

THE CANADIAN BAR REVIEW

LA REVUE DU BARREAU CANADIEN

Vol. 69

June 1990 juin

No. 2

PRETIUM ET PRÉCISION

Daniel Jutras*
Montréal

Contrairement aux autres préjudices dont le droit civil tient compte, le préjudice extrapatrimonial ne peut être effacé par une indemnisation en argent. Comment peut-on justifier cette conversion de la souffrance en espèces?

Dans le cadre de l'atteinte à l'intégrité physique, l'indemnité joue un rôle de représentation de la perte. Cette notion de représentation a deux composantes. La première composante insiste sur le remplacement du bien-être perdu par des avantages de même nature, ce qui signifie que le préjudice extrapatrimonial doit être envisagé de façon exclusivement subjective. La seconde composante met l'accent sur le symbolisme du processus de détermination de l'indemnité.

Dans cette perspective, l'auteur montre la filiation civiliste de l'analyse fonctionnelle adoptée par la Cour suprême à l'égard du préjudice extrapatrimonial, et s'oppose à l'institution de barèmes visant à faciliter le calcul de l'indemnité.

While monetary awards are normally compensatory in civil law, they cannot obliterate extrapatrimonial losses. Why should we even attempt to repair these losses?

In the context of bodily injuries, the indemnity for extrapatrimonial losses is a representation of the damage. This notion of representation has two interrelated aspects. First, it insists on the qualitative equivalence between the loss and the compensation, which requires that extrapatrimonial losses be envisaged subjectively. The second aspect of the notion of representation focuses on the symbolic nature of the process of determination of the indemnity.

Against that backdrop, the author examines the justification for these awards, the nature of extrapatrimonial loss, and some methods of calculation of the indemnity. Along the way, he concludes that the Supreme Court's functional approach has

* Daniel Jutras, de la Faculté de droit, Université McGill, Montréal, Québec.

L'auteur désire remercier ses collègues Yves-Marie Morissette, Roderick A. Macdonald et Pierre-Gabriel Jobin, qui ont commenté ce texte. Une partie de la recherche a été effectuée grâce à l'aide financière de la Fondation Wainwright.

its counterpart in the civil law tradition, and that scientific methods of calculation of the extrapatrimonial award are counterproductive.

Un droit civil, devenu plus anthropologique, sentira peut-être davantage les inconvénients et les dangers (fraudes, hypertrophies du moi) du système actuel qui répare en argent le dommage corporel, mais laisse trop souvent les demandeurs à l'état d'épaves physiques et morales. Il apparaîtra alors que la réparation adéquate serait plutôt le séjour des victimes, aux frais du responsable, dans une maison spécialisée pour leur traitement, leur rééducation et leur désintoxication psychologique. *Brave new world.*

Jean Carbonnier¹

Introduction

Le droit civil connaît plusieurs écoles dans la réparation du préjudice corporel. Dans ses efforts de transposition du corps humain en équivalent monétaire, la technique juridique vit simultanément plusieurs des moments de l'histoire de l'art: méthode aléatoire, pointillisme, impressionnisme, réalisme.²

Tout le monde le dit, les approximations sont inévitables en ce domaine. Cependant, grâce à la Cour suprême du Canada, on peut penser depuis un certain temps que le droit civil a progressé. Ce sentiment nous vient bien entendu de trois décisions rendues par la Cour suprême en 1978, dans des affaires provenant de provinces de *common law* dont l'influence a été très importante au Québec.³ Dans ce célèbre tryptique (qu'on a baptisé du nom moins poétique de "trilogie"), la Cour suprême a esquissé quelques moyens pour donner plus de cohérence à l'indemnisation de l'atteinte à l'intégrité physique. D'abord, selon la cour, il faut distinguer le préjudice patrimonial du préjudice extrapatrimonial. Partant de là, la cour énonce certains principes donnant un caractère plus scientifique à la réparation intégrale du préjudice patrimonial.⁴ Elle pose ensuite les jalons d'une

¹ J. Carbonnier, *Flexible droit: textes pour une sociologie du droit sans rigueur* (4e éd., 1979), p. 258, note 3.

² La métaphore est inspirée du titre du texte du juge R. Letarte, *L'évaluation judiciaire du préjudice résultant de blessures corporelles: de l'impressionnisme au réalisme?* (1986), 64 R. du B. can. 106.

³ *Andrews c. Grand & Toy Alberta Ltd.*, [1978] 2 R.C.S. 229; *Thornton c. Board of School Trustees of School District No. 57 (Prince George)*, [1978] 2 R.C.S. 267; *Arnold c. Teno*, [1978] 2 R.C.S. 287.

⁴ En bref, la Cour a suggéré de diviser le préjudice patrimonial en trois postes: pertes antérieures et déboursés initiaux, perte de capacité de gains, et coût des soins futurs. Quant aux derniers postes, le juge Dickson favorise l'utilisation de prévisions statistiques quant à l'avenir de la victime et celle de tables actuarielles pour déterminer le montant de la somme globale à accorder. On trouvera un exposé détaillé de cette méthode de calcul dans les articles cités, *infra*, note 5.

meilleure appréciation du préjudice extrapatrimonial. Plusieurs décisions québécoises ont repris ces idées. La trilogie est donc l'objet d'une attention soutenue depuis quelques années. On l'a commentée, décriée, louangée, disséquée, raffinée.⁵ Le débat sur la réparation de l'aspect patrimonial du préjudice est devenu très technique: taux d'actualisation, importance de l'impôt sur le revenu dans le calcul de l'indemnité, octroi de frais de gestion, barèmes officiels, projections diverses. L'avant-projet de loi de la Loi portant réforme au Code civil du Québec du droit des obligations⁶ reprend ce langage. Le juriste quitte la toge et devient actuaire.

Malgré la rigueur apparente de cette analyse, certaines questions fondamentales restent en suspens. En particulier, on a assez peu parlé jusqu'à maintenant de la réparation du préjudice extrapatrimonial dans ce contexte.⁷ Le préjudice qui nous intéresse ici est celui qui n'a pas d'équivalent monétaire *a priori*.⁸ Il peut donc s'agir à la fois d'un préjudice objectif, soit la diminution de l'intégrité physique elle-même, et de préjudices plus subjectifs, comme la perte de jouissance de la vie, le préjudice esthétique, les douleurs, souffrances et inconvénients, le préjudice d'agrément, le préjudice sexuel, et ainsi de suite.⁹

Puisqu'il est très important ici d'éviter les confusions de langage, ajoutons une précision d'ordre sémantique. Quand on parle du préjudice, il faut entendre les conséquences de la blessure, qui sont soit d'ordre patrimonial soit d'ordre extrapatrimonial, et non la blessure elle-même.

⁵ Les publications sur cette jurisprudence se multiplient. Voir, entre autres, en droit québécois: C. Champagne, *La Cour suprême et le plafonnement des indemnités pour les dommages non-pécuniaires* (1982), 42 R. du B. 320; Letarte, *loc. cit.*, note 2; G. Gilbert, *L'évaluation du préjudice par blessures et décès* (1987), 47 R. du B. 3; D. Gardner, *L'évaluation du préjudice corporel: Vers une meilleure utilisation de la technique de la transaction à paiements différés* (1987), 47 R. du B. 223; D. Gardner, *L'actualisation des dommages-intérêts en matière de préjudice corporel* (1987), 28 C. de D. 39; A. Wéry, *L'évaluation judiciaire des dommages non pécuniaires résultant de blessures corporelles: du pragmatisme de l'arbitraire?*, [1986] R.R.A. 355. Il faut ajouter à cette liste les dizaines de publications sur cette question dans les provinces de *common law*.

⁶ Avant-projet de loi, *Loi portant réforme au Code civil du Québec du droit des obligations*, 1ère session, 33e lég. Qué., 1987 (ci-après *Avant-projet*). Pour un survol de ce nouveau langage qu'on intégrera au Code civil du Québec, voir D. Gardner, *Les dommages-intérêts: une réforme inachevée* (1988), 29 C. de D. 883.

⁷ On notera, par exemple, que les actes du Colloque sur l'avenir de l'indemnisation du préjudice corporel (1987), 18 R.G.D., aux pp. 9-321, ne comportent que quelques remarques lapidaires sur les pertes non-pécuniaires qui portent presque toutes sur le plafond de \$100 000 fixé en 1978 par la Cour suprême: voir aux pp. 67-68, 130-131, 156, 191-192, 319-320.

⁸ Bien sûr, la réparation en argent de ce préjudice convertit l'intérêt extrapatrimonial en valeur patrimoniale. Dans cette perspective, tout intérêt protégé par le droit est patrimonial. Mais le droit civil distingue les intérêts protégés en fonction de leurs caractéristiques *avant* l'octroi d'une indemnité.

⁹ Il faut noter la terminologie évocatrice de P. Le Tourneau, qui parle de *pretium doloris*, *pretium pulchritudinis* et de *pretium juvenis*, dans *La responsabilité civile* (2e éd., 1976), pp. 172 et s.

Ainsi, par exemple, une cicatrice peut avoir pour effet de réduire la capacité de gains de la victime et lui causer un tort psychologique important. La perte de capacité de gains est un préjudice patrimonial. Le tort psychologique est un préjudice extrapatrimonial. À notre avis, les mots "préjudice esthétique" ne devraient désigner que cette conséquence extrapatrimoniale de la cicatrice. On a pourtant souvent confondu cicatrice et préjudice esthétique. Cette élasticité du vocabulaire juridique alimente la confusion des concepts. Par préjudice extrapatrimonial, il faut donc entendre ici les conséquences autres qu'économiques qui résultent de l'atteinte à l'intégrité physique.¹⁰

On connaît bien les commentaires de la Cour suprême sur cet aspect du préjudice. Selon le juge Dickson, en effet, il faut que ce préjudice extrapatrimonial soit réparé en un seul montant,¹¹ plafonné à 100 000\$ (en dollars de 1978). Par ailleurs, la réparation du préjudice extrapatrimonial doit se faire de façon fonctionnelle:¹² elle ne constitue pas une réparation au sens strict. En d'autres termes, il ne s'agit pas dans ce cadre de déterminer la somme d'argent qui remplace le membre perdu ou la faculté disparue. Ni l'un ni l'autre ne peuvent être remplacés. Il s'agit plutôt d'accorder à la victime une somme lui permettant de se payer des distractions, des plaisirs substitutifs. Réparation intégrale, remise en état, autant de concepts dont la puissance d'évocation s'évanouit en face du préjudice extrapatrimonial.

Quelques juristes québécois ont récemment critiqué cette façon de concevoir la réparation du préjudice extrapatrimonial. Le juge Baudouin, en particulier, soutient dans son traité sur la responsabilité que cette conception est étrangère au droit civil, et contraire à la nature compensatoire

¹⁰ Bien entendu, la notion de préjudice extrapatrimonial est aussi utilisée en l'absence de blessures corporelles, dans les cas d'atteinte aux droits de la personnalité, par exemple. Toutefois, notre propos se limite ici aux conséquences de l'atteinte à l'intégrité physique. Il n'est pas exclu que certains de nos commentaires soient applicables à l'indemnisation du préjudice extrapatrimonial sous toutes ses formes. Pour une analyse portant sur l'un des aspects du préjudice extrapatrimonial, voir R. Jukier, *Non-Pecuniary Damages in Defamation Cases* (1989), 49 R. du B. 3.

¹¹ Au même effet, en droit civil, voir G. Viney, *La responsabilité: Effets* (1987), p. 200:

En définitive, nous pensons que l'avènement souhaitable d'une distinction plus nette entre les deux aspects, économique et physiologique, de l'incapacité devrait logiquement conduire à n'allouer, dans la plupart des cas, qu'une seule indemnité pour compenser toutes les conséquences non économiques de l'invalidité. L'indemnisation distincte du *pretium doloris* et du "préjudice esthétique" serait alors réservée aux seuls cas où il est prouvé que ces dommages ont présenté une gravité exceptionnelle.

¹² On peut entendre le mot "fonctionnel" de deux façons. L'adjectif peut d'abord indiquer que l'indemnisation doit se faire en tenant compte de la fonction, de la justification du paiement. Il peut d'autre part vouloir dire que l'indemnisation est fonctionnelle comme une chaise est fonctionnelle, c'est-à-dire qu'elle remplit une fonction pratique d'abord et avant tout, et que ce caractère pratique éclipse ses autres vertus. Nous préférons le premier sens.

de l'indemnité en droit civil.¹³ La Cour d'appel a repris cette critique dans l'affaire *Jim Russel International Racing Drivers School (Canada) Ltd. v. Hite*.¹⁴ Ces commentaires invitent à une réflexion sur la conception que se font les civilistes québécois de la réparation du préjudice extrapatrimonial.

