. 21 (Div. gén.) (QL) [ci-après *Sutton*] où le tribunal n'hésite pas à affirmer :

A displaced bone protruding from the skin of [a] motor vehicle accident victim does not require a medical opinion that the leg was fractured. So too, emotional scarring in the appropriate cases may be established by lay evidence. I find that it is not essential as a matter of law to have a medical diagnosis accepted by the court of a psychotic disorder in order that compensation may be given for nervous shock.

Ce point de vue illustre bien les frustrations que certains tribunaux ressentent face aux limites à l'indemnisation d'un préjudice moral, mais ce jugement ne représente pas la norme.

leur fillette installée à l'arrière de l'automobile. Aucune preuve de préjudice moral reconnaissable n'est soumise au tribunal. Malgré tout, la juge Southin décide d'accorder des dommages-intérêts de l'ordre de 20 000 \$ à la fillette. Au cours de son jugement, la juge remet en question la pratique selon laquelle seul le préjudice moral reconnaissable peut faire l'objet d'une indemnisation. À son avis, sans aller aussi loin que d'indemniser pour le chagrin ou la tristesse, il doit être possible de compenser une personne pour certaines souffrances émotionnelles, sans que celles-ci soient nécessairement classifiées comme un désordre psychiatrique reconnu par les professionnels de la santé.²⁵ Ces propos sont repris dans l'affaire *Mason* :

It is difficult to rationalize awarding damages for physical scratches and bruises of a minor nature but refusing damages for deep emotional distress which falls short of a psychiatric condition. Trivial physical injury attracts trivial damages. It would seem logical to deal with trivial emotional injury on the same basis, rather than by denying the claim altogether. ... It is recognized that emotional pain is just as real as physical pain and may, indeed, be more debilitating. I cannot see any reason to deny compensation for the emotional pain of a person who, although suffering, does not degenerate emotionally to the point of actual psychiatric illness.²⁶

Nous constatons donc que le principe du préjudice psychiatrique reconnaissable n'est pas accepté d'emblée par tous. Certains tribunaux, surtout dans les cas où la victime est directe ou hybride,²⁷ font carrément fi de cette exigence. Ce phénomène semble indiquer un certain malaise, surtout lorsque la victime a souffert un préjudice moral qui va au-delà du simple chagrin, mais qui n'est pas identifié comme un préjudice psychiatrique reconnaissable. En fait, ce type de préjudice a déjà fait l'objet d'indemnisation dans certains états américains²⁸ ainsi que dans certains ressorts de droit civil.²⁹

²⁵ Voir *McDermott supra* note 23 à la p. 53. Ce point de vue a été adopté par la suite dans *Vanek, supra* note 23 et *Sutton, supra* note 24.

²⁶ *Supra* note 12 aux pp. 146-47.

²⁷ Dans *McDermott supra* note 23 et *Fox, supra* note 23, les victimes ont en fait un statut hybride. Elles sont des victimes directes parce qu'elles étaient impliquées dans l'accident mais leur préjudice moral est causé par le choc de constater les blessures ou le décès de leurs proches, également victimes de l'accident. En ce sens, elles sont des victimes indirectes.

²⁸ Voir W.P. Keeton, *Prosser and Keeton on the Law of Torts* 5e éd., St. Paul (Minn.), West Publishing, 1984 aux pp. 362-65; et D.B. Marlowe, «Negligent Infliction of Mental Distress: A Jurisdictional Survey of Existing Limitation Devices and Proposal Based on an Analysis of Objective Versus Subjective Indices of Distress» (1988) 33 *Vill. L. Rev.* 781.

²⁹ La France, par exemple, reconnaît le principe de la réparation du préjudice moral par ricochet. La victime doit prouver que le préjudice est personnel, direct et certain. L'accent n'est pas placé sur le préjudice psychiatrique reconnaissable, mais sur la douleur qui doit être réelle et suffisamment profonde. Voir H. Mazeau, L. Mazeau et A. Tunc, *Traité théorique et pratique de la*

De plus, il convient de remarquer qu'en matière d'indemnisation du préjudice corporel, il n'existe aucune restriction. Une blessure mineure fera l'objet de réparation quoique les dommages-intérêts seront ajustés pour refléter l'ampleur du préjudice. De plus, rappelons que pour des raisons historiques, dans le cas de certains délits intentionnels, la partie demanderesse n'a pas à faire la preuve d'un dommage corporel.³⁰ Pourtant, cette règle n'a jamais donné lieu à une avalanche de poursuites pour ces types de délits. Il y a donc lieu de se questionner sur la légitimité de la règle du préjudice psychiatrique reconnaissable, car incontestablement elle représente une limite importante à la réparation du préjudice moral.

B. *La nécessité d'un choc soudain*

Compenser pour le préjudice moral en common law exige non seulement qu'il y ait préjudice psychiatrique reconnaissable, mais également que ce trouble soit causé par un choc, un incident qui assaille subitement le système nerveux au moment de l'accident.³¹ Deux conséquences découlent de cette règle. Selon la première, les tribunaux sont hésitants à indemniser pour une maladie psychiatrique reconnue qui, tout en étant rattachée à l'accident ou à ses séquelles immédiates, n'est pas le résultat d'un choc unique et précis qui porte subitement atteinte au système nerveux de l'individu.³² Cette attitude peut surprendre puisque au point de vue médical il est maintenant bien établi qu'un préjudice psychiatrique peut avoir de nombreuses causes, qui ne

responsabilité civile t. 1, 6e éd. Paris, Éditions Montchrestien, 1965. Les auteurs précisent à la p. 417:

C'est cette condition d'une douleur suffisante pour que l'attribution d'une somme d'argent ne paraisse dénuée de cause qui doit constituer la barrière à opposer à la multiplication des demandes. Cette même condition doit permettre de rejeter les demandes, mêmes formées par les plus proches parents, lorsqu'ils se prévalent, non d'un décès, mais des inquiétudes que leur a causées la santé de la victime de l'accident.

Le droit civil québécois adopte une approche semblable. Voir, J.-L. Baudoin, *La responsabilité civile délictuelle* 4e éd., Cowansville (Qc.), Yvon Blais, 1994 aux pp. 135-38, 223-35.

³⁰ Voir Fleming, *supra* note 8 aux pp. 22-23.

³¹ Cette condition a récemment été réitérée par Lord Ackner dans l'affaire *Alcock*, *supra* note 6 à la p. 918 : «[shock] involves the sudden appreciation by sight or sound of a horrifying event, which violently agitates the mind».

³² Voir *Rhodes*, *supra* note 1 à la p. 285, où la juge Southin indique qu'il doit y avoir un élément de peur, de terreur et d'horreur; *Dube*, *supra* note 21 à la p. 301; et *Talibi*, *supra* note 21 à la p. 305.

sont pas nécessairement attribuables à un choc soudain.³³ En fait, une étude plus poussée des décisions précédant l'affaire *Alcock* révèle que le préjudice subi par la victime n'est pas nécessairement survenu à la suite d'un seul moment d'horreur ou de terreur.³⁴ Précisons également qu'au Royaume-Uni, en ce qui a trait aux victimes directes, la nécessité d'un choc soudain semble être remise en question.³⁵

En fait, si un tribunal applique strictement la règle, la victime devra prouver que son préjudice découle directement du choc soudain qu'elle a vécu au moment de l'accident et non du deuil et de l'affliction qui ont suivi l'événement. Cet exercice comporte certaines difficultés. Par exemple, dans la très récente affaire *Bruneau*, le juge Maczko accepte la preuve de SSPT chez la demanderesse, une mère de famille qui a été témoin d'un accident d'automobile sérieux dans lequel son conjoint et ses deux jeunes enfants ont été blessés, toutefois il affirme :

Unfortunately the law does not compensate for the stress and emotional difficulties which flow as a result of caring for her family. I must find a way of distinguishing that part of the post-traumatic stress syndrome which flowed from her observations at the scene of the accident and that which flowed from the other stressors in her life. I am only permitted to compensate for the former.³⁶

Or, une telle démarche s'avère un exercice difficile, parfois même impossible, qui mène souvent à des distinctions tout à fait artificielles.

³³ Voir H. Teff, «The Requirement of "Sudden Shock" in Liability for Negligently Inflicted Psychiatric Damage» (1996) 4 Tort L. Rev. 44 à la p. 48 [ci-après «The Requirement of "Sudden Shock"»]; et Mullany et Handford, *supra* note 1 à la p. 200.

³⁴ L'affaire *McLoughlin*, *supra* note 6, est un bon exemple. La victime, une mère de famille, a d'abord reçu un coup de téléphone d'une tierce partie lui indiquant qu'il y avait eu un accident. Elle s'est rendue à l'hôpital pour constater le décès d'un de ses enfants et réconforter les autres membres de sa famille qui étaient encore sanglants et sous le choc de l'accident. Voir «The Requirement of "Sudden Shock"», *supra* note 33 à la p. 49.

³⁵ Voir le jugement du juge Henry dans *Frost*, *supra* note 16 à la p. 556, où il affirme : «But what matters is not the label on the trigger for psychiatric damage, but the fact and foreseeability of psychiatric damage, by whatever process. ... Clearly the law should accept post-traumatic stress disorder rather than exclude it whether it is caused by sudden shock (properly defined) or not». Voir également *Walker*, *supra* note 4, où l'indemnisation pour le stress en milieu de travail a été accordée sans qu'il soit question de choc ou d'impact soudain.

³⁶ *Supra* note 15 à la p. 322. Une approche semblable est adoptée dans l'affaire *Szeliga Estate c. Vanderheide* [1992] O.J. No. 2856 (Div. gén.) (QL) [ci-après *Szeliga Estate*] où le juge accorde la somme de 9 000 \$ pour la partie du préjudice attribuable au fait que la demanderesse a vu et identifié le corps mutilé de sa soeur à la morgue de l'hôpital. Voir également *Montgomeryc. Murphy* (1982), 136 D.L.R. (3e) 525 aux pp. 529-30 (Div. gén. Ont.); et *Frank*, *supra* note 21 à la p. 379.

L'approche adoptée récemment dans deux décisions, l'une en Ontario³⁷ et l'autre au Royaume-Uni,³⁸ semble préférable. Plutôt que de tenter de séparer les diverses causes de la maladie, les deux cours affirment que la responsabilité sera imputée à l'auteur de l'acte délictueux pour l'ensemble du préjudice psychiatrique si le délit est la cause ou a contribué au préjudice. Il faut donc espérer que d'autres tribunaux sauront s'inspirer de cette approche conforme à l'esprit de la dernière décision de la Cour suprême du Canada en matière de causalité.³⁹

Quant à la deuxième conséquence, les tribunaux sont très réticents à reconnaître la légitimité du préjudice psychiatrique qui se développe progressivement à la suite d'une accumulation d'événements négatifs qui minent lentement l'équilibre psychologique de la victime.

[T]he law will not compensate such a person for the mental anguish and even illness which may flow from having lost a wife, parent or child or from being compelled to look after an invalid. ... [T]he law in general provides no remedy, however severe the consequences of the distress or grief may be to the health or well-being of the third party and however close his relationship to the victim.⁴⁰

Cette approche est également présente au Canada. Dans l'affaire *Beecham*,⁴¹ la Cour d'appel de la Colombie-Britannique devait se prononcer sur la responsabilité en négligence envers un jeune homme dont la compagne, à la suite d'un accident d'automobile, avait été très sérieusement blessée. Au cours des années qui ont suivi l'accident, le demandeur est devenu déprimé. Plusieurs psychiatres témoignent au procès que l'état dépressif du demandeur découle, à toute fin pratique, du fait qu'il a perdu la compagne qu'il aimait et qu'il refuse de l'accepter. Selon la Cour d'appel, il est indubitable que la maladie du demandeur n'a pas été causée par le choc de l'accident ou par le choc de

³⁷ Voir *Kardan*, *supra* note 21 à la p. 160.

³⁸ *Vernon*, *supra* note 13 à la p. 605, où Lord Lloyd affirme :

[D]amages are recoverable for mental illness caused or at least contributed to by actionable negligence of the defendant i.e. in breach of a duty of care, notwithstanding that the illness may also be regarded as a pathological consequence of the bereavement which the plaintiff, where the primary victim was killed, must inevitably have suffered.

³⁹ Voir *Atheyc. Leonati*, [1996] 3 R.C.S. 458 à la p. 467 où le juge Major écrit :

Dans la mesure où le défendeur est *en partie* la cause du préjudice, il engage sa responsabilité, même si son acte était insuffisant à lui seul pour concrétiser le préjudice. Il n'y a aucune raison de réduire la responsabilité parce qu'il existait d'autres préalables : le défendeur reste responsable de tout préjudice qu'il a causé ou contribué à causer par sa négligence.

⁴⁰ *Alcock*, *supra* note 6 aux pp. 924-25, Lord Oliver.

⁴¹ *Supra* note 7.

voir les blessures de la victime. Bien qu'il fût peut-être prévisible, au moment de l'accident, qu'un des passagers développe un préjudice psychiatrique reconnaissable, en l'occurrence une dépression réactionnelle, cela n'était pas suffisant. En l'espèce, il n'y avait pas de proximité causale suffisante entre le préjudice et l'accident pour imposer la responsabilité à la partie fautive.

Il semble clair, à la lumière des décisions canadiennes subséquentes qui s'appuient sur l'affaire *Beecham*,⁴² qu'il y a une distinction à faire entre la personne qui, au moment de l'accident ou immédiatement après, reçoit un choc qui entraîne un préjudice psychiatrique reconnaissable et celle qui développe le même préjudice à la suite du même accident, mais sans l'élément de choc soudain. La première a droit à une indemnisation, l'autre pas. Pour certains, cette divergence de traitement peut s'expliquer par la présence d'une plus grande proximité dans le premier cas que dans le second.⁴³ Selon le juge Deane, dans l'affaire *Jaensch*, il faut distinguer le préjudice moral qui découle des événements qui font partie de l'accident en soi et de ses séquelles, par exemple le choc directement provoqué par la prise de conscience du dommage, du préjudice moral qui résulte du contact de la victime indirecte avec les conséquences plus éloignées de l'accident, tel l'état de santé de la victime directe.⁴⁴ Pour d'autres, il est injustifié de tracer de telles limites;⁴⁵ il vaut mieux, une fois l'obligation de diligence retenue, se servir de la causalité pour établir le lien entre l'acte de

⁴² Voir, par exemple, *Dube*, *supra* note 21 aux pp. 301-04, où le tribunal refuse d'indemniser les parents d'un enfant qui a subi un préjudice important lors d'une intervention chirurgicale. Bien qu'il y ait un lien de causalité entre la négligence du médecin et le préjudice psychiatrique reconnaissable des parents, le tribunal est d'avis que le préjudice n'a pas été causé par un choc soudain. Voir également *Brown (Next Friend of)c. University of Alberta Hospital*[1997] 4 W.W.R. 645 aux pp. 739-42 (Alta. Q.B.). Comparer *O'Neillc. Campbell* (1995), 161 R.N.-B. (2e) 1 à la p. 54 (B.R.) où le tribunal accorde des dommages-intérêts pour la dépression réactionnelle de la mère d'une jeune femme sérieusement blessée dans un accident. La dépression était imputable aux blessures de la jeune fille et à l'attention que la mère avait portée à son enfant pendant une longue période de temps. Cette décision va clairement à l'encontre des principes énoncés dans *Beecham*, *supra* note 7. Au Royaume-Uni, les tribunaux ne se sont pas montrés très réceptifs face à ce type de réclamations. Voir, par exemple, *Sion c. Hampstead Health Authority*[1994] 5 Med. L.R. 170 (C.A.).

