

## « Ce n'est pas comme cela que la common law fonctionne » : voies éventuelles à la reconnaissance d'une responsabilité délictuelle pour harcèlement

*Dan Priel*

UN TRIBUNAL DE common law peut-il établir une responsabilité en matière de harcèlement sans loi? Une décision récente de la Cour d'appel de l'Ontario a répondu par la négative. La Cour a estimé que d'établir une responsabilité en matière de harcèlement nécessite la création d'un nouveau délit, ce qu'un tribunal ne peut pas faire, sauf dans des circonstances particulières. En soulignant la particularité graduelle du changement en common law, la Cour a conclu qu'il ne s'agit pas là du genre de modifications juridiques qu'elle pourrait, ou qu'elle devrait, effectuer. Je conteste cette décision et son raisonnement. Tout en tenant compte des contraintes épistémiques et politiques qui justifient cette prudence, je soutiens que la Cour d'appel a commis une erreur en n'envisageant pas la possibilité de créer une responsabilité délictuelle en rapport au harcèlement en élargissant la portée des délits existants. J'envisage six voies possibles vers une telle responsabilité, dont quatre que je considère comme atteignables, mais restrictives, et deux autres qui s'avèrent prometteuses et qui devraient être adoptées.

CAN A COMMON law court create liability for harassment without a statute? A recent decision of the Court of Appeal for Ontario has answered negatively. The Court reasoned that liability for harassment requires creating a new tort, which is not something a court could do unless there are special circumstances. Emphasizing the incremental nature of common law change, the Court concluded that this is not the kind of legal change it could, or should, effect. I challenge the decision and its reasoning. While acknowledging the epistemic and political constraints that warrant caution, I argue that the Court of Appeal erred in not considering the possibility of creating tort liability for harassment by extending existing torts. I consider six possible paths to such liability, four of which I conclude are possible but limited, and two others that are promising and should be adopted.

## TABLE DES MATIÈRES

« Ce n'est pas comme cela que la common law fonctionne » : voies éventuelles à la reconnaissance d'une responsabilité délictuelle pour harcèlement

*Dan Priel*

- I. Introduction 1
- II. *Merrifield v Canada (AG)* 2
- III. Arguments en faveur de la reconnaissance d'une responsabilité délictuelle pour harcèlement 4
  - A. Raisons pour lesquelles la reconnaissance d'une responsabilité délictuelle pour harcèlement a du sens 4
  - B. Réplique aux objections éventuelles 7
- IV. Nature du changement en common law 10
- V. Voies doctrinales à la reconnaissance d'une responsabilité délictuelle pour harcèlement 13
  - A. Ce que signifie le silence du législateur 13
  - B. Solutions limitées 16
    - 1. La nuisance 16
    - 2. L'intimidation 17
    - 3. La voie de fait 18
    - 4. La diffamation 19
  - C. Des solutions plus prometteuses 19
    - 1. Actualisation du délit d'IISP 20
    - 2. Intégration au délit de négligence 24
  - D. Mise en équilibre de l'IISP et de l'infliction de préjudices psychologiques par négligence 30
- VI. Conclusion : limites de la retenue judiciaire 31

# « Ce n'est pas comme cela que la common law fonctionne » : voies éventuelles à la reconnaissance d'une responsabilité délictuelle pour harcèlement

Dan Priel\*

## I. INTRODUCTION

Il se produit du harcèlement partout – au travail, dans la rue, à l'école – et, ces dernières années, il se répand à un rythme alarmant sur Internet aussi. Il touche des millions de personnes. Au Canada, diverses mesures législatives ont été adoptées pour lutter contre le phénomène, mais la question de savoir s'il existe un délit de common law donnant lieu à une responsabilité civile pour harcèlement est demeurée sans réponse réelle. En ce qui concerne l'Ontario, cette incertitude a été levée après que la Cour d'appel de l'Ontario eut décidé de ne pas reconnaître un tel délit dans l'arrêt *Merrifield v Canada (AG)*<sup>1</sup>. Dans son arrêt, la Cour d'appel a conclu que le délit de harcèlement n'a jamais été reconnu en Ontario auparavant et qu'il n'y a aucune raison impérieuse de modifier le droit à cet égard. L'une des principales raisons invoquées par la Cour pour justifier sa conclusion est la nature graduelle de l'évolution de la common law, qui est incompatible avec la création d'un nouveau délit [TRADUCTION] « chaque fois qu'[un tribunal] le juge approprié », car, selon la Cour, [TRADUCTION] « ce n'est pas comme cela que la common law fonctionne<sup>2</sup> ».

Dans le présent article, je souhaite contester cet arrêt et le raisonnement qui le sous-tend. Je soutiens plus précisément qu'en s'attachant à la question de son pouvoir de créer un nouveau délit, la Cour n'a pas tenu compte de la possibilité d'étendre la portée de délits existants, conformément aux méthodes traditionnelles de la common law. J'espère démontrer qu'il y a largement assez d'éléments dans le droit existant pour que l'on puisse reconnaître une responsabilité délictuelle pour harcèlement sans qu'il soit nécessaire de créer un nouveau délit. En effet, en prêtant attention au droit existant, on constate que, contrairement au message de retenue qu'elle veut donner, la Cour d'appel, dans *Merrifield*, a rejeté de manière plutôt audacieuse un précédent récent dans lequel la Cour suprême a statué à l'unanimité qu'aucune distinction catégorique entre préjudice physique et préjudice mental ne peut être soutenue<sup>3</sup>. On peut donc voir le présent article comme une critique de l'arrêt *Merrifield*; on peut également le voir comme proposant des moyens pour en atténuer la portée. Même en acceptant comme principe juridique établi, pour l'instant, qu'il n'existe pas de délit autonome de harcèlement en Ontario, je soutiens qu'il existe des moyens pour les demandeurs qui cherchent à obtenir réparation pour harcèlement de le faire sur le fondement de délits existants.