Les problèmes soulevés par la réparation de ce préjudice tiennent, cela va de soi, à l'absence d'équivalence qualitative entre le dommage moral et la réparation monétaire. À défaut d'une méthode incontestable pour déterminer la valeur monétaire de ce préjudice, on s'est généralement contenté en droit québécois comme ailleurs d'appeler les juges à être équitables et raisonnables. Ce qu'il faut, dit-on, c'est indemniser la victime juste assez (une somme raisonnable devrait suffire), mais pas trop (il faut éviter les indemnités faramineuses ainsi que les trop grandes variations dans l'indemnité pour un préjudice de même ordre).

La transposition du préjudice extrapatrimonial en argent est donc toujours en un certain sens une oeuvre artistique, une représentation de la réalité. Il ne s'agit pas pour autant d'un exercice arbitraire. C'est ce caractère représentatif de l'indemnisation du préjudice extrapatrimonial qu'il faut analyser. La question peut être étudiée sous trois aspects. D'abord, il faut connaître la finalité de cette indemnisation, sa justification: il faut savoir pourquoi une somme d'argent est offerte à la victime en réparation d'un préjudice qui ne peut pas, strictement, être réparé. Deuxièmement, cette indemnisation procède à partir d'une certaine caractérisation du préjudice: pas d'uniformité à moins que tout le monde parle du même dommage. Enfin, la détermination de l'indemnité présuppose une certaine méthode de transposition du préjudice extrapatrimonial en somme d'argent.

Il s'agit de trois questions différentes. La complexité du problème tient dans une large mesure au fait que ces questions sont souvent envisagées toutes à la fois, sans distinction. Pour simplifier le problème de l'indemnisation du préjudice extrapatrimonial, il faut donc s'efforcer de séparer les difficultés, et de mieux comprendre les positions qui s'affrontent (1) sur

¹³ J.-L. Baudouin, *La responsabilité civile délictuelle* (1985), pp. 143-144.

¹⁴ [1986] R.J.Q. 1610 (C.A.). Voir les commentaires sur cet arrêt de Wéry, *loc. cit.*, note 5, et ceux de D. Gardner, *Les questions qui demeurent en matière d'évaluation du préjudice corporel—étude comparative de trois arrêts de la Cour d'appel du Québec* (1987), 47 R. du B. 1077. Ce genre d'argument, s'appuyant sur le particularisme juridique du Québec, trouve de plus en plus d'adhérents. On s'en sert parfois sans même se demander si le concept en jeu est véritablement étranger à la tradition juridique québécoise, qui est pourtant mixte. Il ne suffit pas de dire, par exemple, que la thèse fonctionnelle est exprimée dans un jugement de *common law*, et reflète une conception du préjudice moral étrangère au droit civil. Il faut aussi se demander si cette conception ne se trouve pas reproduite dans le droit civil, dans la même forme ou dans une autre forme. Voir sur cette question, D. Howes, *From Polyjurality to Monojurality: The Transformation of Quebec Law, 1875-1929* (1987), 32 R.D. McGill 523; S. Normand, *Un thème dominant de la pensée juridique traditionnelle au Québec: La sauvegarde de l'intégrité du droit civil* (1987), 32 R.D. McGill 559; et, de façon plus générale, H.P. Glenn, *Persuasive Authority* (1987), 32 R.D. McGill 261.

le rôle de cette indemnisation, (2) sur la nature de ce préjudice et (3) sur la façon de le convertir en argent.

I. *La justification de l'indemnisation du préjudice extrapatrimonial*

A. *Indemniser sans réparer?*

Le préjudice extrapatrimonial est un préjudice réel. On ne peut nier la réalité de la souffrance, de la gêne, du désespoir ou de la diminution de la jouissance de la vie. Cela n'en fait pas nécessairement un préjudice dont il faille tenir compte en droit.

Symptôme de la juridicisation croissante des rapports sociaux, la reconnaissance du préjudice extrapatrimonial est pourtant rarement remise en question aujourd'hui.¹⁵ Bien sûr, il existe d'autres moyens en marge de la responsabilité civile pour marquer l'importance que notre société accorde au bien-être: de meilleurs services de santé, un plus grand nombre d'organismes apportant un soutien affectif et psychologique aux victimes d'accident, une amélioration des conditions de vie des handicapés, etc.¹⁶ Mais cette constatation n'ébranle pas les juristes: elle n'est utile que pour leur donner un peu d'humilité. Si le droit n'est pas omnipotent, diront-ils, rien ne les empêche de continuer de réparer le préjudice extrapatrimonial en argent pendant que la société fait des efforts pour adoucir le sort des victimes.

Les juristes civilistes s'entendent donc généralement pour dire qu'il faut prendre ce préjudice en considération dans le calcul des dommages-intérêts dus à la victime. Mieux vaut verser une somme d'argent que de ne rien faire du tout pour compenser la victime, dit-on, même si l'indemnité n'efface pas le préjudice.¹⁷ Puisque l'argent sert de mesure de valeur dans notre société, l'octroi d'une indemnité reflète l'importance que l'on accorde à l'intégrité physique.¹⁸

Il n'en a pas toujours été ainsi. En effet, la critique classique a souvent souligné les dangers de la juridicisation de cette question et l'incongruité,

¹⁵ D'ailleurs, le préjudice moral a fait son apparition dans l'Avant-projet, *op. cit.*, note 6; voir, par exemple, les articles 1515, 1532, 1659. Il s'agit d'une reconnaissance explicite qui n'avait pas eu lieu jusqu'ici.

¹⁶ Voir, au même effet, R.E. Goodin, *Theories of Compensation* (1989), 9 Oxford J. Legal Stud. 56, à la p. 73.

¹⁷ Voir, par exemple, C. Larroumet, *Réflexions sur la responsabilité civile* (1983, Institut de droit comparé de l'Université McGill), p. 100:

L'injustice et l'absence d'harmonie sociale résultant de la non-réparation du dommage moral seraient plus grandes que l'imperfection, à la fois morale et logique, de la règle de droit qui attribue une somme d'argent en réparation d'un dommage qui n'est pas évaluable en argent.

¹⁸ Cette justification est avancée en *common law* aussi. Voir, par exemple, L.L. Jaffe, *Damages for Personal Injury: The Impact of Insurance* (1953), 18 Law and Contemp. Probs 219, à la p. 224.

sinon l'immoralité, de la transposition de la souffrance en espèces. Si la réparation en argent confère une valeur au préjudice extrapatrimonial, elle contribue aussi à le commercialiser, à l'avilir.¹⁹ La réparation du dommage extrapatrimonial n'efface pas le préjudice, et le déconsidère en même temps qu'elle en souligne l'importance.

B. *À la recherche d'une justification*

Devant ce dernier paradoxe, il ne suffit pas de réitérer la nécessité d'une indemnisation du préjudice extrapatrimonial, sous prétexte que des attributs ayant une valeur intrinsèque comme l'intégrité corporelle ou la joie de vivre ont été irrémédiablement affectés. La proposition est un peu courte, car elle n'explique pas pourquoi il est souhaitable d'indemniser la victime pour un préjudice irréparable. Il faut donc répondre à la critique et chercher plus avant la justification de l'indemnisation du préjudice extrapatrimonial.²⁰ Avant de procéder à cette analyse, toutefois, il faut reconnaître qu'elle part du postulat que le droit civil doit tenir compte du préjudice sous toutes ses formes, à moins qu'il y ait de bonnes raisons de ne pas le faire.²¹

À partir de là, on peut tenter de justifier le versement d'une somme d'argent en reconnaissance du préjudice extrapatrimonial à travers une nouvelle définition des fins de la responsabilité civile. C'est la première voie à laquelle on pense, puisque l'analyse classique de la responsabilité civile (qui insiste sur son rôle compensatoire) a semblé faire défaut jusqu'à maintenant. La doctrine récente met en lumière, entre autres, deux nouvelles thèses, qui adoptent un point de vue prospectif. Lorsque le regard du juge est tourné vers l'avenir, la responsabilité civile sert essentiellement deux fins. D'une part, elle peut être justifiée par un désir d'identifier la partie qui sera le mieux à même de faire porter le fardeau du préjudice par une collectivité plus ou moins grande, au moyen de l'assurance de responsabilité ou autrement. C'est l'objectif de répartition de la charge des réparations, qui s'appuie sur l'idée qu'il est souhaitable de diminuer l'effet

¹⁹ D'ailleurs, dans d'autres contextes, la tradition civiliste a souvent manqué d'enthousiasme à l'endroit de la patrimonialisation de l'intégrité physique. Voir, par exemple, l'art. 20 du C.c.B.-C. et, plus généralement, A. Mayrand, *L'inviolabilité de la personne humaine* (1975, Conférences Wainwright).

²⁰ Voir, pour un survol de la réflexion sur cette question en droit américain, S. Ingber, *Rethinking Intangible Injuries: a Focus on Remedy* (1985), 73 Cal. L. Rev. 772.

²¹ On pourrait aussi partir du postulat inverse: le droit civil ne tient compte d'un préjudice que lorsqu'il y a de bonnes raisons de le faire. Dans cette perspective, il ne suffirait peut-être pas de contrer les objections et de montrer que l'indemnisation du préjudice extrapatrimonial n'est pas contraire à la nature et aux fins de la responsabilité civile. Il faudrait aussi faire une démonstration positive de la nécessité d'inclure le bien-être extrapatrimonial dans la liste des intérêts protégés. Dans un cas comme dans l'autre, le choix du postulat relève probablement de la pétition de principe: autant choisir celui qui s'accorde le mieux avec la tradition civiliste des cinquante dernières années.

négalif des accidents en le fractionnant en plus petits fardeaux.²² D'autre part, l'attribution de la responsabilité dissuade les comportements futurs négligents et dommageables en leur attachant un coût qui constitue une mesure d'incitation à une plus grande prudence, ou à une réduction de la fréquence de l'activité dommageable. C'est l'objectif de dissuasion: on peut éviter l'impéritie et réduire le coût des accidents en menaçant le maladroit d'avoir à réparer les pots cassés.

Ces conceptions instrumentalistes de la responsabilité civile ne justifient pas nécessairement l'indemnisation du préjudice extrapatrimonial. Ainsi, lorsqu'on s'intéresse à la répartition de la charge des réparations, l'indemnisation du préjudice extrapatrimonial n'est pas souhaitable. Le juge détermine alors la responsabilité en fonction de la capacité des parties à reporter le fardeau des dommages sur une collectivité.²³ Dans cette perspective, l'indemnisation du préjudice extrapatrimonial n'est pas justifiée: elle ne fait qu'ajouter au fardeau une composante qui ne peut de toute façon être reportée sur les autres, puisque le préjudice extrapatrimonial ne se déplace pas de la victime vers ceux qui participent à la réparation du dommage.²⁴

L'objectif de dissuasion, par ailleurs, ne justifie la réparation du préjudice extrapatrimonial que si l'on peut dire que la condamnation à l'indemnisation du préjudice matériel ne permet pas d'atteindre une dissuasion optimale.²⁵ Dans ce cadre, les précautions pour éviter le fait dommageable sont justifiées dès que leur coût est inférieur aux dommages

²² Voir, sur cette question, G. Viney, *Le déclin de la responsabilité individuelle* (1965); G. Viney, *De la responsabilité personnelle à la répartition des risques* (1977), 22 Arch. Phil. dr. 5; G. Viney, *La responsabilité: Conditions* (1982), pp. 80 et ss.; A. Tunc, *La responsabilité civile* (1981).

²³ L'accessibilité et l'usage de l'assurance de responsabilité signifient que dans bien des cas, le résultat ultime d'un recours en dommages sera la répartition de la charge de la réparation. Cela encourage certains à en faire l'un des objectifs de la responsabilité: dans la mesure où la perte sera redistribuée de toute façon, autant s'assurer qu'elle sera d'abord portée par la personne qui est la mieux placée pour la répartir de façon efficace.

²⁴ Cela ne signifie pas qu'il soit impossible ou futile d'offrir une compensation à la victime pour son préjudice extrapatrimonial. Il reste que cette compensation n'a pas pour effet de *déplacer* le préjudice d'une personne à l'autre. Puisqu'il ne peut être effacé, le préjudice extrapatrimonial demeure. Le seul préjudice extrapatrimonial qui puisse être effacé, et donc déplacé, c'est celui qui résulte de l'angoisse ou de la frustration causée par l'absence de compensation.