⁴³ Voir *Alcock*, *supra* note 6 aux pp. 925-26, Lord Oliver.

⁴⁴ *Supra* note 6 à la p. 462.

⁴⁵ Voir C. Pugh et M.R. Trimble, «Psychiatric Injury After Hillsborough» (1993) 163 Brit. J. Psy. 425 à la p. 429, où les auteurs affirment «[t]he law is plainly a lottery in which some bystanders get splattered with blood and others with money». Voir également H. Teff, «Liability for Psychiatric Illness After Hillsborough» (1992) 12 Oxford J. Leg. Stud. 440 aux pp. 447 et s.

négligence et le préjudice de la victime.⁴⁶ Quel que soit le point de vue adopté, une chose est certaine : faire du choc soudain une exigence prive quelques victimes méritoires de la possibilité de se faire indemniser.

C. L'obligation de diligence et ses éléments limitatifs

Afin qu'il y ait responsabilité pour négligence, la partie demanderesse doit prouver que l'auteur de l'acte négligent avait, envers elle, une obligation de diligence. Cette obligation exige qu'une personne évite tout comportement qui crée un risque inacceptable de préjudice envers autrui. Les tribunaux ont développé plusieurs critères pour déterminer si, dans une situation donnée, l'obligation de diligence doit être retenue. Toute démarche en ce sens débute par l'application de la notion de prévisibilité.

1. Le critère de prévisibilité raisonnable

Il faut bien saisir qu'il existe deux aspects à la question : la prévisibilité de la victime et celle du préjudice moral lui-même.⁴⁷ Pour ce qui est du premier aspect : la victime ne peut se fier au devoir que l'auteur du délit peut avoir envers autrui. Elle doit démontrer que ce devoir existait envers elle, comme individu ou comme membre d'un groupe. Quant au deuxième aspect, précisons que le préjudice moral doit être prévisible.⁴⁸ Le tribunal doit donc être convaincu que, pour la personne raisonnable placée dans la situation où se trouvait l'auteur de l'acte délictueux, il était prévisible, au moment où le geste délictueux a été posé, que la victime subisse un préjudice psychiatrique reconnaissable.⁴⁹ Il n'est toutefois pas nécessaire, selon la majorité des décisions en la

⁴⁶ Voir S. Woollard, «Liability for Negligently Inflicted Psychiatric Illness: Where Should We Draw the Line?» (1998) 27 *Anglo-Am. L. Rev.* 112 à la p. 127 [ci-après «Where Should We Draw the Line?»].

⁴⁷ Mullany et Handford, *supra* note 1 à la p. 65.

⁴⁸ Certaines décisions canadiennes récentes confirmant ce principe sont : *Bechard*, *supra* note 7 à la p. 518, où la Cour d'appel de l'Ontario n'hésite pas à affirmer : «under Canadian and English law reasonable foresight of nervous shock to the plaintiff is the touchstone of liability»; *Ashley Estate*, *supra* note 23 au para. 14; *Dube*, *supra* note 21 au para. 52; *McCartney*, *supra* note 21 à la p. 29; et *Islic*, *supra* note 21 à la p. 135.

⁴⁹ Voir *Bourhill*, *supra* note 6; et *Palsgraf c. Long Island Railway Co.*, 162 N.E. 99 (N.Y. C.A. 1928).

matière, que le type exact de préjudice psychiatrique soit identifié.⁵⁰ En outre, dans l'affaire anglaise récente *Page*, la Chambre des lords a précisé que, pour les victimes directes, la simple prévisibilité du dommage suffit. Que le dommage soit physique ou moral a peu d'importance, puisque de toute façon la partie défenderesse a une obligation de diligence de ne pas causer de dommage à la partie demanderesse.⁵¹ Il reste à voir si les tribunaux canadiens adopteront également ce point de vue, du moins pour les victimes directes.

À moins que l'auteur du délit ne soit au courant de la susceptibilité particulière de la victime, lorsque le critère de prévisibilité raisonnable est appliqué, il faut présumer que la victime est une personne de tempérament et de flegme normal, possédant une certaine fermeté d'esprit.⁵² L'utilisation de la personne dite «flegmatique», comme jalon pour établir s'il y a ou non responsabilité, soulève plusieurs questions auxquelles nous nous attarderons ci-dessous. Pour le moment, notons seulement que l'objectif semble être de contrôler les réclamations des spectatrices et spectateurs sensibles, qui réagiraient anormalement à certains traumatismes.

De façon générale, le critère de prévisibilité raisonnable ne pose pas de difficultés majeures aux victimes indirectes de préjudice moral. La plupart des tribunaux considèrent ces personnes comme étant prévisibles.⁵³ En fait, c'est cette constatation qui pose problème. Les tribunaux craignent que l'adoption du critère de prévisibilité entraîne une perte de contrôle sur le nombre de réclamations.⁵⁴

⁵⁰ Voir Mullany et Handford, *supra* note 1 aux pp. 71-72. Voir également Pusey, *supra* note 16 aux pp. 390, 392, 393, 402; et Jaensch, *supra* note 6 à la p. 427.

⁵¹ *Supra* note 6 à la p. 758 où Lord Lloyd ajoute «[f]oreseeability of psychiatric injury remains a crucial ingredient when the plaintiff is the secondary victim, for the very reason that the secondary victim is almost always outside the area of physical impact, and therefore outside the range of foreseeable physical injury».

⁵² Voir Bourhill, *supra* note 6 à la p. 409; Bechard, *supra* note 7 à la p. 525; McLoughlin, *supra* note 6 à la p. 304, L. Wilberforce; Alcock, *supra* note 6 à la p. 919, L. Ackner; Vernon, *supra* note 13 à la p. 599, M. le juge Evans. Voir également L.N. Klar, *Tort Law*, 2e éd., Scarborough (Ont.), Carswell, 1996 à la p. 343; et Fleming, *supra* note 8 à la p. 162.

⁵³ Voir, par exemple, Alcock, *supra* note 6 à la p. 926, Lord Oliver; Rhodes, *supra* note 1 à la p. 272; et Dube, *supra* note 21 à la p. 302.

⁵⁴ Le débat n'est pas limité au cas particulier de la réparation du préjudice moral. Le rôle de la prévisibilité et son interaction avec d'autres critères font l'objet de débat en matière de pertes purement économiques et de responsabilité des autorités publiques. Voir Fleming, *supra* note 8 aux pp. 137-46; et Klar, *supra* note 52 aux pp. 141-45.

2. Le critère de proximité

Comme l'indiquait Lord Wilberforce dans l'affaire *McLoughlin*, la décision à savoir s'il existe une obligation de diligence dans un cas donné ne peut pas être prise au moyen du seul critère de prévisibilité raisonnable. Pour des raisons de politique sociale, notamment le fait que le préjudice moral puisse être le lot d'un grand nombre de personnes, la common law doit limiter l'indemnisation en ce qui touche le préjudice moral subi par des victimes indirectes.⁵⁵ Lord Wilberforce propose de restreindre les réclamations aux personnes qui ont un lien affectif étroit avec la victime directe,⁵⁶ qui sont présentes sur les lieux de l'accident ou y parviennent immédiatement après⁵⁷ et qui sont témoins des séquelles de l'accident de façon directe plutôt que par l'entremise d'une autre personne ou celle des médias d'information.⁵⁸

Toujours dans *McLoughlin*, Lord Bridge propose une approche différente. À son avis, il est préférable de se fier au critère de prévisibilité raisonnable et de ne pas limiter arbitrairement le droit à la réparation. Selon lui, les facteurs tels la nature du lien affectif entre les parties, la proximité de temps et de lieu ainsi que la perception directe de l'accident seront inévitablement considérés par le tribunal dans l'analyse du critère de prévisibilité raisonnable. En outre, Lord Bridge

⁵⁵ *Supra* note 6 à la p. 304.

⁵⁶ Alors que pour Lord Wilberforce seul le lien parent/enfant ou époux/épouse répond au critère, dans l'affaire *Alcock*, *supra* note 6, la Chambre des lords se dit prête à ne pas classer les victimes de préjudice moral dans des catégories rigides. Plutôt que de se fonder sur des catégories biologiques précises, elle propose le recours au critère du lien affectif important, qui exigerait une enquête sur la relation entre la victime de l'accident et celle qui subit le préjudice moral. Bien qu'une telle approche ait le mérite d'élargir le groupe de personnes envers lesquelles l'auteur d'un délit peut avoir une obligation de diligence, elle soulève plusieurs problèmes, le moindre étant celui de définir la nature exacte du lien affectif nécessaire pour être considéré comme une victime prévisible.

⁵⁷ C'est le principe des séquelles. Il s'applique soit à la personne qui arrive sur les lieux de l'accident où elle constate elle-même les blessures de ses proches, soit à celle qui dans un court laps de temps, deux heures à peine selon *McLoughlin*, arrive à l'hôpital où elle voit les victimes dans l'état où elles étaient sur les lieux de l'accident. Le principe a été appliqué de façon très rigide dans *Alcock*, *supra* note 6. La Chambre des lords a refusé d'indemniser la victime *Alcock* pour le choc subi à la suite de l'identification de son beau-frère à la morgue, huit heures après l'incident.

⁵⁸ Certains tribunaux semblent avoir créé une exception à la règle dans le cas des victimes hybrides. Voir *Kwok c. B. C. Ferry Corp.* (1987), 20 B.C.L.R. (2e) 318 (S.C.) [ci-après *Kwok*], où la victime, un père de famille, a réussi à se faire indemniser pour le préjudice psychiatrique causé par la nouvelle du décès de son épouse et de l'un de ses enfants. Il avait lui-même été impliqué et blessé dans l'accident.

croit qu'il est important de conserver une certaine flexibilité et d'analyser chaque cas selon les faits.

En Australie, à l'instigation du juge Deane dans l'affaire *Jaensch*, la notion de proximité a pris une importance encore plus grande. Elle est perçue comme étant «an anterior general requirement which must be satisfied before any duty of care to avoid reasonably foreseeable injury will arise». ⁵⁹ C'est cet élément qui est examiné en premier lieu lors de l'étude de l'obligation de diligence dans un cas donné. ⁶⁰ Selon le juge Deane, la proximité est un principe flexible qui comprend les éléments de proximité physique, circonstancielle ou causale ainsi que des considérations de politique sociale.

Dans l'affaire *Alcock*, la Chambre des lords a clairement laissé entendre que l'élément de prévisibilité raisonnable n'était pas suffisant en soi pour décider de l'existence d'une obligation de diligence envers une victime indirecte. ⁶¹ Selon Lord Oliver, la présence d'une combinaison de facteurs, y compris le lien affectif entre la victime directe et la victime indirecte, la proximité temporelle et la perception directe des effets de l'accident, serviront à déterminer s'il y a proximité ou pas dans un cas donné. Contrairement à la position australienne qui place la proximité à l'avant-plan de toute démarche, en droit anglais la proximité est simplement l'un des éléments dont il faut tenir compte lors de l'analyse de l'obligation de diligence. ⁶²

Quelle est l'approche adoptée au Canada? Les décisions qui précèdent l'affaire *McLoughlin* confirment d'emblée que le critère à retenir est celui de la prévisibilité du choc nerveux. ⁶³ Par ailleurs, les décisions plus récentes révèlent que dans plusieurs cas les tribunaux

⁵⁹ *Jaensch*, *supra* note 6 à la p. 446. Bien que dans cette affaire ce soit surtout le juge Deane qui insiste sur la proximité, la jurisprudence révèle que les juges de la Haute Cour (à l'exception du juge Brennan) ont adopté la même approche. Pour un exemple dans un contexte autre que celui du préjudice moral, voir *The Council of Sutherland Shirec. Heyman* (1985), 157 C.L.R. 424 (Aust. H.C.).

⁶⁰ Voir P. Vines, «Proximity as Principle or Category: Nervous Shock in Australia and England» (1993) 16 U.N.S.W. L.J. 458 aux pp. 463-71 [ci-après «Proximity as Principle or Category»].

⁶¹ Voir *Alcock*, *supra* note 6 aux pp. 914, 916-17, 926-29 et 933. Selon la jurisprudence anglaise depuis *Caparo Industries plc c. Dickman*, [1990] 1 All E.R. 568 à la p. 585 (H.L.), trois facteurs servent à déterminer s'il y a une obligation de diligence dans un cas donné : la prévisibilité du dommage, la proximité et le fait qu'il soit juste et raisonnable d'imposer une telle obligation.

⁶² Pour une analyse plus approfondie au sujet de la différence entre les approches australienne et anglaise, voir «Proximity as Principle or Category», *supra* note 60.

⁶³ Voir notamment *Marshall c. Lionel Enterprises Inc*, [1972] 2 O.R. 177 à la p. 185 (H.C.); et *Duwyn*, *supra* note 7 aux pp. 749-50.

rendent leur décision sans analyser à fond les éléments du problème. En outre, l'approche choisie pour trancher le litige n'est pas uniforme et les critères appliqués ne sont pas constants. Les décisions se divisent en trois catégories générales.

