

**Mohsen Saadati, by his Litigation Guardian,
Sara Zarei** *Appellant*

v.

**Grant Iain Moorhead,
Able Leasing (2001) Ltd. and
Thi Hao Hoang** *Respondents*

and

Insurance Bureau of Canada *Intervener*

INDEXED AS: SAADATI v. MOORHEAD

2017 SCC 28

File No.: 36703.

2017: January 16; 2017: June 2.

Present: McLachlin C.J. and Abella, Moldaver, Karakatsanis, Wagner, Gascon, Côté, Brown and Rowe JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
BRITISH COLUMBIA

Torts — Negligence — Motor vehicles — Mental injury — Damages — Claimant suing in negligence as result of motor vehicle accident — Trial judge awarding claimant damages for mental injury based on testimony of lay witnesses rather than on expert evidence establishing identified medical cause — What constitutes mental injury — Whether recovery for mental injury requires expert evidence or other proof of recognized psychiatric illness — Whether claimant sustained damage — Whether matter should be remanded to Court of Appeal.

S's tractor-truck was struck by a vehicle driven by M. This accident was the second in a series of five motor vehicle collisions involving S. S had suffered chronic pain since the first accident, which was later aggravated by the third accident. S sued M and the other defendants in negligence, seeking damages for non-pecuniary loss and past income loss arising from the second accident. The trial judge found that the second accident caused S psychological injuries, including personality change and cognitive difficulties. This finding did not rest on an identified medical cause or expert evidence, but was based on

**Mohsen Saadati, représenté par sa tutrice à
l'instance, Sara Zarei** *Appelant*

c.

**Grant Iain Moorhead,
Able Leasing (2001) Ltd. et
Thi Hao Hoang** *Intimés*

et

Bureau d'assurance du Canada *Intervenant*

RÉPERTORIÉ : SAADATI c. MOORHEAD

2017 CSC 28

N° du greffe : 36703.

2017 : 16 janvier; 2017 : 2 juin.

Présents : La juge en chef McLachlin et les juges Abella, Moldaver, Karakatsanis, Wagner, Gascon, Côté, Brown et Rowe.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE LA
COLOMBIE-BRITANNIQUE

Responsabilité délictuelle — Négligence — Véhicules automobiles — Préjudice mental — Dommages-intérêts — Poursuite pour négligence par suite d'un accident de la route — Octroi en première instance d'une indemnité pour préjudice mental sur la foi du témoignage de profanes plutôt qu'à partir d'une preuve d'expert établissant un diagnostic précis — En quoi consiste le préjudice mental? — Sa réparation exige-t-elle le témoignage d'un expert ou quelque autre preuve d'un trouble psychiatrique reconnu? — Le demandeur a-t-il subi un préjudice? — L'affaire devrait-elle être renvoyée à la Cour d'appel?

Le camion-tracteur de S a été heurté par le véhicule que conduisait M. Cet accident de la route était le deuxième d'une série de cinq subis par S. Depuis le premier accident, S souffrait de douleurs chroniques, et celles-ci s'étaient aggravées après le troisième. S a poursuivi M et les autres défendeurs pour négligence. Il demandait une indemnité pour perte non pécuniaire et pour perte de revenus antérieure attribuables au deuxième accident. Le juge de première instance a conclu que le deuxième accident avait infligé à S des préjudices psychologiques, dont un changement de personnalité et des problèmes cognitifs. Sa

the testimony of S's friends and family to the effect that S's personality had changed for the worse after the accident. The trial judge further found that the mental injury originally caused by the second accident was indivisible from any injury caused by the third accident and awarded S \$100,000 for non-pecuniary damages. The Court of Appeal allowed the appeal on the ground that S had not demonstrated by expert evidence a medically recognized psychiatric or psychological injury. It also observed that the trial judge had erred by deciding the case on a basis neither pleaded nor argued by S.

Held: The appeal should be allowed and the trial judge's award restored.

The trial judge's award for mental injury was not made in breach of procedural fairness. While cases should not be decided on grounds not raised, in claims for negligently caused mental injury, it is generally sufficient that the pleadings allege some form of such injury. The many allegations of mental injury in S's oral and written closing submissions, combined with the broad heads of damage alleged in the pleadings, provided ample notice to the defendants of the case which they had to answer, and they did not object to these allegations.

Recovery for mental injury in negligence law depends upon the claimant satisfying the criteria applicable to any successful action in negligence: a duty of care, a breach, damage, and a legal and factual causal relationship between the breach and the damage. Canadian negligence law recognizes that a duty exists at common law to take reasonable care to avoid causing foreseeable mental injury, and that this cause of action protects a right to be free from negligent interference with one's mental health. The ordinary duty of care analysis is therefore to be applied to claims for negligently caused mental injury. In particular, liability for mental injury must be confined to claims which satisfy the proximity analysis within the duty of care framework and the remoteness inquiry.

A finding of legally compensable mental injury need not rest, in whole or in part, on the claimant proving a

conclusion ne prenait pas appui sur un diagnostic précis ou sur le témoignage d'un expert, mais bien sur le témoignage de proches selon lesquels, après l'accident, la personnalité de S s'était détériorée. Il a conclu en outre que le préjudice mental infligé initialement par le deuxième accident était indissociable de tout préjudice infligé par le troisième accident. Il a accordé à S 100 000 \$ à titre de dommages-intérêts non pécuniaires. La Cour d'appel a accueilli l'appel au motif que S n'avait pas établi, au moyen d'une preuve d'expert, un préjudice correspondant à un trouble psychiatrique ou psychologique médicalement reconnu. Elle a également estimé que le juge de première instance avait commis l'erreur de statuer à partir de moyens que S n'avait ni plaidés ni invoqués.

Arrêt : Le pourvoi est accueilli et l'indemnisation accordée en première instance est rétablie.

L'octroi en première instance d'une indemnité pour préjudice mental ne contrevient pas à l'équité procédurale. Bien qu'une affaire ne doive pas être jugée à partir de moyens qui n'ont pas été invoqués, dans le cas d'une allégation de préjudice mental causé par la négligence, il suffit en règle générale que les actes de procédure fassent état de quelque manifestation d'un tel préjudice. Les nombreuses allégations d'un préjudice mental dans les plaidoiries orale et écrite finales de S, jumelées à la nature générale des composants du préjudice allégué dans les actes de procédure ont amplement fait connaître aux défendeurs les arguments auxquels ils devaient répondre, et ces derniers ne se sont opposés à aucune de ces allégations.

En droit de la négligence, l'indemnisation du préjudice mental exige du demandeur qu'il satisfasse aux conditions auxquelles la négligence peut être établie, c'est-à-dire prouver l'existence d'une obligation de diligence, d'un manquement, d'un préjudice et d'un lien de causalité factuel et juridique entre le manquement et le préjudice. Le droit canadien de la négligence reconnaît l'existence en common law d'une obligation de prendre des mesures raisonnables afin qu'un préjudice mental prévisible ne soit pas causé et que la cause d'action qui en découle garantisse le droit d'être protégé contre l'atteinte par négligence à sa santé mentale. L'analyse que commande habituellement l'obligation de diligence vaut donc pour le préjudice mental imputé à la négligence. Plus précisément, la responsabilité du préjudice mental ne doit être reconnue que lorsque la demande satisfait aux exigences de proximité pour les besoins de l'obligation de diligence et au critère du caractère éloigné du préjudice.

Le demandeur n'est pas légalement tenu de prouver en tout ou en partie l'existence d'un trouble psychiatrique

recognized psychiatric injury. The law of negligence accords identical treatment to mental and physical injury. Requiring claimants who allege mental injury to prove that their condition meets the threshold of recognizable psychiatric illness, while not imposing a corresponding requirement upon claimants alleging physical injury to show that their condition carries a certain classificatory label, would accord unequal protection to victims of mental injury. Distinct rules which operate to preclude liability in cases of mental injury, but not in cases of physical injury, should not be erected. The elements of the cause of action of negligence, together with the threshold stated in *Mustapha v. Culligan of Canada Ltd.*, 2008 SCC 27, [2008] 2 S.C.R. 114, for proving mental injury, furnish a sufficiently robust array of protections against unworthy claims.

Furthermore, confining compensable mental injury to conditions that are identifiable with reference to psychiatric diagnostic tools is inherently suspect as a matter of legal methodology. While, for treatment purposes, an accurate diagnosis is obviously important, a trier of fact adjudicating a claim of mental injury is not concerned with diagnosis, but with symptoms and their effects. There is no necessary relationship between reasonably foreseeable mental injury and a diagnostic classification scheme. A negligent defendant need only be shown to have foreseen injury, and not a particular psychiatric illness that comes with its own label. The trier of fact's inquiry should be directed to the level of harm that the claimant's particular symptoms represent, not to whether a label could be attached to them.

To establish mental injury, claimants must show that the disturbance is serious and prolonged and rises above the ordinary annoyances, anxieties and fears that come with living in civil society. Expert evidence can assist in determining whether or not a mental injury has been shown, but where a psychiatric diagnosis is unavailable, it remains open to a trier of fact to find on other evidence adduced by the claimant that he or she has proven on a balance of probabilities the occurrence of mental injury. It also remains open to the defendant, in rebutting a claim, to call expert evidence establishing that the accident cannot have caused any mental injury, or at least any mental injury known to psychiatry.

reconnu pour que l'on puisse conclure au caractère indemnisable du préjudice mental. Le droit de la négligence réserve un traitement identique aux préjudices mental et physique. Obliger le demandeur qui allègue un préjudice mental à prouver que son état correspond à un trouble psychiatrique reconnaissable, c'est-à-dire le contraindre à prouver que son état est dûment répertorié, sans faire la même obligation au demandeur qui allègue un préjudice physique, revient à accorder une protection inégale à la victime d'un préjudice mental. Des règles distinctes qui écartent la responsabilité dans le cas d'un préjudice mental, mais non dans le cas d'un préjudice physique, ne sauraient s'appliquer. Les éléments requis pour qu'il y ait une cause d'action en négligence, de même que les exigences de la Cour suivant l'arrêt *Mustapha c. Culligan du Canada Ltée*, 2008 CSC 27, [2008] 2 R.C.S. 114, lorsqu'il s'agit de prouver le préjudice mental, font suffisamment obstacle aux réclamations infondées.

Qui plus est, n'indemniser le préjudice mental que s'il correspond à un état susceptible d'être déterminé au moyen d'outils diagnostiques se révèle intrinsèquement suspect sur le plan de la méthodologie juridique. Un diagnostic précis est assurément important sous l'angle thérapeutique, mais le juge des faits appelé à statuer sur une allégation de préjudice mental ne s'intéresse pas au diagnostic, mais aux symptômes et à leurs conséquences. Point n'est besoin d'établir un lien entre le préjudice mental raisonnablement prévisible et un système de classification permettant le diagnostic. Il suffit de prouver que le défendeur négligent a prévu le préjudice, non un préjudice correspondant à un trouble psychiatrique dûment répertorié. L'examen du juge des faits doit porter sur l'ampleur du préjudice infligé au demandeur par ses symptômes, non sur l'appellation qui pourrait y être accolée.

Pour prouver l'existence d'un préjudice mental, le demandeur doit établir que le préjudice subi est grave et de longue durée et qu'il ne s'agit pas simplement des désagréments, angoisses et craintes ordinaires inhérents à la vie en société. La preuve d'expert peut être utile pour décider si l'existence d'un préjudice mental a été établie ou non, mais en l'absence d'un diagnostic psychiatrique, il demeure loisible au juge des faits de conclure, à la lumière des éléments de preuve offerts, que le demandeur a prouvé l'existence d'un préjudice mental selon la prépondérance des probabilités. Le défendeur peut également réfuter l'allégation en faisant témoigner un expert pour établir que l'accident n'a pu avoir causé quelque préjudice mental ou, du moins, quelque préjudice mental connu en psychiatrie.

In the instant case, the trial judge accepted evidence that clearly showed a serious and prolonged disruption that transcended ordinary emotional upset or distress. These findings have not been challenged and are entitled to appellate deference. There is no legal error in the trial judge's treatment of the evidence of S's symptoms as supporting a finding of mental injury, even in the absence of expert testimony associating them with an identified condition.

It would not be just in the circumstances to remand this matter to the Court of Appeal on the questions of indivisible injury and the damage award. The indivisibility of two injuries is a finding of fact, which is entitled to deference. In addition, without full submissions and a pertinent lower court record, this is not an appropriate case to decide the effect of workers' compensation legislation on the divisibility of injuries. Similarly, the trial judge's damage award is reasonable, supported by the record, and fairly compensates S's loss. It should therefore be restored.

Cases Cited

Applied: *Mustapha v. Culligan of Canada Ltd.*, 2008 SCC 27, [2008] 2 S.C.R. 114, aff'g (2006), 84 O.R. (3d) 457; **referred to:** *Clements v. Clements*, 2012 SCC 32, [2012] 2 S.C.R. 181; *Bradley v. Groves*, 2010 BCCA 361, 326 D.L.R. (4th) 732; *Insurance Corp. of British Columbia v. Patko*, 2008 BCCA 65, 290 D.L.R. (4th) 687; *Rodaro v. Royal Bank of Canada* (2002), 59 O.R. (3d) 74; *Burgsteden v. Long*, 2014 SKCA 115, 378 D.L.R. (4th) 562; *R. v. E.M.W.*, 2011 SCC 31, [2011] 2 S.C.R. 542; *Canada Trustco Mortgage Co. v. Renard*, 2008 BCCA 343, 298 D.L.R. (4th) 216; *Odhavji Estate v. Woodhouse*, 2003 SCC 69, [2003] 3 S.C.R. 263; *McLoughlin v. O'Brian*, [1983] 1 A.C. 410; *Miner v. Canadian Pacific Railway Co.* (1911), 18 W.L.R. 476; *Dulieu v. White & Sons*, [1901] 2 K.B. 669; *Hambrook v. Stokes Brothers*, [1925] 1 K.B. 141; *Horne v. New Glasgow*, [1954] 1 D.L.R. 832; *Alcock v. Chief Constable of South Yorkshire Police*, [1992] 1 A.C. 310; *Page v. Smith*, [1996] 1 A.C. 155; *White v. Chief Constable of South Yorkshire Police*, [1999] 2 A.C. 455; *Tame v. New South Wales*, [2002] HCA 35, 211 C.L.R. 317; *Beecham v. Hughes* (1988), 27 B.C.L.R. (2d) 1; *Rhodes v. Canadian National Railway* (1990), 75 D.L.R. (4th) 248; *Toronto Railway Co. v. Toms* (1911), 44 S.C.R. 268; *Bourhill v. Young*, [1943] A.C. 92; *Cooper v. Hobart*, 2001 SCC 79, [2001] 3 S.C.R. 537;

Dans la présente affaire, la preuve admise en première instance démontre à l'évidence l'existence d'un dérèglement grave et de longue durée qui va au-delà des contrariétés émotionnelles ou angoisses ordinaires. Cette conclusion n'est pas contestée et, s'agissant d'une conclusion de fait, elle commande la déférence en appel. Aucune erreur de droit n'entache la conclusion du juge de première instance selon laquelle la preuve des symptômes de S établit l'existence d'un préjudice mental malgré l'absence d'un témoignage d'expert associant ces symptômes à un état dûment répertorié.

Renvoyer l'affaire à la Cour d'appel pour qu'elle statue sur le caractère indivisible du préjudice et sur le montant de l'indemnité ne constituerait pas une mesure appropriée. L'indissociabilité de deux préjudices est une conclusion de fait et commande la déférence. En outre, faute d'observations complètes dans le cadre du pourvoi et d'éléments pertinents dans le dossier de première instance, la présente affaire ne se prête pas à une décision concernant l'effet des dispositions relatives à l'indemnisation des accidentés du travail sur la dissociabilité des préjudices. Par ailleurs, le montant déterminé par le juge est raisonnable et en adéquation avec le dossier, et il indemnise convenablement S de la perte qu'il a subie. Il y a donc lieu de le rétablir.