²⁵ Qu'il s'agisse de dissuader l'auteur du dommage ou la population en général de se comporter de manière négligente, la prémisse est toujours que les individus déterminent les précautions qu'ils doivent prendre et les activités auxquelles ils se livrent en comparant d'une part le coût de ces précautions et d'autre part le fardeau potentiel représenté par l'obligation de réparer le dommage qu'ils sont susceptibles de causer, compte tenu de la probabilité de sa survenance. L'objectif ultime est de réduire le coût des accidents. Voir, entre autres, E. MacKaay, *Le droit relatif aux accidents: une interprétation économique* (1981), 15 R.J.T. 383; F. Seurot, *La théorie économique de la responsabilité et le positivisme juridique* (1986), 4 Droits 137.

qui peuvent résulter de l'absence de précautions. Dès lors, il faut s'assurer que le calcul s'effectue de façon à tenir compte de l'ensemble des pertes. Refuser de réparer le préjudice moral, c'est refuser d'inclure dans ce calcul une composante importante du coût social des accidents.²⁶ Toutefois, dans la mesure où l'expression numérique du préjudice extrapatrimonial est largement conventionnelle, les résultats d'un tel calcul ne sont pas "exacts" au sens strict. Il est donc difficile de déterminer si la compensation de ce préjudice favorise une dissuasion optimale.

C. La justice corrective et la thèse satisfactoire

Au surplus, il faut reconnaître que ces conceptions instrumentalistes ne s'accordent pas parfaitement avec la forme et la structure de la responsabilité civile. La réflexion à laquelle se livrent les magistrats dans ce contexte est essentiellement rétrospective: le défendeur a-t-il injustement causé un dommage au demandeur? La responsabilité civile incarne et illustre la justice corrective.²⁷ Dans la conception classique du droit civil, le rôle primordial du juge n'est pas d'assurer la répartition de la charge de la responsabilité ou la dissuasion des comportements dangereux, mais de redresser un tort.

Il faut donc s'efforcer de justifier le paiement d'une somme d'argent pour souligner le préjudice extrapatrimonial d'une manière qui s'accorde avec la forme rétrospective de la responsabilité dans cette conception classique. L'une des voies possibles consisterait à envisager le paiement de façon strictement punitive: on a souvent analysé la réparation du préjudice moral comme une peine privée.²⁸

Mais il ne s'agirait que d'une solution partielle: la meilleure justification de l'indemnisation du préjudice extrapatrimonial se trouve dans la notion de justice corrective elle-même. Il faut envisager ensemble les fins com-

²⁶ Cette conclusion prend pour acquis que la question la plus importante est déjà résolue. En effet, le préjudice moral ne doit être inclus dans le calcul du coût potentiel d'un comportement négligent que s'il s'agit d'un coût social dont on veut tenir compte. La première étape, en ce sens, c'est de déterminer si on doit tenir compte ou non du préjudice moral dans l'évaluation du coût d'un accident. Ici encore, la justification de l'indemnisation du préjudice extrapatrimonial n'est que négative. Pour une discussion intéressante de ce problème, voir G. Calabresi, *The Cost of Accidents* (1970), pp. 205-225.

²⁷ Cette idée est exprimée de façon approfondie dans E.J. Weinrib, *Legal Formalism: On the Immanent Rationality of Law* (1988), 97 *Yale L.J.* 949.

²⁸ Cela aurait peut-être pour effet d'en restreindre le domaine aux cas de faute lourde ou intentionnelle. Il faut noter l'introduction des dommages punitifs dans l'Avant-projet, *op. cit.*, note 6. Le juge aura en effet la possibilité d'octroyer des dommages punitifs dans les cas de faute lourde ou intentionnelle affectant les droits fondamentaux de la victime. Il serait bien sûr possible, à la lumière de ce texte, d'envisager l'indemnisation du préjudice extrapatrimonial de façon punitive. Il s'agirait de la sanction d'une atteinte au droit à l'intégrité physique, qui est garanti par l'article 1 de la Charte des droits et libertés de la personne, L.R.Q. c. C-12.

pensatoire et punitive de la responsabilité, et non les séparer l'une de l'autre. Ainsi, le paiement n'est pas réparateur, puisqu'il n'efface pas le préjudice. Il n'est pas non plus une simple reconnaissance symbolique de l'atteinte à un intérêt protégé, ni une sanction du comportement du défendeur. Le paiement, en fait, est un peu tout cela à la fois. En effet, il n'a de légitimité que s'il est satisfactoire,²⁹ c'est-à-dire si la sanction imposée au défendeur permet à la victime d'obtenir des plaisirs et consolations représentant et remplaçant dans une certaine mesure ce qui a été perdu.

Cette exigence est-elle conforme à la tradition civiliste? On a récemment soutenu qu'elle y était étrangère.³⁰ Pourtant l'idée n'est pas nouvelle. Le droit civil français a été le théâtre d'une réflexion de même nature au début du vingtième siècle. La controverse portait alors sur la réparation du préjudice d'affection, c'est-à-dire le préjudice moral subi par les tiers en raison de la mort de la victime immédiate, ou de ses blessures corporelles. À ceux qui affirmaient à la fois l'impossibilité d'effacer le chagrin avec de l'argent et l'immoralité d'une telle réparation, ou qui tentaient d'en limiter le domaine en lui donnant une vocation punitive, on répondait que l'argent versé permettrait à celui qui souffre de se procurer un dérivatif à sa douleur, ou des plaisirs de remplacement.³¹ La thèse satisfactoire a pris de l'ampleur, à tel point qu'elle constitue l'un des fondements de l'indemnisation du préjudice moral pour un grand nombre d'auteurs français.³²

Cette thèse satisfactoire et la thèse fonctionnelle du juge Dickson ne font qu'une, bien entendu. Il s'agit de la même idée, transposée du préjudice

²⁹ Il s'agit d'un adjectif tiré de la théologie chrétienne, et non d'un néologisme. L'expression a des racines dans la doctrine d'Europe continentale. Par exemple, on la trouve déjà dans R. von Jhering, *De l'intérêt dans les contrats et de la prétendue nécessité de la valeur patrimoniale des prestations obligatoires* (1880), dans *Oeuvres choisies*, t. 2, trad. par O. de Meulenaere (1893), p. 145, et dans H. et L. Mazeaud, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, t. 1, (1ère éd., 1931), p. 269. On la trouve aussi dans M. Dubois, *Pretium doloris*, thèse de doctorat, Université de Lyon, 1935, et dans J. Ganot, *La réparation du préjudice moral*, thèse de doctorat, Université de Paris, 1924 (Collection des thèses françaises, Faculté de droit de l'Université McGill). Elle permet d'exprimer les deux composantes de l'indemnité: la victime reçoit satisfaction, c'est-à-dire à la fois une reconnaissance de l'offense et des plaisirs de remplacement.

³⁰ Voir *supra*, notes 13 et 14.

³¹ Voir la thèse de Dubois et celle de Ganot, *op. cit.*, note 29, pour une discussion de cette controverse.

³² L. Josserand, *Cours de droit civil positif français*, t. 2 (2e éd., 1933), p. 236, no. 442; M. Planiol et G. Ripert, *Traité pratique de droit civil français*, t. VI (1930), p. 752, no. 596; H. Mazeaud, L. Mazeaud et A. Tunc, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, t. I (6e éd., 1965), p. 405, no. 313; G. Ripert et J. Boulanger, *Traité de droit civil*, t. II (1957), p. 377, no. 998; B. Stark, *Droit civil: Obligations* (1972), p. 57, no. 115; J. Carbonnier, *Droit civil*, t. 4 (1976), p. 326, no. 89; Y. Chartier, *La réparation du préjudice dans la responsabilité civile* (1983), pp. 152 et s.; P. Kayser, *Remarques sur l'indemnisation du dommage moral dans le droit contemporain*, dans *Études offertes à Jean Macqueron* (1970), à la p. 411.

d'affection au préjudice extrapatrimonial résultant de la blessure. La similitude entre les deux notions est frappante, et s'étend même au langage employé par le juge Dickson pour énoncer la thèse fonctionnelle.³³ La filiation civiliste de cette justification est manifeste.

Il faut en préciser un peu plus le contenu. De façon générale, comme nous l'avons suggéré plus haut, la structure de la responsabilité civile reflète le concept de justice corrective. Après l'événement, le juge constate que le défendeur a injustement rompu l'équilibre qui existait entre lui et la victime. Le rôle du juge (et la justification de son intervention) est de rétablir cet équilibre, en imposant au défendeur une sanction qui profite à la victime. Dès lors, dans la responsabilité civile, le paiement fait par le défendeur remplit plusieurs fonctions simultanément. D'abord, il sert de reconnaissance par le droit de l'importance de l'intérêt auquel on a porté atteinte, et de l'illégitimité de cette atteinte. Ensuite, dans la mesure où l'avantage conféré est de même nature que l'avantage perdu, le paiement constitue une compensation pour cette perte. Enfin, le processus judiciaire et le versement d'une indemnité permettent d'endiguer et de satisfaire le désir de vengeance de la victime.

C'est l'ensemble de ces fonctions qu'exprime la justification satisfaisante de l'indemnisation du préjudice extrapatrimonial. Cette indemnité joue bel et bien un rôle correctif. Bien sûr, il ne s'agit pas de restitution: on ne peut rendre à la victime l'usage de ses membres ou la faculté disparue. On peut toutefois envisager la perte autrement: au lieu de parler de perte d'un membre, ou de déficit anatomo-physiologique, on peut parler de perte de l'agrément que l'on tire de l'usage de ce membre. L'ensemble de la perte extrapatrimoniale se trouve donc dans ces composantes subjectives: la perte de jouissance de la vie, les douleurs, souffrances et inconvénients. Dans la mesure où la perte est envisagée subjectivement, l'avantage conféré à la victime par le paiement d'une indemnité est de même nature que celui qu'elle a perdu. De la même façon que l'on remplace un bien détruit par un nouveau bien de même nature, la compensation de la perte extrapatrimoniale ne peut être réalisée qu'à travers des joies de remplacement qu'on obtiendra avec les sommes versées.³⁴ Rien de plus civiliste que cette

³³ Voir, par exemple, *Lindal c. Lindal*, [1981] 2 R.C.S. 629, à la p. 636, où la thèse fonctionnelle est expliquée en termes presque identiques à ceux employés par les juristes français:

La Cour a adopté la troisième façon d'aborder le problème, soit la conception "fonctionnelle" qui, au lieu de tenter d'évaluer en termes monétaires la perte des agréments de la vie, vise à fixer une indemnité suffisante pour fournir à la victime une consolation raisonnable pour ses malheurs. Il y a indemnisation non parce que les facultés perdues ont une valeur monétaire, mais parce qu'il est possible de se servir d'argent pour substituer d'autres agréments et plaisirs à ceux qu'on a perdus.

³⁴ Voir Goodin, *loc. cit.*, note 16, à la p. 60, qui distingue deux types de compensation:

The distinction between these two kinds of compensation might be summarized thus. The first kind of compensation attempts to provide people with equivalent means

idée de réparation par équivalent. Cette conclusion a donc d'importantes conséquences quant à la caractérisation du préjudice extrapatrimonial, comme on le verra plus loin.

On pourrait penser, cependant, que la notion de justice corrective exige que l'intervention du juge efface entièrement le préjudice, c'est-à-dire que l'avantage conféré soit non seulement *de même nature* que le bien perdu, mais aussi *égal* au bien perdu.³⁵ En regard de cette exigence, l'indemnisation du préjudice moral serait trop inadéquate pour être justifiable. Mais il faut rejeter cette proposition. Puisque l'attribution d'une valeur monétaire au préjudice extrapatrimonial est conventionnelle, la recherche d'une égalité entre l'indemnité et le dommage, entre la souffrance subie par la victime et le déplaisir infligé au défendeur, n'est ni souhaitable ni cohérente. Il faut rechercher un équilibre d'un autre ordre.

En fait, cette élision d'un des aspects importants de la justice corrective, soit l'octroi d'une compensation égale au tort subi, ne prive pas pour autant l'intervention du juge de sa légitimité. En plus de cette compensation imparfaite, l'indemnisation du préjudice extrapatrimonial sert en effet à une autre fin, en ce qu'elle permet de donner une forme tangible à ce préjudice. C'est dans le processus de détermination de l'indemnité que se produit cette réification. La victime fait état des différents aspects de son préjudice et le juge en précise les contours, parfois en détail, dans son opinion. Les discussions au procès portant sur le préjudice extrapatrimonial (tout autant que l'indemnité elle-même) contribuent à le rendre présent aux sens. Catharsis pour la victime, expiation pour l'auteur du dommage, cette représentation du dommage rétablit à un autre niveau l'équilibre rompu par le défendeur.

C'est justement cette notion de représentation qui résume le mieux la thèse satisfactoire. Elle comporte deux aspects: la représentation évoque d'abord l'idée de remplacement d'une chose par une autre, pas nécessairement identique, qui en tient lieu. L'indemnité, en ce sens, tient lieu des plaisirs perdus, sans pour autant effacer la souffrance. Représenter, c'est aussi rendre présent aux sens quelque chose qui leur échapperait autrement. Ici l'indemnité permet de donner au préjudice extrapatrimonial une forme tangible, et le processus qui conduit à l'octroi d'une somme d'argent souligne la réalité de ce préjudice.