Dans la première catégorie, nous trouvons les décisions qui s'inspirent des arrêts canadiens rendus avant l'affaire *McLoughlin*. Dans ces cas, les approches respectives de Lord Bridge et de Lord Wilberforce ne sont même pas mentionnées. Le tribunal se sert d'un critère de prévisibilité raisonnable du choc nerveux tout simplement. S'il y a des considérations sociopolitiques, elles sont camouflées par l'analyse de la prévisibilité. Le choc nerveux était-il prévisible? Le tribunal répondra tout simplement oui ou non, sans analyser à fond la question.⁶⁴

La deuxième catégorie comprend les instances où, après avoir mentionné les approches respectives de Lord Bridge et de Lord Wilberforce, le tribunal tranche sur les faits sans jamais indiquer s'il favorise une approche plutôt qu'une autre. L'affaire *Bechard* illustre bien cette façon de procéder. Après avoir indiqué que la responsabilité pour préjudice moral dépend essentiellement de la prévisibilité raisonnable du choc nerveux, le juge Griffiths, qui s'exprime au nom de la Cour d'appel de l'Ontario, affirme : «Whether one applies the rule of foreseeability as the principal exercise as suggested by Lord Scarman in *McLoughlin* ... or whether one resorts to policy considerations to place some limit on the foreseeability rule, it seems to me that [the plaintiff] should recover in the circumstances of this case».⁶⁵ La décision *Szeliga Estate* utilise une approche semblable. «What is not yet clear», affirme le tribunal, «is whether as a matter of policy the courts will seek to place some limits on recovery even in cases where the harm is foreseeable and causation is proved».⁶⁶

La troisième catégorie comprend les décisions qui s'inspirent plutôt de l'approche du juge Deane dans *Jaensch*, où un rôle primordial est attribué au critère de proximité. Typiquement, dans les jugements de cette troisième catégorie on note un effort d'analyse beaucoup plus poussé. Les tribunaux affirment clairement que le critère de prévisibilité est insuffisant. Par exemple, dans l'affaire *Beecham*, la Cour d'appel de la Colombie-Britannique s'appuie sur l'approche du juge Deane pour

⁶⁴ Pour des exemples récents, voir *Islic*, *supra* note 21 à la p. 135; *McCartney*, *supra* note 21 aux pp. 29-31; et *Ashley Estate*, *supra* note 23.

⁶⁵ *Bechard*, *supra* note 7 à la p. 524.

⁶⁶ *Supra* note 36 à la p. 19. Voir également *Nespolon*, *supra* note 7. Dans cette affaire, sans choisir spécifiquement l'approche utilisée par L. Bridge, la majorité s'est servie du critère de la prévisibilité pour analyser la responsabilité envers la victime de préjudice moral.

conclure que le critère de proximité doit s'ajouter à celui de la prévisibilité.⁶⁷ La même cour s'exprime à nouveau sur le sujet dans l'affaire *Rhodes*. Le juge Wallace écrit :

[i]t is the proximity relationship ... which provides the evidentiary base from which the court may conclude, as a question of law, that a reasonable person should foresee that his conduct, in such circumstances, could create a risk of "direct" psychiatric injury and so give rise to a duty of care to avoid such a result.⁶⁸

Toujours selon le juge Wallace, la notion de proximité est composée d'une série d'éléments, notamment la proximité relationnelle (il existe un lien étroit entre la victime directe et la victime indirecte), la proximité locative (la victime est témoin de l'accident et en perçoit les conséquences par ses propres sens) et la proximité temporelle (la période de temps entre l'accident et l'apparition du préjudice psychiatrique reconnaissable est courte). Les considérations de politique sociale font également partie du concept de prévisibilité. Selon le juge Wallace, tous ces facteurs sont pertinents lorsqu'il s'agit de décider si le risque de préjudice moral était prévisible.⁶⁹ Ce point de vue est endossé par le tribunal dans les affaires *Strong*⁷⁰ et *Talibi*.⁷¹

Dans une affaire ontarienne récente,⁷² après avoir concédé que l'état du droit au Canada est loin d'être particulièrement clair, le juge Zuber affirme, en s'appuyant sur l'affaire *Alcock*, que la prévisibilité n'est pas un facteur suffisant. Les facteurs suivants doivent être considérés : le lien étroit avec la victime, la présence d'un préjudice psychiatrique reconnu, la proximité de temps et de lieu et le caractère soudain de l'événement préjudiciable.

Contrairement à la plupart des décisions mentionnées dans la deuxième catégorie, aucune des décisions de la troisième catégorie ne mène à l'indemnisation de la victime. Cela peut évidemment être le fruit du hasard, mais il est également possible que l'ajout du critère de proximité, sous une forme ou l'autre, fournisse aux juges un outil flexible pour rejeter les demandes d'indemnisation. Le critère de proximité étant plutôt vague, les tribunaux peuvent y incorporer toutes sortes de

⁶⁷ Voir *supra* note 7 à la p. 70.

⁶⁸ *Supra* note 1 à la p. 264.

⁶⁹ *Ibid.* à la p. 265.

⁷⁰ *Supra* note 21 à la p. 299.

⁷¹ *Supra* note 21 aux pp. 304-05.

⁷² Voir *Dube, supra* note 21 aux pp. 299-304.

considérations sociopolitiques.⁷³ Pour reprendre les mots de Lord Oliver dans *Alcock*, «in the end, it has to be accepted that the concept of “proximity” is an artificial one which depends more upon the court’s perception of what is the reasonable area for the imposition of liability than upon any logical process of analogical deduction».⁷⁴ Il est donc indubitable que le concept de proximité sert à limiter la portée de la responsabilité dans plusieurs contextes y compris celui de la responsabilité pour préjudice moral.

3. Le rôle de la politique sociale

Le rôle de la politique sociale dans la formulation d’une obligation de diligence est un sujet controversé en droit des délits contemporain.⁷⁵ Certains juges, plus conservateurs, cherchent à éviter toute référence directe aux aspects politiques et sociaux de leurs décisions, se limitant à formuler des principes, en laissant aux assemblées législatives le soin de développer les politiques sociales appropriées.⁷⁶ Par contre, plus récemment, la tendance consiste à exposer plus ouvertement les considérations sociopolitiques qui motivent la décision des juges.⁷⁷ Voilà pourquoi la deuxième partie de ce texte est consacrée à l’étude des facteurs sociaux et politiques qui entrent en ligne de compte dans la réparation du préjudice moral.

⁷³ C’est une critique fréquente de l’approche australienne. Voir J.A. Smillie, «The Foundation of the Duty of Care in Negligence» (1989) 15 Monash U. L. Rev. 302 aux pp. 305-06. L’auteur écrit : «The sole utility of the proximity concept is to obscure the fact that decisions in hard cases are based on controversial value judgments by the courts and to preserve the appearance of value-free adjudication». Voir aussi «Proximity as Principle or Category», *supra* note 60 aux pp. 473-80 pour une réponse à cette accusation.

⁷⁴ *Supra* note 6 à la p. 926.

⁷⁵ Pour une discussion plus approfondie sur le sujet, voir Klar, *supra* note 52 aux pp. 139-45; Fleming, *supra* note 8 aux pp. 151-58; et C.R. Symmons, «The Duty of Care in Negligence: Recently Expressed Policy Elements» (1971) 34 Mod. L. Rev. 394 (partie I) et 528 (partie II).

⁷⁶ Voir Klar, *supra* note 52 à la p. 141.

⁷⁷ Voir le jugement de Lord Edmund-Davies dans *McLoughlin*, *supra* note 6 à la p. 308 où il cite l’affaire canadienne *Nova Mink Ltd. c. Trans-Canada Airlines* [1951] 2 D.L.R. 241 à la p. 256 (N.S. S.C.) : «there is always a large element of judicial policy and social expediency involved in the determination of the duty-problem, however it may be obscured by use of the traditional formulae». Voir également Lord Oliver dans *Alcock*, *supra* note 6 à la p. 926; *Rhodes*, *supra* note 1 aux pp. 264-65; et *Dube*, *supra* note 21 à la p. 300.

III. LA VICTIME INDIRECTE ET LA POLITIQUE SOCIALE

À la lumière des principes dont nous venons de discuter, il ressort qu'en common law les tribunaux sont prêts à indemniser un groupe très restreint de victimes indirectes : celles qui subissent un préjudice psychiatrique reconnu, causé par un choc soudain qui a lieu au moment de l'accident ou immédiatement après, pourvu qu'elles soient les témoins directs des blessures causées à une personne avec laquelle elles ont un lien affectif étroit. En général, tout écart à l'une de ces conditions semble limiter de façon importante la possibilité de compensation.

Pourquoi la réparation du préjudice moral est-elle si limitée, alors que la réparation du préjudice corporel est beaucoup plus large?⁷⁸ Voilà la question à laquelle nous allons maintenant nous attarder. Les tribunaux invoquent plusieurs motifs pour expliquer cette approche restrictive. Parmi ceux-ci il y a la crainte de réclamations frauduleuses fondées sur des troubles vagues, faciles à simuler; la crainte d'une avalanche de poursuites jouant au détriment de parties défenderesses aux prises avec un nombre disproportionné de réclamations, et pour certains, la conviction que la majorité des individus dans nos sociétés modernes doivent démontrer une fermeté d'âme, un flegme raisonnable devant les vicissitudes de la vie.

Ces raisons plus souvent mentionnées dans la jurisprudence feront l'objet d'une analyse plus poussée dans les pages qui suivent. Sans les approfondir davantage, mentionnons également certaines raisons énoncées dans la doctrine : le danger de décourager la réhabilitation⁷⁹ et l'absence de certitude scientifique dans la profession

⁷⁸ Outre la prévisibilité raisonnable, la restriction la plus importante pour les victimes *directes* de préjudice *moral* est celle voulant qu'il y ait un préjudice psychiatrique reconnaissable. Aucune restriction n'est imposée à la victime *directe* de préjudice *corporel* quant au type de préjudice ou quant à la gravité des blessures subies. Les cas de victimes *indirectes* de préjudice *corporel* sont plus rares. Voir, par exemple, *Schlink c. Blackburn*, [1992] 4 W.W.R. 251 (B.C. S.C.), inf. par (1993), 18 C.C.L.T. (2e) 173 (B.C. C.A.) où le demandeur se brise un pied en secourant sa conjointe, victime de la négligence de la partie défenderesse. La Cour d'appel refuse d'indemniser le demandeur pour cause de proximité insuffisante.

⁷⁹ Voir J. Stapleton, «In Restraint of Tort» dans P. Birks, dir., *The Frontiers of Liability* vol. 2, Oxford, Oxford University Press, 1994, 83 aux pp. 94-95 [ci-après «In Restraint of Tort»]. Pour une critique de l'approche en question voir «Justifications and Boundaries», *supra* note 10 aux pp. 95-100.

psychiatrique.⁸⁰ Certains adeptes de la perspective économique du droit craignent la surindemnisation des victimes lorsque l'auteur du délit, voulant éviter le préjudice, y consacre davantage de ressources que ne le ferait la victime elle-même pour éviter ce même préjudice.⁸¹ De son côté, Guido Calabresi prétend que le simple fait de permettre la réparation du préjudice moral subi par une victime indirecte ayant un lien ténu avec la victime directe aura pour effet de mettre en valeur ce type de perte, et par ricochet, d'encourager la victime à prendre conscience de son dommage afin de se faire indemniser, une démarche qu'elle n'aurait pas autrement entreprise.⁸²

Nous tenons à préciser que les tribunaux canadiens énoncent très rarement les raisons qui fondent leur décision d'accorder ou de refuser l'indemnisation pour un préjudice moral. Ils n'hésitent pas à appliquer les règles dont nous avons longuement discuté, mais peu d'entre eux remettent en question leur validité et encore moins leur raison d'être.⁸³

A. La crainte de réclamations frauduleuses

Le premier motif que nous avons identifié, celui de la crainte de réclamations non fondées, est énoncé surtout dans les décisions les plus anciennes.⁸⁴ À une certaine époque, le spectre du faux malade était bien présent. L'étude des maladies mentales était peu avancée, et la difficulté de faire la preuve de l'existence d'un préjudice moral était réelle. De nos jours, les progrès scientifiques en matière de psychiatrie ont largement contribué à éliminer ces difficultés. Les experts peuvent identifier les maladies, les cataloguer, en expliquer l'étiologie, les

⁸⁰ Voir *Liability for Psychiatric Illness supra* note 18 à la p. 56; et D.F. Partlett, «Tort Liability and the American Way: Reflections on Liability for Emotional Distress» (1997) 45 Am. J. of Comp. L. 171 à la p. 181.

⁸¹ Pour une explication plus complète et une bonne critique de cet argument, voir P.A. Bell, «The Bell Tolls: Toward Full Tort Recovery for Psychic Injury» (1984) 36 U. Florida L. Rev. 333 aux pp. 357-60.

⁸² Voir G. Calabresi, *Ideals, Beliefs, Attitudes and the Law* Syracuse (N.Y.), Syracuse University Press, 1985 aux pp. 76-86. Pour une critique de cette approche, voir Bell, *supra* note 81 aux pp. 370-73.

⁸³ Les quelques cas d'exception sont *Bechard, supra* note 7; *Beecham, supra* note 7; *Rhodes, supra* note 1; et *Dube, supra* note 21.

⁸⁴ Voir, par exemple, *Coultas, supra* note 2 à la p. 226, Sir Richard Couch.

conséquences et les effets.⁸⁵ La fraude est toujours possible, mais ceci est également vrai pour les maladies physiques.⁸⁶ En réalité, la crainte de fausses réclamations fondées sur des troubles émotionnels vagues, inventés de toutes pièces, n'a plus sa raison d'être et ne doit pas être invoquée à l'appui d'une politique visant à restreindre la réparation pour préjudice moral. Ce point de vue apparaît d'ailleurs de plus en plus souvent dans la jurisprudence,⁸⁷ ce qui nous permet de remettre en cause la valeur de l'argument fondé sur le danger de fraude. Il semble certain que ce motif ne peut de nos jours servir à expliquer le refus de toute indemnisation aux victimes indirectes.

B. *La crainte d'une avalanche de poursuites*

Les tribunaux font de moins en moins allusion au danger de fabrication d'un trouble psychiatrique, mais la crainte d'une avalanche de poursuites demeure une préoccupation des plus importantes. Elle se manifeste sous divers angles : la responsabilité illimitée de la partie défenderesse et la disproportion de l'acte de négligence et de l'étendue du préjudice, le fardeau démesurément lourd pour les compagnies d'assurance, les coûts et l'engorgement des tribunaux judiciaires. Dans tous ces cas, la préoccupation commune est le risque d'une augmentation radicale du nombre des victimes potentielles de préjudice moral.⁸⁸ «In contrast to physical injury where, with possible rare exceptions (*e.g.*, contagious diseases), there is no sensible concept of

⁸⁵ Les deux sources d'information les plus importantes au sujet des maladies mentales sont le *DSM-IV*, *supra* note 18; et le World Health Organization, *International Statistical Classification of Diseases and Related Health Problems (ICD-10)* 10^e éd. rév., Genève, Organisation mondiale de la santé, 1992.