Jurisprudence

Arrêt appliqué : *Mustapha c. Culligan du Canada Ltée*, 2008 CSC 27, [2008] 2 R.C.S. 114, conf. (2006), 84 O.R. (3d) 457; **arrêts mentionnés :** *Clements c. Clements*, 2012 CSC 32, [2012] 2 R.C.S. 181; *Bradley c. Groves*, 2010 BCCA 361, 326 D.L.R. (4th) 732; *Insurance Corp. of British Columbia c. Patko*, 2008 BCCA 65, 290 D.L.R. (4th) 687; *Rodaro c. Royal Bank of Canada* (2002), 59 O.R. (3d) 74; *Burgsteden c. Long*, 2014 SKCA 115, 378 D.L.R. (4th) 562; *R. c. E.M.W.*, 2011 CSC 31, [2011] 2 R.C.S. 542; *Canada Trustco Mortgage Co. c. Renard*, 2008 BCCA 343, 298 D.L.R. (4th) 216; *Succession Odhavji c. Woodhouse*, 2003 CSC 69, [2003] 3 R.C.S. 263; *McLoughlin c. O'Brian*, [1983] 1 A.C. 410; *Miner c. Canadian Pacific Railway Co.* (1911), 18 W.L.R. 476; *Dulieu c. White & Sons*, [1901] 2 K.B. 669; *Hambrook c. Stokes Brothers*, [1925] 1 K.B. 141; *Horne c. New Glasgow*, [1954] 1 D.L.R. 832; *Alcock c. Chief Constable of South Yorkshire Police*, [1992] 1 A.C. 310; *Page c. Smith*, [1996] 1 A.C. 155; *White c. Chief Constable of South Yorkshire Police*, [1999] 2 A.C. 455; *Tame c. New South Wales*, [2002] HCA 35, 211 C.L.R. 317; *Beecham c. Hughes* (1988), 27 B.C.L.R. (2d) 1; *Rhodes c. Canadian National Railway* (1990), 75 D.L.R. (4th) 248; *Toronto Railway Co. c. Toms* (1911), 44 R.C.S. 268; *Bourhill c. Young*, [1943] A.C. 92; *Cooper c. Hobart*, 2001 CSC

Donoghue v. Stevenson, [1932] A.C. 562; *Hinz v. Berry*, [1970] 2 Q.B. 40; *McDermott v. Ramadanovic Estate* (1988), 27 B.C.L.R. (2d) 45; *Cox v. Fleming* (1995), 15 B.C.L.R. (3d) 201; *Mason v. Westside Cemeteries Ltd.* (1996), 135 D.L.R. (4th) 361; *Flett v. Maxwell*, [1996] B.C.J. No. 1455 (QL); *Vanek v. Great Atlantic & Pacific Co. of Canada* (1999), 48 O.R. (3d) 228; *Healey v. Lakeridge Health Corp.*, 2011 ONCA 55, 103 O.R. (3d) 401; *Frazer v. Haukioja*, 2010 ONCA 249, 101 O.R. (3d) 528; *Kotai v. “Queen of the North” (The)*, 2009 BCSC 1405, 70 C.C.L.T. (3d) 221; *Young v. Borzoni*, 2007 BCCA 16, 277 D.L.R. (4th) 685; *Graham v. MacMillan*, 2003 BCCA 90, 15 C.C.L.T. (3d) 155; *Koerfer v. Davies*, [1994] O.J. No. 1408 (QL); *Duwyn v. Kaprielian* (1978), 22 O.R. (2d) 736; *van Soest v. Residual Health Management Unit*, [1999] NZCA 206, [2000] 1 N.Z.L.R. 179; *Sutherland v. Hatton*, [2002] EWCA Civ 76, [2002] 2 All E.R. 1; *Augustus v. Gosset*, [1996] 3 S.C.R. 268; *Housen v. Nikolaisen*, 2002 SCC 33, [2002] 2 S.C.R. 235; *Pinch v. Hofstee*, 2015 BCSC 1888; *Zawadzki v. Calimoso*, 2011 BCSC 45; *Wells v. Newfoundland*, [1999] 3 S.C.R. 199.

Statutes and Regulations Cited

Civil Code of Québec, art. 1457.
Supreme Court Act, R.S.C. 1985, c. S-26, s. 46.1.
Workers Compensation Act, R.S.B.C. 1996, c. 492, s. 10.

Authors Cited

American Psychiatric Association. *Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders*, 5th ed. Arlington, Va.: American Psychiatric Association, 2013.

Beever, Allan. *Rediscovering the Law of Negligence*. Oxford: Hart, 2007.

Bélanger-Hardy, Louise. “Reconsidering the ‘Recognizable Psychiatric Illness’ Requirement in Canadian Negligence Law” (2013), 38 *Queen’s L.J.* 583.

Bélanger-Hardy, Louise. “Thresholds of Actionable Mental Harm in Negligence: A Policy-Based Analysis” (2013), 36 *Dal. L.J.* 103.

Bryant, Richard A. “Grief as a psychiatric disorder” (2012), 201 *Brit. J. Psychiatry* 9.

Cochran, Susan D., et al. “Proposed declassification of disease categories related to sexual orientation in the *International Statistical Classification of Diseases and Related Health Problems (ICD-11)*” (2014), 92 *Bull. World Health Organ.* 672.

Drescher, Jack. “Out of DSM: Depathologizing Homosexuality” (2015), 5 *Behav. Sci.* 565.

Fridman, G. H. L. *The Law of Torts in Canada*, 3rd ed. by G. H. L. Fridman et al. Toronto: Carswell, 2010.

79, [2001] 3 R.C.S. 537; *Donoghue c. Stevenson*, [1932] A.C. 562; *Hinz c. Berry*, [1970] 2 Q.B. 40; *McDermott c. Ramadanovic Estate* (1988), 27 B.C.L.R. (2d) 45; *Cox c. Fleming* (1995), 15 B.C.L.R. (3d) 201; *Mason c. Westside Cemeteries Ltd.* (1996), 135 D.L.R. (4th) 361; *Flett c. Maxwell*, [1996] B.C.J. No. 1455 (QL); *Vanek c. Great Atlantic & Pacific Co. of Canada* (1999), 48 O.R. (3d) 228; *Healey c. Lakeridge Health Corp.*, 2011 ONCA 55, 103 O.R. (3d) 401; *Frazer c. Haukioja*, 2010 ONCA 249, 101 O.R. (3d) 528; *Kotai c. « Queen of the North » (The)*, 2009 BCSC 1405, 70 C.C.L.T. (3d) 221; *Young c. Borzoni*, 2007 BCCA 16, 277 D.L.R. (4th) 685; *Graham c. MacMillan*, 2003 BCCA 90, 15 C.C.L.T. (3d) 155; *Koerfer c. Davies*, [1994] O.J. No. 1408 (QL); *Duwyn c. Kaprielian* (1978), 22 O.R. (2d) 736; *van Soest c. Residual Health Management Unit*, [1999] NZCA 206, [2000] 1 N.Z.L.R. 179; *Sutherland c. Hatton*, [2002] EWCA Civ 76, [2002] 2 All E.R. 1; *Augustus c. Gosset*, [1996] 3 R.C.S. 268; *Housen c. Nikolaisen*, 2002 CSC 33, [2002] 2 R.C.S. 235; *Pinch c. Hofstee*, 2015 BCSC 1888; *Zawadzki c. Calimoso*, 2011 BCSC 45; *Wells c. Terre-Neuve*, [1999] 3 R.C.S. 199.

Lois et règlements cités

Code civil du Québec, art. 1457.
Loi sur la Cour suprême, L.R.C. 1985, c. S-26, art. 46.1.
Workers Compensation Act, R.S.B.C. 1996, c. 492, art. 10.

Doctrine et autres documents cités

American Psychiatric Association. *Manuel diagnostique et statistique des troubles mentaux*, 5^e éd., coord. gén. de la trad. : Marc-Antoine Crocq et Julien Daniel Guelfi, Issy-les-Moulineaux (Fr.), Elsevier Masson, 2015.

Beever, Allan. *Rediscovering the Law of Negligence*. Oxford, Hart, 2007.

Bélanger-Hardy, Louise. « Reconsidering the “Recognizable Psychiatric Illness” Requirement in Canadian Negligence Law » (2013), 38 *Queen’s L.J.* 583.

Bélanger-Hardy, Louise. « Thresholds of Actionable Mental Harm in Negligence : A Policy-Based Analysis » (2013), 36 *Dal. L.J.* 103.

Bryant, Richard A. « Grief as a psychiatric disorder » (2012), 201 *Brit. J. Psychiatry* 9.

Cochran, Susan D., et al. « Proposed declassification of disease categories related to sexual orientation in the *International Statistical Classification of Diseases and Related Health Problems (ICD-11)* » (2014), 92 *Bull. World Health Organ.* 672.

Drescher, Jack. « Out of DSM : Depathologizing Homosexuality » (2015), 5 *Behav. Sci.* 565.

- Gray, John E., Margaret Shone and Peter F. Liddle. *Canadian Mental Health Law and Policy*, 2nd ed. Markham, Ont.: LexisNexis, 2008.
- Jones, Michael A. “Liability for Psychiatric Damage: Searching for a Path between Pragmatism and Principle”, in Jason W. Neyers, Erika Chamberlain and Stephen G. A. Pitel, eds., *Emerging Issues in Tort Law*. Oxford: Hart, 2007, 113.
- Klar, Lewis N. *Tort Law*, 5th ed. Toronto: Carswell, 2012.
- Linden, Allen M., and Bruce Feldthusen. *Canadian Tort Law*, 10th ed. Toronto: LexisNexis, 2015.
- Markesinis and Deakin’s Tort Law*, 7th ed. by Simon Deakin, Angus Johnston and Basil Markesinis. Oxford: Clarendon Press, 2013.
- Mulheron, Rachael. “Rewriting the Requirement for a ‘Recognized Psychiatric Injury’ in Negligence Claims” (2012), 32 *Oxford J. Leg. Stud.* 77.
- Mullany, Nicholas J., and Peter R. Handford. *Tort Liability for Psychiatric Damage*. Sydney, N.S.W.: Law Book Co., 1993.
- Ripstein, Arthur. *Private Wrongs*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 2016.
- Stapleton, Jane. “In Restraint of Tort”, in Peter Birks, ed., *The Frontiers of Liability*, vol. 2. New York: Oxford University Press, 1994, 83.
- Stevens, Robert. *Torts and Rights*. Oxford: Oxford University Press, 2007.
- Teff, Harvey. *Causing Psychiatric and Emotional Harm: Reshaping the Boundaries of Legal Liability*. Oxford: Hart, 2009.
- Todd, Stephen, et al. *The Law of Torts in New Zealand*, 5th ed. Wellington, N.Z.: Brookers, 2009.
- World Health Organization. *International Statistical Classification of Diseases and Related Health Problems*, 10th rev. Geneva: W.H.O., 1992.
- Fridman, G. H. L. *The Law of Torts in Canada*, 3rd ed. by G. H. L. Fridman et al., Toronto, Carswell, 2010.
- Gray, John E., Margaret Shone and Peter F. Liddle. *Canadian Mental Health Law and Policy*, 2nd ed., Markham (Ont.), LexisNexis, 2008.
- Jones, Michael A. « Liability for Psychiatric Damage : Searching for a Path between Pragmatism and Principle », in Jason W. Neyers, Erika Chamberlain and Stephen G. A. Pitel, eds., *Emerging Issues in Tort Law*, Oxford, Hart, 2007, 113.
- Klar, Lewis N. *Tort Law*, 5th ed., Toronto, Carswell, 2012.
- Linden, Allen M., and Bruce Feldthusen. *Canadian Tort Law*, 10th ed., Toronto, LexisNexis, 2015.
- Markesinis and Deakin’s Tort Law*, 7th ed. by Simon Deakin, Angus Johnston and Basil Markesinis, Oxford, Clarendon Press, 2013.
- Mulheron, Rachael. « Rewriting the Requirement for a “Recognized Psychiatric Injury” in Negligence Claims » (2012), 32 *Oxford J. Leg. Stud.* 77.
- Mullany, Nicholas J., and Peter R. Handford. *Tort Liability for Psychiatric Damage*, Sydney (N.S.W.), Law Book Co., 1993.
- Organisation mondiale de la Santé. *Classification statistique internationale des maladies et des problèmes de santé connexes*, 10^e rév., Genève, O.M.S., 1993.
- Ripstein, Arthur. *Private Wrongs*, Cambridge (Mass.), Harvard University Press, 2016.
- Stapleton, Jane. « In Restraint of Tort », in Peter Birks, ed., *The Frontiers of Liability*, vol. 2, New York, Oxford University Press, 1994, 83.
- Stevens, Robert. *Torts and Rights*, Oxford, Oxford University Press, 2007.
- Teff, Harvey. *Causing Psychiatric and Emotional Harm : Reshaping the Boundaries of Legal Liability*, Oxford, Hart, 2009.
- Todd, Stephen, et al. *The Law of Torts in New Zealand*, 5th ed., Wellington (N.Z.), Brookers, 2009.

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (Saunders, Chiasson and Frankel J.J.A.), 2015 BCCA 393, 81 B.C.L.R. (5th) 1, 377 B.C.A.C. 106, 648 W.A.C. 106, 23 C.C.L.T. (4th) 177, 390 D.L.R. (4th) 63, [2016] 4 W.W.R. 259, [2015] B.C.J. No. 2027 (QL), 2015 CarswellBC 2694 (WL Can.), setting aside a decision of Funt J., 2014 BCSC 1365, [2014] B.C.J. No. 1898 (QL), 2014 CarswellBC 2133 (WL Can.). Appeal allowed.

Dairn Shane and Joseph Fearon, for the appellant.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d’appel de la Colombie-Britannique (les juges Saunders, Chiasson et Frankel), 2015 BCCA 393, 81 B.C.L.R. (5th) 1, 377 B.C.A.C. 106, 648 W.A.C. 106, 23 C.C.L.T. (4th) 177, 390 D.L.R. (4th) 63, [2016] 4 W.W.R. 259, [2015] B.C.J. No. 2027 (QL), 2015 CarswellBC 2694 (WL Can.), qui a infirmé une décision du juge Funt, 2014 BCSC 1365, [2014] B.C.J. No. 1898 (QL), 2014 CarswellBC 2133 (WL Can.). Pourvoi accueilli.

Dairn Shane et Joseph Fearon, pour l’appelant.

Kathleen S. Duffield and Steven W. Lesiuk, for the respondents.

Alan D’Silva and Aaron Kreaden, for the intervenor.

The judgment of the Court was delivered by

BROWN J. —

I. Introduction

[1] This appeal, which arises from a motor vehicle accident in British Columbia, concerns principally the application of the common law of negligence to claims for mental injury.¹ A trial judge awarded damages for mental injury to the appellant, Mohsen Saadati, on the strength not of expert evidence, but of the testimony of lay witnesses to the effect that, after the appellant’s involvement in an automobile accident caused by the respondents, his personality had changed. The British Columbia Court of Appeal reversed, holding that recovery for mental injury requires a claimant to prove, with expert medical opinion evidence, a “recognizable [or recognized] psychiatric illness”.

¹ Legal nomenclature describes this kind of injury variously: for example, as “nervous shock” (see L. N. Klar, *Tort Law* (5th ed. 2012), at p. 498); or “mental injury” (see *Mustapha v. Culligan of Canada Ltd.*, 2008 SCC 27, [2008] 2 S.C.R. 114; L. Bélanger-Hardy, “Reconsidering the ‘Recognizable Psychiatric Illness’ Requirement in Canadian Negligence Law” (2013), 38 *Queen’s L.J.* 583, at p. 586); or “psychological injury” (see Bélanger-Hardy, at p. 584); or “psychiatric damage” (A. M. Linden and B. Feldthusen, *Canadian Tort Law* (10th ed. 2015), at p. 447), or “psychiatric injury” (*Mustapha*). For his part, the trial judge employed the term “psychological injury”, while the Court of Appeal referred to “psychiatric or psychological illness”. While there may be meaningful distinctions among these terms within the relevant disciplines, for the purpose of deciding the general bounds of recoverability in law, no legal significance attaches to the particular term used. For the sake of clarity, however, I refer to the injury alleged here as “mental injury”.

Kathleen S. Duffield et Steven W. Lesiuk, pour les intimés.