Cette thèse satisfactoire (ou fonctionnelle) de la Cour suprême, quand on la développe un peu, est donc conforme au "principe d'indemnisation

to the same ends. The second kind of compensation attempts to provide them with equivalent satisfactions through different ends.

La thèse satisfactoire participe du deuxième type de compensation: elle s'appuie sur une redéfinition de ses objectifs de vie par la victime, sur une recherche de joies de remplacement équivalentes.

³⁵ Voir, par exemple, les commentaires de G. Del Vecchio sur la notion de justice corrective dans, *La Justice, la vérité: Essais de philosophie juridique et morale* (1955), aux pp. 43 et s., qui souligne l'importance de l'égalité entre l'indemnisation et le dommage.

à caractère compensatoire que notre système juridique retient même pour le dommage moral...”,³⁶ et à la forme rétrospective et corrective de la responsabilité civile. Il faut souligner cependant qu’elle ne sert qu’à justifier le paiement, et non à en préciser le montant. On a pu croire que les suggestions du juge Dickson, en plus de constituer une justification de l’intervention du juge, comportaient aussi des enseignements permettant de convertir le préjudice extrapatrimonial en argent. Ainsi, la réparation s’évaluerait en fonction du coût de différentes distractions: il suffirait de connaître le prix des voyages, des spectacles, ou d’autres loisirs qui feraient oublier son état à la victime.

Mais la thèse satisfaisante n’est pas une méthode de calcul de l’indemnité. Une telle méthode de calcul présuppose qu’il est possible de mesurer le bonheur en termes monétaires. Bien sûr, on peut connaître le coût de la plupart des choses et des activités agréables dans ce monde. Mais il y a un gouffre entre la détermination de la valeur de ces biens et la quantification du bonheur qu’ils produisent.³⁷ La Cour suprême ne peut à la fois affirmer que le bonheur perdu ne peut être évalué, et déterminer le prix d’un bonheur de remplacement à peu près équivalent.³⁸

La thèse satisfaisante, dans la mesure où elle est retenue comme fondement de l’indemnisation du préjudice extrapatrimonial, doit nous amener à réfléchir sur la nature de ce préjudice et sur le processus de transposition de la souffrance en argent. La thèse satisfaisante a pour corollaire une conception exclusivement subjective du préjudice extrapatrimonial, et nous incite à rejeter les méthodes scientifiques d’appréciation de ce préjudice. Ce sont les deux idées que nous explorons dans le reste de cet article.

³⁶ Voir *Jim Russel International Racing Drivers School (Canada) Ltd. c. Hite*, *supra*, note 14, à la p. 1625.

³⁷ Par ailleurs, pour qu’un juge puisse refléter l’intensité de la souffrance de chacune des victimes, il faudrait qu’il puisse comparer la qualité et la quantité de bonheur produit par ces biens au déplaisir qui résulte de la blessure. Détour bien inutile, puisqu’il présuppose la possibilité de mesurer la souffrance.

³⁸ Dans ce contexte, l’imposition du plafond de 100 000\$ reflète tout autant le caractère conventionnel de l’indemnité que la crainte de la Cour suprême que cette indemnité ne prenne une ampleur déraisonnable. Dès lors, il est difficile d’affirmer que le plafonnement de l’indemnité est conforme au principe de la réparation intégrale. Le préjudice extrapatrimonial ne peut être réparé *intégralement*, puisqu’il n’a pas de valeur monétaire avant que le juge ne lui en ait attribué une. Cependant, voir les propos du juge Lamer dans *Snyder c. Montreal Gazette Ltd.*, [1988] 1 S.C.R. 494, à la p. 506:

De la même façon, on doit indemniser intégralement le préjudice moral, même si celui-ci est moins facile à déterminer que le préjudice matériel. Toutefois, comme l’évaluation du montant de l’indemnité servant à compenser la souffrance morale fait appel à l’arbitraire et à la subjectivité, il convient de fixer un point de repère qui facilite la détermination de ce montant. Aussi, cette décision de politique judiciaire ne fait-elle pas violence, à mon avis, au principe *restitutio in integrum*.

II. Nature du préjudice extrapatrimonial

A. Les deux natures du préjudice extrapatrimonial

Il n'y a donc pas d'opposition entre la thèse fonctionnelle de la Cour suprême et une autre façon, plus civiliste, d'aborder la compensation du préjudice extrapatrimonial. Cependant, il reste une certaine ambiguïté quant à la façon dont on caractérise les atteintes à l'intégrité physique en droit civil. On trouve en fait dans notre droit deux conceptions radicalement opposées de la nature même du préjudice extrapatrimonial.

La première de ces conceptions veut que le préjudice extrapatrimonial n'existe que lorsqu'il est ressenti. Une blessure, quelle qu'en soit la gravité, n'a de conséquences extrapatrimoniales que si la victime est en mesure d'en percevoir les effets. Le préjudice extrapatrimonial, dans ce cadre, est exclusivement subjectif. Souffrances, inconvénients, préjudice d'agrément: on ne distingue pas la blessure elle-même de ses conséquences psychologiques puisque le préjudice se trouve tout entier dans ces dernières. L'un des corollaires de cette conception, par exemple, est qu'une victime inconsciente n'a droit à aucune indemnité au titre du préjudice extrapatrimonial.³⁹ Non seulement faut-il admettre qu'une telle indemnité est superflue, puisque la victime ne peut en ressentir les effets bénéfiques, mais il faut aussi reconnaître que le préjudice lui-même n'existe pas dans ce cas.⁴⁰ Il n'y

³⁹ Il nous semble en effet que la thèse fonctionnelle exclut la possibilité d'indemniser la victime inconsciente pour son préjudice extrapatrimonial. Au même effet, voir Baudouin, *op. cit.*, note 13, p. 144, et Ontario Law Reform Commission, Report on Compensation for Personal Injuries and Death (1987). Dans ce dernier document, on lit, p. 86:

On the question whether damages should be awarded for lost amenities to someone who is not aware of the loss, the Supreme Court's decision in *Andrews v. Grand & Toy Alberta Ltd.* may be seen to imply that they should not, although the point is not made explicit and there is no reference to *The Queen in Right of Ontario v. Jennings*. If the objective of the damage award is the provision of reasonable solace for misfortune—that is, physical arrangements that can make life more endurable—then that objective cannot be met.

L'arrêt *Lindal c. Lindal*, *supra*, note 33, contient selon certains un tempérament à ce principe: voir, entre autres, R. Letarte, Le point de vue du magistrat (1987), 18 R.G.D. 59, à la p. 68. Il nous semble quant à nous que les commentaires du juge Dickson dans cette affaire sont compatibles avec le principe énoncé par la Commission de réforme du droit. Voir *Lindal c. Lindal*, *ibid.*, en particulier à la p. 638.

⁴⁰ Cette question a produit des résultats assez diversifiés:

Au Québec: *Mannion c. Carena-Bancorp. Inc.*, [1985] C.S. 1224; *Giguère c. Grégoire*, [1973] C.S. 119; *Driver c. Coca-Cola*, [1961] R.C.S. 201.

En France: voir Cass. Crim., 3 avril 1978, qui octroie une indemnité malgré l'inconscience de la victime, les commentaires très critiques de S. Brousseau, J.C.P. 1979.II.19168, et C. Larroumet sous D.1979.Inf.64, et les commentaires plus positifs de Y. Chartier, *op. cit.*, note 32, pp. 228-231, et G. Viney, La responsabilité: Effets (1988), p. 201.

En *common law*: voir le texte de G. Mew, Damages, Personal Injuries—Non-Pecuniary Damages—Unaware Plaintiff and the Functional Approach (1986), 64 Rev. du B. can. 562, et la jurisprudence qui y est citée, en particulier: *Skelton c. Collins* (1966), 115 C.L.R. 94 (Aust. H.C.); *R. c. Jennings*, [1966] R.C.S. 532; *Lim Poh Choo c. Camden and Islington*

a pas de dommage moral sans souffrance morale ou physique, sans perte de jouissance de la vie ressentie par la victime.⁴¹

On peut par ailleurs envisager une partie du préjudice extrapatrimonial dans sa matérialité, en insistant sur son caractère visible et tangible. Cette analyse n'exclut pas la notion subjective du préjudice moral. En fait, elle s'y ajoute. Son aspect essentiel, c'est la reconnaissance de l'existence d'un préjudice extrapatrimonial objectif et indépendant de la souffrance ou de la perte de jouissance de la vie ressentie par la victime. Dans cette perspective, le préjudice est constitué non seulement de la perception que la victime a de son état, mais aussi de cet état lui-même.⁴² En d'autres termes, il ne suffit pas d'indemniser la victime pour les conséquences patrimoniales et la douleur morale et physique qui résultent de la blessure.⁴³ Il faut aussi l'indemniser pour la perte objective d'un membre ou d'une faculté, en fonction des "manifestations extérieures des faits générateurs de souffrance".⁴⁴

Area Health Authority, [1980] A.C. 174, [1979] 2 All E.R. 910 (H.L.). De façon générale, le problème s'est surtout posé en *common law* à l'égard du concept de "lost amenities" qui s'apparente à la perte de jouissance de la vie.

Pour une analyse comparative: voir, G. Viney et B. Markesinis, *La réparation du dommage corporel* (1985), pp. 70-71.

⁴¹ Selon certains, l'absence de préjudice n'est pas toujours une raison suffisante pour refuser d'indemniser la victime. Lorsque la victime décède en raison de la négligence du défendeur, on se plaint souvent du fait que celui-ci s'en tire à meilleur compte que si la victime avait survécu. Bien sûr, sur le plan pécuniaire, mieux vaut tuer sa victime que la rendre invalide; la responsabilité civile ayant une fonction compensatoire, on comprend que le préjudice patrimonial soit plus important quand il faut assurer des conditions d'existence acceptables à une victime invalide. Croit-on vraiment que ces considérations ont une influence sur le comportement des individus potentiellement négligents?

⁴² Voir, par exemple, *Giguère c. Grégoire*, *supra*, footnote 40, à la p. 125:

Il [le demandeur] a cependant droit à sa vie et à son intégrité physique et toute perte en ce domaine constitue un dommage objectif.

Le professeur M.A. Tancelin explique cette caractérisation du préjudice dans *Des obligations: Contrat, responsabilité* (2e éd., 1986), p. 302:

En faisant de l'atteinte à l'intégrité physique un dommage objectif, dans l'affaire *Giguère*, le juge C. Fortin transforme l'élément de "perte de jouissance de la vie", traditionnellement considéré au point de vue subjectif, en un "droit à la vie", qui est beaucoup plus conforme à l'idée qu'on se fait aujourd'hui des droits et libertés de la personne.

⁴³ Voir, par exemple, *Nadeau c. Savard*, [1972] C.A. 802, à la p. 805:

L'invalidité partielle ou la diminution de la capacité de gagner est en quelque sorte la conséquence de l'atteinte à l'intégrité physique qui elle aussi mérite compensation même si elle n'entraîne aucune perte pécuniaire.

Voir aussi *Couture c. Drapeau*, [1980] C.S. 247.

⁴⁴ Voir Viney et Markesinis, *op. cit.*, note 40, p. 200. Ici, il faut souligner que les mots "préjudice moral" se marient mal à cette conception objective. Il ne s'agit plus simplement d'un préjudice moral, mais d'un préjudice extrapatrimonial. Celui-ci se définit non plus comme le préjudice ressenti intellectuellement par la victime, mais comme toute forme de préjudice qui n'est pas patrimonial au sens strict.

Pour le juge Baudouin, de même que pour la Cour d'appel dans l'affaire *Jim Russel International Racing Drivers School (Canada) Ltd. c. Hite*,⁴⁵ il faut reconnaître cet aspect objectif du préjudice extrapatrimonial. La Cour suprême, au contraire, préfère la conception exclusivement psychologique ou subjective du préjudice extrapatrimonial.⁴⁶ Laquelle des deux est la plus conforme à notre tradition civiliste?

La question, à première vue, ne se pose qu'à l'égard de la victime inconsciente, dont le droit à une indemnité pour préjudice extrapatrimonial dépend de la conception choisie. Mais à la réflexion, elle a une certaine importance quant au choix des concepts que l'on utilise pour exprimer les conséquences de l'atteinte à l'intégrité physique.⁴⁷

B. La faune des concepts

L'examen de la jurisprudence québécoise en matière de blessures corporelles n'est pas concluant sur la question de la nature du préjudice extrapatrimonial. Il y a d'abord le problème de l'indemnisation des dommages extrapatrimoniaux résultant du décès, qui tient à ce que le droit civil a hésité longtemps entre les deux façons d'envisager ce préjudice. Depuis l'affaire *Driver c. Coca-Cola Ltd.*,⁴⁸ le droit québécois ne reconnaît aucun préjudice pour abrégement de la vie qui soit distinct de l'angoisse de la victime lorsqu'elle réalise que ses jours prendront fin plus tôt que prévu. Une conception objective du préjudice extrapatrimonial dicterait au contraire de réparer non seulement cette angoisse, mais aussi la "perte objective" de plusieurs années de vie.⁴⁹ D'autre part, les héritiers de la victime décédée ne peuvent réclamer de l'auteur du dommage aucune

⁴⁵ *Supra*, note 14.