⁸⁶ Voir *Frost*, *supra* note 16 à la p. 565, M. le juge Henry. Voir également Bell, *supra* note 81 aux pp. 352-53.

⁸⁷ Voir, par exemple, l'affaire *Dulieu c. White & Sons*, [1901] 2 K.B. 669 à la p. 681 où, selon le juge Kennedy, les tribunaux seront habituellement en mesure d'identifier les réclamations non fondées. Voir aussi, *McLoughlin*, *supra* note 6 à la p. 304; et *Frost*, *supra* note 16 à la p. 565.

⁸⁸ Cette raison semble être la seule retenue par Lord Wilberforce dans *McLoughlin*, *supra* note 6. Après avoir rejeté les autres motifs, il affirme, à la p. 304 : «there remains, in my opinion, just because "shock" in its nature is capable of affecting so wide a range of people, a real need for the law to place some limitation on the extent of admissible claims». On retrouve la même affirmation dans *Alcock*, *supra* note 6 à la p. 918, Lord Ackner, et dans *Page*, *supra* note 6 à la p. 759, L. Lloyd. Au Canada, voir *Bechar*, *supra* note 7 à la p. 520; *Dube*, *supra* note 21 à la p. 300; et *Nespolon*, *supra* note 7 à la p. 119.

secondary victims, psychiatric illness is commonly suffered as a consequence of injury to others». ⁸⁹ Voilà à quoi se résume le débat.

Reconnaissons d'emblée que si les tribunaux devaient indemniser les victimes pour toutes formes d'affliction—du chagrin, à l'inquiétude, à la désolation—une augmentation des poursuites pourrait s'ensuivre, puisque ce sont là des émotions universellement ressenties. Par contre, nous le réitérons, il est possible de contrôler le nombre des réclamations en limitant les dommages-intérêts à des montants modestes mais équitables. ⁹⁰ Néanmoins, présumant pour le moment que seul le préjudice psychiatrique reconnaissable donne ouverture à une indemnisation, le danger d'une avalanche de poursuites est-il bien réel?

Pour être légitime, l'argument du danger d'une avalanche de poursuites doit se fonder sur une prémisse vraie. Or, chez les juristes et dans la grande majorité des décisions en matière de préjudice moral, rares sont les tentatives pour mieux comprendre le contexte médical qui sous-tend les réclamations. On invoque très vite le danger d'une avalanche de poursuites, sans chercher à savoir si ce danger est bel et bien réel. Pourtant, à notre avis, il est essentiel d'analyser cet aspect un peu plus en profondeur.

Cette démarche a été entreprise récemment par deux groupes de chercheurs : la Commission de droit britannique (ci-après la Commission), d'une part, ⁹¹ et les auteurs Mullany et Handford, d'autre part. ⁹² Examinant la preuve médicale et les statistiques, l'un et l'autre ont tenté de mesurer le risque qu'un nombre démesuré d'individus développe un préjudice psychiatrique reconnaissable à la suite d'un traumatisme quelconque. Les études consultées se rapportent presque exclusivement au syndrome du stress posttraumatique, ce qui semble légitime puisque c'est le trouble psychiatrique qui se rapproche le plus du type de préjudice moral pour lequel les tribunaux de common law consentent à accorder une réparation.

Malheureusement, après avoir passé en revue une profusion de rapports, d'études et d'articles, les deux groupes de chercheurs sont arrivés à des conclusions diamétralement opposées. Alors que la Commission déclare : «[t]here is serious risk that the floodgates of litigation would be opened if the sole test for liability in negligence was

⁸⁹ A. Burrows, «Liability for Psychiatric Illness: Where Should the Line Be Drawn?» (1995) 3 Tort L. Rev. 220 à la p. 224.

⁹⁰ Voir la partie II(A), ci-dessus, sur le préjudice psychiatrique reconnaissable.

⁹¹ Voir *Liability for Psychiatric Illness* supra note 18 aux pp. 38-50.

⁹² *Supra* note 1 aux pp. 24-42, 312-14.

whether it was reasonably foreseeable that psychiatric illness would be caused to the plaintiff»,⁹³ Mullany et Hanford affirment :

[l]iberalisation will not see a deluge of psychiatric damage claims because most claimants will be unable to clear the still significant hurdles to relief. There has to date been a paucity of litigation in this area ... and it is submitted that even if the law develops along the lines advocated in this work [c'est-à-dire la responsabilité fondée sur le critère de prévisibilité raisonnable seulement] this will continue to be the case.⁹⁴

Que penser de cette divergence d'opinion? Il faut d'abord reconnaître que l'utilisation de statistiques et d'études scientifiques pose un défi particulier. Comme l'indique la Commission :

It is clear that these studies, taken as a whole, are open to more than one interpretation and that, indeed, different surveys have produced different findings. It is also important to note that the studies were compiled primarily for treatment and research purposes and that they do not give any indication of the proportion of those who develop PTSD or related psychiatric injury following trauma who then seek compensation for their injury, nor the proportion of those whose claims are likely to succeed. Furthermore, ... most of the studies are concerned with situations in which the psychiatric illness was suffered by people who were themselves exposed to risk.⁹⁵

Tout en gardant à l'esprit ces propos, il est possible de faire certaines constatations. Premièrement, une recherche empirique plus approfondie s'impose avant de passer aux conclusions définitives. À l'instar de la Commission, la recherche entreprise aux fins de la rédaction du présent article a révélé qu'il était difficile d'obtenir des statistiques sur l'incidence de SSPT chez les victimes indirectes d'un acte de négligence. En l'absence d'une image claire de ce groupe, il semble futile de chercher des généralisations et présomptueux de déduire que cette catégorie d'individus est plus susceptible de développer un préjudice moral.

Deuxièmement, notre recherche a révélé que dans la population en général certains groupes sont plus à risque d'être exposés à des événements traumatiques sérieux⁹⁶ et de développer le SSPT après avoir été exposés à des événements déclencheurs.⁹⁷ Par exemple, chez une

⁹³ *Liability for Psychiatric Illness* supra note 18 à la p. 50.

⁹⁴ *Supra* note 1 à la p. 314 [nous soulignons].

⁹⁵ *Liability for Psychiatric Illness* supra note 18 à la p. 49.

⁹⁶ Voici les événements les plus souvent mentionnés dans les études : le viol, l'agression sexuelle, les voies de fait, les menaces à main armée et autres actes violents, le combat militaire, les accidents d'automobile sérieux, les incendies et autres désastres naturels, la mort violente d'autrui et le fait d'être témoin de blessures sérieuses ou de décès.

⁹⁷ Ni la Commission, ni Mullany et Handford ne se sont attardés à cette question qui, à notre avis, est d'une importance primordiale.

population de jeunes adultes, le faible niveau de scolarité, l'appartenance à la race noire et les tendances à la névrose et à l'extraversion sont autant de facteurs qui augmente le risque d'être exposé à de tels événements.⁹⁸ La présomption voulant que ces derniers aient un effet sur les individus au hasard n'est donc pas fondée.⁹⁹ De plus, selon la même étude, le sexe féminin, des antécédents familiaux de troubles psychiatriques, un tempérament névrotique et une condition psychiatrique préexistante sont tous des facteurs qui augmentent sensiblement le risque de développer le SSPT après avoir été confronté à un événement traumatique sérieux.¹⁰⁰

Présumant que les résultats et les conclusions de ces études sont fiables et qu'ils s'appliquent à la population canadienne, il y a certainement lieu de s'inquiéter. Non seulement certains groupes sont-ils plus précisément visés par une politique restrictive face à la réparation du préjudice moral, mais ces groupes sont presque tous composés de personnes déjà défavorisées sur les plans économique, social ou politique. Toute règle juridique dont l'effet est disproportionné pour un groupe social déjà désavantagé doit nécessairement être regardée d'un oeil très critique.

Troisièmement, une comparaison entre la fréquence du préjudice psychiatrique reconnaissable dans une population donnée et la fréquence du préjudice corporel dans cette même population semble essentielle. En effet, l'argument du danger d'une avalanche de poursuites serait d'autant plus convaincant si le risque était plus grand d'encourir un préjudice moral que de subir un préjudice corporel. Or, ni la Commission ni Mullany et Handford n'ont tenté d'établir une telle comparaison. Il faut convenir que l'absence de données pertinentes s'avère une difficulté importante. Notre propre recherche n'a donné que

⁹⁸ Voir N. Breslau, G.C. Davis et P. Andreski, «Risk Factors for PTSD-Related Traumatic Events : A Prospective Analysis» (1995) 152 Am. J. Psy. 529. Bien que les études citées soient américaines, il semble tout à fait raisonnable de présumer qu'au Canada, les résultats seraient semblables.

⁹⁹ *Ibid.* à la p 534.

¹⁰⁰ Une étude antérieure laissait présager cette conclusion. Voir N. Breslau *et al.*, «Traumatic Events and Posttraumatic Stress Disorder in an Urban Population of Young Adults» (1991) 48 Arch. Gen. Psy. 216. Voir également H.S. Resnick *et al.*, «Prevalence of Civilian Trauma and Posttraumatic Stress Disorder in a Representative National Sample of Women» (1993) 61 J. Consulting & Clinical Psy. 984, où les auteurs concluent que les femmes sont plus à risque de développer le SSPT; cette conclusion est également corroborée par une étude plus récente, M.B. Stein *et al.*, «Full and Partial Posttraumatic Stress Disorder: Findings from a Community Survey» (1997) 154 Am. J. Psy. 1114.

des fragments d'information.¹⁰¹ Tout ce que nous pouvons conclure repose sur la constatation qu'il semble y avoir moins de chance d'être victime d'un accident (19 pour cent) que d'être exposé à un événement traumatique sérieux (74 à 81 pour cent).¹⁰² Le contexte d'étude est toutefois plus large que celui qui nous intéresse. Les circonstances examinées englobent tous les types d'accidents, y compris ceux qui arrivent au foyer ou en milieu sportif ainsi que toute une variété d'événements traumatiques.¹⁰³ Il est donc difficile d'émettre des conclusions quant au pourcentage de préjudice moral chez les victimes indirectes d'un acte de négligence.

En définitive, il faut admettre que la recherche est incomplète, que les données sont partielles et que les conclusions sont difficiles à tirer. En fait, il n'y a aucune preuve concluante qu'à la suite d'un accident quelconque, le nombre des victimes de préjudice psychiatrique reconnaissable sera systématiquement plus élevé que le nombre des victimes de préjudice corporel. Étant donné cette incertitude, il nous semble difficile d'affirmer de façon catégorique que le danger d'une avalanche de poursuites est réel. Le refus de réparer le préjudice moral pour ce motif est donc difficile à justifier.¹⁰⁴ À notre avis, tant et aussi longtemps qu'il existe une incertitude, la question de la réparation doit être résolue en faveur des victimes de préjudice moral.

Nous constatons que les préoccupations concernant l'avalanche possible de poursuites ne sont pas toujours formulées de la même façon

¹⁰¹ Par exemple, il semble qu'en 1994-1995, environ 17 pour cent de la population adulte du Canada a subi une blessure suffisamment grave pour limiter ses activités quotidiennes durant les 12 mois précédant l'enquête. Voir Statistiques Canada, *Aperçu de l'Enquête nationale sur la santé de la population 1994-95*, Ottawa, ministre de l'industrie, 1995. Un autre rapport révèle que 19 pour cent de la population adulte du Canada a été victime d'un accident au cours de l'année précédant l'enquête; 79 pour cent de ces accidents ont causé des blessures physiques (surtout des blessures corporelles); dans 17 pour cent des accidents, une forme ou l'autre de compensation a été payée. De la perspective des canadiens et canadiennes, 53 pour cent de tous les accidents sont causés par la négligence et 18 pour cent par la négligence d'une personne autre que la victime. Voir, W. Millar, *Accidents au Canada*, Ottawa, Statistiques Canada, Division des statistiques sociales du logement et des familles, 1991.

¹⁰² Ces derniers pourcentages proviennent de l'étude de Stein *et al.*, *supra* note 100 à la p. 1116.

¹⁰³ Pour la description des événements traumatiques les plus communs, voir *supra* note 96.

¹⁰⁴ Voir Bell, *supra* note 81 aux pp. 366-67, où l'auteur fait remarquer qu'à la suite de l'affaire *Dillon c. Legg*, 441 P. 2d 912 (S.C. 1968) où la Californie étendait de façon importante la responsabilité envers les victimes indirectes de préjudice moral, les primes d'assurance responsabilité n'ont pas augmenté de façon importante. «In sum, the fear of unlimited liability should be disregarded as a rationale for restricting recovery for psychic injury. The concern upon which it is based, that a crushing burden of liability will be imposed on useful activities, seems unlikely to become a reality», à la p. 370.

par les tribunaux. Parfois, la crainte est motivée par le fait qu'un acte de négligence risque toujours de causer un préjudice moral chez les personnes qui composent l'entourage de la victime directe, c'est-à-dire celles qui ont un lien quelconque avec la victime¹⁰⁵ ou qui sont simplement spectatrices.¹⁰⁶ Tantôt elle naît d'un seul événement catastrophique, lors duquel un nombre très élevé de personnes sont victimes d'un préjudice moral.¹⁰⁷ Selon la Commission :

The floodgates objection, in its major sense of preventing a mass of claims from a single event, appears to be the primary explanation for the courts' caution in this sphere One thinks, for example, of all those who may foreseeably suffer psychiatric illness from watching a particularly gruesome news broadcast or from being present at a disaster at a sports event.¹⁰⁸

Pourtant, le danger d'un préjudice corporel à grande échelle est tout aussi réel. Il suffit de penser au désastre de Bhopal, aux effets dévastateurs des produits pharmaceutiques mal conçus et aux catastrophes environnementales pour constater que le nombre de victimes de préjudice corporel à la suite d'un seul acte de négligence peut être très élevé. Certes, ces événements posent des défis énormes pour le droit des délits et pour la société en général.¹⁰⁹ Néanmoins, refuser de réparer le préjudice moral des victimes indirectes n'est pas la solution convenable pour répondre aux difficultés que pose le préjudice à grande échelle.

En common law, la crainte d'une responsabilité «[traduction] pour un montant indéterminé, pour un temps indéterminé et envers une

¹⁰⁵ Voir, par exemple, *McLoughlin*, *supra* note 6; et *Bruneau*, *supra* note 15.

¹⁰⁶ Voir, par exemple, *McFarlane c. EE Caledonia Ltd.*, [1994] 2 All E.R. 1 (C.A.) : la réclamation d'un individu qui se trouvait sur un navire de secours au moment où une explosion massive a détruit une plate-forme pétrolière a été rejetée faute de preuve d'un lien de proximité suffisant entre la victime et les individus sur la plate-forme.