Alan D’Silva et Aaron Kreaden, pour l’intervenant.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE BROWN —

I. Introduction

[1] Dans la présente affaire relative à un accident de la route survenu en Colombie-Britannique, le pourvoi porte principalement sur l’application des principes de common law en matière de négligence à l’indemnisation du préjudice mental¹. Le juge de première instance accorde à l’appelant, Mohsen Saadati, une indemnité pour préjudice mental sur la foi du témoignage non pas d’un expert, mais de témoins profanes selon lesquels, après l’accident de la route causé par les intimés, la personnalité de l’appelant a changé. La Cour d’appel de la Colombie-Britannique infirme le jugement au motif que, pour être indemnisé d’un préjudice mental, le demandeur doit faire confirmer par un médecin expert l’existence d’un [TRADUCTION] « trouble psychiatrique reconnaissable [ou reconnu] ».

¹ Doctrine et jurisprudence qualifient ce type de préjudice de diverses manières, dont les suivantes : [TRADUCTION] « choc nerveux » (voir L. N. Klar, *Tort Law* (5^e éd. 2012), p. 498), « *mental injury* », en anglais (voir *Mustapha c. Culligan du Canada Ltée*, 2008 CSC 27, [2008] 2 R.C.S. 114; L. Bélanger-Hardy, « Reconsidering the “Recognizable Psychiatric Illness” Requirement in Canadian Negligence Law » (2013), 38 *Queen’s L.J.* 583, p. 586), [TRADUCTION] « préjudice psychologique » (voir Bélanger-Hardy, p. 584), [TRADUCTION] « dommage psychique » (A. M. Linden et B. Feldthusen, *Canadian Tort Law* (10^e éd. 2015), p. 447) et « préjudice psychiatrique » (*Mustapha*). Pour sa part, le juge de première instance emploie le terme [TRADUCTION] « préjudice psychologique », tandis que la Cour d’appel opte pour [TRADUCTION] « trouble psychiatrique ou psychologique ». Bien qu’il existe de nettes différences entre ces termes selon les disciplines en cause, lorsqu’il s’agit de déterminer de façon générale les cas donnant droit à une indemnisation, le choix de l’un ou l’autre terme n’a pas d’incidence juridique. Par souci de clarté, j’appelle toutefois « préjudice mental » le préjudice allégué en l’espèce.

[2] This Court has, however, never required claimants to show a recognizable psychiatric illness as a precondition to recovery for mental injury. Nor, in my view, would it be desirable for it to do so now. Just as recovery for *physical* injury is not, as a matter of law, conditioned upon a claimant adducing expert diagnostic evidence in support, recovery for *mental* injury does not require proof of a recognizable psychiatric illness. This and other mechanisms by which some courts have historically sought to control recovery for mental injury are, in my respectful view, premised upon dubious perceptions of psychiatry and of mental illness in general, which Canadian tort law should repudiate. Further, the elements of the cause of action of negligence, together with the threshold stated by this Court in *Mustapha v. Culligan of Canada Ltd.*, 2008 SCC 27, [2008] 2 S.C.R. 114, at para. 9, for proving mental injury, furnish a sufficiently robust array of protections against unworthy claims. I therefore conclude that a finding of legally compensable mental injury need not rest, in whole or in part, on the claimant proving a recognized psychiatric illness. It follows that I would allow the appeal and restore the trial judge's award.

II. Overview of Facts and Proceedings

A. *Background*

[3] On the night of July 5, 2005, the appellant was driving a tractor-truck along Front Street in New Westminster, British Columbia, when his vehicle was struck by a vehicle driven by the respondent Grant Iain Moorhead. The appellant's truck sustained significant damage, but he appeared at the time to have been uninjured. He went to a nearby hospital, but was not admitted for observation.

[4] This accident ("accident") was the second in a series of five motor vehicle collisions involving the appellant between January 2003 and March 2009, inclusive. The appellant had suffered chronic pain since the first accident, which was later

[2] Or, la Cour n'a jamais exigé comme condition préalable à l'indemnisation du préjudice mental que le demandeur fasse la preuve de l'existence d'un trouble psychiatrique reconnaissable, et il n'est pas non plus souhaitable selon moi qu'elle l'exige maintenant. De la même manière que l'indemnisation du préjudice *physique* n'est pas subordonnée au dépôt en preuve par le demandeur du diagnostic d'un expert, celle du préjudice *mental* ne tient pas non plus à la preuve d'un trouble psychiatrique reconnaissable. Cette exigence et d'autres conditions fixées par certains tribunaux afin de contenir l'indemnisation du préjudice mental reposent à mon humble avis sur une conception douteuse de la psychiatrie et de la maladie mentale en général dont devrait se dissocier le droit canadien de la responsabilité délictuelle. De plus, les éléments requis pour qu'il y ait une cause d'action en négligence, de même que les exigences de la Cour, suivant l'arrêt *Mustapha c. Culligan du Canada Ltée*, 2008 CSC 27, [2008] 2 R.C.S. 114, par. 9, lorsqu'il s'agit de prouver le préjudice mental, font suffisamment obstacle aux réclamations infondées. J'estime donc que le demandeur n'est pas légalement tenu de prouver en tout ou en partie l'existence d'un trouble psychiatrique reconnu pour que l'on puisse conclure au caractère indemnisable du préjudice mental. Partant, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi et de rétablir l'indemnisation accordée en première instance.

II. Rappel factuel et procédural

A. *Genèse de l'instance*

[3] Le soir du 5 juillet 2005, l'appelant circulait à bord d'un camion-tracteur dans la rue Front, à New Westminster, en Colombie-Britannique, lorsque son véhicule a été heurté par celui que conduisait l'intimé, Grant Iain Moorhead. Son camion a subi de lourds dommages, mais lui a alors semblé s'en tirer indemne. Transporté à un hôpital des environs, il n'a pas été gardé en observation.

[4] Cet accident de la route (« accident ») était le deuxième d'une série de cinq subis par l'appelant entre janvier 2003 et mars 2009. Depuis le premier, l'appelant souffrait de douleurs chroniques, et celles-ci se sont aggravées après le troisième

aggravated by the third accident (which occurred on September 17, 2005). In 2007, the appellant sued the respondents in negligence, seeking damages for non-pecuniary loss and past income loss. Two further accidents followed in 2008 and 2009. In 2010, the appellant was declared mentally incompetent and his action was continued by a litigation guardian.

B. *Judicial History*

(1) Supreme Court of British Columbia — 2014 BCSC 1365

[5] The respondents collectively admitted liability for the accident, but took the position that the appellant suffered no damage. Expert evidence was tendered on behalf of the appellant to support his claim of an injury resulting from the accident, much of which the trial judge ruled inadmissible (2013 BCSC 636, 46 B.C.L.R. (5th) 392). After weighing the admissible evidence, he concluded that the appellant had not demonstrated any physical injury resulting from the accident. Citing the test for factual causation stated in *Clements v. Clements*, 2012 SCC 32, [2012] 2 S.C.R. 181, at para. 46, however, he did find (at para. 50 (CanLII)) that the accident caused the appellant “psychological injuries, including personality change and cognitive difficulties”. While this finding did not rest on an identified medical cause, it was based upon the testimony of friends and family of the appellant to the effect that, after the accident, the appellant’s personality changed for the worse. Once a funny, energetic, and charming individual, he had become sullen and prone to mood swings. Historically close relationships with family and friends had deteriorated. He complained of headaches.

[6] The trial judge further found that the appellant’s mental injury was aggravated by the third (September 17, 2005) accident. Applying the principle from *Bradley v. Groves*, 2010 BCCA 361, 326 D.L.R. (4th) 732, he found that the mental injury originally caused by the accident was indivisible from any injury caused by that later accident. Having regard to the appellant’s personality change,

(survenu le 17 septembre 2005). En 2007, l’appelant a intenté contre les intimés une action en négligence dans laquelle il réclamait une indemnité pour perte non pécuniaire et pour perte de revenus antérieure. L’appelant a eu deux autres accidents, l’un en 2008, l’autre en 2009. Déclaré mentalement incapable en 2010, son action a été reprise par sa tutrice à l’instance.

B. *Décisions des juridictions inférieures*

(1) Cour suprême de la Colombie-Britannique — 2014 BCSC 1365

[5] Les intimés ont collectivement reconnu leur responsabilité à l’égard de l’accident, mais ont prétendu que l’appelant n’avait subi aucun préjudice. Des rapports d’experts ont été présentés au nom de l’appelant à l’appui de sa prétention selon laquelle l’accident lui avait infligé un préjudice. Le juge de première instance les tient en grande partie pour inadmissibles (2013 BCSC 636, 46 B.C.L.R. (5th) 392). Après avoir apprécié les éléments jugés admissibles, il conclut que l’appelant n’a pas démontré l’existence d’un préjudice physique imputable à l’accident. Invoquant le critère de la causalité factuelle énoncé dans *Clements c. Clements*, 2012 CSC 32, [2012] 2 R.C.S. 181, par. 46, il conclut toutefois que l’accident a infligé à l’appelant [TRADUCTION] « des préjudices psychologiques, dont un changement de personnalité et des problèmes cognitifs » (par. 50 (CanLII)). Sa conclusion ne prend pas appui sur un diagnostic précis, mais bien sur le témoignage de proches selon lesquels, après l’accident, la personnalité de l’appelant s’est détériorée. Auparavant enjoué, énergique et charmant, il est devenu maussade et sujet aux sautes d’humeur. Ses liens étroits avec sa famille et ses amis se sont dégradés. Il se plaignait de maux de tête.

[6] Le juge conclut en outre que le préjudice mental de l’appelant a été aggravé par le troisième accident, celui du 17 septembre 2005. Au vu du principe dégagé dans l’arrêt *Bradley c. Groves*, 2010 BCCA 361, 326 D.L.R. (4th) 732, il tient le préjudice mental causé au départ par l’accident pour indissociable de tout préjudice infligé par cet autre accident. Compte tenu du changement de personnalité de l’appelant, de

his loss of close personal relationships with family and friends, his age, and the period involved, the trial judge awarded him \$100,000 for non-pecuniary damage. The claim for past income loss was dismissed.

(2) British Columbia Court of Appeal — 2015 BCCA 393, 81 B.C.L.R. (5th) 1

[7] On appeal, the respondents argued (*inter alia*) that the trial judge erred by awarding damages for mental injury where the appellant had not proven “a medically recognized psychiatric or psychological illness or condition” (para. 22). The Court of Appeal agreed, adding that such an illness or condition must be demonstrated by “expert medical opinion evidence” (para. 32). The law in this regard, it concluded, was left unchanged by this Court’s judgment in *Mustapha*.

[8] Further, the Court of Appeal also observed (at para. 34) that, in awarding damages for mental injury, the trial judge erred by “decid[ing] the case on a basis neither pleaded nor argued by [the appellant]”. Rather, the trial judge should have notified counsel that he was prepared to consider a claim that had not been pleaded, given the appellant an opportunity to amend his pleadings and, if the amendments were allowed, given the respondents an opportunity to call further evidence and make further submissions.

III. Analysis

A. *Sufficiency of the Pleadings*

[9] Drawing from the Court of Appeal’s statements regarding notice, the respondents argue that the trial judge’s award for mental injury was made in breach of procedural fairness, having no basis in the pleadings or submissions at trial. While I note that the respondents did not argue this point at the Court of Appeal, as the respondents now say and as the Court of Appeal said, cases should not be decided on grounds not raised (*Insurance Corp. of British Columbia v. Patko*, 2008 BCCA 65, 290 D.L.R. (4th) 687, at para. 37; *Rodaro v. Royal*

l’étéolement de ses liens étroits avec sa famille et ses amis, de son âge et de la période considérée, le juge accorde 100 000 \$ à titre de dommages-intérêts non pécuniaires. Il rejette la demande d’indemnisation de la perte de revenus antérieure.

(2) Cour d’appel de la Colombie-Britannique — 2015 BCCA 393, 81 B.C.L.R. (5th) 1

[7] En appel, les intimés ont notamment fait valoir que le juge de première instance avait eu tort d’accorder une indemnité pour préjudice mental alors que l’appellant n’avait pas fait la preuve [TRADUCTION] « d’un trouble ou d’un état psychiatrique ou psychologique médicalement reconnu » (par. 22). La Cour d’appel leur donne raison et ajoute que l’existence d’un tel trouble ou état doit être établie par le « témoignage d’un médecin expert » (par. 32). Elle conclut que l’arrêt *Mustapha* n’a pas modifié le droit applicable à cet égard.

[8] La Cour d’appel fait également observer que, en ordonnant l’indemnisation du préjudice mental, le juge de première instance commet l’erreur [TRADUCTION] « de statuer à partir de moyens que [l’appellant] n’a ni plaidés ni invoqués » (par. 34). Selon elle, le juge aurait plutôt dû signifier aux avocats qu’il était disposé à examiner des moyens non plaidés, donner à l’appellant la possibilité de modifier ses actes de procédure et, si la modification était autorisée, permettre aux intimés de présenter d’autres éléments de preuve et de faire valoir d’autres arguments.

III. Analyse

A. *Exhaustivité des actes de procédure*

[9] Faisant fond sur l’opinion de la Cour d’appel sur ce point, les intimés font valoir que l’octroi en première instance d’une indemnité pour préjudice mental contrevient aux principes d’équité procédurale en ce qu’il ne s’appuie ni sur les actes de procédure ni sur les plaidoiries. Bien qu’ils n’aient pas fait valoir cet argument devant la Cour d’appel, rappelons, comme ils le soutiennent aujourd’hui et comme l’affirme la Cour d’appel, qu’une affaire ne doit pas être jugée à partir de moyens qui n’ont pas été invoqués (*Insurance Corp. of British Columbia*

Bank of Canada (2002), 59 O.R. (3d) 74 (C.A.), at para. 60; *Burgsteden v. Long*, 2014 SKCA 115, 378 D.L.R. (4th) 562, at para. 17; *R. v. E.M.W.*, 2011 SCC 31, [2011] 2 S.C.R. 542, at para. 4). This rule is an instance of natural justice: each party is entitled to know and respond to the case that it must answer (*Canada Trustco Mortgage Co. v. Renard*, 2008 BCCA 343, 298 D.L.R. (4th) 216, at paras. 38-39).

[10] In claims for negligently caused mental injury, it is generally sufficient that the pleadings allege some form of such injury (*Odhavji Estate v. Woodhouse*, 2003 SCC 69, [2003] 3 S.C.R. 263, at para. 74). The appellant's Statement of Claim alleges various injuries caused by the accident, including:

- h) such further and other injuries as may become apparent through medical reports and examinations, details of which shall be provided as they become known;

and the effects or results of the said injuries upon the Plaintiff include headaches, fatigue, dizziness, nausea and sleeplessness.

(R.R., vol. I, at p. 7)

It also claims "general damages for pain and suffering, loss of earning capacity past, present and future, loss of opportunity, loss of enjoyment of life, loss of physical health . . ." (R.R., vol. I, at p. 7).

[11] At trial, the appellant introduced an expert report from Dr. Hiram Mok, a psychiatrist, who diagnosed the appellant with mental disorders (although it was unclear whether these disorders resulted from the accident or subsequent accidents). The appellant's written closing submissions at trial also alleged the occurrence of a psychological reaction to the accident (or in other words a mental injury):

c. Patko, 2008 BCCA 65, 290 D.L.R. (4th) 687, par. 37; *Rodaro c. Royal Bank of Canada* (2002), 59 O.R. (3d) 74 (C.A.), par. 60; *Burgsteden c. Long*, 2014 SKCA 115, 378 D.L.R. (4th) 562, par. 17; *R. c. E.M.W.*, 2011 CSC 31, [2011] 2 R.C.S. 542, par. 4). Il s'agit là de justice naturelle : chacune des parties a le droit de connaître les arguments qu'on entend présenter contre elle et d'y répondre (*Canada Trustco Mortgage Co. c. Renard*, 2008 BCCA 343, 298 D.L.R. (4th) 216, par. 38-39).