⁴⁶ En effet, l'un des aspects notables de la trilogie est que l'ensemble des conséquences non pécuniaires de la blessure ou du handicap y est envisagé de façon subjective: il n'y a pas, dans la trilogie, de reconnaissance de l'atteinte à l'intégrité physique comme préjudice autonome et objectif. Il nous semble que les commentaires de la Cour sur la perte de la capacité de gagner un revenu ne doivent pas être interprétés comme une reconnaissance du caractère à la fois objectif et subjectif du préjudice extrapatrimonial. Ce préjudice est patrimonial, et la cour y voit la perte d'un capital humain ayant une valeur monétaire; elle justifie ainsi l'utilisation de ce calcul dans les cas où la victime n'avait, avant l'accident, aucun revenu. Sur cette question, voir D. Réaume, *Rethinking Personal Injury Damages: Compensation for Lost Capacities* (1988), 67 R. du B. can. 82.

⁴⁷ Le montant accordé ne sera-t-il pas à peu près identique, peu importe la façon d'exprimer et de diviser le préjudice extrapatrimonial? Nous croyons que non. Dans la mesure où le principe de réparation intégrale ne s'applique pas à ce préjudice, la façon d'en exposer les composantes est susceptible d'avoir beaucoup d'impact sur la taille de l'indemnité.

⁴⁸ *Supra*, note 40. Cette affaire, on le sait, a fait l'objet de vives critiques. Voir A. Mayrand, *Que vaut la vie?* (1962), 22 R. du B. 1.

⁴⁹ Voir *Green c. Elmhurst*, [1953] B.R. 85; *Lévesque c. Malinosky*, [1956] B.R. 351. Il ne s'agit pas simplement d'indemniser la victime pour l'un ou l'autre de ces préjudices subjectif et objectif, mais de lui accorder une indemnité pour les deux. Le juge Baudouin favorise cette solution, *op. cit.*, note 13, p. 448.

indemnité pour un préjudice extrapatrimonial subi par la victime immédiate à moins que celle-ci ait été suffisamment consciente pour le ressentir avant son décès. Dans ce contexte, donc, il n'existe pas de préjudice extrapatrimonial distinct de celui dont la victime a conscience et la jurisprudence semble avoir consacré la conception subjective.⁵⁰

De façon plus générale, les principes qui procèdent de la trilogie ont influencé les catégories et les méthodes de calcul retenues par les juges québécois. En particulier dans les affaires où l'état de la victime s'apparente à celui des demandeurs dans la trilogie, on a vu les juges québécois séparer le préjudice en fonction de ses conséquences patrimoniales d'une part (dépenses, perte de capacité de gains, coût des soins futurs) et de ses conséquences extrapatrimoniales d'autre part, et envisager ces dernières de façon exclusivement subjective.⁵¹ Ces affaires occupent toute la scène. C'est d'elles que l'on parle quand on met en lumière les répercussions de la trilogie au Québec. Puisqu'elles retiennent toute l'attention, elles risquent de nous faire croire qu'il existe maintenant un consensus sur la nature du préjudice extrapatrimonial au Québec.

⁵⁰ Cette conclusion n'est pas entièrement conforme à la thèse fonctionnelle au sens où l'entend la Cour suprême. Le préjudice moral n'existe que s'il est ressenti, soit. Mais la conséquence logique de cette proposition est que la réparation de ce préjudice n'a de sens que si l'indemnité peut en pallier les effets. Ainsi, P. Esmein, *La commercialisation du dommage moral*, D. 1954, Chron. 113, à la p. 113, souligne que:

Il est, je crois, incontestable que la souffrance physique ou morale est un fait si personnel que l'allocation d'une somme d'argent à titre de réparation n'a de sens que si cette somme est obtenue par la personne même qui a souffert... Dans tous les cas, c'est seulement parce qu'elle pourra faire un emploi qui la satisfait qu'il y aura quelque chose qui pourra être appelé réparation de sa souffrance.

Or, par une sorte d'alchimie maintenant bien acceptée en droit civil québécois, le préjudice extrapatrimonial véritablement ressenti par la victime lui donne droit à une indemnité qui peut être transmise à ses héritiers si elle décède avant d'avoir obtenu justice. Cette "indemnité sans préjudice", perçue par les héritiers sans qu'ils aient eux-mêmes subi de dommage, n'est pas conforme à la justification fonctionnelle exprimée par la Cour suprême. Sur cette question, voir Wéry, *loc. cit.*, note 5, à la p. 365. Voir aussi, *Patenaude c. Roy*, [1988] R.R.A. 222 (C.S.).

⁵¹ *Daoust c. Bérubé*, [1978] C.S. 618; *Campeau c. Société Radio-Canada*, [1979] C.S. 637; *Dugal c. P.G. Québec*, [1979] C.S. 617, *sub nom P.G. du Québec c. Dugal J.E.* 62-1169 (C.A.); *Gendron c. Lignes aériennes Canadien Pacifique Ltée*, [1980] C.S. 548, *sub nom Lignes aériennes Canadien Pacifique Ltée c. Gendron*, [1983] C.A. 596; *Mattews c. Ville de Jonquière*, [1982] C.S. 1122; *Lemaire c. Lambert*, [1983] C.S. 291; *Lachance c. Bonsant*, [1983] C.S. 596; *Philibert c. Via Rail Canada Inc.*, [1983] C.S. 1022, *sub nom Via Rail Canada Inc. c. Philibert*, [1985] C.A. 228; *Ranalli c. Motel du Vallon Ltée*, [1984] C.S. 296; *Bouliane c. Commission scolaire de Charlesbourg*, [1984] C.S. 323, *sub nom Drouin c. Bouliane*, [1987] R.J.Q. 1490 (C.A.); *Lebrun c. Québec Téléphone*, [1984] C.S. 605, [1986] R.J.Q. 3073 (C.A.); *Gravel c. Hotel-Dieu d'Amos*, [1984] C.S. 792, *sub nom Hotel-Dieu d'Amos c. Gravel*, [1989] R.J.Q. 64 (C.A.); *Mannion c. Carena-Bancorp. Inc.*, *supra*, note 40; *Maheux c. Provencher*, [1986] R.R.A. 209 (C.S.), *sub nom Provencher c. Maheux*, [1988] R.R.A. 446 (C.A.); *O.B. Canada Inc. c. Lapointe*, [1987] R.J.Q. 101 (C.A.); *Roy c. École d'escalade La haute perchée Inc.*, [1988] R.J.Q. 663 (C.A.); *Legault c. Succession André Parenteau*, [1988] R.J.Q. 2883 (C.S.).

Or, il n'en est rien. Dans les coulisses, en effet, l'influence des recommandations de la Cour suprême diminue en même temps que la gravité de la blessure subie par le demandeur.⁵² Généralement, dès lors qu'il ne s'agit plus d'une incapacité permanente totale ou quasi-totale, on cesse de distinguer le préjudice patrimonial du préjudice extrapatrimonial. Apparaît alors une faune hétéroclite quoique familière: incapacité partielle permanente, douleurs, souffrances et inconvénients, perte de jouissance de la vie, préjudice esthétique, préjudice d'agrément. Chacun de ces concepts se présente seul ou avec d'autres, dans l'ordre ou dans le désordre. L'indemnité n'est pas toujours ventilée,⁵³ et la méthode de calcul utilisée par le juge est rarement explicite. Les comparaisons d'une affaire à l'autre sont difficiles, voire impossibles.

Parmi ces chefs de dommages, c'est celui de l'incapacité partielle permanente qui présente le plus d'intérêt. Sous chacune de ses formes, le concept d'incapacité partielle permanente est incompatible avec la conception psychologique du dommage extrapatrimonial adoptée par la Cour suprême. Ainsi, dans certains cas, l'incapacité partielle forme une catégorie intermédiaire, à mi-chemin entre le préjudice patrimonial et le préjudice extrapatrimonial.⁵⁴ L'indemnité est alors constituée d'un mélange subtil d'éléments extrapatrimoniaux (la perte d'intégrité physique) et patrimoniaux (la perte de capacité de gains résultant de la blessure).⁵⁵ C'est notamment le cas lorsque la cour emploie la méthode appelée "calcul mathématique", qui est parfois utilisée là où le caractère partiel de l'incapacité rend le calcul des dommages patrimoniaux difficile. Cette méthode consiste

⁵² Voir, cependant, *Corriveau c. Pelletier*, [1981] C.A. 347.

⁵³ Voir, par exemple, pour une indemnisation globale de l'ensemble du préjudice extrapatrimonial: *Gray Rocks Inn Ltd. c. Gerak*, [1978] C.A. 297; *Grenier c. Turcotte*, [1979] C.S. 698; *Maltais c. P.G. Québec*, [1980] C.A. 236; *Beaumont-Butcher c. Butcher*, [1982] C.S. 893; *Julien-Bourque c. Beaudoin*, [1982] C.S. 1116; *Laramée c. Pharmacie Jean Coutu*, [1982] C.S. 591; *Lacombe c. D'Avril*, [1983] C.S. 592; *Angrignon c. Bélanger*, [1987] R.J.Q. 617 (C.S.); *Gburek c. Cohen*, [1988] R.J.Q. 2424 (C.A.).

⁵⁴ Il faut noter à cet égard que la Résolution 75-7 du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe relative à la réparation des dommages en cas de lésions corporelles et de décès, qui date du 14 mars 1975, reconnaît la nécessité d'une indemnisation de l'atteinte partielle à l'intégrité physique sans se prononcer sur sa nature. On trouve en effet les propos suivants au chapitre des commentaires:

Ce préjudice est déjà indemnisé dans la plupart des systèmes juridiques des États membres, tantôt comme gain manqué, tantôt comme perte de capacité, tantôt comme souffrance physique ou psychique. Toutefois, le principe ne tranche ni la question de la nature des chefs de préjudice, ni celle du montant des indemnités.

Cette résolution est reproduite à l'Annexe VII de l'ouvrage de M. Le Roy, *L'évaluation du préjudice corporel* (9e éd., 1982).

⁵⁵ Voir, par exemple, *Cité de Montréal c. Michaels* (1930), 49 B.R. 440; *Montréal Tramways Co. c. Starkey*, [1955] B.R. 503; *Bérubé c. Mailloux*, [1964] B.R. 552; *Tessier c. Gauthier* [1965] B.R. 201; *Giguère c. Laplante*, [1967] B.R. 903; *Ferron c. Lacasse*, [1982] C.S. 32; *Boucher c. Rousseau*, [1984] C.A. 85; *Chouinard c. Landry*, [1987] R.J.Q. 1954 (C.A.).

à présumer que la capacité du demandeur à gagner un revenu est réduite dans la même proportion que son intégrité physique, ce qui n'est pas nécessairement exact.⁵⁶ On a déjà condamné cette pratique, qui est difficilement défendable et qui s'accorde mal avec les exigences de réparation intégrale du préjudice patrimonial.⁵⁷

Dans d'autres décisions, on reconnaît explicitement la coexistence des composantes perceptibles et imperceptibles du préjudice extrapatrimonial. On trouve en effet plusieurs affaires où, en plus d'une indemnité pour les éléments subjectifs comme la souffrance et les inconvénients, la victime reçoit une indemnité calculée en fonction du pourcentage d'incapacité permanente qui reflète la diminution objective de son intégrité physique.⁵⁸ On procède parfois dans ces cas à une multiplication du pourcentage d'incapacité et d'une valeur conventionnelle attribuée au "point d'incapacité" après avoir étudié un certain nombre de décisions récentes.⁵⁹

⁵⁶ Voir, par exemple, les motifs du juge Malouf dans *Schierz c. Dodds*, [1981] C.S. 589, à la p. 608:

These figures are based on a 100% disability and on condition that she works until age 65. If the disability fixed by the Court is less than 100%, the amount required is obtained by multiplying the said sum by the percentage of disability fixed by the Court.

Cette méthode de calcul a été approuvée par le juge Monet en Cour d'appel, mais les juges Dubé et Rothman ont augmenté l'indemnité pour perte de revenus futurs: à leur avis, l'incapacité partielle de la victime équivalait à une incapacité totale fonctionnelle. Cf. *Dodds c. Schierz*, [1986] R.J.Q. 2623 (C.A.). Voir aussi, *Boily c. Corporation du canton Taché* (1930), 68 C.S. 406; *MacPherson c. Héritiers Gamache* (1931), 69 C.S. 142; *Langevin c. Construction Parago Inc.*, [1986] R.J.Q. 1963 (C.A.); *Provencher c. Maheux*, [1988] R.R.A. 446 (C.A.). Voir cependant, *Gburek c. Cohen*, *supra*, note 53, pour une analyse prudente de l'effet de la blessure sur la capacité de gain de la victime.