¹⁰⁷ Voir l'affaire *Alcock*, *supra* note 6 où presque tous les spectateurs et spectatrices étaient des victimes indirectes potentielles.

¹⁰⁸ *Supra* note 18 à la p. 64.

¹⁰⁹ Il existe une documentation abondante à ce sujet. Mentionnons seulement P.H. Schuck, *Agent Orange on Trial: Mass Toxic Disasters in the Courts* (Cambridge, Harvard University Press, 1987); J. Cassels, *The Uncertain Promise of Law: Lessons From Bhopal* (Toronto, University of Toronto Press, 1993); M. Boodman, «The Malaise of Mass Torts» (1994) 20 Queen's L.J. 213; J.G. Fleming, «Mass Torts» (1994) 42 Am. J. Comp. L. 507; et C. Menkel-Meadow, «Taking the Mass Out of Mass Torts: Reflections of a Dalkon Shield Arbitrator on Alternative Dispute Resolution, Judging, Neutrality, Gender, and Process» (1998) 31 Loy. L.A. L. Rev. 513. Ce numéro comprend plusieurs articles sur le sujet.

catégorie indéterminée»¹¹⁰ est une préoccupation qui existe également dans le contexte des pertes purement économiques. Depuis fort longtemps, les tribunaux s'évertuent à développer un mécanisme de limitation. Au Royaume-Uni, après quelques années de débat, la Chambre des lords a finalement confirmé l'existence d'une règle stricte excluant la plupart des pertes purement économiques.¹¹¹ De son côté, la Cour suprême du Canada est arrivée à une solution un peu plus souple qui permet d'accorder une réparation tout en gardant un certain contrôle sur l'étendue de la responsabilité.¹¹² L'expérience démontre que malgré l'approche flexible des tribunaux canadiens, les réclamations n'ont pas augmenté de façon dramatique.¹¹³

Il convient également de noter que les pertes purement économiques sont de nature beaucoup plus indéterminée que ne l'est le préjudice moral. Un acte de négligence peut, par un effet d'entraînement, mener à une perte financière chez une foule de victimes indirectes qui dépendent les unes des autres. Le fait que la victime soit éloignée ne réduit pas nécessairement la perte subie. Le préjudice moral est beaucoup moins susceptible de créer une chaîne de victimes, car plus le lien affectif ou circonstanciel entre la victime directe et la victime indirecte s'atténue, plus le risque de développer un préjudice

¹¹⁰ *Ultramares Corporation c. Touche*, 174 N.E. 441 à la p. 444 (N.Y.C.A. 1931), M. le juge Cardozo.

¹¹¹ Voir *Murphy c. Brentwood District Council* [1991] 1 A.C. 398 (H.L.).

¹¹² Voir *Cie des chemins de fer nationaux du Canada c. Norsk Pacific Steamship Co.*, [1992] 1 R.C.S. 1021 [ci-après *Norsk*]. Trois juges se sont prononcés en faveur du critère à deux volets développé dans l'affaire *Anns c. Merton London Borough Council* [1978] A.C. 728 (H.L.) et adopté au Canada dans l'affaire *Kamloops (Ville de) c. Nielsen*, [1984] 2 R.C.S. 2. Selon ce critère il y aura indemnisation pour une perte purement économique en autant 1) qu'il existe un lien suffisamment étroit entre l'acte de négligence et la perte subie, et 2) qu'il n'existe aucune considération de principe aux termes desquels il est souhaitable de limiter la responsabilité. Voir les propos de la juge McLachlin aux pp. 1147-60. Notons toutefois la dissidence du juge La Forest et de deux de ses collègues ainsi que le fait que le juge Stevenson a rendu un jugement fondé sur des motifs différents.

¹¹³ Voir G.T. Stanley, «Economic Loss in Maritime Law: On Course for Reevaluating the Exclusionary Rule» (1995) 53 U.T. Fac. L. Rev. 312 à la p. 344. *Contra* B. Feldthusen, «The Recovery of Pure Economic Loss in Canada: Proximity, Justice, Rationality, and Chaos» (1996) 24 Man. L.J. 1, qui prétend que le droit canadien se modifie depuis *Norsk*, *supra* note 112, qui encourage les justiciables à entamer une action en justice. En matière de pertes purement économiques la Cour suprême du Canada a entendu quelques décisions seulement depuis l'affaire *Norsk*: *Winnipeg Condominium Corporation No. 36. Bird Construction Co.*, [1995] 1 R.C.S. 85 (frais engagés pour réparer les vices dangereux d'un immeuble); *D'Amato c. Badger*, [1996] 2 R.C.S. 1071 (perte de profits d'une société causée par l'impossibilité pour la victime directe de poursuivre son travail); *Hercules Managements Ltd. c. Ernst & Young* [1997] 2 R.C.S. 165 (déclarations inexactes faites avec négligence); et *Bow Valley Husky (Bermuda) Ltd. c. Saint John Shipbuilding Ltd.*, [1997] 3 R.C.S. 1210 (perte économique relationnelle découlant d'un contrat).

psychiatrique reconnaissable diminue.¹¹⁴ À notre avis, des limites aussi restrictives que celles imposées en matière des pertes purement économiques ne sont donc pas justifiées.

Tout cela laisse croire que le danger d'une avalanche de poursuites n'est pas aussi réel que le prétendent les tribunaux. Même si la plus grande sensibilisation aux maladies mentales peut entraîner une certaine recrudescence des actions en justice, ce n'est pas en soi un motif valable pour restreindre le droit à l'indemnisation.¹¹⁵ En outre, certains facteurs, tels le coût d'une action en justice, l'effort et le temps exigés de la partie demanderesse, dissuaderont probablement un bon nombre d'individus de faire valoir leur droit.¹¹⁶ Il ne s'agit évidemment pas de passer sous silence les préoccupations de nombreux juristes concernant la pertinence et l'efficacité du droit des délits comme système d'indemnisation pour les accidents et autres préjudices sociaux.¹¹⁷ Que l'objet d'inquiétude soit le coût du système de responsabilité civile ou encore les incidences sur le plan de l'assurance-responsabilité, une réflexion s'impose. Par ailleurs, ces problèmes complexes doivent être résolus de façon juste et équitable. Refuser de réparer le préjudice moral, par crainte de voir augmenter le nombre des réclamations en justice, alors que des sommes importantes sont versées pour réparer les préjudices corporels, ne représente pas une solution acceptable. La reconnaissance de la légitimité et de l'importance du préjudice moral doit constituer une facette importante de tout projet de réforme du régime de responsabilité délictuelle.

¹¹⁴ Voir H. Teff, «Liability for Negligently Inflicted Nervous Shock» (1983) 90 L.Q. 100 à la p. 102; «Where Should We Draw the Line?», *supra* note 46 aux pp. 117-18; et *Liability for Psychiatric Illness*, *supra* note 18 à la p. 72.

¹¹⁵ Voir les propos du Lord Bridge dans *McLoughlin*, *supra* note 6 à la p. 319. L'auteur américain W.P. Keeton, *supra* note 28 à la p. 56, déclare : «[i]t is the business of the law to remedy wrongs that deserve it, even at the expense of a "flood of litigation", and it is a pitiful confession of incompetence on the part of any court of justice to deny relief on such grounds». Voir également «Fear for the Future», *supra* note 4 à la p. 105.

¹¹⁶ C'est en fait ce qui se passe pour le préjudice corporel. Voir P. Cane, *Atiyah's Accidents, Compensation, and the Law* 5e éd., London, Butterworths, 1993 à la p. 17 qui indique que seulement 6,5 pour cent des personnes souffrant d'une blessure corporelle reçoivent une indemnisation sous forme de dommages-intérêts.

¹¹⁷ Il y a énormément d'écrit sur le sujet. Voir, par exemple, *ibid.*; J. Stapleton, *Disease and the Compensation Debate* Oxford, Clarendon Press, 1986; D. Dewees et M. Trebilcock, «The Efficacy of the Tort System and its Alternatives: A Review of Empirical Evidence» (1992) 30 *Osgoode Hall L.J.* 57; B. Feldthusen, «If This is Torts, Negligence Must be Dead» dans K. Cooper-Stephenson et E. Gibson, dir., *Tort Theory* North York, Captus University Publications, 1993, 394; et «In Restraint of Tort», *supra* note 79.

Le danger de fraude et la crainte d'une avalanche de poursuites sont les deux critères de la politique sociale les plus souvent invoqués par les tribunaux pour refuser la réparation du préjudice moral à une victime indirecte. Cependant notre étude ne peut s'arrêter là : à notre avis, le refus d'indemniser les victimes indirectes s'explique, en partie du moins, par des facteurs plus subtils qui, sans être identifiés par les tribunaux, sont néanmoins cruciaux parce qu'ils font partie du contexte social général qui régit les relations entre individus, y compris les juges. Nous proposons donc d'examiner le problème des réclamations des victimes de préjudice moral sous l'angle des maladies mentales et dans l'optique des femmes. Ici, la portée de nos commentaires sera plus large, de façon à englober non seulement les victimes indirectes mais également les victimes directes.

IV. PERSPECTIVE DE LA SANTÉ MENTALE

Nous avons mentionné plus haut qu'à une certaine époque les tribunaux étaient préoccupés par le spectre du faux malade et par le danger de réclamations fabriquées de toutes pièces. Cette attitude de méfiance pouvait s'expliquer en partie par une incompréhension de la nature même des maladies psychiatriques ou encore par une certaine crainte vis-à-vis de celles-ci. Les connaissances scientifiques en la matière étant limitées, la maladie mentale demeurait bien mystérieuse.¹¹⁸ Dans le contexte moderne, à l'aube d'un nouveau millénaire, les connaissances scientifiques au sujet des maladies mentales ont grandement évolué et les tribunaux le reconnaissent d'emblée. En effet, nombreux sont les juges qui tiennent à souligner les progrès scientifiques dans ce domaine et leur importance dans le contexte juridique.¹¹⁹

Malgré cette prise de conscience, il y a lieu de se demander si certaines traces des craintes et de la méfiance d'autrefois ne subsistent pas de nos jours, ce qui expliquerait, en partie du moins, l'hésitation des tribunaux concernant la réparation du préjudice moral. Il va sans dire qu'en général les juges font rarement de remarques dérogatoires ou

¹¹⁸ Il faut lire M. Foucault, *Folie et déraison : histoire de la folie à l'âge classique* Paris, Plon, 1961, pour bien saisir à quel point les maladies mentales étaient jadis l'objet d'incompréhension, pour ne pas dire de préjugés et de discrimination.

¹¹⁹ Voir, par exemple, *McLoughlin*, *supra* note 6 à la p. 312, Lord Bridge; *Page*, *supra* note 6 à la p. 759; *Duwyn*, *supra* note 7 à la p. 749; et *Marshall c. Lionel Enterprises Inc.*, [1972] 2 O.R. 177 à la p. 187 (H.C.). Pour une analyse critique de cette tendance, voir A. Sprince, «Negligently Inflicted Psychiatric Damage: A Medical Diagnosis and Prognosis» (1998) 18 Leg. Stud. 59.

désobligeantes à l'égard des victimes de préjudice moral. Ce qui n'exclut pas pour autant les attitudes précitées.

Nous prétendons que la jurisprudence contient certains indices qui témoignent d'une incompréhension toujours présente du phénomène de la maladie mentale en général et du préjudice psychiatrique en particulier. Nous nous attardons à deux aspects particuliers : la règle de la prévisibilité raisonnable du choc nerveux chez une personne de tempérament normal et la question du choix des montants à accorder en dommages-intérêts. Nous passons ensuite au contexte plus général de la perception des maladies mentales dans la société.

Nous avons déjà indiqué que le critère de la prévisibilité raisonnable du préjudice moral sert de point de départ dans l'analyse de l'obligation de diligence. Au moment de l'application de ce critère, les tribunaux doivent présumer que la victime est une personne de tempérament et de flegme normaux, à moins que l'auteur du délit ne connaisse la susceptibilité particulière de la victime.

Cette exigence apparaît assez tôt dans la jurisprudence. Par exemple, dans l'affaire *Bourhill*, Lord Porter écrit :

The driver of a car or vehicle even though careless is entitled to assume that the ordinary frequenter of the streets has sufficient fortitude to endure such incidents as may from time to time be expected to occur in them, including the noise of a collision and the sight of injury to others, and is not to be considered negligent towards one who does not possess the customary phlegm.¹²⁰

Dans l'affaire *McLoughlin*,¹²¹ Lord Wilberforce endosse également le principe voulant que la victime indirecte jouisse d'une force de caractère suffisante pour affronter les calamités de la vie. Le discours de Lord Ackner dans *Alcock* va dans le même sens.¹²² Au Canada, la Cour d'appel de l'Ontario a endossé le principe dans *Bechard*.¹²³ Enfin, que penser de propos tels que ceux de Lord Jauncey dans l'affaire *Page*, lorsqu'il affirme :

To take a simple example, suppose A while slowly reversing his car into a tight parking space inadvertently bumps the car of B which is stationary, and B, who is a woman prone to hysteria, promptly develops that condition with consequential physical injury. The

¹²⁰ *Supra* note 6 à la p. 409.

¹²¹ *Supra* note 6 à la p. 304.

¹²² *Supra* note 6 à la p. 919.

¹²³ *Supra*, note 7 à la p. 525, où la Cour d'appel de l'Ontario affirme : «[I]t is reasonably foreseeable that witnessing a horrifying or gruesome accident such as occurred here might well upset the average sensitive bystander. The shock ... was foreseeable to an average person».

circumstances are such that no normal person would have been in any way mentally or physically affected by the bump. Is B to be compensated because A should have foreseen that a hysterical woman might be in the car and thereby sustain a shock from a minor bump? Common sense would loudly say No and in my view the law should and does likewise. I am satisfied that in determining whether a tortfeasor should have foreseen that either a participant or a bystander would suffer nervous shock as a result of his negligent act the proper test is to assume that the victim is of reasonable fortitude and susceptibility unless, of course, the tortfeasor has special knowledge of the victim's unusual condition.¹²⁴

Bien que ces propos ne soient pas ceux de la majorité, ils illustrent certaines difficultés que pose le critère de la prévisibilité du préjudice moral chez une personne de tempérament normal [ci-après le critère du tempérament normal]. Le jugement de la majorité, par contre, reflète une plus grande ouverture d'esprit, du moins en ce qui a trait aux victimes directes. En effet, selon la Chambre des lords :

Nor in the case of a primary victim is it appropriate to ask whether he is a person of "ordinary pligm". In the case of physical injury there is no such requirement. The negligent defendant ... takes his victim as he finds him. The same should apply in the case of psychiatric injury.¹²⁵

L'adoption de ce raisonnement par les tribunaux canadiens éliminerait certains des obstacles auxquels se butent les victimes directes. Par ailleurs, le problème demeure entier pour les victimes indirectes.