[10] Dans le cas d'une allégation de préjudice mental causé par la négligence, il suffit en règle générale que les actes de procédure fassent état de quelque manifestation d'un tel préjudice (*Succes-sion Odhavji c. Woodhouse*, 2003 CSC 69, [2003] 3 R.C.S. 263, par. 74). Dans sa déclaration, l'appelant énumère divers maux qu'il attribue à l'accident, dont les suivants :

[TRADUCTION]

- h) tout autre préjudice que pourrait révéler un examen ou rapport médical et dont le détail sera communiqué sans délai;

ainsi que les conséquences de ces préjudices sur le demandeur, dont les maux de tête, la fatigue, les vertiges, les nausées et l'insomnie.

(d.i., vol. I, p. 7)

L'appelant réclame également des « dommages-intérêts généraux pour souffrances et douleurs, perte de capacité lucrative pour le passé, le présent et l'avenir, manque à gagner, perte de jouissance de la vie, perte de santé physique . . . » (d.i., vol. I, p. 7).

[11] Au procès, l'appelant a produit le rapport d'expert du Dr Hiram Mok, psychiatre, qui lui avait diagnostiqué certains troubles mentaux (mais sans indiquer clairement qu'ils étaient attribuables à l'accident ou aux accidents subséquents). Dans sa plaidoirie écrite finale, l'appelant a aussi allégué la manifestation d'une réaction psychologique à l'accident (autrement dit, un préjudice mental) :

It is submitted that if the court does not accept a proven concussion, the evidence still shows that the Plaintiff suffered from a change in mood/personality, memory loss, and cognitive difficulties as a result of the July 5 2005 accident.

If not caused by a concussion, then it must be caused by something. The only logical conclusion is that these were caused by a psychological reaction to the accident, new pains, or an aggravation of old pains.

. . .

It is therefore submitted that, on a balance of probabilities, if the court finds that Mohsen did not suffer a concussion, then the only logical conclusion is that Mohsen's problems with memory, cognition and change in behavior arose as a result of the July 2005 accident, which compounded upon the January 2003 accident injuries, and was compounded upon again in the September 2005 accident. [Emphasis added.]

(R.R., vol. I, at p. 285)

A similar line of argument was delivered in the appellant's oral submissions:

Now, the alternative argument, of course, we have is that if you don't find that a concussion has been made out, we submit that there is still evidence that he suffered chronic pain and some kind of emotional reaction, with resulting memory problems and cognitive problems, and change in mood, in the July 2005 accident, which but for the accident he would not have suffered from.

. . .

We say it's a concussion. . . . But if it's not a concussion, it's some reaction to that accident that may be compounding upon the fact that he was injured in an earlier accident back in January 2003, but something changed in this man. . . . That accident triggered that, either by way of it being a concussion or by some kind of psychological, emotional reaction to everything.

. . .

[TRADUCTION] Si la Cour ne conclut pas à une commotion avérée, il appert malgré tout de la preuve que le demandeur a été victime d'un changement de personnalité, de sautes d'humeur, de pertes de mémoire et de problèmes cognitifs par suite de l'accident du 5 juillet 2005.

Si cet état de fait n'a pas été causé par une commotion, il doit l'avoir été par autre chose. La seule conclusion logique est qu'il a été causé par une réaction psychologique à l'accident, par de nouvelles douleurs ou par l'aggravation d'anciennes douleurs.

. . .

Partant, si la Cour conclut que M. Mohsen n'a pas subi de commotion, nous soutenons que, selon la prépondérance des probabilités, la seule conclusion logique est que les problèmes mnésiques et cognitifs de M. Mohsen, ainsi que son changement de personnalité, sont imputables à l'accident de juillet 2005, ce qui a aggravé le préjudice infligé par l'accident de janvier 2003 et qui a été exacerbé par l'accident de septembre 2005. [Je souligne.]

(d.i., vol. I, p. 285)

L'appelant tient un raisonnement analogue dans sa plaidoirie orale :

[TRADUCTION] Bon. Évidemment, si le tribunal conclut que la commotion n'est pas avérée, nous faisons valoir à titre subsidiaire qu'il appert tout de même de la preuve qu'il souffre de douleurs chroniques et d'une forme de réaction émotionnelle qui ont provoqué chez lui des problèmes mnésiques et cognitifs, ainsi que des sautes d'humeur, par suite de l'accident de juillet 2005, ce dont il n'aurait pas souffert n'eût été l'accident.

. . .

Nous affirmons que c'est une commotion. [. . .] Mais s'il ne s'agit pas d'une commotion, il s'agit de quelque réaction à cet accident qui a pu être exacerbée par le fait qu'il avait déjà été blessé lors de l'accident de janvier 2003. Il n'empêche que cet homme n'a plus jamais été le même. [. . .] C'est cet accident qui en est la cause, peu importe que ce soit en raison d'une commotion ou d'une réaction psychologique ou émotionnelle à tout ce qui s'est produit.

. . .

... Something happened to him that changed him. We say it's a concussion, but if it's not a concussion, it must be some kind of emotional psychiatric reaction, which isn't something that he could control. It clearly just came on him after the accident and caused him to become a changed individual between July and September 2005. And that is clear from the evidence of all of the family members. [Emphasis added.]

(R.R., vol. I, at pp. 190-92)

[12] None of these arguments regarding a “psychological”, “emotional” or “psychiatric” reaction elicited an objection from the respondents before the trial judge. And, in my view, the many allegations of such reaction appearing in the appellant's oral and written closing submissions, combined with the broad heads of damage alleged in the pleadings, provided ample notice to the respondents of the case which they had to answer. I see no breach of procedural fairness here.

B. *Mental Injury*

[13] Liability in negligence law is conditioned upon the claimant showing (i) that the defendant owed a duty of care to the claimant to avoid the kind of loss alleged; (ii) that the defendant breached that duty by failing to observe the applicable standard of care; (iii) that the claimant sustained damage; and (iv) that such damage was caused, in fact and in law, by the defendant's breach (*Mustapha*, at para. 3). At issue here is the third element. As they argued at the Court of Appeal, the respondents say that the trial judge erred by awarding damages for mental injury that did not correspond to a proven, recognized psychiatric illness. More specifically, the Court must answer the narrow question of whether it is strictly *necessary*, in order to support a finding of legally compensable mental injury, for a claimant to adduce expert evidence or other proof of a recognized psychiatric illness.

... Quelque chose s'est produit qui l'a changé. Selon nous, c'est une commotion, mais à supposer que ce n'en soit pas une, il faut que ce soit une sorte de réaction psychique émotionnelle, ce qui échappe à sa volonté. C'est manifestement quelque chose qui lui est arrivé après l'accident et qui a fait en sorte qu'il cesse d'être lui-même entre juillet et septembre 2005. C'est ce qui ressort du témoignage de tous les membres de sa famille. [Je souligne.]

(d.i., vol. I, p. 190-192)

[12] Lors du procès, les intimés ne se sont opposés à aucune de ces allégations de réaction « psychologique », « émotionnelle » ou « psychique ». Et, à mon sens, les nombreuses allégations d'une telle réaction dans les plaidoiries orale et écrite finales de l'appelant, jumelées à la nature générale des composantes du préjudice allégué dans les actes de procédure, ont amplement fait connaître aux intimés les arguments auxquels ils devaient répondre. Selon moi, il n'y a pas eu de manquement à l'équité procédurale en l'espèce.

B. *Préjudice mental*

[13] Pour établir la responsabilité du défendeur dans une action en négligence, le demandeur doit prouver (i) que le défendeur avait envers lui une obligation de diligence pour empêcher un préjudice de la nature de celui allégué, (ii) que le défendeur a manqué à son obligation en n'observant pas la norme de diligence applicable, (iii) que le demandeur a subi un préjudice et (iv) que ce préjudice est imputable, en fait et en droit, au manquement du défendeur (*Mustapha*, par. 3). En l'espèce, le litige porte sur le troisième de ces éléments. Comme devant la Cour d'appel, les intimés font valoir que le juge de première instance a eu tort d'accorder une indemnité pour un préjudice mental qui ne correspond pas à un trouble psychiatrique reconnu dont l'existence a été prouvée. Plus précisément, la Cour doit se demander si, pour qu'elle puisse conclure à l'existence d'un préjudice mental ouvrant droit à indemnisation, il est rigoureusement *nécessaire* que le demandeur produise le témoignage d'un expert ou quelque autre élément établissant l'existence d'un trouble psychiatrique reconnu.

(1) Recovery for Mental Injury in Negligence Law

[14] The early common law's posture towards claims for negligently caused mental harm was one of suspicion and sometimes outright hostility (*McLoughlin v. O'Brian*, [1983] 1 A.C. 410 (H.L.), at p. 433), and was "virtually programmed to entrench primitive suspicions and prejudices about 'invisible', intangible harm" (H. Teff, *Causing Psychiatric and Emotional Harm: Reshaping the Boundaries of Legal Liability* (2009), at p. 40). Mental injury was seen as "not derived through the senses, but [as] a product of the imagination" (*Miner v. Canadian Pacific Railway Co.* (1911), 18 W.L.R. 476 (Alta. S.C. *en banc*), at p. 478). This scepticism persisted into the last century, such that mental injury was not compensable unless accompanied by physical injury (see L. Bélanger-Hardy, "Reconsidering the 'Recognizable Psychiatric Illness' Requirement in Canadian Negligence Law" (2013), 38 *Queen's L.J.* 583, at pp. 599-600).

[15] While the absolute bar to recovery for mental injury absent physical injury was eventually lifted, the suspicion which originally impelled that bar persisted, and common law courts continued to impose conditions upon recovery beyond those applied to claims for negligently caused physical injury. While, therefore, in England liability for negligently caused mental injury was first recognized as early as 1901 (*Dulieu v. White & Sons*, [1901] 2 K.B. 669 (Div. Ct.)), it was conditional upon "a shock which arises from a reasonable fear of immediate personal injury to oneself" (p. 675), or (after *Hambrook v. Stokes Brothers*, [1925] 1 K.B. 141 (C.A.)), "a reasonable fear of immediate personal injury either to [the claimant, or the claimant's children]" (p. 152). While recovery for mental injury in Canada remained parasitic to recovery for compensable physical injury well into the 20th century (e.g. *Miner*), by mid-century Canadian courts had also begun to permit recovery on similar conditions as English law — typically, on claimants having had at

(1) L'indemnisation du préjudice mental en droit de la négligence

[14] Dans un premier temps, la common law s'est montrée sceptique, voire parfois carrément hostile, à l'égard des allégations de préjudice mental causé par négligence (*McLoughlin c. O'Brian*, [1983] 1 A.C. 410 (H.L.), p. 433). Elle [TRADUCTION] « consacrait presque par essence le doute et les préjugés primaires dont faisait l'objet le préjudice "invisible" et immatériel » (H. Teff, *Causing Psychiatric and Emotional Harm : Reshaping the Boundaries of Legal Liability* (2009), p. 40). Le préjudice mental n'était pas considéré comme un [TRADUCTION] « préjudice perçu par les sens, mais plutôt [comme] le fruit de l'imagination » (*Miner c. Canadian Pacific Railway Co.* (1911), 18 W.L.R. 476 (C.S. Alb., en formation plénière), p. 478). Ce scepticisme a perduré tout au long du siècle dernier, de sorte que le préjudice mental n'était indemnisable que s'il s'accompagnait d'un préjudice physique (voir L. Bélanger-Hardy, « Reconsidering the "Recognizable Psychiatric Illness" Requirement in Canadian Negligence Law » (2013), 38 *Queen's L.J.* 583, p. 599-600).

[15] Même si on a un jour cessé d'opposer une fin de non-recevoir absolue aux demandes d'indemnisation d'un préjudice mental en l'absence d'un préjudice physique concomitant, le scepticisme qui avait initialement entraîné le rejet de ces demandes a perduré, et les tribunaux de common law ont continué à soumettre l'indemnisation du préjudice mental à des conditions bien plus strictes que celle du préjudice physique causé par négligence. Ainsi, en Angleterre, la responsabilité du préjudice mental causé par négligence a été reconnue pour la première fois dès 1901 (*Dulieu c. White & Sons*, [1901] 2 K.B. 669 (C. div.)), mais seulement à l'égard d'un [TRADUCTION] « choc découlant d'une crainte raisonnable de subir un préjudice personnel immédiat » (p. 675) ou (après l'arrêt *Hambrook c. Stokes Brothers*, [1925] 1 K.B. 141 (C.A.)) d'une [TRADUCTION] « crainte raisonnable qu'un préjudice personnel immédiat soit infligé [au demandeur ou à ses enfants] » (p. 152). Bien que, au Canada, pendant une bonne partie du XX^e siècle (p. ex. dans

the material time a reasonable fear of physical injury to themselves or to their family (e.g. *Horne v. New Glasgow*, [1954] 1 D.L.R. 832 (N.S.S.C.)).

[16] Further obstacles to recovery for mental injury arose in English law. In *McLoughlin v. O'Brian*, at pp. 419-21, Lord Wilberforce posited three considerations that could limit the boundaries of compensable “nervous shock”: the class of persons whose claims should be recognized (often referred to as relational proximity), the proximity of such persons to the accident (locational, or geographical proximity), and the means by which the “shock” is caused (temporal proximity) (G. H. L. Fridman, *The Law of Torts in Canada* (3rd ed. 2010), at p. 326). Where claimants alleged mental injury arising out of a sudden traumatic event, later judgments further distinguished between a “primary” victim (who was directly involved as a participant) and a “secondary” victim (who witnessed physical injuries caused to others) (see *Alcock v. Chief Constable of South Yorkshire Police*, [1992] 1 A.C. 310 (H.L.); and *Page v. Smith*, [1996] 1 A.C. 155 (H.L.)). This distinction has, however, sometimes proven difficult to apply in practice (as shown by the English law’s difficulty in categorizing the status of rescuers — see *White v. Chief Constable of South Yorkshire Police*, [1999] 2 A.C. 455 (H.L.)), and has been criticized as lacking foundation in principle, having no relevance to the justice of the claimant’s case (A. Beever, *Rediscovering the Law of Negligence* (2007), at pp. 405-7; J. Stapleton, “In Restraint of Tort”, in P. Birks, ed., *The Frontiers of Liability* (1994), vol. 2, 83, at p. 95; *Mustapha v. Culligan of Canada Ltd.* (2006), 84 O.R. (3d) 457 (C.A.), at para. 43). That this is so has never really been disputed. As Lord Hoffmann candidly acknowledged in *White*, “in this area of the law, the search for principle was called off in *Alcock*

Miner), l’indemnisation du préjudice mental soit demeurée tributaire de l’obtention d’une réparation pour un préjudice physique indemnisable, au milieu du siècle, les tribunaux canadiens ont eux aussi commencé à permettre l’indemnisation à des conditions semblables à celles appliquées en droit anglais, soit habituellement que le demandeur ait eu au moment considéré une crainte raisonnable qu’un préjudice physique lui soit infligé ou le soit à sa famille (p. ex. *Horne c. New Glasgow*, [1954] 1 D.L.R. 832 (C.S. N.-É.)).

[16] D’autres obstacles à l’indemnisation du préjudice mental se sont dressés en droit anglais. Dans l’arrêt *McLoughlin c. O'Brian*, p. 419-421, lord Wilberforce fait état de trois éléments susceptibles de circonscrire le [TRADUCTION] « choc nerveux » indemnisable : la catégorie des personnes admises à demander l’indemnisation (ce qu’on appelle souvent la proximité relationnelle), la proximité de ces personnes avec l’accident (la proximité physique ou géographique) et la manière dont le « choc » a été causé (la proximité temporelle) (G. H. L. Fridman, *The Law of Torts in Canada* (3^e éd. 2010), p. 326). Ultérieurement, lorsque des demandeurs ont allégué l’existence d’un préjudice mental ayant découlé d’un événement traumatisant inattendu, une distinction a été établie entre la victime « directe » (directement en cause) et la victime « indirecte » (témoin de l’infliction d’un préjudice physique à autrui) (voir *Alcock c. Chief Constable of South Yorkshire Police*, [1992] 1 A.C. 310 (H.L.), et *Page c. Smith*, [1996] 1 A.C. 455 (H.L.)). Or, cette distinction s’est parfois révélée difficile (comme le montre la difficulté du droit anglais à qualifier la situation du sauveteur (voir *White c. Chief Constable of South Yorkshire Police*, [1999] 2 A.C. 455 (H.L.)). Certains ont déploré que cette distinction ne repose sur aucun principe, qu’elle n’ait aucune pertinence quant au bien-fondé du recours du demandeur (A. Beever, *Rediscovering the Law of Negligence* (2007), p. 405-407; J. Stapleton, « In Restraint of Tort », dans P. Birks, dir., *The Frontiers of Liability* (1994), vol. 2, 83, p. 95; *Mustapha c. Culligan of Canada Ltd.* (2006), 84 O.R. (3d) 457 (C.A.), par. 43). Nul n’a jamais vraiment contesté cet état de fait. Lord Hoffmann le reconnaît d’ailleurs

... No one can pretend that the existing law ... is founded upon principle.”