⁵⁷ Voir, par exemple, Viney, *op. cit.*, note 40, p. 177.

⁵⁸ On compte par dizaines les décisions de ce type. Voir, par exemple, *Fournier c. Lebel*, [1978] C.S. 295; *St-Jacques c. Boisclair*, [1978] C.S. 345; *Pépin c. Ville de Laval*, [1978] C.S. 643; *Desjardins c. Schieman*, [1980] C.S. 213; *Archambault c. Gourgué*, [1980] C.S. 243; *Goyette c. Guinard*, [1980] C.S. 265; *Haddad c. St-Gelais*, [1980] C.S. 553; *Gagnon c. Cité de Sept-Iles*, [1981] C.S. 93; *Sunne c. Shaw*, [1981] C.S. 609; *Cloutier c. Gagnon*, [1981] C.S. 628; *Brochu c. Auger*, [1981] C.S. 971; *Roy c. Caron*, [1983] C.S. 567; *Balint c. Plaza Alexis Nihon*, J.E. 87-1087 (C.S.); *Angrignon c. Bélanger*, [1987] R.J.Q. 617 (C.S.); *Dion c. Fillmore*, J.E. 88-1035 (C.S.); *Paquin c. P.G. Québec*, [1988] R.J.Q. 131 (C.S.); *Beaumont c. Potvin*, [1988] R.R.A. 531 (C.S.). En fait, la simple présence de séquelles physiques justifie généralement une indemnisation, peu importe que le demandeur ait établi une perte de revenus futurs ou non.

⁵⁹ Au Québec, les juges effectuent rarement une telle multiplication de façon explicite. Voir *Rodrigue c. C.U.M.*, [1981] C.S. 442, *sub nom C.U.M. c. Rodrigue* J.E. 84-218 (C.A.). Toutefois, dans la mesure où des tables non officielles sont disponibles (voir entre autres Baudouin, *op. cit.*, note 13, pp. 530 et ss., et le Répertoire de jurisprudence et de doctrine: Quantum, Montréal, Société québécoise d'information juridique (1970)), on peut supposer que de tels calculs sont assez fréquents. Voir, cependant, *Poirier c. Tremblay*, [1972] C.A. 398, où le juge Lajoie écrit, aux pp. 401-402:

Est fausse la théorie en vertu de laquelle on indemniserait une victime pour l'attribution d'un montant de \$400, \$500, \$700 ou \$1 000 pour chaque 1% d'invalidité permanente.

C. Sources de l'ambiguïté et éléments de solution

On trouve donc dans le droit québécois, côte à côte, des décisions qui retiennent la composante objective du préjudice extrapatrimonial et d'autres qui l'écartent. Dans ce contexte, il est difficile de dire laquelle, des conceptions objective ou subjective, est la plus conforme à la tradition civiliste. La question est mal posée puisqu'on trouve dans notre droit (comme d'ailleurs en droit français) les traces de l'une et de l'autre. Comment expliquer la coexistence de deux conceptions si différentes l'une de l'autre?

Quant à la conception subjective, d'abord, il faut bien dire que la popularité de la trilogie au Québec n'est pas le fruit d'un engouement soudain pour les concepts de *common law*. Elle est plutôt l'aboutissement d'un lent processus d'analyse et de décomposition des effets de l'atteinte à la personne. Le grand changement du dernier siècle en cette matière, on le sait, a été la ventilation de plus en plus grande de l'indemnité.⁶⁰ Ce changement s'est effectué le long de deux axes.

D'une part, la recherche d'uniformité et de précision dans l'indemnisation a peu à peu amené l'isolation du préjudice patrimonial que constitue la perte de capacité de gains. À l'égard de ce préjudice, on est passé de l'indemnisation globale et raisonnable à la réparation intégrale appuyée par de savants calculs. La trilogie de la Cour suprême n'est au fond que l'apogée d'une certaine façon de concevoir le processus d'indemnisation: quand l'objectif est devenu la réparation intégrale du préjudice patrimonial, on s'est efforcé de reproduire en droit commun l'aspect scientifique et rigoureux de l'indemnisation des victimes dans les régimes de sécurité

Il s'agit là non pas d'une base à un calcul, mais du résultat d'un calcul qui, évidemment, variera suivant les données de chaque cas.

La méthode "au point" a été portée à son niveau de raffinement le plus élevé par M. Le Roy, qui a publié régulièrement en France un ouvrage contenant des tables détaillées pour en faciliter le calcul. Voir Le Roy, *op. cit.*, note 54. Voir aussi les compilations qu'il effectue dans le Recueil Dalloz Sirey. La dernière date de 1988: L'indemnisation du déficit fonctionnel permanent en droit commun: un bilan (valeur moyenne du "point" en 1987), D.S. Chron. 55. On trouve par ailleurs des tableaux annuels de ce type dans la Gazette du Palais. Voir aussi l'article 26 de la Loi no 75-677 du 5 juillet 1985 tendant à l'amélioration de la situation des victimes d'accidents de la circulation et à l'accélération des procédures d'indemnisation, J.O. 6 Juillet 1985, 7584, Gaz. Pal. 1985.Lég. 452, qui prévoit la publication périodique des indemnités fixées par les jugements et les transactions, le tout sous le contrôle de l'autorité publique.

⁶⁰ En France, ce phénomène a été accentué par la Loi no. 73-1200 du 27 décembre 1973, J.O. 30 décembre 1973, 14152, Gaz. Pal. 1974. Lég. 42, portant sur l'assiette des recours de la Sécurité Sociale. Cette loi a pour effet d'empêcher la Société Sociale de récupérer "la part d'indemnité, de caractère personnel, correspondant aux souffrances physiques ou morales par elle endurées et au préjudice esthétique et d'agrément". Les juges français ont ainsi été amenés à ventiler l'indemnité, et à identifier clairement les indemnités à caractère personnel. Voir, sur cette question, Viney, *op. cit.*, note 40, pp. 148 et s.

sociale.⁶¹ La Cour suprême a donc consacré une conception qui était latente en droit civil.

D'autre part, la "personne" a fait son apparition en droit civil. Les concepts de nature subjective mettant en lumière l'impact de l'accident sur le bien-être psychologique de la victime ont rapidement proliféré.⁶² Souffrances physiques, préjudice esthétique, préjudice d'affection, préjudice d'agrément, préjudice sexuel, autant de chefs de dommages qui montrent l'émergence des droits de la personnalité.⁶³

Triomphe du Scientisme et du Moi, les transformations du processus d'indemnisation des atteintes à l'intégrité physique ressemblent à celles que l'on a vécues dans d'autres champs de la connaissance.

Cette démarcation entre le préjudice patrimonial et le préjudice extrapatrimonial subjectif sert parfaitement ses fins quand il est possible de mesurer avec précision les répercussions de la blessure sur l'activité professionnelle de la victime. C'est d'ailleurs ce qui explique le succès de la trilogie dans les cas d'incapacité professionnelle totale et permanente. Mais si cette structure conceptuelle n'a pas encore écarté la conception objective, c'est probablement parce qu'une telle précision n'est pas toujours possible, en particulier quand la blessure n'a pas de conséquences sur la capacité de gains de la victime, ou encore quand il est difficile d'envisager la victime par rapport à sa vocation économique (on pense au cas des jeunes enfants, des vieillards, des personnes sans emploi). Cette difficulté a favorisé l'apparition d'une indemnité pour incapacité partielle permanente, longtemps avant l'avènement de la trilogie.⁶⁴ Cette notion, qui s'appuie sur une objectivation du préjudice extrapatrimonial, a survécu à la trilogie, bien qu'elle soit incompatible avec celle-ci.

Il faut dire aussi que l'ambiguïté quant à la nature du préjudice extrapatrimonial est entretenue par un certain glissement de sens. On ne

⁶¹ Notre propos n'est pas de critiquer cet effort de rationalisation de la réparation de la perte de la capacité de gain. Il s'agit plutôt de souligner un changement profond dans la perception que les juges se font de leur rôle. Les juges québécois ont longtemps résisté à l'attraction des méthodes de calcul utilisées dans les régimes de sécurité sociale comme celui sur les accidents du travail. Voir *Montréal Tramways Co. c. Dupéré* (1931), 50 B.R. 414, *sub nom Dupéré c. Montreal Tramways Co.*, [1932] R.C.S. 120; *Rolbin c. Fréchette* (1931), 51 B.R. 514; *Dachez c. Raymond*, [1944] B.R. 456.

⁶² La jurisprudence québécoise a reconnu ces chefs de dommages assez tôt. Voir *Wood c. Cie du chemin de fer du Sud-Est* (1885), 13 R.L. 567; *Shackwell c. Drapeau* (1889), 5 M.L.R. 81 (C.S.); *O'Neil c. Emerson* (1894), 6 C.S. 307; *Mallet c. Martineau* (1898), 13 C.S. 510. Voir aussi, *Semenov c. Imperial Oil Company* (1922), 28 R.L.n.s. 174 (C.S.); *Low c. Canadian Pacific Express Co.* (1939), 77 C.S. 31. *Contra*: *Cutnam c. Léveillé* (1931), 37 R.L.n.s. 84 (C.B.R.).

⁶³ Voir, R. Nerson, *Les droits extra-patrimoniaux*, thèse de doctorat, Université de Lyon, 1939, Collection des Thèses françaises de la Faculté de droit de l'Université McGill.

⁶⁴ En France, le concept a acquis son autonomie autour des années cinquante. Voir, en particulier, Cass. Civ. 2e, 3 juin 1955, D. 1956 Jur. 69 (note A. Tunc); J.C.P. 1955.II.8814 (note P. Esmein).

distingue pas toujours clairement le tort que l'on a fait à la victime de la qualification juridique des conséquences de cette atteinte. Ainsi, la blessure corporelle devient préjudice corporel. En plus d'être la cause de dommages matériels et moraux, le préjudice corporel devient lui-même une catégorie autonome, qui peut dès lors faire l'objet d'une analyse (et d'une indemnisation) séparée.⁶⁵

La réaction du juge Baudouin et de la Cour d'appel aux suggestions de la Cour suprême n'est donc que le symptôme d'un débat plus profond sur la nature même du préjudice extrapatrimonial. On ne sait toujours pas si le préjudice extrapatrimonial tient uniquement à la perte d'intégrité physique elle-même, ou au contraire aux conséquences psychologiques de cette perte, ou même aux deux à la fois. La victime a-t-elle droit à une indemnité pour la réduction objective de son intégrité physique? Ou bien doit-on au contraire ne tenir compte que des répercussions de la blessure subjectivement ressenties par la victime?

Il faut pourtant choisir entre ces deux caractérisations du préjudice extrapatrimonial. Quant à nous, il nous semble qu'il y a de bonnes raisons d'adopter la conception subjective de ce dommage. D'abord, elle est la seule qui s'accorde avec la thèse satisfaisante énoncée plus haut.⁶⁶ Dans cette perspective, en effet, l'indemnité sert de représentation des *agrément*s perdus par la victime, et non de représentation du membre ou de la faculté dont la victime a été privée. Cela signifie donc que le concept d'incapacité partielle permanente doit disparaître comme chef de dommages: dès lors qu'il ne renvoie plus à la perte d'intégrité physique elle-même indépen-

⁶⁵ Ainsi, l'Avant-projet, *op. cit.*, note 6, distingue le préjudice corporel du préjudice moral et du préjudice matériel. L'article 1515 énonce en effet que:

Elle [toute personne] est, lorsque par sa faute elle manque à ce devoir, responsable du préjudice, corporel, moral ou matériel, qu'elle cause à autrui et tenue de réparer ce préjudice.

Il semble donc y avoir trois types de préjudice possibles. Cependant, à d'autres endroits dans l'Avant-projet, ces expressions sont utilisées de façon ambiguë. Par exemple, l'article 1532 restreint l'usage des clauses d'exclusion et de limitation de responsabilité en ce qui concerne "le préjudice corporel ou moral". S'agit-il de deux types de préjudice différents, ou du même préjudice qualifié deux fois? La question est légitime si on lit l'article 1659 qui prévoit que:

L'inexécution de l'obligation, par le débiteur, confère au créancier, sans préjudice de ses autres droits, celui de lui réclamer des dommages-intérêts en réparation du préjudice, tant moral ou corporel que matériel, que lui cause l'inexécution et qui en est une suite immédiate et directe.

Voir aussi les articles 1667, 1668 et 1669 de l'Avant-Projet.