L'utilisation du critère du tempérament normal tend à exclure la personne particulièrement sensible du champ de la prévisibilité raisonnable lorsqu'une personne de tempérament plus flegmatique n'aurait pas subi de préjudice. Par contre, une autre règle, celle de la victime vulnérable, selon laquelle l'auteur d'un acte délictueux n'a pas le choix de sa victime et doit la prendre telle qu'elle est,¹²⁶ permet en principe à la victime de préjudice moral de se faire indemniser, même si l'étendue du dommage subi est exceptionnelle. Somme toute, la combinaison des deux règles peut se résumer comme suit : l'auteur d'un délit n'aura pas à indemniser la personne particulièrement sensible, considérée imprévisible, mais il aura à indemniser la victime d'un préjudice exceptionnellement sérieux si l'acte de négligence avait causé

¹²⁴ *Supra* note 6 aux pp. 749-50. Il convient de noter le stéréotype sexiste que contient ce passage ainsi que le ton condescendant du juge au sujet du préjudice moral.

¹²⁵ *Ibid.* à la p. 760.

¹²⁶ Voir *Smith c. Leech Brain & Co. Ltd.*, [1962] 2 Q.B. 405 (préjudice corporel); et *Marconato c. Franklin*, [1974] 6 W.W.R. 676 (B.C.S.C.) (préjudice moral).

un préjudice moral à une personne de tempérament normal.¹²⁷ Ce n'est donc pas la coexistence des deux règles qui pose un problème. La difficulté réside d'abord dans la façon dont les tribunaux interprètent le critère du tempérament normal et ensuite, dans l'existence même du critère.

Le critère du tempérament normal sous-entend l'existence d'une norme que doivent définir les tribunaux. Dans le contexte de la santé mentale, déterminer ce qui est normal n'est pas nécessairement chose facile. Comme l'affirmait le juge Waller dans l'affaire *Chadwick*, «[t]he community is not formed of normal citizens, with all those who are less susceptible or more susceptible to stress to be regarded as extraordinary. There is an infinite variety of creatures, all with varying susceptibilities».¹²⁸ La norme fixée dépendra de ce que le tribunal perçoit comme étant une réaction soi-disant normale à un événement traumatique, une démarche où les attitudes sociales vis-à-vis des maladies mentales en général seront déterminantes. En fait, à la lecture de plusieurs décisions, il appert que la norme soit déjà fixée : il s'agit de la personne «of reasonable fortitude and susceptibility», c'est-à-dire la personne jouissant d'une fermeté d'âme ou d'esprit, qui a un certain courage.¹²⁹ La norme préconisée laisse donc très peu de place à la personne plus sensible, plus timide, plus facilement bouleversée.

Il faut convenir qu'il n'est pas nécessairement imprévisible qu'une personne plus sensible subisse un préjudice à la suite d'un acte de négligence quelconque. Lorsque le préjudice est corporel, il arrive que les tribunaux considèrent cette victime plus vulnérable comme une victime prévisible. C'était le cas d'une personne mal voyante dans l'affaire *Haley c. London Electricity Board*.¹³⁰ Pourquoi n'en serait-il pas

¹²⁷ *Bechard, supra* note 7 à la p. 525; *Liability for Psychiatric Illness supra* note 18 à la p. 14; et *Mullany et Hanford, supra* note 1 aux pp. 229-30. L'affaire *Duwyn, supra* note 7, illustre bien le jeu des deux volets. Il s'agit du cas d'un très jeune bébé qui, à la suite d'un accident d'automobile mineur dont il sort physiquement indemne, développe des troubles de comportement sérieux et devient hyperactif. Selon le tribunal, l'enfant a droit à la réparation, car un préjudice moral quelconque était prévisible bien que la nature exacte du préjudice ne l'était pas. Quant au préjudice de sa mère, il n'était pas prévisible. Une personne normale n'aurait pas réagi de la façon dont elle l'a fait. L'application du principe de la victime vulnérable se retrouve dans quelques décisions plus récentes. Voir *McCartney, supra* note 21; et *Campbell, supra* note 21.

¹²⁸ *Supra* note 14 à la p. 952.

¹²⁹ Voir la traduction du mot *fortitude* dans *Collins Robert Dictionnaire français-anglais* 4e éd., L. Sinclair et A. Duval, dir., Glasgow, HarperCollins, 1995 à la p. 292.

¹³⁰ [1965] A.C. 778 (H.L.). La Chambre des lords a décrété qu'il était raisonnablement prévisible qu'une personne mal voyante fréquente les rues de la ville de Londres le jour de l'incident. Il y avait donc une obligation de diligence à son égard.

de même lorsque le préjudice est d'ordre moral? N'y a-t-il pas là une inégalité de traitement? Le fait que le dommage soit causé par la réaction de la victime aux déboires d'autrui ne change rien à notre avis. Il nous semble qu'un critère de prévisibilité raisonnable devrait suffire à éliminer les rares cas où une réclamation particulière tombe à l'extérieur de ce qui est perçu comme prévisible.¹³¹ En outre, tout comme pour le préjudice corporel, c'est en déterminant le montant des dommages-intérêts que le tribunal peut tenir compte de la condition antérieure de la victime s'il le juge utile.

Au chapitre des dommages-intérêts, nous avons constaté que les montants accordés aux victimes indirectes de préjudice moral sont plutôt modestes. L'étude de vingt et une décisions canadiennes récentes¹³² révèle que les montants octroyés varient entre 1 200 \$ et 50 000 \$. Les montants les plus élevés sont répartis comme suit : 50 000 \$ (1 cas),¹³³ 40 000 \$ (1 cas),¹³⁴ 20 000 \$ (4 cas).¹³⁵ Il faut noter que ces montants ont été accordés à des victimes hybrides, c'est-à-dire des personnes blessées ou directement impliquées dans un accident et qui ont subi un choc nerveux à la vue des blessures causées aux autres victimes du même accident. Le montant le plus élevé accordé à une victime indirecte qui n'était pas sur les lieux de l'accident est de 20 000 \$;¹³⁶ ce cas est exceptionnel puisque le montant habituellement accordé est de 5 000 \$ ou moins (15 cas).

Toute comparaison des montants octroyés dans ces circonstances et dans d'autres contextes est nécessairement difficile. Néanmoins

¹³¹ Voir *Duwyn*, *supra* note 7.

¹³² Nous avons examiné les décisions rapportées et non rapportées rendues depuis 1985. Ce sont : *Ashley Estate*, *supra* note 23; *Bechard*, *supra* note 7; *Bruneau*, *supra* note 15; *Campbell*, *supra* note 21; *Corcoran*, *supra* note 21; *Cox*, *supra* note 21; *Fox*, *supra* note 23; *Frank*, *supra* note 21; *Kardan*, *supra* note 21; *Kwok*, *supra* note 58; *McCartney*, *supra* note 21; *McDermott*, *supra* note 23; *Osadchy (Guardian of) c. Braun*, [1991] 5 W.W.R. 363 (B.R. Man.) [ci-après *Osadchy*]; *Sutton*, *supra* note 24; *Szeliga Estate*, *supra* note 36; *Vanek*, *supra* note 23; et *Hetherington c. Insurance Corp. of British Columbia*, [1994] B.C.J. No. 1178 (S.C.) (QL) (préjudice psychiatrique subi à la suite d'une atteinte aux biens). Nous avons également consulté quelques cas où la victime directe a subi une perte : *Danchilla c. McNeillSunset Service Ltd.*, [1988] B.C.J. No. 2093 (S.C.) (QL); *Mason*, *supra* note 12; *Morrell-Curry c. Burke* (1989), 94 N.S.R. (2e) 399 (N.S. S.C.); et *Peters-Brown c. Regina District Health Board* (1996), 31 C.C.L.T. (2e) 302 (Sask. C.A.).

¹³³ Voir *Bechard*, *supra* note 7.

¹³⁴ Voir *Kwok*, *supra* note 58.

¹³⁵ Voir *McDermott*, *supra* note 23; *Osadchy*, *supra* note 132 (22 000 \$); *Cox*, *supra* note 21; et *Campbell*, *supra* note 21.

¹³⁶ Voir *Cox*, *supra* note 21. Voir également *Szeliga Estate*, *supra* note 36 où la demanderesse reçoit 9 000 \$.

certaines constatations sont possibles. Notons d'abord qu'en l'absence de préjudice corporel, les dommages-intérêts accordés aux victimes de préjudice moral sont très modestes. Il semble que l'existence d'un dommage corporel rassure les tribunaux quant à la véracité et à la légitimité de la plainte de la victime. Par exemple, dans les cas de préjudice corporel très important, les montants octroyés au chapitre des pertes non pécuniaires sont assez élevés.¹³⁷ Il en est de même dans les cas de poursuites pour agression sexuelle ou pour inceste. Sans être nécessairement aussi élevés que pour les préjudices corporels, les décisions les plus récentes révèlent que les dommages-intérêts sont très rarement inférieurs à 50 000 \$.¹³⁸ Contrairement à ce qui précède, la personne qui cherche à se faire indemniser pour le préjudice moral découlant de la rupture d'un contrat recevra habituellement une somme plutôt modeste,¹³⁹ tout comme celle qui demande une compensation pour le préjudice moral lié à un congédiement sans cause¹⁴⁰ ou encore celle qui tente de se faire indemniser en vertu des articles 61 et 62 de la *Loi sur le droit de la famille* de l'Ontario,¹⁴¹ bien que dans ce dernier cas les montants soient un peu plus élevés.

La comparaison du montant des dommages-intérêts généraux accordés dans les cas de diffamation versus les cas de blessures corporelles fait l'objet de controverse. Selon la Cour suprême du

¹³⁷ Un survol des décisions les plus récentes en matière d'indemnisation pour un préjudice corporel grave démontre que, de façon générale, les montants accordés pour les pertes non pécuniaires varient entre 25 000 \$ et 70 000 \$ et que dans la plupart des cas la somme accordée est d'environ 40 000 \$. Voir, par exemple, *Gilchrist c. Oatway* (1995), 168 A.R. 56 (Q.B.) (40 000 \$); *White c. Slawter* (1996), 149 N.S.R. (3e) 321 (C.A.) (40 000 \$); et *Dowe-Weadick c. Bolivar* (1996), 180 R.N.-B. (2e) 366 (B.R.) (37 500 \$).

¹³⁸ Voir par exemple, *M. (M.) c. F. (R.)* (1996), 22 B.C.L.R. (3e) 18 (S.C.) (60 000 \$), mod. par (1997), 101 B.C.A.C. 97, où le montant est augmenté à 100 000 \$; *T.C. c. S.K.* (1997), 119 Man. R. (2e) 59 (Q.B.) (75 000 \$); *Strong c. M.M.P.* (1997), 33 O.T.C. 323 (Div. gén.) (100 000 \$); et *P.L. c. É.L.* (1998), 197 R. N.-B. (2e) 272 (B.R.) (80 000 \$).

¹³⁹ Voir par exemple, *Mason*, *supra* note 12 (1 000 \$).

¹⁴⁰ Voir par exemple, *Hossni c. Weston* [1994] O.J. No. 2299 (Div. gén.) (QL) (5 000 \$); *Jeffrey c. Purolator Courier Ltd.* (1995), 8 C.C.E.L. (2e) 205 (Div. gén. Ont.) (6 000 \$); et *Campbell c. Wellfund Audio-Visual Ltd.* (1995), 14 C.C.E.L. (2e) 240 (B.C. S.C.) (20 000 \$).

¹⁴¹ *Supra* note 9. Voir, par exemple, *Jensen c. Guardian Insurance Co. of Canada* (1997), 37 O.T.C. 161 (Div. gén.) (25 000 \$ accordé au conjoint de la personne décédée, 35 000 \$ à son fils et 12 500 \$ à sa mère et à ses soeurs); *Wei Estate c. Dales*, [1998] O.J. No. 1411 (Div. gén.) (QL) (75 000 \$ à la conjointe du décédé, 35 000 \$ à sa fille et 5 000 \$ à chacun de ses parents); et *Wilson c. Martinella* [1993] O.J. no 3361 (Div. gén.) (QL), conf. par (1995), 81 O.A.C. 24 (60 000 \$ au conjoint de la personne décédée, 25 000 \$ à sa fille, 30 000 \$ à sa mère).

Canada, dans l'affaire *Hill c. Église de scientologie de Toronto*¹⁴² c'est un exercice quelque peu futile puisque la nature du préjudice diffère dans les deux cas. Tout en reconnaissant ce fait, nous prétendons que la comparaison des deux domaines mérite réflexion.¹⁴³ Par exemple, que penser du fait que dans l'affaire *Hill*, la Cour suprême du Canada a confirmé qu'il était justifié d'accorder des dommages-intérêts généraux de l'ordre de 300 000 \$, des dommages-intérêts majorés de 500 000 \$ et des dommages-intérêts punitifs de 800 000 \$, alors que dans *McCartney*,¹⁴⁴ le tribunal de première instance a accordé la maigre somme de 5 000 \$ à une femme qui a été témoin de la mort de son époux, décédé instantanément lorsque l'automobile du défendeur l'a frappé de plein fouet alors qu'il était debout derrière sa voiture? La réaction de Mme McCartney était telle qu'elle a dû être hospitalisée pendant quatre mois et subir non moins de cinq traitements électroconvulsifs. Il semble légitime de se demander pourquoi la protection de la réputation d'un individu est tellement plus importante que la protection de la sécurité émotionnelle.¹⁴⁵

Nous constatons, soit par le biais des sommes octroyées au chapitre des dommages-intérêts, soit par celui du critère du tempérament normal, qu'il existe encore de nos jours des traces d'incompréhension face aux maladies mentales. Les deux aspects particuliers de la jurisprudence que nous avons choisi d'étudier ne sont que les indices d'un phénomène beaucoup plus large. En effet, ce n'est pas l'apanage des juges que d'entretenir une certaine appréhension face aux maladies mentales. Il s'agit d'un phénomène qui était et qui demeure toujours présent dans plusieurs sociétés, y compris la nôtre.¹⁴⁶

¹⁴² [1995] 2 R.C.S. 1130 aux pp. 1198-99 [ci-après *Hill*]. Il s'agissait d'une poursuite par un avocat, substitut du procureur général, qui se disait diffamé par les propos émis publiquement à son égard par un autre juriste.