[17] Other Commonwealth courts have taken a different path. The High Court of Australia expressly rejected the categories delineated by the House of Lords, preferring a more flexible foreseeability of harm test (*Tame v. New South Wales*, [2002] HCA 35, 211 C.L.R. 317). In New Zealand, the primary/secondary victim distinction has not been definitively considered (S. Todd et al., *The Law of Torts in New Zealand* (5th ed. 2009), at pp. 182-84).

[18] Like the English courts, Canadian courts have occasionally struggled, as Professor Klar has described, “to find words which can clearly explain why, on the basis of arbitrary *policy* choices, certain types of claims seem to be too remote and uncompensable” (L. N. Klar, *Tort Law* (5th ed. 2012), at p. 505 (emphasis in original)). In *Beecham v. Hughes* (1988), 27 B.C.L.R. (2d) 1 (C.A.), and *Rhodes v. Canadian National Railway* (1990), 75 D.L.R. (4th) 248 (B.C.C.A.), for example, the multi-faceted proximity analysis formalized in *McLoughlin v. O’Brian* found favour. In *Beecham*, Lambert J.A. wrote (at p. 43):

... I would not put the entire emphasis on “causal proximity”, to the exclusion of “temporal proximity”, “geographical proximity” or “emotional proximity”. I would try to balance them all. A close but foreseeable emotional bond, as between a parent and child, may compensate, in the determination of the composite answer on liability, for a more remote causal proximity, as where the parent is not present when the child is injured.

[19] This Court has not, however, adopted either the primary/secondary victim distinction, or *McLoughlin v. O’Brian*’s disaggregated proximity

avec candeur dans *White* : [TRADUCTION] « ... dans ce domaine du droit, la recherche de règles fondées sur un principe a pris fin dans l’arrêt *Alcock* [...] Nul ne peut prétendre que le droit actuel [...] est issu de l’application de principes. »

[17] D’autres tribunaux du Commonwealth ont emprunté une avenue différente. La Haute Cour d’Australie a rejeté expressément les catégories définies par la Chambre des lords, leur préférant le critère plus souple de la prévisibilité du préjudice (*Tame c. New South Wales*, [2002] HCA 35, 211 C.L.R. 317). En Nouvelle-Zélande, on ne s’est pas prononcé définitivement sur la distinction entre victime directe et victime indirecte (S. Todd et autres, *The Law of Torts in New Zealand* (5^e éd. 2009), p. 182-184).

[18] À l’instar des tribunaux anglais, les tribunaux canadiens ont parfois du mal, ainsi que l’explique le professeur Klar, [TRADUCTION] « à trouver des mots susceptibles d’expliquer clairement pourquoi, sur le fondement de considérations *de politique* arbitraires, certains préjudices allégués semblent trop indirects et non indemnisables » (L. N. Klar, *Tort Law* (5^e éd. 2012), p. 505 (en italique dans l’original)). Dans les arrêts *Beecham c. Hughes* (1988), 27 B.C.L.R. (2d) 1 (C.A.), et *Rhodes c. Canadian National Railway* (1990), 75 D.L.R. (4th) 248 (C.A. C.-B.), par exemple, la cour d’appel fait sienne l’analyse à plusieurs volets de la proximité que consacre l’arrêt *McLoughlin c. O’Brian*. Dans *Beecham*, le juge Lambert s’exprime comme suit (au p. 43) :

[TRADUCTION] ... je ne mettrais pas l’accent uniquement sur la « proximité causale » sans tenir compte de la « proximité temporelle », de la « proximité physique » ou de la « proximité émotionnelle ». J’établirais plutôt un équilibre entre tous ces éléments. L’existence d’un lien affectif étroit, mais prévisible, comme celui entre l’enfant et son père ou sa mère, peut, pour l’obtention d’une réponse sur la responsabilité qui tient compte de tous les volets, pallier le caractère plutôt éloigné de la cause, par exemple, lorsque le père ou la mère n’est pas présent au moment où l’enfant subit le préjudice.

[19] La Cour ne retient cependant ni la distinction entre la victime directe et la victime indirecte, ni l’analyse dissociée de la proximité à laquelle se

analysis. Rather, in *Mustapha*, recoverability of mental injury was viewed (at para. 3) as depending upon the claimant satisfying the criteria applicable to any successful action in negligence — that is, upon the claimant proving a duty of care, a breach, damage, and a legal and factual causal relationship between the breach and the damage. Each of these elements can pose a significant hurdle: not all claimants alleging mental injury will be in a relationship of proximity with defendants necessary to ground a duty of care; not all conduct resulting in mental harm will breach the standard of care; not all mental disturbances will amount to true “damage” qualifying as mental injury, which is “serious and prolonged” and rises above the ordinary emotional disturbances that will occasionally afflict any member of civil society without violating his or her right to be free of negligently caused mental injury (*Mustapha*, at para. 9); and not all mental injury is caused, in fact or in law, by the defendant’s negligent conduct.

[20] Indeed, the claim in *Mustapha* failed on that last element: the claimant’s damage was not caused in law by (that is, it was too remote from) the defendant’s breach. *Mustapha* thus serves as a salutary reminder that, even where a duty of care, a breach, damage and factual causation are established, there remains the pertinent threshold question of legal causation, or remoteness — that is, whether the occurrence of mental harm in a person of ordinary fortitude was the reasonably foreseeable result of the defendant’s negligent conduct (*Mustapha*, at paras. 14-16). And, just as recovery for physical injury will not be possible where injury of that kind was not the foreseeable result of the defendant’s negligence, so too will claimants be denied recovery (as the claimant in *Mustapha* was denied recovery) where mental injury could not have been foreseen to result from the defendant’s negligence.

livre le tribunal dans *McLoughlin c. O’Brian*. Dans l’arrêt *Mustapha*, elle estime plutôt (au par. 3) que, pour obtenir réparation d’un préjudice mental, le demandeur doit satisfaire aux conditions auxquelles la négligence peut être établie, c’est-à-dire prouver l’existence d’une obligation de diligence, d’un manquement, d’un préjudice et d’un lien de causalité factuel et juridique entre le manquement et le préjudice. Chacun de ces éléments dont la preuve est exigée peut représenter un obstacle important à surmonter : le demandeur qui allègue un préjudice mental n’entretient pas forcément avec le défendeur une relation suffisamment étroite pour qu’il puisse y avoir obligation de diligence. De plus, tout acte qui inflige un préjudice mental ne constitue pas un manquement à la norme de diligence. Aussi, toute contrariété émotionnelle n’équivaut pas à un « préjudice » véritable que l’on peut qualifier de préjudice mental, qui est « grave et de longue durée » et qui va au-delà des troubles psychologiques ordinaires dont sont parfois affligées les personnes vivant en société sans que, pour autant, il soit porté atteinte à leur droit à la protection contre le préjudice mental causé par négligence (*Mustapha*, par. 9). Enfin, les préjudices mentaux ne sont pas tous causés, en fait ou en droit, par la négligence du défendeur.

[20] D’ailleurs, dans l’arrêt *Mustapha*, le demandeur est débouté parce qu’il n’a pu prouver le dernier élément, à savoir le lien de causalité juridique entre le manquement du défendeur et le préjudice, la proximité entre les deux étant jugée insuffisante. Cet arrêt rappelle donc opportunément que, même en présence d’une obligation de diligence, d’un manquement, d’un préjudice et d’un lien de causalité factuel, le demandeur doit encore satisfaire au critère préliminaire de la causalité juridique (ou du caractère non éloigné du préjudice) en démontrant qu’il était raisonnablement prévisible que la négligence du défendeur inflige un préjudice mental à une personne dotée d’une résilience ordinaire (*Mustapha*, par. 14-16). Et de même que le préjudice physique n’est pas indemnisable s’il n’est pas le résultat prévisible de la négligence du défendeur, le demandeur se verra également refuser toute réparation — comme dans l’affaire *Mustapha* — si on ne pouvait prévoir que le préjudice mental découlerait de la négligence du défendeur.

[21] It follows that this Court sees the elements of the cause of action of negligence as furnishing principled and sufficient barriers to unmeritorious or trivial claims for negligently caused mental injury. The view that courts should require something more is founded not on legal principle, but on policy — more particularly, on a collection of concerns regarding claims for mental injury (including those advanced in this appeal by the intervener Insurance Bureau of Canada) founded upon dubious perceptions of, and postures towards, psychiatry and mental illness in general: that mental illness is “subjective” or otherwise easily feigned or exaggerated; and that the law should not provide compensation for “trivial matters” but should foster the growth of “tough hides not easily pierced by emotional responses” (A. M. Linden and B. Feldthusen, *Canadian Tort Law* (10th ed. 2015), at p. 449; R. Mulheron, “Rewriting the Requirement for a ‘Recognized Psychiatric Injury’ in Negligence Claims” (2012), 32 *Oxford J. Leg. Stud.* 77, at p. 82). The stigma faced by people with mental illness, including that caused by mental injury, is notorious (J. E. Gray, M. Shone and P. F. Liddle, *Canadian Mental Health Law and Policy* (2nd ed. 2008), at pp. 139 and 300-301), often unjustly and unnecessarily impeding their participation, so far as possible, in civil society. While tort law does not exist to abolish misguided prejudices, it should not seek to perpetuate them.

[22] Where, therefore, genuine factual uncertainty arises regarding the worthiness of a claim, this can and should be addressed by robust application of those elements by a trier of fact, rather than by tipping the scales via arbitrary mechanisms (R. Stevens, *Torts and Rights* (2007), at p. 56). Certainly, concerns about “subjective” symptoms or about feigned or exaggerated claims of mental injury are — like most matters of credibility — questions of fact best entrusted to the good sense of triers of fact, upon whose credibility determinations of liability and even of liberty often rest. In short, such concerns should be resolved by “a vigorous

[21] La Cour voit donc dans les éléments nécessaires à la naissance d’une cause d’action en négligence des obstacles rationnels suffisants aux demandes infondées ou frivoles d’indemnisation d’un préjudice mental imputé à la négligence. L’idée que les tribunaux devraient se montrer plus exigeants repose non pas sur un principe juridique, mais sur des considérations générales, plus précisément sur un ensemble de craintes liées aux demandes d’indemnisation d’un préjudice mental (dont celles exprimées en l’espèce par l’intervenant Bureau d’assurance du Canada), qui prennent appui sur des perceptions douteuses de la psychiatrie et de la maladie mentale en général et sur des attitudes à l’avenant. Ainsi, la maladie mentale serait « subjective » ou pourrait par ailleurs être feinte ou exagérée aisément; de plus, le droit ne devrait pas permettre l’indemnisation de [TRADUCTION] « choses insignifiantes », mais devrait plutôt inciter les gens à « se blinder moralement le plus possible » (A. M. Linden et B. Feldthusen, *Canadian Tort Law* (10^e éd. 2015), p. 449; R. Mulheron, « Rewriting the Requirement for a “Recognized Psychiatric Injury” in Negligence Claims » (2012), 32 *Oxford J. Leg. Stud.* 77, p. 82). Il est bien connu que les personnes qui souffrent de maladie mentale, notamment après avoir subi un préjudice mental, se retrouvent au ban de la société (J. E. Gray, M. Shone et P. F. Liddle, *Canadian Mental Health Law and Policy* (2^e éd. 2008), p. 139 et 300-301), ce qui les empêche souvent, de manière injuste et non justifiée, de prendre part le plus possible à la vie en société. Bien que le droit de la responsabilité délictuelle n’ait pas pour mission de vaincre des préjugés malheureux, il ne devrait pas chercher à les perpétuer.

[22] Par conséquent, lorsque le bien-fondé d’une demande soulève une incertitude véritable sur le plan factuel, le juge des faits peut et doit alors exiger strictement la preuve des éléments requis pour qu’il y ait cause d’action au lieu de s’en remettre à des procédés arbitraires pour statuer (R. Stevens, *Torts and Rights* (2007), p. 56). Comme dans la plupart des cas où la crédibilité est en cause, les craintes liées à la « subjectivité » des symptômes ou au caractère feint ou exagéré du préjudice mental relèvent assurément du domaine factuel pour lequel il est préférable de s’en remettre au bon sens du juge des faits, dont les conclusions sur la crédibilité fondent

search for the truth, not the abdication of judicial responsibility” (Linden and Feldthusen, at p. 449; see also *Toronto Railway Co. v. Toms* (1911), 44 S.C.R. 268, at p. 276; Stevens, at p. 56).

[23] I add this. As to that first necessary element for recovery (establishing that the defendant owed the claimant a duty of care), it is implicit in the Court’s decision in *Mustapha* that Canadian negligence law recognizes that a duty exists at common law to take reasonable care to avoid causing foreseeable mental injury, and that this cause of action protects a right to be free from negligent interference with one’s mental health. That right is grounded in the simple truth that a person’s mental health — like a person’s physical integrity or property, injury to which is also compensable in negligence law — is an essential means by which that person chooses to live life and pursue goals (A. Ripstein, *Private Wrongs* (2016), at pp. 87 and 252-53). And, where mental injury is negligently inflicted, a person’s autonomy to make those choices is undeniably impaired, sometimes to an even greater degree than the impairment which follows a serious physical injury (*Bourhill v. Young*, [1943] A.C. 92 (H.L.), at p. 103; *Toronto Railway*, at p. 276). To put the point more starkly, “[t]he loss of our mental health is a more fundamental violation of our sense of self than the loss of a finger” (Stevens, at p. 55).

[24] It is also implicit in *Mustapha* that the ordinary duty of care analysis is to be applied to claims for negligently caused mental injury. With great respect to courts that have expressed contrary views, it is in my view unnecessary and indeed futile to restructure that analysis so as to mandate formal, separate consideration of certain dimensions of proximity, as was done in *McLoughlin v. O’Brian*. Certainly, “temporal”, “geographic” and “relational” considerations might well inform the proximity analysis to be performed in some cases. But the proximity analysis

souvent des décisions quant à la responsabilité, voire à la liberté. En un mot, ces craintes doivent être dissipées par [TRADUCTION] « une recherche soutenue de la vérité, non par l’abdication des responsabilités judiciaires » (Linden et Feldthusen, p. 449; voir également *Toronto Railway Co. c. Toms* (1911), 44 R.C.S. 268, p. 276; Stevens, p. 56).

[23] J’ajoute que, en ce qui concerne le premier élément requis pour qu’il puisse y avoir indemnisation — en l’occurrence, l’existence d’une obligation de diligence du défendeur envers le demandeur —, il appert implicitement de l’arrêt *Mustapha* que le droit canadien de la négligence reconnaît l’existence en common law d’une obligation de prendre des mesures raisonnables afin qu’un préjudice mental prévisible ne soit pas causé et que cette cause d’action garantit le droit d’être protégé contre l’atteinte par négligence à sa santé mentale. Ce droit a pour assise le simple fait que la santé mentale d’une personne — au même titre que ses biens ou son intégrité physique, à l’égard desquels le droit de la négligence permet l’indemnisation en cas de préjudice — constitue un moyen essentiel grâce auquel une personne choisit de vivre sa vie et de réaliser ses aspirations (A. Ripstein, *Private Wrongs* (2016), p. 87 et 252-253). Et lorsqu’un préjudice mental est causé par négligence, le pouvoir de la personne de faire de tels choix se voit indéniablement compromis, parfois bien davantage que si elle avait subi un préjudice physique grave (*Bourhill c. Young*, [1943] A.C. 92 (H.L.), p. 103; *Toronto Railway*, p. 276). Pour dire les choses sans ambages, [TRADUCTION] « [l]a perte de sa propre santé mentale constitue une atteinte plus grave à son individualité que la perte d’un doigt » (Stevens, p. 55).