⁶⁶ Au même effet, voir M.-E. Roujou de Boubée, *Essai sur la notion de réparation* (1974), p. 289:

... il est incontestable que les valeurs morales n'ont pas toutes un équivalent qualitatif secondaire, un avantage de remplacement dont l'octroi soit susceptible de faire cesser le préjudice subi par la victime; on peut faire cesser le préjudice consécutif à une diffamation, à l'usurpation d'un nom en publiant la condamnation du responsable; on peut compenser le préjudice d'agrément dans la mesure où il est possible de procurer

damment de la perception de la victime, il se confond avec la perte de jouissance de la vie et n'a plus d'utilité. Il faudrait donc cesser d'indemniser les victimes pour leur préjudice anatomo-physiologique objectif.⁶⁷

Par ailleurs, comme le souligne le professeur Viney, la question de la nature du préjudice extrapatrimonial est liée au choix de la méthode de transposition du dommage en argent. La "conception plus objective fondée sur les manifestations extérieures des faits générateurs de souffrance" conduit en effet souvent à une appréciation *in abstracto* de l'indemnité, qui amène le juge à se référer "à des méthodes statistiques, c'est-à-dire en pratique à des barèmes préétablis fondés sur des critères objectifs".⁶⁸ Or il faut à notre avis combattre cette méthode d'appréciation.

III. Le calcul de l'indemnité

L'une des préoccupations des juristes québécois reste l'uniformité (ou plus précisément l'absence d'uniformité) de l'indemnisation des victimes pour leurs blessures.⁶⁹ On en a souvent fait état, ici comme en France. La normalisation de la réparation du préjudice patrimonial a bien sûr des effets secondaires sur les méthodes que l'on utilise pour apprécier le préjudice extrapatrimonial.

A. La rigueur des barèmes

On a cherché l'uniformité dans la précision des barèmes. Pour éliminer "l'arbitraire" et "l'injustice", on suggère le plus souvent une intervention extérieure normalisatrice, imposant plus de rigueur aux juges en raffinant les méthodes de calcul.⁷⁰ Ainsi, le professeur Viney affirme que:⁷¹

à la victime des satisfactions qualitativement comparables à celles dont elle a été privée; mais il est impossible de fournir à la victime un avantage remplaçant en elle-même l'intégrité physique perdue, ou une satisfaction neutralisant un préjudice esthétique ou un préjudice affectif.

La justification satisfaisante a donc pour corollaire une conception subjective du préjudice. C'est ce qui explique qu'on l'ait d'abord utilisée pour expliquer l'indemnisation du préjudice d'affection.

⁶⁷ Voir Viney, *op. cit.*, note 40, pp. 197-200, qui serait d'accord avec cette idée.

⁶⁸ *Ibid.*, p. 200.

⁶⁹ Voir, par exemple, F. Drouin Barakett et P.-G. Jobin, La réparation du préjudice esthétique: le mystère de la beauté (1976), 17 C. de D. 965, à la p. 987:

Trop de variations entre les indemnités pour préjudice esthétique accordées par nos tribunaux restent sans justification. Cette inconsistance constitue elle-même une injustice. À nos yeux, seul le recours généralisé à un instrument d'évaluation parviendra à combler cette lacune de notre justice. La méfiance des juges à l'endroit des barèmes n'est pas dépourvue de fondement: ils craignent d'être enfermés dans des normes strictes et d'être ainsi entraînés à causer des injustices. Mais voient-ils l'arbitraire auquel conduit le rejet de toute autre norme que l'équité?

⁷⁰ Dans Le projet de barème international des invalidités, Gaz. Pal. 1981.D.453, à la p. 454, L. Melennec suggère que l'absence de barème officiel ne peut avoir qu'une conséquence: "... la bordellomanie est érigée en méthode de gestion...". Pour Melennec,

Pour échapper à cette situation, il faudrait admettre que la notion de "réparation intégrale" n'a aucune signification en ce qui concerne le dommage moral et que, pour respecter une certaine égalité entre les victimes et éviter ce qu'un auteur américain a appelé la "loterie judiciaire", il n'y a pas d'autre moyen que d'élaborer une tarification officielle qui pourrait d'ailleurs être souple et prévoir des fourchettes laissant une certaine marge d'appréciation au juge, mais dont l'objet serait de fournir un ordre de grandeur à défaut duquel les droits des victimes apparaissent actuellement affectés d'une totale imprécision.

Dans cette perspective, il suffirait de préparer un barème précis et facile d'application pour simplifier et rationaliser l'indemnisation du préjudice extrapatrimonial. Il s'agirait donc pour le législateur de mettre en ordre les blessures et les souffrances et de leur accorder une certaine valeur conventionnelle. Les juges n'auraient qu'à appliquer ce barème à la situation de chacune des victimes pour garantir l'égalité de traitement à laquelle chacun aspire.⁷²

Reconnaissons qu'un tel barème des indemnités comporterait des avantages de simplicité et d'uniformité. Toutefois, avant d'en arriver là, il faudrait s'attaquer aux questions dont nous avons fait état plus haut. Avant de commencer à mesurer, il importe de savoir ce que l'on mesurera. Il faudrait par conséquent procéder à quelques distinctions que la jurisprudence actuelle n'a pas encore consacrées.

Il faudrait d'abord distinguer dans tous les cas le préjudice extrapatrimonial du préjudice patrimonial. L'indemnité fixée selon une échelle et sans égard à l'effet de la blessure sur l'activité professionnelle de la victime ne peut pas rendre compte adéquatement des conséquences patrimoniales de cette blessure.⁷³ En principe, il faudrait donc accorder d'une part une indemnité pour la perte de la capacité de gagner un revenu calculée en fonction des circonstances particulières de la victime, et d'autre part une indemnité pour le préjudice extrapatrimonial fixée à partir d'un barème. Mais on sait que lorsqu'il ne s'agit que d'une incapacité partielle, les conséquences patrimoniales de la blessure sont souvent difficiles à chiffrer.

l'élaboration d'un barème officiel est "... l'effet d'une nécessité économique et d'impératifs de gestion stricts".

⁷¹ Viney, *op. cit.*, note 40, pp. 206-207.

⁷² Cette route vers l'uniformité est empruntée par plusieurs juristes. Voir, par exemple, A. Tunc, Discours de clôture du Colloque sur l'avenir de l'indemnisation du préjudice corporel (1987), 18 R.G.D. 311, à la p. 320; M. Le Roy, L'évaluation de l'incapacité permanente: le problème des barèmes, D.S. 1982 Chron. 57.

⁷³ Au même effet, voir Viney, *op. cit.*, note 40, p. 180:

Et précisément, il nous semble que le grief le plus grave que l'on puisse adresser à la pratique judiciaire actuelle, c'est l'amalgame qu'elle fait encore trop souvent entre les incidences économiques et physiologiques de l'invalidité qui devraient être soigneusement distinguées et évaluées séparément, le préjudice économique devant être appréhendé concrètement sans référence à un barème ou à une tarification quelconque qui en revanche paraît pratiquement inévitable pour mesurer le préjudice physiologique dont la traduction pécuniaire exige, à notre avis, l'application de méthodes abstraites, seules capables d'instaurer une véritable égalité entre les victimes.

Jusqu'ici, comme on l'a vu plus haut, les tribunaux n'ont pas hésité à inclure une composante patrimoniale dans l'indemnité pour incapacité partielle permanente. Un tel amalgame n'est plus possible lorsque l'indemnité est déterminée à partir d'un barème, et il faudrait donc consacrer le caractère extrapatrimonial du concept d'incapacité permanente.

Par ailleurs, l'indemnité fixée à partir d'un barème ne devrait-elle réparer que le préjudice objectif, c'est-à-dire la blessure elle-même? Le juge aurait alors la possibilité d'octroyer une indemnité couvrant les autres aspects du préjudice extrapatrimonial. Dans ce cas, l'indemnité pour préjudice d'agrément deviendrait probablement le moyen pour les juges d'exprimer leur sympathie à l'endroit des victimes particulièrement éprouvées. On n'aurait pas fait disparaître le problème de l'indétermination du préjudice extrapatrimonial. On l'aurait déplacé. Pour éviter cette difficulté, l'indemnité fixée à partir d'un barème pourrait réparer la blessure dans toutes ses manifestations extrapatrimoniales, c'est-à-dire à la fois la perte d'intégrité physique et les conséquences psychologiques de celle-ci. Pourrait-on faire entrer le préjudice d'agrément dans ce carcan?⁷⁴

Une fois ces questions réglées, un tableau des indemnités présente à première vue deux avantages importants. D'abord, il donne une forme plus scientifique au processus d'indemnisation du préjudice extrapatrimonial, qui devient par le fait même, croit-on, plus équitable. Ensuite, un tel tableau détermine à l'avance la valeur monétaire de chacune des composantes du préjudice extrapatrimonial: plus besoin de se demander combien valent la perte d'usage d'une jambe ou la perte de la vue. La solution péremptoire remplace la discrétion du juge, qu'il faut semble-t-il extirper chaque fois que c'est possible. Chacun de ces avantages est un trompe-l'oeil.

⁷⁴ Ce préjudice prend parfois des formes inattendues. Voir *Bélanger c. Sidgens Ltée*, [1985] C.S. 101, à la p. 106, où le juge souligne que "le demandeur a dû réduire la superficie de son potager, vendre son bateau, et écourter ses parties de pêche". Il est néanmoins possible de faire entrer le préjudice d'agrément dans un barème, dans la mesure où on présume que la même blessure affecte n'importe quelle victime de la même façon. Mais cette attitude équivaut à l'adoption de la conception objective du préjudice extrapatrimonial, que nous avons rejetée plus haut. Elle dispense le juge de s'interroger sur les effets particuliers de la blessure quant à cette victime. Une décision récente de la Cour d'appel en matière d'atteintes personnelles d'ordre extrapatrimonial laisse supposer que la cour n'est pas opposée à une telle appréciation du préjudice. Voir les propos du juge Chevalier dans *West Island Teachers' Association c. Nantel*, [1988] R.J.Q. 1569, à la p. 1573 (C.A.):

En outre, je ne puis concevoir raisonnablement que, en matière d'humiliation, d'atteinte à la dignité et à la réputation et de diffamation, le préjudice subi soit assez différent de l'une à l'autre victime pour qu'on puisse en faire l'objet de catégories distinctes. Il en est de même, à mon avis, des souffrances que ces victimes en ont ressenties, étant acquis, je pense, qu'il n'entre pas dans le cadre d'un jugement de déterminer qui est plus sensible à la douleur morale et qui l'est moins.

B. *Le scientisme et l'art de la décision*

1. *La confection et l'application des barèmes*

L'aspect scientifique des tableaux d'indemnité n'empêche pas les difficultés de refaire surface ailleurs ou d'être remplacées par de nouvelles complications. Qu'il suffise d'en souligner deux. D'abord, la notion d'uniformité qui anime les défenseurs de barèmes est imprécise. L'uniformité est un terme de comparaison, qui exprime un rapport d'égalité. S'il faut traiter de la même manière les victimes dont le préjudice est semblable, il faut d'abord savoir à partir de quels critères on appréciera cette similitude. Au facteur primaire fondé sur la gravité de la blessure, on voudra peut-être ajouter l'âge, le sexe, l'emploi, la sensibilité plus ou moins grande de la victime, et quoi d'autre encore, afin de refléter la particularité de chaque cas. En fait, le barème le plus équitable serait celui qui reproduirait exactement toutes les réalités à partir d'une infinité de facteurs, puisque chaque cas est différent des autres sous un rapport ou un autre. Mais l'avantage de simplicité s'évanouit en même temps qu'on multiplie les composantes du calcul. Il faut donc faire certains choix au moment de la confection du barème. Ainsi, l'uniformité produite par un tableau des indemnités n'est que partielle, puisque celui-ci opère nécessairement à partir d'une liste de facteurs à la fois courte et aléatoire. En un sens, le caractère formel et arithmétique du barème cache la fragilité de ses assises, la subjectivité des choix qui en constituent la pierre angulaire.

Par ailleurs, l'application du barème comporte elle aussi une certaine part de subjectivité. La réalité est naturellement réfractaire à la comparatimentation. L'étape essentielle dans l'utilisation d'un barème est la détermination de la nature de la blessure, du degré d'incapacité qui en résulte, *etc.* L'application d'un barème requiert donc une qualification préalable de la situation de la victime; c'est à ce stade que les problèmes se règlent. Ainsi, le tableau des indemnités évacue dans l'avenir une partie du problème qu'il est censé régler, et l'uniformité qu'il produit n'est pas aussi significative qu'on voudrait bien le croire. Sa technicité, en tout cas, est trompeuse.

2. *Le choix de la méthode et sa signification*

Malgré ces objections, il reste qu'un tableau des indemnités élimine le sentiment d'arbitraire que ressent peut-être le juge au moment de la conversion du préjudice extrapatrimonial en argent. Mais le prix à payer est trop élevé: l'utilisation de barèmes risque d'appauvrir notre conception du processus décisionnel. Le choix de la méthode de calcul de l'indemnité, en effet, comporte en lui-même une signification qu'il faut mettre en lumière.