¹⁴³ Voir *Carson c. John Fairfax & Sons Ltd.* (1993), 113 A.L.R. 577 (H.C.) où la cour australienne s'est montrée prête à comparer les montants octroyés dans les cas de diffamation et de blessures corporelles.

¹⁴⁴ *Supra* note 21.

¹⁴⁵ La question à l'étude dans *Hill*, *supra* note 142, était à savoir s'il était souhaitable de fixer un plafond aux dommages-intérêts généraux. En prenant la décision de ne pas imposer un tel plafond, la Cour suprême s'est fondée sur le fait que les dommages-intérêts pour diffamation étaient habituellement modestes (30 000 \$ en moyenne). Nous désirons simplement noter que depuis ce temps, la tendance est aux dommages-intérêts plus élevés. Voir, par exemple, *Botiuk c. Toronto Free Press Publications Ltd.* [1995] 3 R.C.S. 3 où le montant accordé était de l'ordre de 140 000 \$.

¹⁴⁶ Pour une étude historique des attitudes envers la maladie mentale, voir Foucault, *supra* note 118.

Maladies mentales, troubles psychiatriques, conditions nerveuses : voilà autant de termes qui font peur.¹⁴⁷ Mis à part l'anxiété qu'éprouve toute personne devant la possibilité d'être victime d'une maladie, mentale ou physique, la peur qu'évoque ces termes a une source plus profonde, qui se rattache au fait que les sociétés ont presque toujours stigmatisé la maladie mentale.¹⁴⁸ Les personnes qui souffrent de troubles psychologiques ou de maladies mentales font l'objet de préjugés de tout genre. Elles sont perçues comme étant violentes et dangereuses. Encore de nos jours, nombreux sont les individus qui ont l'impression que la personne qui souffre d'un trouble de l'esprit le mérite ou pourrait l'éviter avec un peu de courage.¹⁴⁹ De telles attitudes, véhiculées surtout par les médias d'information, façonnent les comportements¹⁵⁰ sociaux et influencent la politique sociale.¹⁵¹

De façon plus générale, en considérant le droit des délits dans son ensemble, nous constatons que la common law n'a jamais accordé

¹⁴⁷ Voir J.M. Ussher, *Women's Madness: Misogyny or Mental Illness?* Amherst (Ma.), University of Massachusetts Press, 1991 à la p. 4 qui écrit, en parlant de la maladie de sa mère :

But we never talk of this time. Perhaps the fear of the madness is still with us, the shame which we did not know until the secret was made, so that the word "madness" was never spoken. Perhaps we fear it will happen to us. That it is "in our genes". That one day too our nerves will snap. That we will crack. That we will split in two, fall in a heap, face the terror head on. That this madness, now called depression, or schizophrenia, or neurosis, will afflict us, and we will lose control.

¹⁴⁸ Voir, par exemple, T.J. Scheff, *Being Mentally Ill: A Sociological Theory* Chicago, Aldine, 1966 aux pp. 67-80. À notre avis, bien que cet ouvrage ne soit pas des plus récents, les commentaires de l'auteur demeurent très pertinents. Après avoir exposé les stéréotypes négatifs véhiculés par les médias d'information, par les institutions sociales, y compris la famille, et même par les professionnels de la santé, il écrit, à la p. 77 :

Persons who are mentally ill, even when they do not seem to be, are basically different. This is one theme, among others, which recurs in reference to mental illness in ordinary conversation. This theme, together with the "looks and acts different" theme and the "incurable" theme, is probably part of a single larger pattern: these deviants (like other deviants) belong to a fundamentally different class of human beings, or perhaps even a different species.

Le même point de vue est confirmé par des études plus récentes. Voir, par exemple, S.R. Noe, «Discrimination Against Individuals with Mental Illness» (1997) 63 J. Rehab. 20.

¹⁴⁹ Voir L.F. Sparr et J.K. Boehnlein, «Posttraumatic Stress Disorder in Tort Actions: Forensic Minefield» (1990) 18 Bull. Am. Acad. Psy. & L. 283 aux pp. 293-94 et 298; et J. Townsend, «Racial, Ethnic, and Mental Illness Stereotypes: Cognitive Process and Behavioral Effects» dans C.V. Willie *et al.*, dir., *Mental Health, Racism, and Sexism* Pittsburgh (Pa.), University of Pittsburgh Press, 1995, 119 aux pp. 120-22.

¹⁵⁰ Malheureusement, ces attitudes sont également nocives pour les personnes atteintes de troubles mentaux et servent à exacerber et à prolonger leur maladie. Voir S. Rosenfield, «Labeling Mental Illness: The Effects of Received Services and Perceived Stigma on Life Satisfaction» (1997) 62 Am. Soc. Rev. 660.

¹⁵¹ Voir Noe, *supra* note 148 à la p. 21.

tout à fait la même protection à la sécurité mentale qu'à la sécurité physique. Par exemple, du côté des délits intentionnels, les brefs les plus anciens visaient à assurer la protection de la sécurité physique de la personne et de ses biens en prohibant les actes violents qui portent atteinte à autrui.¹⁵² La protection de la sécurité émotionnelle est venue beaucoup plus tard¹⁵³ et demeure toujours imparfaite. Emprisonnés dans le carcan des anciennes formes d'actions, les délits intentionnels contemporains se prêtent très mal à la protection contre les diverses formes de menaces, de harcèlement et même de discrimination.¹⁵⁴

Finalement, outre les exemples précités, nous constatons que malgré les nombreuses exhortations à l'ouverture d'esprit et à la flexibilité, l'application du droit aux faits va souvent à l'encontre de la victime de préjudice moral. Cela est particulièrement frappant dans l'affaire *Alcock*. Des dix parties demanderesse interjetant appel à la Chambre des lords, aucune n'a eu droit à une indemnisation. Après avoir précisé qu'il n'était pas souhaitable de limiter aux époux, parents et enfants la catégorie de personnes ayant droit à l'indemnisation parce qu'il était injuste de prétendre que les liens affectifs entre ces personnes étaient nécessairement plus étroits qu'entre d'autres, la Chambre des lords refuse toute réparation au demandeur *Alcock* pour le préjudice psychiatrique causé par le décès de son beau-frère. La Chambre des lords affirme que la preuve de la nature du lien affectif entre les parties n'est pas suffisante. Présent sur les lieux du sinistre, M. *Alcock* a été témoin des souffrances des nombreuses personnes décédées ou blessées; dans la cohue qui a suivi l'incident l'identification de son beau-frère à la morgue a été retardée. En adoptant une interprétation plus souple de la jurisprudence, la Chambre des lords aurait pu indemniser M. *Alcock* pour le préjudice moral qu'il a subi.

Bien qu'il soit évidemment impossible d'affirmer que les attitudes sociales face aux maladies mentales expliquent à elles seules les hésitations des tribunaux en matière de la réparation du préjudice moral, les facteurs précités démontrent la nette influence de ces attitudes sur le développement du droit en la matière. Comment nier le fait qu'en droit des délits la protection de la sécurité émotionnelle passe derrière la protection de la sécurité corporelle et de la propriété? C'est

¹⁵² Par exemple, le délit d'acte de violence prohibe le contact traumatisant et offensant envers la personne d'autrui, tandis que le délit de voies de fait protège contre l'appréhension d'un contact traumatisant et offensant imminent.

¹⁵³ Voir l'affaire *Wilkinson*, *supra* note 3.

¹⁵⁴ L. Léger, «The Culture of the Common Law in the 21st Century: Tort Law's Response to the Needs of a Pluralist Society» dans K. Cooper-Stephenson et E. Gibson, dir., *supra* note 117, 162.

d'ailleurs le constat de la critique féministe du droit des délits, à laquelle nous allons maintenant nous attarder.

V. PERSPECTIVE DES FEMMES

De façon très générale, les théories féministes ont comme souci premier de décrire, de définir et d'exposer le patriarcat, c'est-à-dire le phénomène de la domination et de la hiérarchie masculines dans la société. La sphère juridique, tant sur le plan structurel que normatif, n'échappe évidemment pas à cette analyse. Il en est de même pour le droit des délits en particulier. Selon les théoriciennes féministes qui s'intéressent au domaine, un bon nombre des concepts clés en matière de responsabilité délictuelle se sont développés et ont été interprétés dans une perspective masculine du droit.¹⁵⁵ L'exemple le plus souvent utilisé est celui du critère de la personne raisonnable. L'auteure Bender écrit :

Even if such a creature could be imagined, the "reasonable man" standard was postulated by men, who, because they were the only people who wrote and argued the law, philosophy, and politics at that time, only theorized about themselves. When the standard was written into judicial opinions, treatises, and casebooks, it was written about and by men.¹⁵⁶

Ce même commentaire est valable à l'égard de plusieurs autres critères, y compris ceux qui nous intéressent plus particulièrement : la prévisibilité et la proximité. En effet, si les règles sont énoncées à partir d'un point de référence masculin, ces intérêts masculins entrent en jeu lors de l'évaluation du bien-fondé de la cause d'action. Ainsi dans le contexte d'un droit des délits empreint de notions et de stéréotypes qui reflètent les normes patriarcales, le relais du préjudice moral à un rang secondaire s'explique d'une part, du fait que les personnes qui demandent ce type d'indemnisation sont surtout des femmes, et d'autre

¹⁵⁵ Voir L. Bender, «A Lawyer's Primer on Feminist Theory and Tort» (1988) 38 J. of Leg. Educ. 3 [ci-après «Primer»]; L. Bender, «Feminist (Re)torts: Thoughts on the Liability Crisis, Mass Torts, Power, and Responsibilities» [1990] Duke L.J. 848; L. Bender, «An Overview of Feminist Torts Scholarship» (1993) 78 Cornell L. Rev. 575; L. Bender, «Changing the Values in Tort Law» (1990) 25 Tulsa L.J. 759; M.L.A. Fineman, «Feminist Theory and Law» (1995) 18 Harv. J. L. & Pub. Pol'y 349; L.M. Finley, «A Break in the Silence: Including Women's Issues in a Torts Course» (1989) 1 Yale J. L. & Feminism 41; C.A. Goodzeit, «Rethinking Emotional Distress Law: Prenatal Malpractice and Feminist Theory» (1994) 63 Fordham L. Rev. 175 aux pp. 209-14; et C. Tobias, «Gender Issues and the Prosser, Wade, and Schwartz *Torts Casebook*» (1988) 18 Golden Gate U. L. Rev. 495.

¹⁵⁶ «Primer», *supra* note 155 à la p. 22.

part, en raison de la nature du préjudice, de son caractère émotionnel qui rappelle des traits soi-disant typiquement féminins¹⁵⁷.

L'analyse d'une quarantaine de décisions canadiennes¹⁵⁸ révèle que les femmes étaient les demanderessees dans environ 68 pour cent des cas;¹⁵⁹ la fréquence des demandes introduites par des femmes versus des hommes était dans un ratio d'environ 2:1. Cette tendance est confirmée par certaines études américaines.¹⁶⁰ Nous suggérons également que dans les cas où la réclamation est faite par un homme, le préjudice moral demeure associé aux femmes. Il en est ainsi surtout à cause des stéréotypes répandus qui suggèrent que l'empathie, l'émotivité et la sensibilité sont le propre des femmes.¹⁶¹ Sans être nécessairement fondés, ces stéréotypes sont prédominants¹⁶² et colorent la décision du tribunal qui se prononce sur la légitimité d'une cause d'action.

Vu la prédominance des normes patriarcales dans nos sociétés contemporaines, la réticence à reconnaître le préjudice moral,

¹⁵⁷ Voir Goodzeit, *supra* note 155 aux pp. 210-11.

¹⁵⁸ Notre échantillon comprend la plupart des décisions rapportées et non rapportées les plus récentes (40 cas). Les parties demanderessees, hommes ou femmes, ont eu gain de cause dans environ 70 pour cent des cas. Les réclamations ont été faites par des victimes indirectes dont le seul préjudice est de nature morale (23 cas), par des victimes hybrides qui sont directement impliquées dans l'accident et aux prises avec un préjudice moral précipité par les blessures subies par autrui dans le même accident (12 cas), et par des victimes directes dont le seul préjudice est de nature morale (5 cas). L'échantillon étant petit, les mises en garde habituelles au sujet de l'utilisation de statistiques s'imposent.

¹⁵⁹ Bien que nous ayons examiné 40 décisions, celles-ci comportaient à l'occasion plus d'une partie demanderesse. Au total, il y avait donc 53 parties demanderessees, dont 36 étaient des femmes.

¹⁶⁰ Voir M. Chamallas et L.K. Kerber, «Women, Mothers, and the Law of Fright: A History» (1990) 88 Mich. L. Rev. 815 aux pp. 815 et 849 note 148. Les auteures mentionnent également des études moins récentes. Voir L. Green, «"Fright" Cases» (1933) 27 Ill. L. Rev. 761; et H.W. Smith, «Relation of Emotions to Injury and Disease: Legal Liability for Psychic Stimuli» (1944) 30 Va. L. Rev. 193.

¹⁶¹ Voir, par exemple, S.M. Burn, *The Social Psychology of Gender* New York, McGraw-Hill, 1996. L'auteure expose le fruit de nombreuses recherches sur les stéréotypes masculins et féminins. Elle écrit, à la p. 43 : «In regard to differences between males and females, we often consider women to be better at expressing emotion and more sensitive to the feelings of others (empathy) than men. Indeed, the belief that females are more emotional than males is one of the most consistent findings in research on gender stereotypes».