[24] Il appert aussi implicitement de l’arrêt *Mustapha* que l’analyse que commande habituellement l’obligation de diligence vaut également pour le préjudice mental imputé à la négligence. Soit dit en tout respect pour les tribunaux qui ont exprimé l’opinion contraire, il est selon moi inutile et à vrai dire vain de reconfigurer l’analyse de manière qu’il faille dûment tenir compte séparément de certains volets de la proximité, comme dans *McLoughlin c. O’Brian*. Certes, les volets « temporel », « physique » et « relationnel » peuvent fort bien éclairer

as formulated by this Court is, and is intended to be, sufficiently flexible to capture all relevant circumstances that might in any given case go to seeking out the “close and direct” relationship which is the hallmark of the common law duty of care (*Cooper v. Hobart*, 2001 SCC 79, [2001] 3 S.C.R. 537, at para. 32, citing *Donoghue v. Stevenson*, [1932] A.C. 562 (H.L.), at pp. 580-81). As the Court has said, that analysis

focuses on factors arising from the relationship between the plaintiff and the defendant. . . .

As this Court stated in *Hercules Managements Ltd. v. Ernst & Young*, [1997] 2 S.C.R. 165, at para. 24, *per* La Forest J.:

The label “proximity”, as it was used by Lord Wilberforce in [*Anns v. Merton London Borough Council*, [1978] A.C. 728 (H.L.)], was clearly intended to connote that the circumstances of the relationship inhering between the plaintiff and the defendant are of such nature that the defendant may be said to be under an obligation to be mindful of the plaintiff’s legitimate interests in conducting his or her affairs.

(*Cooper*, at paras. 30 and 33 (emphasis in original))

(2) Recognized Psychiatric Illness

[25] As I have already said, the principal issue presented by this appeal — and, in particular, by the Court of Appeal’s conclusion that the appellant’s claim failed for lack of expert evidence demonstrating a recognized psychiatric illness — concerns the element of the cause of action of negligence requiring the claimant to show damage. More specifically, it requires the Court to consider what constitutes mental injury, and how it may be proven.

[26] The origins of the putative requirement of showing a recognized psychiatric illness appear to lie in Lord Denning M.R.’s speech in *Hinz v. Berry*, [1970] 2 Q.B. 40 (C.A.), at p. 42:

l’analyse de la proximité qui s’impose dans certains cas. Or, l’analyse de la proximité que préconise la Cour est — et se veut — assez souple pour embrasser toutes les considérations pertinentes qui sont susceptibles, dans un cas donné, de jouer dans l’établissement du lien « étroit et direct » qui caractérise l’obligation de diligence en common law (*Cooper c. Hobart*, 2001 CSC 79, [2001] 3 R.C.S. 537, par. 32, citant l’arrêt *Donoghue c. Stevenson*, [1932] A.C. 562 (H.L.), p. 580-581). Comme l’explique la Cour, cette analyse

met l’accent sur les facteurs découlant du lien existant entre la demanderesse et le défendeur. . . .

Comme le juge La Forest l’a affirmé au nom de notre Cour dans l’arrêt *Hercules Managements Ltd. c. Ernst & Young*, [1997] 2 R.C.S. 165, par. 24 :

L’expression « lien étroit », utilisée par lord Wilberforce dans l’arrêt [*Anns c. Merton London Borough Council*, [1978] A.C. 728 (H.L.)], visait clairement à laisser entendre que les circonstances entourant le lien existant entre le demandeur et le défendeur sont telles qu’on peut affirmer que le défendeur est tenu de se soucier des intérêts légitimes du demandeur dans la gestion de ses affaires.

(*Cooper*, par. 30 et 33 (souligné dans l’original))

(2) Trouble psychiatrique reconnu

[25] Rappelons que la principale question que soulève le pourvoi et, en particulier, la conclusion de la Cour d’appel selon laquelle l’appelant a été débouté faute d’une preuve d’expert établissant l’existence d’un trouble psychiatrique reconnu, a trait à l’élément de la cause d’action qui exige du demandeur qui allègue la négligence qu’il prouve le préjudice. La Cour doit donc se demander en quoi consiste le préjudice mental et de quelle manière on l’établit.

[26] L’obligation supposée d’établir l’existence d’un trouble psychiatrique reconnu paraît s’originer des propos de lord Denning, maître des rôles, dans l’arrêt *Hinz c. Berry*, [1970] 2 Q.B. 40 (C.A.), p. 42 :

In English law no damages are awarded for grief or sorrow caused by a person's death. No damages are to be given for the worry about the children, or for the financial strain or stress, or the difficulties of adjusting to a new life. Damages are, however, recoverable for nervous shock, or, to put it in medical terms, for a recognisable psychiatric illness caused by the breach of duty by the defendant.

This statement has been reiterated, albeit with some variation as to terminology. In *McLoughlin v. O'Brian*, at p. 431, for example, Lord Bridge described this hurdle as requiring “a positive psychiatric illness”. It has also been variously referred to as a “genuine”, “recognized” or “recognizable” psychiatric illness (Mulheron, at p. 81).

[27] Howsoever the term is phrased, it is far from clear on the text of *Hinz v. Berry* that it was intended to impose upon claimants the burden of showing a positive expert diagnosis. At the very least, it is not obvious that *Hinz v. Berry* sought to download to expert psychiatric witnesses the trier of fact's task of determining whether the claimant sustained mental injury (Teff, at p. 53; Bélanger-Hardy, at pp. 607-11). The respondents' submission, therefore — that, by “recognizable psychiatric illness”, it was intended that mental injury be “recognizable” to a psychiatrically trained expert witness, and not to an ordinary witness — is founded upon a shaky premise.

[28] Despite some early resistance, however (e.g. *McDermott v. Ramadanovic Estate* (1988), 27 B.C.L.R. (2d) 45 (S.C.); *Rhodes*, per Southin J.A., concurring; *Cox v. Fleming* (1995), 15 B.C.L.R. (3d) 201 (C.A.); *Mason v. Westside Cemeteries Ltd.* (1996), 135 D.L.R. (4th) 361 (Ont. C.J. (Gen. Div.)); *Flett v. Maxwell*, [1996] B.C.J. No. 1455 (QL) (Prov. Ct. (Civ. Div.)), Canadian trial and appellate courts after *Hinz v. Berry* began to see the requirement of a “recognizable psychiatric illness” as conditioning recovery for mental injury upon the claimant adducing expert testimony verifying a condition *recognizable to the expert* (e.g. *Vanek v. Great Atlantic & Pacific Co. of Canada* (1999), 48 O.R. (3d) 228 (C.A.), at paras. 65-67; *Healey v. Lakeridge Health Corp.*, 2011 ONCA 55, 103 O.R. (3d) 401; *Frazier*

[TRADUCTION] En droit anglais, il n'y a pas d'indemnité pour la tristesse ou la peine que cause le décès d'une personne. Il n'y en a pas non plus pour l'inquiétude relative aux enfants, les soucis d'ordre financier ou la difficulté de s'adapter à une existence nouvelle. Une indemnité peut cependant être accordée pour choc nerveux ou, pour employer la terminologie médicale, pour un trouble psychiatrique reconnaissable causé par le manquement du défendeur.

D'autres ont repris ces propos, bien qu'en employant des termes quelque peu différents. Par exemple, dans *McLoughlin c. O'Brian*, p. 431, lord Bridge voit dans cet obstacle l'exigence d'un [TRADUCTION] « réel trouble psychiatrique ». On a parlé également de trouble psychiatrique [TRADUCTION] « véritable », « reconnu » ou « reconnaissable » (Mulheron, p. 81).

[27] Quelle que soit la formulation employée, il est loin de ressortir de l'arrêt *Hinz c. Berry* qu'il s'agit d'obliger le demandeur à présenter au tribunal le diagnostic positif d'un expert. Il n'est, à tout le moins, pas évident que la cour entend dans cet arrêt refiler au témoin-expert du domaine psychiatrique la tâche qui incombe au juge des faits de décider si le demandeur a subi ou non un préjudice mental (Teff, p. 53; Bélanger-Hardy, p. 607-611). Dès lors, la prétention des intimés — à savoir que l'expression « trouble psychiatrique reconnaissable » suppose que le préjudice mental soit « reconnaissable » par un témoin-expert ayant une formation en psychiatrie, non par un témoin ordinaire — a une assise bien fragile.

[28] Toutefois, après une certaine réticence initiale (p. ex. *McDermott c. Ramadanovic Estate* (1988), 27 B.C.L.R. (2d) 45 (C.S.); *Rhodes*, le juge Southin, motifs concordants; *Cox c. Fleming* (1995), 15 B.C.L.R. (3d) 201 (C.A.); *Mason c. Westside Cemeteries Ltd.* (1996), 135 D.L.R. (4th) 361 (C.J. Ont. (Div. gén.)); *Flett c. Maxwell*, [1996] B.C.J. No. 1455 (QL) (C. prov. (div. civ.)), les tribunaux canadiens de première instance et d'appel ont commencé à considérer que le « trouble psychiatrique reconnaissable » exigé dans *Hinz c. Berry* faisait en sorte que, pour être indemnisé d'un préjudice mental, le demandeur devait faire témoigner un expert qui confirme qu'il s'agit d'un état *reconnaissable par un expert* (p. ex. *Vanek c. Great Atlantic & Pacific Co. of Canada* (1999), 48 O.R.

v. *Haukioja*, 2010 ONCA 249, 101 O.R. (3d) 528; *Kotai v. “Queen of the North” (The)*, 2009 BCSC 1405, 70 C.C.L.T. (3d) 221; *Young v. Borzoni*, 2007 BCCA 16, 277 D.L.R. (4th) 685; *Graham v. MacMillan*, 2003 BCCA 90, 15 C.C.L.T. (3d) 155; *Koerfer v. Davies*, [1994] O.J. No. 1408 (QL) (C.A.); *Duwyn v. Kaprielian* (1978), 22 O.R. (2d) 736 (C.A.)). Similarly, despite some resistance elsewhere in the Commonwealth to restricting recovery for mental injury to claimants who can adduce such expert psychiatric evidence (N. J. Mullany and P. R. Handford, *Tort Liability for Psychiatric Damage* (1993), at p. 21), this threshold now prevails in the United Kingdom, Australia, and New Zealand (*White*, at p. 491; *Tame*, at paras. 193-94; *van Soest v. Residual Health Management Unit*, [1999] NZCA 206, [2000] 1 N.Z.L.R. 179, at para. 65).

[29] In sum — and this is the state of the law which this Court must now evaluate — the law developed by Canadian lower courts (albeit, as I have mentioned, on an unstable premise) requires claimants alleging mental injury to show that such injury has manifested itself to an expert in psychiatry in the form of a clinically diagnosed, recognizable psychiatric illness. This has therefore “place[d] the categories of mental and emotional harm for which damages may be recovered in the hands of psychiatry. Whatever that discipline chooses to identify and name as a psychiatric illness becomes the law’s boundaries for damages in this area” (*van Soest*, at p. 205, per Thomas J., dissenting).

[30] Usually, this has been done with reference to what has been said to represent a “considerable degree of international agreement on the classification of mental disorders and their diagnostic criteria”, which are contained in the *Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders* (“DSM”), published by the American Psychiatric Association, and the *International Statistical Classification of Diseases and Related Health Problems* (“ICD”), published by the World Health Organization (Mulheron, at p. 78, citing *Sutherland v. Hatton*, [2002] EWCA

(3d) 228 (C.A.), par. 65-67; *Healey c. Lakeridge Health Corp.*, 2011 ONCA 55, 103 O.R. (3d) 401; *Frazer c. Haukioja*, 2010 ONCA 249, 101 O.R. (3d) 528; *Kotai c. « Queen of the North » (The)*, 2009 BCSC 1405, 70 C.C.L.T. (3d) 221; *Young c. Borzoni*, 2007 BCCA 16, 277 D.L.R. (4th) 685; *Graham c. MacMillan*, 2003 BCCA 90, 15 C.C.L.T. (3d) 155; *Koerfer c. Davies*, [1994] O.J. No. 1408 (QL) (C.A.); *Duwyn c. Kaprielian* (1978), 22 O.R. (2d) 736 (C.A.)). De même, en dépit d’une certaine réticence observée dans d’autres pays du Commonwealth à subordonner l’indemnisation du préjudice mental à la présentation d’une telle preuve d’expert du domaine psychiatrique (N. J. Mullany et P. R. Handford, *Tort Liability for Psychiatric Damage* (1993), p. 21), cette condition vaut désormais au Royaume-Uni, en Australie et en Nouvelle-Zélande (*White*, p. 491; *Tame*, par. 193-194; *van Soest c. Residual Health Management Unit*, [1999] NZCA 206, [2000] 1 N.Z.L.R. 179, par. 65).

[29] En résumé — et il s’agit de l’état du droit sur lequel la Cour doit aujourd’hui se prononcer —, les règles établies par les tribunaux canadiens de première instance (quoique, dois-je le rappeler, sur une base chancelante) exigent du demandeur qui prétend avoir subi un préjudice mental que celui-ci se soit manifesté à un expert psychiatrique sous la forme d’un trouble psychiatrique reconnaissable, cliniquement diagnostiqué. Ainsi, cette approche [TRADUCTION] « s’en remet à la psychiatrie pour définir le préjudice mental ou émotionnel susceptible d’indemnisation. Ce que cette discipline décide ou non de qualifier de trouble psychiatrique délimite alors juridiquement l’indemnisation possible dans ce domaine » (*van Soest*, p. 205, le juge Thomas, dissident).

[30] Cette démarche s’appuie habituellement sur un [TRADUCTION] « consensus international important concernant la classification des troubles mentaux et les critères qui permettent de les diagnostiquer » qui se dégagerait du *Manuel diagnostique et statistique des troubles mentaux* (« DSM ») de l’Association américaine de psychiatrie et de la *Classification statistique internationale des maladies et des problèmes de santé connexes* (« CIM ») de l’Organisation mondiale de la Santé (Mulheron, p. 78, se référant à *Sutherland c. Hatton*, [2002] EWCA Civ 76, [2002]

Civ 76, [2002] 2 All E.R. 1, per Hale L.J. (as she then was); see also Bélanger-Hardy, at p. 586). The DSM, now in its 5th edition (2013), stipulates diagnostic criteria for, and classifies, mental disorders, while the ICD, now in its 10th revision (1992), contains statistically based classifications of all diseases (including “mental and behavioural disorders”).

[31] Confining compensable mental injury to conditions that are identifiable with reference to these diagnostic tools is, however, inherently suspect as a matter of legal methodology. While, for treatment purposes, an accurate diagnosis is obviously important, a trier of fact adjudicating a claim of mental injury is not concerned with diagnosis, but with symptoms and their effects (Mulheron, at p. 88). Put simply, there is no necessary relationship between reasonably foreseeable mental injury and a diagnostic classification scheme. As Thomas J. observed in *van Soest* (at para. 100), a negligent defendant need only be shown to have foreseen *injury*, and not *a particular psychiatric illness* that comes with its own label. In other words, the trier of fact’s inquiry should be directed to the level of harm that the claimant’s particular symptoms represent, not to whether a label could be attached to them. Downloading the task of assessing legally recoverable mental injury to the DSM and ICD therefore imports an arbitrary control mechanism upon recovery for mental injury, conditioning recovery not upon any legally principled basis directed to the alleged *injury*, but upon conformity with a legally irrelevant classification scheme designed to facilitate identification of *particular conditions* (L. Bélanger-Hardy, “Thresholds of Actionable Mental Harm in Negligence: A Policy-Based Analysis” (2013), 36 *Dal. L.J.* 103, at pp. 113-15; Mulheron, at pp. 87-88).