Ici, la métaphore qui a servi de point de départ à ces réflexions comporte quelques enseignements intéressants: l'indemnisation du préjudice extrapatrimonial partage certaines des caractéristiques de l'art pictural. Dans un cas comme dans l'autre, il s'agit d'un exercice de représentation.

La prise de conscience du caractère sémiotique de la toile est l'un des aspects les plus remarquables de l'art moderne. La peinture a ainsi vécu une crise dans sa recherche de la ressemblance à la fin du dix-neuvième siècle. Désormais, la toile ne tente pas de reproduire la nature: elle n'en est qu'une représentation au moyen de signes qui ont acquis une valeur conventionnelle. Cette constatation a élargi les horizons de l'art pictural dans plusieurs directions. En particulier, l'une des conséquences de cette réflexion a été de favoriser le développement de nouvelles façon d'appréhender et de représenter la réalité. Dans la mesure où l'oeuvre picturale n'est au fond qu'une série de signes, la finalité de l'art n'est plus de faire "plus vrai que vrai", de créer l'illusion de la réalité. C'est le processus et la méthode, plutôt que le produit fini, qui prennent de l'importance. Dès lors qu'il existe plusieurs façons d'évoquer le réel, le choix de la manière devient essentiellement esthétique. La signification de l'oeuvre se trouve alors moins dans le représenté que dans le processus de représentation.

Comme l'artiste, le juge se livre à un exercice de représentation. Il n'y a pas de manière vraie et universelle de transposer le préjudice extrapatrimonial en argent. Comme pour l'art pictural, il y a plus d'une méthode de représentation possible, et le choix de la méthode, essentiellement esthétique, a plus de signification que la valeur monétaire que le juge attribue à la blessure. Ce qui importe, dès lors, c'est ce que la méthode de transposition choisie nous apprend sur notre conception du droit et du processus décisionnel. Dans cette perspective, il faut s'opposer à la réduction du processus à un exercice arithmétique par l'utilisation de barèmes.

En effet, cette méthode assujettit l'évaluation du préjudice à un mode de pensée scientifique, avec toutes les exigences de rigueur et de prévisibilité qu'on associe souvent et parfois à tort à celui-ci. On l'a dit plus haut, ces exigences sont impossibles à satisfaire. Elles ont aussi pour effet d'enfermer les juges dans un corset conceptuel. Les "écoles", en droit comme en art, rendent plus difficiles la découverte et la mise en oeuvre de nouvelles façons d'appréhender le réel. L'imposition de barèmes risque de freiner la créativité des juges à l'égard des catégories qu'utilise le droit civil pour décrire le préjudice extrapatrimonial.

Mais surtout, ce scientisme est le fruit d'une conception réductionniste de l'activité des juges, qui voit dans la multiplication des règles un signe de progrès du droit, une barrière autour du gouffre de l'arbitraire. Le juge livré à lui-même, sans méthode de calcul, ne plonge pas nécessairement dans ce gouffre. L'arbitraire dans son acception péjorative suggère l'absence de règle, le caprice. On imagine déjà le défendeur livré pieds et poings liés à la déraison du juge. L'image est trop sombre.

Ce n'est pas à l'absence de règle qu'il faut s'abandonner, mais à l'utilisation de principes formulés à un niveau d'abstraction plus conforme à la nature de l'exercice auquel le juge se livre. Dans la mesure où la réparation intégrale du préjudice pécuniaire est possible, il est peut-être

souhaitable de découper l'indemnité en morceaux de plus en plus finement taillés avec des instruments de plus en plus précis. Un tel espoir est incohérent quand il s'agit du préjudice extrapatrimonial.

Pour celui-ci, les notions rappelant au juge les différentes répercussions subjectives de la blessure lui permettent de rendre explicite la nature du préjudice subi par la victime, et confèrent assez de tonus au processus décisionnel. L'existence d'un ensemble de concepts comme la souffrance, le préjudice d'agrément, le préjudice esthétique, communs à l'ensemble des décisions en cette matière, permet, nous semble-t-il, des raisonnements qui peuvent être reproduits et comparés d'une affaire à l'autre. Comme l'exactitude n'a pas de sens dans ce cadre, on n'élimine pas l'indétermination en fixant à l'avance la valeur monétaire du préjudice extrapatrimonial. On la cache. Autant choisir une méthode qui montre au grand jour le caractère conventionnel et représentatif de l'indemnité, et qui ne crée pas l'illusion d'une réparation exacte. Dans ce cadre, le juge ne peut être dans l'erreur que si le montant accordé "choque [le] sens de la justice parce que manifestement disproportionné ou déraisonnable".⁷⁵

La dernière faiblesse de la méthode plus scientifique, c'est qu'elle s'accorde mal avec la nature rétrospective de la responsabilité civile. On l'a vu plus haut, l'indemnisation du préjudice extrapatrimonial doit être envisagée de façon satisfaisante: elle comporte simultanément la reconnaissance de l'importance de l'intérêt auquel le défendeur a porté atteinte et l'expression du blâme qui s'attache au comportement fautif. Ce sont là les deux composantes de la justice corrective, qui opère nécessairement de façon rétrospective. Or le barème, par essence, reflète une appréciation *préalable* de la valeur de l'intérêt protégé. Il s'accorde ainsi beaucoup mieux avec les régimes de réparation étatiques fondés sur la collectivisation du risque, ou avec le contrat d'assurance de personnes. Dans ce dernier, il n'est pas incongru de fixer à l'avance la valeur de la blessure: l'objectif, pour l'assuré, c'est de se protéger contre certaines éventualités, et il le fait en acceptant une échelle d'indemnités qu'il considère satisfaisante. De même, il n'est pas contradictoire de fixer à l'avance la valeur du préjudice extrapatrimonial dans les régimes étatiques. À l'intérieur de ceux-ci, la blessure est envisagée comme un événement inévitable: le barème sert à déterminer au préalable l'étendue du risque qui sera assumé par le groupe, avant même que l'accident ne survienne.

⁷⁵ Voir Baudouin, *op. cit.*, note 13, p. 527. C'était l'attitude de la Cour d'appel autrefois, à une époque où le principe de la réparation intégrale n'avait pas encore fait de percée dans l'indemnisation du préjudice corporel. Voir *Richelieu and Ontario Navigation Company c. Dorman* (1907), 16 B.R. 375; *Quebec Railway Light & Power Co. c. Langevin*, [1948] B.R. 337; *Ladouceur c. Finley*, [1959] B.R. 801; *Lord c. Dubeau*, [1964] B.R. 383; *Champlain Express Inc. c. Beaumanoir*, [1964] B.R. 705; *David Lord Ltée c. Muhl et Uxor*, [1972] C.A. 537. Bien sûr, ce principe est moins pertinent aujourd'hui quant au défaut par le juge de réparer intégralement le préjudice patrimonial qui découle de la blessure, mais il conserve beaucoup de valeur en ce qui concerne la problématique du préjudice extrapatrimonial. Voir *Snyder c. Montreal Gazette*, *supra*, note 38.

À l'inverse, l'anticipation qui caractérise les barèmes détonne dans le régime de responsabilité civile de droit commun. Dans ce cadre, le dommage n'est pas une réalité qu'il faut prévoir, mais plutôt dégager du passé pour procéder à sa réparation. La responsabilité civile opère après coup: on y constate le préjudice avant d'en ordonner la réparation à celui qui en est la cause. Ce caractère expiatoire et satisfactoire ne peut qu'être affaibli par l'utilisation d'une "échelle des malheurs" établie *a priori*.

Conclusion

Quelques idées se dégagent de ces courtes réflexions. Elles sont étroitement liées les unes aux autres. D'abord, il faut retenir que l'indemnisation du préjudice extrapatrimonial trouve sa cohérence et sa légitimité dans sa fonction de représentation de la blessure. Ce concept de représentation a deux composantes. La première insiste sur le remplacement du bien-être perdu par des avantages de même nature. La deuxième met l'accent sur la notation du préjudice extrapatrimonial, c'est-à-dire sur la démarche qui permet de le rendre plus explicite, plus présent aux sens. Chacune de ces composantes du concept de représentation a un corollaire dont nous avons fait état.

Si l'indemnité vise à remplacer le bien-être perdu par la victime, le préjudice extrapatrimonial doit être envisagé de façon exclusivement subjective. Dans cette perspective, il est incohérent d'offrir une indemnité à la victime pour le déficit physiologique qui résulte de l'accident. L'argent, en effet, n'a aucun rapport qualitatif avec les parties du corps dont la victime n'a plus l'usage. La seule manière de s'approcher de ce rapport qualitatif essentiel à la notion de remplacement, c'est de limiter le préjudice extrapatrimonial aux conséquences psychologiques de la blessure, c'est-à-dire à ce que la victime ressent dans les faits. L'argent permet d'obtenir de minces consolations qui sont de même nature que l'agrément perdu par la victime.⁷⁶ Il faut donc donner son plein effet à la thèse satisfactoire consacrée dans la trilogie, et faire disparaître la notion d'incapacité partielle permanente telle qu'elle est maintenant envisagée. Il faut aussi souligner que si la thèse satisfactoire justifie l'indemnisation en fonction de la possibilité pour la victime d'obtenir des plaisirs substitutifs, elle ne constitue pas une méthode de transposition du préjudice extrapatrimonial en argent.

Par ailleurs, si l'indemnité a un rôle de notation, il faut insister sur le processus de détermination de l'indemnité lui-même, et non sur le montant éventuellement fixé. Il est donc essentiel que la victime comme le juge s'efforcent de préciser et d'explicitier les conséquences psychologiques de la blessure. La compensation se trouve tout autant, sinon plus, dans la verbalisation du préjudice que dans le paiement d'une somme quelconque. Une fois l'accent mis sur le processus plutôt que sur le résultat, la recherche

⁷⁶ Il s'agit de donner à la victime les moyens de redéfinir ses objectifs, et non de lui donner quelque chose d'identique à ce qu'elle a perdu.

d'une indemnisation raisonnable à l'intérieur des frontières suggérées par la Cour suprême est un principe directeur suffisamment précis.⁷⁷ Dans cette perspective, il faut s'opposer aux méthodes dites scientifiques que l'on avance pour en faciliter le calcul. Celles-ci, en effet, sont largement incompatibles avec une analyse subjective du préjudice extrapatrimonial. Elles ont surtout le tort de s'appuyer sur une conception scientiste du droit qui doit être combattue.

Certaines de ces remarques évoquent peut-être une époque révolue, en cette heure d'efficacité du droit. Elles visent plutôt à suggérer une forme de rationalité qui puisse faire contrepoids à l'industrialisation du droit civil.⁷⁸ Le processus décisionnel a plus d'affinités avec l'art qu'avec la production automatisée.⁷⁹

⁷⁷ Le plafond de 100 000\$ en dollars de 1978 suggéré dans la trilogie constitue un point de référence raisonnable. Il faudrait cependant que l'on s'interroge vraiment sur les conséquences subjectives particulières à chaque victime, plutôt que de comparer la nature de la blessure du demandeur à celle des victimes dans la trilogie. Par ailleurs, il ne nous semble pas nécessaire de fixer un plafond particulier pour certains types de préjudice extrapatrimonial, comme le suggère le juge Lamer dans l'affaire *Snyder c. Montreal Gazette*, *supra*, note 38. Dans la mesure où il va de soi que le préjudice est généralement plus intense lorsqu'il s'agit d'atteinte à l'intégrité physique, il n'est pas essentiel de formaliser cette différence au moyen d'un plafond plus bas. Sur cette question, voir Jukier, *loc. cit.*, note 10. Sur le plafond de 100 000\$ lui-même, voir S.M. Waddams, *Compensation for Non-Pecuniary Loss: Is There a Case for Legislative Intervention?* (1985), 63 R. du B. can. 734.

⁷⁸ Cette industrialisation n'est pas de l'essence du droit civil, s'il faut en croire P. Le Tourneau, *La verdeur de la faute dans la responsabilité civile* (ou de la relativité de son déclin) (1988), 87 Rev. trim. dr. civ. 505, à la p. 518:

Tel qu'il est, notre vieux droit de la responsabilité composé à l'aventure de pièces et de morceaux, est assez désordonné. Il ne présente point l'image d'un noble jardin à la française: un tel parc, à l'ordonnance parfaite, est le résultat de la volonté d'un être; il est artificiel et arbitraire. Le droit de la responsabilité, création composite, ouvrage des générations, façonné à notre service (selon la vocation naturelle du droit), évoque davantage cette vieille campagne de nos pays, tout emplie de l'Histoire, avec ses clochers au repos, ses horizons valonnés, ses chemins sinueux et la diversité de ses logis.

⁷⁹ Voir, sur cette idée, le remarquable texte de P. Jestaz, *Pour une définition du droit empruntée à l'ordre des beaux-arts* (1979), 78 Rev. trim. dr. civ. 480.