¹⁶² *Ibid.* aux pp. 139-44 où l'auteure commente l'étude de J.E. Williams et D.L. Best, *Measuring Sex Stereotypes: Multination Study* éd. rév., California, Sage, 1990 qui révèle à quel point, à l'échelle mondiale, les traits tels que l'affection, l'anxiété, l'émotivité, la sensibilité et la faiblesse sont étroitement associés aux femmes, alors que l'agressivité, l'ambition, l'arrogance, le courage, la façon logique et rationnelle d'agir et le réalisme sont des traits associés aux hommes.

fréquemment associé aux valeurs féminines, n'est guère étonnante.¹⁶³ Certaines auteures argumentent que le sexe des victimes de préjudice moral a nui à la reconnaissance du droit à l'indemnisation et a contribué à la création des limites précitées.¹⁶⁴ Étant donné que les premières décisions fondamentales en matière de préjudice moral impliquaient toutes des femmes, un lien entre ce type de préjudice et les femmes s'est vite établi.¹⁶⁵ Pour d'autres, toutes les victimes de préjudice moral, hommes ou femmes, sont désavantagées, car elles font partie d'un groupe envers qui les règles de droit sont biaisées. Le problème est donc systémique.¹⁶⁶

En parlant des dommages-intérêts, nous avons noté que les tribunaux étaient beaucoup plus enclins à accorder des montants élevés à la victime d'un préjudice moral qui est également victime d'un préjudice corporel. Dans la perspective féministe du droit des délits, cela n'a rien de surprenant puisque le préjudice corporel et les atteintes à la propriété ont priorité sur le préjudice moral dans la hiérarchie des dommages.¹⁶⁷ En outre, selon Goodzeit, les normes masculines fondées sur l'économie de marché servent à établir la valeur d'un préjudice; cela mène à une sous-évaluation du préjudice subi par la femme, surtout si ce préjudice est de nature émotionnelle. Cette approche explique pourquoi les sommes octroyées au chapitre des dommages-intérêts tendent à être plutôt modestes.¹⁶⁸

Nous avons souligné plus haut que l'application du critère du tempérament normal exigeait l'établissement d'une norme. Selon la perspective féministe, ce qui constitue une réaction émotionnelle normale est déterminé à partir d'un schème de référence masculin. Les femmes sont mal comprises et exclues. Cela peut également expliquer pourquoi elles sont souvent affublées de stéréotypes comme celui d'être

¹⁶³ L'auteure Burn, *supra* note 161 à la p. 57 suggère que les hommes hésitent à se présenter comme étant compréhensifs justement parce que cela serait contraire au stéréotype du rôle masculin.

¹⁶⁴ D.K. Hepler, «Providing Creative Remedies to Bystander Emotional Distress Victims: A Feminist Perspective» (1993) 71 N. Ill. U. L. Rev. 71 aux pp. 80-82; et voir Chamallas et Kerber, *supra* note 160 à la p. 845.

¹⁶⁵ Chamallas et Kerber, *supra* note 160 à la p. 824.

¹⁶⁶ Voir *ibid.* à la p. 845; et Hepler, *supra* note 164 à la p. 80.

¹⁶⁷ Voir «Primer», *supra* note 155 à la p. 37, où l'auteure affirme : «Why, for instance, do tort damages recognize financial loss and yet remain reluctant to recognize relational loss, such as loss of the companionship of a child, or intangible harms, such as an increased risk of cancer or loss of a less-than-even chance of survival?».

¹⁶⁸ Goodzeit, *supra* note 155 à la p. 210.

émotionnelle et facilement hystérique.¹⁶⁹ Même dans un ouvrage aussi éclairé que celui de Mullany et Handford, notons l'exemple de la femme enceinte, «and therefore particularly sensitive».¹⁷⁰

Ce n'est pas seulement l'établissement de la norme qui pose un problème, mais également le simple critère de la prévisibilité raisonnable. Selon Bender, la raison et le caractère raisonnable sont l'apanage du sexe masculin alors que l'émotion et l'intuition sont attribuées au sexe féminin.¹⁷¹ Par conséquent, toute démarche visant à déterminer s'il existe une obligation de diligence envers une victime de préjudice moral est empreinte d'une perspective masculine du droit. Dans un domaine où les réclamations proviennent principalement des femmes, ceci pourrait expliquer en partie l'attitude prudente, pour ne pas dire sceptique, des tribunaux.

En soi, la critique féministe n'explique peut-être pas entièrement la réticence des tribunaux face à la réparation du préjudice moral. Néanmoins, les propos de ces femmes qui ont étudié la question offrent une piste de réflexion intéressante qui explique, en partie du moins, l'état du droit en la matière. En jumelant cette critique aux préoccupations précitées concernant les perceptions de la maladie mentale, des questions encore plus fondamentales se posent.

Rappelons que les études sur le SSPT laissent entendre que les femmes forment un groupe dont les membres semblent plus susceptibles de développer cette condition. Plusieurs raisons peuvent expliquer cet état de choses. La question est fort complexe et nous ne pouvons l'explorer en détails dans le présent article. Stein suggère que les femmes sont peut-être plus disposées à rapporter leurs symptômes. De surcroît, l'auteur est d'avis que les événements traumatiques auxquels les femmes sont exposées (par exemple le viol et les autres formes d'agressions sexuelles), sont peut-être plus susceptibles de causer le SSPT que les événements auxquels les hommes sont exposés (les accidents d'automobile et les autres formes d'agression non violentes).¹⁷² Jane Ussher suggère que la source du problème est beaucoup plus profonde. Désavantagées sur le plan économique, les femmes ont le fardeau du soin des enfants et du foyer; les femmes représentent également une

¹⁶⁹ Voir Chamallas et Kerber, *supra* note 160 à la p. 825. Pour un exemple récent de cette attitude, voir les propos de Lord Jauncey dans *Page*, *supra* note 6 et le texte qui accompagne la note 124.

¹⁷⁰ *Supra* note 1 à la p. 226.

¹⁷¹ «Primer», *supra* note 155 à la p. 23.

¹⁷² Stein *et al.*, *supra* note 100 à la p. 1118.

grande proportion des personnes âgées (un groupe plus vulnérable aux maladies de tous genres). En outre, leur rôle dans le mariage, leur place dans une société patriarcale, le fait qu'elles sont souvent victimes de violence, les images médiatiques auxquelles elles doivent se conformer sont autant de facteurs qui se combinent pour expliquer comment certaines femmes peuvent se sentir découragées, voire désespérées.¹⁷³ En dernière analyse, il convient de souligner que si en fait, les femmes sont plus susceptibles de développer un préjudice moral quelconque, elles sont clairement désavantagées par les règles juridiques actuelles en matière de préjudice moral. Ce fait ne peut être ignoré. Or, les principes du droit de la négligence doivent répondre à la réalité particulière des femmes. Procéder à des changements en matière de la responsabilité pour préjudice moral constituerait un excellent début.

Selon certaines théoriciennes féministes, les femmes partagent un ensemble de valeurs et d'aspirations communes fondées sur leur expérience de mère et de femme. Elles perçoivent leurs obligations morales de façon différente. Cette caractéristique les porte à privilégier les relations interpersonnelles et les rapports avec autrui alors que les hommes attribuent plus d'importance à l'autonomie, à l'individualisme, à l'indépendance et à la séparation.¹⁷⁴ Ainsi, les femmes accordent plus de valeur à la relation entre une personne blessée et la personne témoin des circonstances qui causent les blessures que les hommes.

Actuellement les tribunaux s'arrêtent au caractère secondaire et séparé de la relation entre la victime de l'accident et la victime de choc nerveux. Cette attitude doit être modifiée. Les conséquences de l'accident doivent être analysées de façon globale, sans chercher à faire la distinction entre victime directe ou indirecte. En effet, la personne qui subit un préjudice psychiatrique est tout aussi victime que celle qui subit un préjudice physique. Le préjudice subi découle du même ensemble de faits; en tant que conséquence de l'acte délictueux, le

¹⁷³ Ussher, *supra* note 147, dont surtout le chapitre 9 où l'auteure fait une étude extrêmement intéressante de toutes les sources, biologiques, sociales et politiques des maladies mentales chez les femmes.

¹⁷⁴ Cette approche, fréquemment dénommée féminisme relationnel, s'inspire des écrits et de la recherche de Carol Gilligan. Voir C. Gilligan, *In a Different Voice: Psychological Theory and Women's Development* (Cambridge (Mass.), Harvard University Press, 1982). Les écrits de Gilligan font l'objet de critique par celles qui prétendent que le soi-disant raisonnement moral particulier aux femmes est lui-même le résultat de l'oppression féminine. Voir par exemple, P.S. Karlan et D.R. Ortiz, «In a Different Voice: Relational Feminism, Abortion Rights, and the Feminist Legal Agenda» (1993) 87 Nw. U.L. Rev. 858; et C.A. MacKinnon, *Feminism Unmodified: Discourses on Life and Law*, Cambridge (Mass.), Harvard University Press, 1987.

préjudice moral ne peut être ignoré. Comme le propose l'auteure Bender, il faut songer à une nouvelle norme de responsabilité :

A standard that would make us duty-bound to act responsibly and assure that our behavior does not harm someone else is not beyond us. The law should not permit us casually to cast aside another's safety, health, or interests because we do not personally know the random person who might be injured. Just as we would not want "strangers" to discount the human consequences of their actions to someone about whom we care, we must recognize that the person we affect by our "carelessness" is interconnected to other people as well—family, friends, colleagues, neighbors, communities.¹⁷⁵

VI. CONCLUSION : À LA RECHERCHE DE SOLUTIONS

Les problèmes épineux que nous avons identifiés tout au long du présent article ne sont pas faciles à résoudre. La documentation juridique foisonne de propositions de réforme, toutes aussi intéressantes les unes que les autres. D'aucuns suggèrent que le préjudice psychiatrique reconnaissable doit faire l'objet d'indemnisation, dès lors qu'il est raisonnablement prévisible qu'un lien de causalité suffisant est démontré.¹⁷⁶ D'autres désirent abolir tout à fait ce type de réclamations¹⁷⁷ ou proposent de s'en remettre au législateur.¹⁷⁸ Entre ces deux extrêmes, les points de vue les plus divers sont exprimés. Par exemple, la Commission de droit britannique suggère d'éliminer les exigences de proximité temporelle et physique pour les victimes

¹⁷⁵ «Primer», *supra* note 155 à la p. 32.

¹⁷⁶ C'est le point de vue de Mullany et Handford, *supra* note 1 aux pp. 310-15 et de Bell, *supra* note 81 aux pp. 338-39, 410. Ce dernier prétend que seul le critère de prévisibilité doit être utilisé, comme c'est le cas pour le préjudice physique. Par ailleurs, les critiques sont également nombreuses. Du côté anglais, voir, par exemple, T. Weir, «Compte rendu : *Tort Liability for Psychiatric Damage: The Law of 'Nervous Shock'* par N.J. Mullany et P. R. Handford» (1993) 52 Cambridge L.J. 520; K. Stanton, «Compte rendu : Tort Liability for Psychiatric Damage par N.J. Mullany et P.R. Handford» (1994) 23 Anglo-Am. L. Rev. 249. Du côté américain, voir Partlett, *supra* note 80 qui prétend que la prééminence du rôle du jury en droit américain rend l'utilisation du seul critère de préjudice psychiatrique reconnaissable tout à fait impensable. Voir également R.N. Pearson, «Liability for Negligently Inflicted Psychic Harm: A Response to Professor Bell» (1984) 36 U. Fla. L. Rev. 413.

¹⁷⁷ Voir «In Restraint of Tort», *supra* note 79 aux pp. 95-96. Selon cette auteure, le droit de la négligence en matière de préjudice moral, dans son état actuel, porte atteinte à l'intégrité du système juridique.

¹⁷⁸ Voir, par exemple, *Liability for Psychiatric Illness* *supra* note 18 aux pp. 86-87; et *Alcock*, *supra* note 6 à la p. 932, Lord Oliver.

indirectes qui ont un lien affectif étroit avec la victime directe.¹⁷⁹ Plutôt que de s'appuyer sur la prévisibilité, une auteure suggère de se servir du critère de l'événement traumatique. Ainsi la nature des conséquences de l'acte délictueux pour la victime directe, la sévérité des blessures subies par cette dernière et le niveau d'engagement personnel de la victime indirecte sont tous des facteurs que le tribunal considérera lors de l'évaluation de la cause d'action.¹⁸⁰ Une autre propose de se fonder sur la prévisibilité raisonnable, mais de limiter les dommages-intérêts aux pertes économiques, telles les factures médicales et la perte de salaire.¹⁸¹

En rédigeant le présent article, notre objectif n'était pas de formuler une solution au problème complexe de la réparation du préjudice moral. Notre but était plus modeste : il consistait à vérifier la légitimité des hésitations, des perceptions et des réticences des tribunaux en la matière. Nous avons constaté qu'en fait, la victime d'un préjudice moral causé par un acte de négligence se heurte à plusieurs obstacles. En outre, il semble que les raisons invoquées pour justifier l'existence de ces limites ne sont pas nécessairement valables ni bien fondées. En conséquence toute proposition de réforme qui vise à réduire les difficultés auxquelles est confrontée la victime de préjudice moral a un certain mérite et doit être considérée attentivement.

La plupart de ces propositions tentent de remanier les concepts et les notions déjà connus. À notre avis, cela n'est peut-être pas suffisant. Par exemple, l'adoption du critère de prévisibilité raisonnable, qui semble être à première vue une solution attirante, a le mérite d'éliminer la différence de traitement entre le préjudice moral et le préjudice corporel. Par contre, même un critère soi-disant objectif, tel la prévisibilité, peut mener à plusieurs interprétations. Il est loin d'être certain que l'utilisation d'un critère plus souple permettra aux tribunaux de mieux comprendre les caractéristiques du préjudice moral.

Pour effectuer des changements importants, il faut prendre un certain recul et prévoir une stratégie de réforme plus globale. Quelle que soit la solution adoptée, il est essentiel que les victimes soient

¹⁷⁹ *Liability for Psychiatric Illness* supra note 18 aux pp. 68-72. Une proposition semblable est formulée par J.M. Appleberry, «Negligent Infliction of Emotional Distress: A Focus on Relationships» (1995) 21 Am. J. L. & Med. 301 aux pp. 317-22.

¹⁸⁰ J.K. Sandine, «The Wavering Line in Invisible Ink: Negligent Infliction of Emotional Distress in North Carolina—*Johnson v. Ruark Obstetrics & Gynecology Associates*» (1991) 26 Wake Forest L. Rev. 741.

¹⁸¹ G.W. VanDeWeghe, Jr., «California Continues to Struggle with Bystander Claims for the Negligent Infliction of Emotional Distress: *Thing v. La Chusa*» (1990) 24 Loy. L.A. L. Rev. 89 aux pp. 109-10.

placées au premier plan de tout projet de réforme. Le système juridique doit reconnaître la légitimité du préjudice moral, surtout celui souffert passivement à la vue des blessures causées à une victime directe.¹⁸² Il s'agit de la première étape d'un projet beaucoup plus ambitieux : l'abaissement des barrières sociales invisibles qui existent encore de nos jours en matière de santé mentale. C'est là un objectif vers lequel peut tendre le droit des délits qui, depuis quelques années, cherche à se doter d'un rôle important dans la société contemporaine.

¹⁸² Cette reconnaissance aura un effet bénéfique sur la santé des victimes. Voir Hepler, *supra* note 164 à la p. 72, où l'auteure écrit :

In addition to needing time and the assistance of a professional, the emotionally traumatized person also needs to know that society views the injury as legitimate. This knowledge is an essential part of the healing process. Knowing that the community understands their distress, and acknowledges that it is not an abnormal reaction under the circumstances will facilitate victims' recovery.