[32] Resort to the DSM or ICD in the context of litigating claims for mental injury has been variously rationalized as fostering objectivity, certainty and predictability of outcomes; and as preventing “indeterminate liability” (*Tame*, at paras. 193-94; *Healey*, at para. 65; *Queen of the North*, at para. 68). These

2 All E.R. 1, lord juge Hale (maintenant juge de la Cour suprême du Royaume-Uni); voir également Bélanger-Hardy, p. 586). Le DSM, qui en est à sa 5^e édition (2015), énonce les critères qui permettent de diagnostiquer les troubles mentaux et répertorie ceux-ci, tandis que la CIM (qui en est à sa 10^e révision (1993)) renferme la classification de toutes les maladies sur une base statistique (y compris les « troubles mentaux et du comportement »).

[31] Or, n’indemniser le préjudice mental que s’il correspond à un état susceptible d’être déterminé au moyen de ces outils diagnostiques se révèle intrinsèquement suspect sur le plan de la méthodologie juridique. Un diagnostic précis est assurément important sous l’angle thérapeutique, mais le juge des faits appelé à statuer sur une allégation de préjudice mental ne s’intéresse pas au diagnostic, mais aux symptômes et à leurs conséquences (Mulheron, p. 88). Dit simplement, point n’est besoin d’établir un lien entre le préjudice mental raisonnablement prévisible et un système de classification permettant le diagnostic. Le juge Thomas dit d’ailleurs dans l’arrêt *van Soest* (par. 100) qu’il suffit de prouver que le défendeur négligent a prévu le *préjudice*, pas un *trouble psychiatrique en particulier* dûment répertorié. Autrement dit, l’examen du juge des faits doit porter sur l’ampleur du préjudice infligé au demandeur par ses symptômes, non sur l’appellation qui pourrait y être accolée. S’en remettre au DSM ou à la CIM pour décider en droit si un préjudice mental est indemnisable ou non revient donc à introduire dans la démarche un contrôle arbitraire qui rend l’indemnisation tributaire non pas de l’existence d’un fondement juridique raisonné axé sur le *préjudice* allégué, mais bien de la conformité à un système de classification sans pertinence juridique conçu pour faciliter la détermination d’*états particuliers* (L. Bélanger-Hardy, « Thresholds of Actionable Mental Harm in Negligence : A Policy-Based Analysis » (2013), 36 *Dal. L.J.* 103, p. 113-115; Mulheron, p. 87-88).

[32] Pour justifier le recours au DSM ou à la CIM dans les affaires d’indemnisation d’un préjudice mental, certains ont soutenu qu’il favorisait l’objectivité, la certitude et la prévisibilité, ou encore, qu’il faisait obstacle à la « responsabilité indéterminée » (*Tame*, par. 193-194, *Healey*, par. 65; *Queen*

rationalizations, however, do not withstand scrutiny. In particular, the putative objectivity, certainty and predictability said to be furnished by the recognizable psychological illness requirement are in my view overstated. Psychiatric diagnoses — like diagnoses of physical illness or injury — can sometimes be controversial even among treating practitioners (M. A. Jones, “Liability for Psychiatric Damage: Searching for a Path between Pragmatism and Principle”, in J. W. Neyers, E. Chamberlain and S. G. A. Pitel, eds., *Emerging Issues in Tort Law* (2007), 113, at p. 131). The categories identified in the DSM are, therefore, not static, and continue to be revised to reflect evolving psychiatric consensus on the classification of psychiatric disorders. Labels that were at one time widely accepted may become obsolete. The DSM (DSM-II), for example, identified homosexuality as a psychiatric disorder until 1973, after which it continued to identify “sexual orientation disturbance” for people “in conflict with” their sexual orientation. This was later replaced in the DSM-III with “ego-dystonic homosexuality”, which was itself removed in 1987 (J. Drescher, “Out of DSM: Depathologizing Homosexuality” (2015), 5 *Behav. Sci.* 565, at p. 571). The ICD retained homosexuality in its classification until 1990, and continues to identify ego-dystonic homosexuality as a recognized condition (although in 2014 the World Health Organization recommended its removal from its 11th revision, now in development) (S. Cochran et al., “Proposed declassification of disease categories related to sexual orientation in the *International Statistical Classification of Diseases and Health Related Problems* (ICD-11)” (2014), 92 *Bull. World Health Organ.* 672).

[33] Conversely, potential disorders originally excluded from the DSM may be “legitimized” by later inclusion. For example, “post-traumatic stress disorder” first appeared in the DSM (DSM-III) in 1980. And, with the publication of the DSM-IV, it no longer required “a psychologically traumatic event that is generally outside the range of usual human experience” (Jones, at p. 132). Similarly, the

of the North, par. 68). Or, ces justifications ne résistent pas à l’analyse. En fait, on exagère selon moi l’importance de l’objectivité, de la certitude et de la prévisibilité qui découleraient de l’obligation d’établir l’existence d’un trouble psychologique reconnaissable. Le diagnostic d’un trouble psychiatrique, comme celui d’une maladie ou d’un préjudice physique, peut parfois être source de désaccord même chez les médecins traitants (M. A. Jones, « Liability for Psychiatric Damage : Searching for a Path between Pragmatism and Principle », dans J. W. Neyers, E. Chamberlain et S. G. A. Pitel, dir., *Emerging Issues in Tort Law* (2007), 113, p. 131). Dès lors, les troubles répertoriés dans le DSM ne sont pas immuables et sont révisés en permanence pour rendre compte de l’évolution du consensus psychiatrique sur la classification des troubles psychiatriques. Certaines qualifications largement acceptées peuvent en effet devenir désuètes. Ainsi, le DSM (DSM-II) a considéré l’homosexualité comme un trouble psychiatrique jusqu’en 1973; il l’a ensuite qualifiée de [TRADUCTION] « trouble de l’orientation sexuelle » chez les personnes qui vivaient une sorte de conflit intérieur vis-à-vis de leur orientation sexuelle; dans le DSM-III, cette qualification est remplacée par « homosexualité égo-dystonique », laquelle a été retirée en 1987 (J. Drescher, « Out of DSM : Depathologizing Homosexuality » (2015), 5 *Behav. Sci.* 565, p. 571). En ce qui concerne la CIM, l’homosexualité y a figuré jusqu’en 1990 et l’homosexualité égo-dystonique y constitue encore un état reconnu (bien que, en 2014, l’Organisation mondiale de la santé en ait recommandé le retrait dans la 11^e révision alors en cours) (S. Cochran et autres, « Proposed declassification of disease categories related to sexual orientation in the *International Statistical Classification of Diseases and Related Health Problems* (ICD-11) » (2014), 92 *Bull. World Health Organ.* 672).

[33] À l’inverse, un trouble potentiel d’abord exclu du DSM peut y être « reconnu » par la suite. À titre d’exemple, le « trouble de stress post-traumatique » a fait son entrée dans le DSM (DSM-III) en 1980. Qui plus est, depuis la publication du DSM-IV, il ne nécessite plus [TRADUCTION] « un événement traumatisant au plan psychologique qui se situe généralement au-delà de l’expérience

release of the 5th edition of the DSM (DSM-V) was preceded by a debate about the inclusion of grief as a psychiatric condition (R. A. Bryant, “Grief as a psychiatric disorder” (2012), 201 *Brit. J. Psychiatry* 9, at pp. 9-10). Rather than fostering objectivity, certainty and predictability of outcomes, then, tethering determinations of legal liability to these iterative diagnostic tools relegates the law of negligence to following a sometimes meandering path as it is cleared by the cutting edge of *au courant* thinking in modern psychiatry — wherever it may lead, or from wherever it may retreat.

[34] The view that a recognizable psychiatric illness requirement is necessary to prevent indeterminate liability, advanced before us by the respondents and the Insurance Bureau of Canada, is similarly untenable. Article 1457 of the *Civil Code of Québec* imposes a liability rule binding defendants “to make reparation for the injury, whether it be bodily, moral or material in nature” (see, e.g., *Augustus v. Gosset*, [1996] 3 S.C.R. 268, at para. 27). And yet, our attention has not been drawn to any instances where Quebec courts imposed liability that was in some way “indeterminate”. Further, and as I have explained is the case with unmeritorious or trivial claims for negligently caused mental injury, robust application of the elements of the cause of action of negligence should also be sufficient to address concerns for indeterminate liability. In particular, liability for mental injury must be confined to claims which satisfy the proximity analysis within the duty of care framework, which focuses on the relationship between the parties (*Cooper*, at para. 30), and the remoteness inquiry, which asks whether “the harm [is] too unrelated to the wrongful conduct to hold the defendant fairly liable” (*Mustapha*, at para. 12, quoting Linden and Feldthusen, at p. 360). We have been given no reason to suppose that the same sort of constraints which negligence law imposes upon claimants alleging physical injury would be less effective in weeding out unworthy claims for mental injury. It is therefore not only undesirable, but unnecessary to distort negligence law

humaine normale » (Jones, p. 132). Dans la même veine, la publication de la 5^e édition du DSM (DSM-V) a été précédée d’un débat sur l’ajout de la tristesse profonde aux affections psychiatriques recensées (R. A. Bryant, « Grief as a psychiatric disorder » (2012), 201 *Brit. J. Psychiatry* 9, p. 9-10). Au lieu de favoriser l’objectivité, la certitude et la prévisibilité, s’en remettre à ces outils diagnostiques itératifs pour déterminer la responsabilité en droit relègue l’application des principes de la négligence au fait de suivre un sentier parfois sinueux qui est déblayé par la fine pointe des courants de pensée à la mode de la psychiatrie moderne, peu importe où cela nous mène.

[34] La prétention que font aujourd’hui valoir les intimés et le Bureau d’assurance du Canada et selon laquelle il faut exiger la preuve de l’existence d’un trouble psychiatrique reconnaissable pour faire obstacle à la responsabilité indéterminée est elle aussi insoutenable. L’article 1457 du *Code civil du Québec* énonce une règle de responsabilité qui oblige le défendeur à « réparer ce préjudice [. . .] qu’il soit corporel, moral ou matériel » (voir p. ex. *Augustus c. Gosset*, [1996] 3 R.C.S. 268, par. 27). Or, nul n’a relevé à notre intention une affaire dans laquelle un tribunal québécois a imposé une responsabilité de nature « indéterminée ». De plus, comme c’est le cas de la demande infondée ou visant l’indemnisation d’un préjudice mental anodin imputé à la négligence, l’application rigoureuse des conditions auxquelles il peut y avoir une cause d’action en négligence devrait également suffire pour écarter une éventuelle responsabilité indéterminée. Plus précisément, la responsabilité du préjudice mental ne devrait être reconnue que lorsque la demande satisfait aux exigences de proximité pour les besoins de l’obligation de diligence, l’accent étant alors mis sur le lien entre les parties (*Cooper*, par. 30), et au critère du caractère éloigné du préjudice, la question étant alors de savoir si « le préjudice a trop peu de lien avec l’acte fautif pour que le défendeur puisse raisonnablement être tenu responsable » (*Mustapha*, par. 12, citant Linden et Feldthusen, p. 360). Aucune raison n’a été avancée qui nous permette de supposer que les exigences du droit de la négligence à l’égard

by applying the mechanism of a diagnostic threshold for proving mental injury.

[35] In short, no cogent basis has been offered to this Court for erecting distinct rules which operate to preclude liability in cases of mental injury, but not in cases of physical injury. Indeed, there is good reason to recognize the law of negligence as already according each of these different forms of personal injury — mental and physical — identical treatment. As the Court observed in *Mustapha* (at para. 8), the distinction between physical and mental injury is “elusive and arguably artificial in the context of tort”. Continuing (and citing *Page v. Smith*, at p. 188), the Court explained that, “[i]n an age when medical knowledge is expanding fast, and psychiatric knowledge with it, it would not be sensible to commit the law to a distinction between physical and psychiatric injury, which may . . . soon be altogether outmoded. Nothing will be gained by treating them as different ‘kinds’ of personal injury, so as to require the application of different tests in law” (emphasis in original; see also S. Deakin, A. Johnston and B. Markesinis, *Markesinis and Deakin’s Tort Law* (7th ed. 2013), at p. 124). This is entirely consistent with the Court’s longstanding view, expressed over a century ago, by Fitzpatrick C.J. in *Toronto Railway*, at pp. 269-70:

It would appear somewhat difficult to distinguish between the injury caused to the human frame by the impact and that resulting to the nervous system in consequence of the shock The nature of the mysterious relation which exists between the nervous system and the passive tissues of the human body has been the subject of much learned speculation, but I am not aware that the extent to which the one acts and reacts upon the other has yet been definitely ascertained. . . . I cannot find the line of demarcation between the damage resulting to the

du demandeur qui allègue un préjudice physique écarteraient moins bien l’allégation infondée d’un préjudice mental. Partant, non seulement il n’est pas souhaitable mais il n’est pas nécessaire de dénaturer le droit de la négligence par l’exigence arbitraire d’un diagnostic pour prouver le préjudice mental.

[35] Bref, aucun motif de nature à convaincre la Cour de cautionner l’application de règles distinctes qui écartent la responsabilité dans le cas d’un préjudice mental, mais non dans le cas d’un préjudice physique, n’a été soumis en l’espèce. À vrai dire, il existe une bonne raison de reconnaître que le droit de la négligence réserve déjà un traitement identique à chacune de ces formes — mentale et physique — de préjudice personnel. Comme le signale la Cour dans l’arrêt *Mustapha*, « [e]n matière de responsabilité délictuelle, la distinction entre préjudice physique et préjudice psychologique est difficile à cerner, voire artificielle » (par. 8). Elle poursuit en citant un extrait de l’arrêt *Page c. Smith* (p. 188) : [TRADUCTION] « [E]n cette époque d’essor rapide des connaissances médicales, y compris en matière psychiatrique, il ne serait pas raisonnable d’astreindre les tribunaux à appliquer en droit une distinction entre préjudice physique et préjudice [mental], distinction [. . .] qui pourrait, sous peu, être complètement dépassée. On ne gagne rien à les considérer comme des “catégories” différentes de préjudice à la personne et à forcer, de ce fait, l’application de critères juridiques différents » (souligné dans l’original; voir également S. Deakin, A. Johnston et B. Markesinis, *Markesinis and Deakin’s Tort Law* (7^e éd. 2013), p. 124). Ces propos s’inscrivent dans le droit fil de la position que la Cour a adoptée il y a plus d’un siècle sous la plume du juge en chef Fitzpatrick dans l’arrêt *Toronto Railway* :

[TRADUCTION] Il semblerait assez difficile d’établir une distinction entre le préjudice infligé par l’impact à la charpente humaine et celui que subit le système nerveux par suite du choc [. . .] La nature du lien mystérieux qui unit le système nerveux aux tissus passifs du corps humain a fait l’objet d’un grand nombre d’hypothèses savantes, mais je ne crois pas que la mesure dans laquelle l’un influe sur l’autre a encore été déterminée définitivement. [. . .] je ne puis tracer la ligne de démarcation entre le préjudice infligé au [corps] humain [. . .] et celui qui peut découler

human [body] . . . and that which may flow from the disturbance of the nervous system The latter may well be the result of a derangement of the relation existing between the bones, the sinews, the arteries and the nerves. In any event the resultant effect is the same. The victim is incapacitated

Or, as Davies J. (as he then was) added in *Toronto Railways* (at p. 275), “[t]he nervous system is just as much a part of man’s physical being as the muscular or other parts”. In a similar vein, Lord Macmillan, in *Bourhill v. Young* (at p. 103), said “[t]he distinction between mental shock and bodily injury was never a scientific one, for mental shock is presumably in all cases the result of, or at least accompanied by, some physical disturbance in the sufferer’s system.”

[36] It follows that requiring claimants who allege one form of personal injury (mental) to prove that their condition meets the threshold of “recognizable psychiatric illness”, while not imposing a corresponding requirement upon claimants alleging another form of personal injury (physical) to show that their condition carries a certain classificatory label, is inconsistent with prior statements of this Court, among others. It accords unequal — that is, less — protection to victims of mental injury. And it does so for no principled reason (Beever, at p. 410). I would not endorse it.

[37] None of this is to suggest that mental injury is always as readily demonstrable as physical injury. While allegations of injury to muscular tissue may sometimes pose challenges to triers of fact, many physical conditions such as lacerations and broken bones are objectively verifiable. Mental injury, however, will often not be as readily apparent. Further, and as *Mustapha* makes clear, mental *injury* is not proven by the existence of mere psychological *upset*. While, therefore, tort law protects persons from negligent interference with their mental health, there is no legally cognizable right to happiness. Claimants must, therefore, show much more — that the disturbance suffered by the claimant is “serious and prolonged and rise[s] above the ordinary annoyances,

de la perturbation du système nerveux [. . .] Celle-ci peut fort bien avoir été causée par une altération du lien entre les os, les tendons, les artères et les nerfs. En tout état de cause, la conséquence est la même. La victime est frappée d’incapacité . . . [p. 269-270]

En d’autres termes, comme l’ajoute le juge Davies (plus tard Juge en chef) dans le même l’arrêt, [TRADUCTION] « [l]e système nerveux fait tout autant partie de la réalité physique de l’être humain que les muscles ou les autres composants » (p. 275). De même, dans l’arrêt *Bourhill c. Young*, lord Macmillan dit que [TRADUCTION] « [l]a distinction entre le choc mental et le préjudice physique n’a jamais eu d’assise scientifique, car il y a lieu de croire que le choc mental découle ou, du moins s’accompagne, dans tous les cas, d’un dérèglement physique » (p. 103).

[36] Dès lors, obliger le demandeur qui allègue un préjudice personnel de nature mentale à prouver d’abord que son état correspond à un « trouble psychiatrique reconnaissable », c’est-à-dire le contraindre à prouver que son état est dûment répertorié, sans faire la même obligation au demandeur qui allègue un préjudice personnel de nature physique, va à l’encontre des affirmations antérieures de la Cour et d’autres tribunaux. C’est accorder une protection inégale, c’est-à-dire moindre, à la victime d’un préjudice mental, et ce, sans justification rationnelle (Beever, p. 410), ce que je ne saurais cautionner.

[37] Pour autant, le préjudice mental ne se démontre pas toujours aussi aisément que le préjudice physique. Bien qu’une allégation d’endommagement du tissu musculaire puisse parfois se révéler problématique pour le juge des faits, l’existence de bon nombre d’affections physiques, comme les lacerations et les fractures, peut être confirmée de manière objective. Par contre, dans bien des cas, le préjudice mental n’est pas aussi évident. De plus, comme le dit clairement la Cour dans l’arrêt *Mustapha*, la seule *contrariété* ne saurait établir le *préjudice* mental. Même si elles protègent donc la personne contre l’atteinte par négligence à sa santé mentale, les règles de la responsabilité délictuelle ne lui reconnaissent pas le droit d’être heureuse. En

anxieties and fears” that come with living in civil society (*Mustapha*, at para. 9). To be clear, this does not denote distinct legal treatment of mental injury relative to physical injury; rather, it goes to the prior legal question of what constitutes “mental injury”. Ultimately, the claimant’s task in establishing a mental injury is to show the requisite degree of disturbance (although not, as the respondents say, to show its classification as a recognized psychiatric illness).

[38] Nor should any of this be taken as suggesting that expert evidence cannot assist in determining whether or not a mental injury has been shown. In assessing whether the claimant has succeeded, it will often be important to consider, for example, how seriously the claimant’s cognitive functions and participation in daily activities were impaired, the length of such impairment and the nature and effect of any treatment (Mulheron, at p. 109). To the extent that claimants do not adduce relevant expert evidence to assist triers of fact in applying these and any other relevant considerations, they run a risk of being found to have fallen short. As Thomas J. observed in *van Soest* (at para. 103), “[c]ourts can be informed by the expert opinion of modern medical knowledge”, “without needing to address the question whether the mental suffering is a recognisable psychiatric illness or not”. To be clear, however: while relevant expert evidence will often be helpful in determining whether the claimant has proven a mental injury, it is not required as a matter of law. Where a psychiatric diagnosis is unavailable, it remains open to a trier of fact to find on other evidence adduced by the claimant that he or she has proven on a balance of probabilities the occurrence of mental injury. And, of course, it also remains open to the defendant, in rebutting a claim, to call expert evidence establishing that the accident cannot have caused *any* mental injury, or at least any mental injury known to psychiatry. While, for the reasons I have given, the lack of a diagnosis cannot on its own be dispositive, it is something

conséquence, le demandeur a un fardeau de preuve bien plus grand, si bien qu’il doit établir que le préjudice subi est « grave et de longue durée, et qu’il ne [s’agit pas] simplement des désagréments, angoisses et craintes ordinaires » inhérents à la vie en société (*Mustapha*, par. 9). Cette réalité ne dénote toutefois pas l’existence d’une distinction en droit entre le préjudice mental et le préjudice physique, mais tient plutôt à la question juridique préalable de savoir en quoi consiste le « préjudice mental ». En dernière analyse, pour prouver l’existence d’un préjudice mental, le demandeur doit montrer que le dérèglement atteint le degré de sévérité exigé (mais non, contrairement à ce que prétendent les intimés, que son état est dûment répertorié en tant que trouble psychiatrique reconnu).

[38] Il ne s’ensuit pas non plus que la preuve d’expert n’est d’aucune utilité pour décider si l’existence d’un préjudice mental a été établie ou non. Il importe dans bien des cas que le tribunal saisi de l’allégation s’interroge, par exemple, sur la gravité de l’atteinte aux fonctions cognitives et au déroulement des activités quotidiennes du demandeur, sur la durée de cette atteinte, ainsi que sur la nature et l’effet de tout traitement (Mulheron, p. 109). Le demandeur qui ne présente aucune preuve d’expert susceptible d’épauler le juge des faits dans la prise en compte de ces facteurs et d’autres considérations pertinentes s’expose au risque d’être débouté à cause du caractère insuffisant de sa preuve. Dans l’arrêt *van Soest*, le juge Thomas fait remarquer que [TRADUCTION] « l’expert peut éclairer le tribunal sur l’état actuel des connaissances médicales » « sans devoir aborder la question de savoir si la souffrance morale correspond à un trouble psychiatrique reconnaissable ou non » (par. 103). Précisons toutefois que même si l’opinion d’un expert est souvent utile pour décider si le demandeur a établi ou non l’existence d’un préjudice mental, elle n’est pas exigée sur le plan juridique. Malgré l’absence d’un diagnostic psychiatrique, il demeure loisible au juge des faits de conclure, à la lumière des éléments de preuve offerts, que le demandeur a prouvé l’existence d’un préjudice mental selon la prépondérance des probabilités. Et, bien sûr, le défendeur peut également réfuter l’allégation en faisant témoigner un expert pour établir que l’accident n’a pu avoir causé *quelque* préjudice mental ou, du moins, quelque préjudice mental connu en

that the trier of fact can choose to weigh against evidence supporting the existence of a mental injury.

(3) Application

[39] The trial judge found that the accident caused the appellant to suffer “psychological injuries, including personality change and cognitive difficulties” (para. 50) such as slowed speech, leading to a deterioration of his close personal relationships with his family and friends. He remarked (at para. 65) that the appellant “was a changed man with his irritability likely reflecting a dark realization that he was not the man he once was”. These findings have not been challenged. And, as findings of fact, they are entitled to appellate deference, absent palpable and overriding error (*Housen v. Nikolaisen*, 2002 SCC 33, [2002] 2 S.C.R. 235, at para. 10).

[40] I see no legal error in the trial judge’s treatment of the evidence of the appellant’s symptoms as supporting a finding of mental injury. Those symptoms fit well within the *Mustapha* parameters of mental injury which I have already recounted. While there was no expert testimony associating them with a condition identified in the DSM or ICD, I reiterate that what matters is substance — meaning, those symptoms — and not the label. And, the evidence accepted by the trial judge clearly showed a serious and prolonged disruption that transcended ordinary emotional upset or distress.

IV. Conclusion and Disposition

[41] I would allow the appeal, with costs in this Court and in the courts below.

psychiatrie. Même si, pour les raisons exposées précédemment, l’absence de diagnostic ne peut à elle seule clore le dossier, il s’agit d’un élément que le juge des faits peut décider de mettre en balance avec les éléments avancés à l’appui de l’existence d’un préjudice mental.

(3) Application

[39] Le juge de première instance conclut que l’accident a infligé à l’appellant [TRADUCTION] « des préjudices psychologiques, dont un changement de personnalité et des troubles cognitifs » (par. 50) et, plus particulièrement, des difficultés d’élocution, ce qui a entraîné une détérioration de ses liens personnels étroits avec sa famille et ses amis. Il ajoute que l’appellant « n’était plus le même homme et que son irritabilité s’expliqu[ait] vraisemblablement par la prise de conscience tragique de ne plus être l’homme qu’il avait été » (par. 65). Ces conclusions ne sont pas contestées et, s’agissant de conclusions de fait, elles commandent la déférence en appel, sauf erreur manifeste et dominante (*Housen c. Nikolaisen*, 2002 CSC 33, [2002] 2 R.C.S. 235, par. 10).

[40] Je ne relève aucune erreur de droit dans la conclusion du juge de première instance selon laquelle la preuve des symptômes de l’appellant établit l’existence d’un préjudice mental. Ces symptômes respectent les paramètres du préjudice mental définis dans l’arrêt *Mustapha* et dont je fais mention précédemment. Aucun témoignage d’expert n’a associé ces symptômes à un état dûment répertorié dans le DSM ou la CIM, mais ce qui compte, je le répète, c’est la réalité, celle des symptômes, non leur qualification particulière. Or, la preuve admise en première instance démontre à l’évidence l’existence d’un dérèglement grave et de longue durée qui va au-delà des contrariétés émotionnelles ou angoisses ordinaires.

IV. Conclusion et dispositif

[41] Je suis d’avis d’accueillir le pourvoi avec dépens devant notre Cour et devant les juridictions inférieures.

[42] The respondents seek to have the matter returned to the Court of Appeal for determination of their alternative grounds of appeal before that court — that the trial judge erred in finding that the mental injury caused by the accident was indivisible from any injury arising from the third accident; and that the damage award was excessive. I would, instead, restore the trial judge’s award.

[43] The (in)divisibility of two injuries is a question of fact (*Bradley*, at paras. 32 and 37). Here, the trial judge found that “the cause of the change to the plaintiff’s personality and his cognitive difficulties cannot be divided based on the events before and after September 17, 2005” (para. 58). That finding, which was open to him to make on this record, is entitled to deference. The respondents now argue that the *Workers Compensation Act*, R.S.B.C. 1996, c. 492, “serves to sever the case even in the context of an indivisible injury”, “because the [Act] creates a complete scheme and bars compensation” (transcript, at p. 82). This argument, based on an interpretation of s. 10 of the *Workers Compensation Act*, was made briefly in oral argument at trial (see R.R., vol. I, at pp. 253-54), but did not appear in their written submissions. While this argument appears to have found support in *Pinch v. Hofstee*, 2015 BCSC 1888, it was not dealt with by the trial judge in this case. For whatever reason, the respondents did not raise it at the Court of Appeal or in their factum filed at this Court. It was revived only in their oral submissions before us. Without endorsing or rejecting the reasoning in *Pinch*, I observe that, without full submissions and a pertinent lower court record, this is not an appropriate circumstance to decide the effect of workers’ compensation legislation on the divisibility of injuries.

[44] As to the quantum of the award, I note that both accidents at the root of this appeal occurred nearly 12 years ago, and that the litigation — in which the respondents have admitted liability — is

[42] Les intimés demandent que la Cour d’appel soit de nouveau saisie de l’affaire pour statuer sur les moyens d’appel subsidiaires invoqués devant elle, en l’occurrence que le juge de première instance a eu tort de conclure que le préjudice mental causé par l’accident est indissociable de celui infligé par le troisième accident et que le montant de l’indemnité accordée est excessif. Je suis plutôt d’avis de rétablir l’indemnisation accordée en première instance.

[43] L’indissociabilité ou la dissociabilité de deux préjudices est une question de fait (*Bradley*, par. 32 et 37). En l’espèce, le juge de première instance conclut que [TRADUCTION] « la cause du changement de personnalité observé chez l’appelant et de ses problèmes cognitifs ne peut être scindée en fonction des faits antérieurs au 17 septembre 2005 et de ceux postérieurs à cette date » (par. 58). Cette conclusion, qu’il lui était loisible de tirer à partir du dossier, commande la déférence. Les intimés font aujourd’hui valoir que la *Workers Compensation Act*, R.S.B.C. 1996, c. 492, [TRADUCTION] « permet de scinder la réclamation même s’il s’agit d’un préjudice indivisible », « car la [Loi] établit un régime complet et fait obstacle à l’indemnisation » (transcription, p. 82). Cet argument fondé sur l’art. 10 de la *Workers Compensation Act* a été formulé succinctement et de vive voix à l’audience (transcription, p. 82), mais il ne figure pas dans la plaidoirie écrite des intimés (voir d.i., vol. I, p. 253-254). Même si l’argument paraît trouver appui dans la décision *Pinch c. Hofstee*, 2015 BCSC 1888, il n’a pas été considéré par le juge de première instance. Pour un motif connu d’eux seuls, les intimés ne l’ont pas invoqué en Cour d’appel, non plus que dans le mémoire déposé auprès de la Cour. Ce n’est qu’à l’audition du pourvoi qu’ils l’ont invoqué à nouveau, de vive voix. Sans faire droit ou rejeter le raisonnement tenu dans *Pinch*, je signale que, faute d’observations complètes devant nous et d’éléments pertinents dans le dossier de première instance, la présente affaire ne se prête pas à une décision concernant l’effet des dispositions relatives à l’indemnisation des accidentés du travail sur la dissociabilité des préjudices.

[44] Quant au montant de l’indemnité, je constate que les deux accidents à l’origine du pourvoi ont eu lieu il y a presque 12 ans et que l’instance — dans le cadre de laquelle les intimés ont reconnu leur

now (as of this month) fully 10 years old. Further, the modest award in this case is not out of step with non-pecuniary damage awards from British Columbia courts for injuries causing personality changes and cognitive difficulties with similar consequences upon the plaintiff's enjoyment of life (e.g. *Zawadzki v. Calimoso*, 2011 BCSC 45).

[45] The Court's power to remand to a court of appeal is discretionary (*Supreme Court Act*, R.S.C. 1985, c. S-26, s. 46.1; *Wells v. Newfoundland*, [1999] 3 S.C.R. 199, at para. 68). The passage of time since the acknowledged wrong against Mr. Saadati and the commencement of these proceedings militates against remand. As in *Wells*, the damages assessed by the trial judge are reasonable, supported by the record, and fairly compensate the appellant's loss. I conclude, therefore, that it would not "be just in the circumstances" (s. 46.1) to remand this matter to the Court of Appeal.

Appeal allowed with costs throughout.

Solicitors for the appellant: Preszler Law, Vancouver.

Solicitor for the respondents: Intact Insurance Company, Vancouver.

Solicitors for the intervener: Stikeman Elliott, Toronto.

responsabilité — a pris naissance il y a tout juste 10 ans ce mois-ci. Aussi, la somme modeste accordée en l'espèce n'est pas en rupture avec les dommages-intérêts non pécuniaires octroyés par les tribunaux de la Colombie-Britannique pour un préjudice ayant entraîné chez un demandeur un changement de personnalité et des problèmes cognitifs qui ont eu des répercussions semblables sur sa qualité de vie (p. ex. *Zawadzki c. Calimoso*, 2011 BCSC 45).

[45] Le pouvoir de la Cour de renvoyer l'affaire à la cour d'appel est de nature discrétionnaire (*Loi sur la Cour suprême*, L.R.C. 1985, c. S-26, art. 46.1; *Wells c. Terre-Neuve*, [1999] 3 R.C.S. 199, par. 68). Le temps écoulé depuis l'acte fautif reconnu dont M. Saadati a été victime et le début de l'instance milite contre le renvoi. Comme dans *Wells*, le montant déterminé par le juge de première instance est raisonnable et en adéquation avec le dossier, et il indemnise convenablement l'appelant de la perte qu'il a subie. J'estime donc que renvoyer l'affaire à la Cour d'appel ne constituerait pas une « mesur[e] [. . .] appropri[ée] » (art. 46.1).

Pourvoi accueilli avec dépens dans toutes les cours.

Procureurs de l'appelant : Preszler Law, Vancouver.

Procureur des intimés : Intact Insurance Company, Vancouver.

Procureurs de l'intervenant : Stikeman Elliott, Toronto.