---

\* Professeur à la Osgoode Hall Law School. Je remercie deux lecteurs critiques anonymes pour leurs commentaires, ainsi que Jennah Khaled et Nolan Little pour leur aide précieuse dans le cadre de mes recherches.

<sup>1</sup> 2019 ONCA 205, autorisation de pourvoi à la CSC refusée, 38630 (19 septembre 2019) [*Merrifield*]. Le refus de la Cour suprême d'accorder l'autorisation ne signifie pas qu'elle approuve la décision et ne confère pas à *Merrifield* une plus grande valeur de précédent. Voir *Banque canadienne de l'Ouest c Alberta*, 2007 CSC 22 au para 88.

<sup>2</sup> *Merrifield*, *supra* note 1 au para 38.

<sup>3</sup> Voir *Saadati c Moorhead*, 2017 CSC 28 aux para 23–24, 35 [*Saadati*]. À proprement parler, l'arrêt porte sur le droit de la négligence, mais bon nombre de remarques concernant le préjudice psychiatrique et son incidence sur la vie d'une personne (en particulier au para 23) sont d'application générale.

L'argumentaire se présente ainsi. La partie II constitue un sommaire de l'arrêt *Merrifield* et de ses principaux motifs. Dans la partie III, je commence à présenter les arguments en faveur de la reconnaissance d'une responsabilité délictuelle pour harcèlement, en avançant qu'il existe de bonnes raisons de politique générale qui la justifient. Ces arguments s'appuient sur des données empiriques, provenant en bonne partie de sources officielles canadiennes, concernant le caractère généralisé du harcèlement et les préjudices qu'il cause. Reconnaissant que cela ne suffit pas pour justifier une modification du droit par l'entremise des tribunaux, je consacre le reste de l'article à la présentation de voies doctrinales acceptables pour la reconnaissance d'une telle responsabilité. La partie IV ouvre cette réflexion par la démonstration que les tribunaux ont depuis longtemps apporté des modifications importantes au droit de la responsabilité délictuelle et que, selon les critères acceptés dans *Merrifield* quant aux innovations jurisprudentielles en matière de droit de la responsabilité délictuelle, la reconnaissance judiciaire de la responsabilité délictuelle pour harcèlement est justifiée. La partie V présente ensuite plusieurs voies possibles vers la création judiciaire d'une responsabilité délictuelle pour harcèlement, sans pour autant créer un « nouveau » délit. La question de savoir si le fait que le législateur se soit attaqué au harcèlement dans divers contextes sans établir de responsabilité délictuelle par voie législative doit être interprété comme un rejet implicite d'une telle responsabilité y est abordée expressément. Après avoir conclu que ce ne doit pas l'être, j'examine six voies possibles pour parvenir à cette fin, dont quatre que je considère comme relativement peu prometteuses et deux qui sont plus fructueuses. Enfin, dans la conclusion, nous revenons à la question générale de changement dans la common law et la formulons en termes de limites de la retenue judiciaire.

Ce plan permet d'établir la portée du présent article et ses objectifs. Mon objectif principal est d'ordre pratique : je souhaite démontrer comment les tribunaux pourraient, et devraient selon moi, reconnaître une responsabilité délictuelle pour harcèlement. Cependant, je souhaite également contribuer au débat sur le rôle des tribunaux en tant que créateurs de normes. Comme le laisse entendre le titre que je lui ai donné, le présent article s'intéresse tout particulièrement aux *voies* permettant la reconnaissance d'une responsabilité pour harcèlement, qui se ferait par le développement, par un tribunal de common law, de fondements de la responsabilité reconnus depuis longtemps et leur adaptation à de nouvelles circonstances.

## II. *MERRIFIELD v CANADA (AG)*

Peter Merrifield était gendarme débutant au sein de la Gendarmerie royale du Canada (GRC). En 2007, alors qu'il était encore en poste, il a intenté une action en justice contre la GRC, alléguant avoir été victime de harcèlement continu de la part de ses superviseurs au travail. Dans son exposé de la demande, M. Merrifield a formulé une série d'allégations, allant de la rupture de contrat et du manquement à une obligation fiduciaire à la violation de ses droits garantis par la *Charte*. Après la tenue d'un procès, la juge Vallee de la Cour supérieure de justice de l'Ontario a rejeté la plupart des allégations; elle a toutefois reconnu que les actes des superviseurs de M. Merrifield constituaient soit du harcèlement soit l'infliction intentionnelle de souffrances psychologiques (IISP), jugeant que les deux constituaient des délits reconnus en Ontario<sup>4</sup>.

Le défendeur a interjeté appel de cette décision et a obtenu gain de cause. Fait inhabituel pour une décision d'appel, la Cour d'appel a consacré environ la moitié de ses motifs à une réévaluation des faits<sup>5</sup> et, à cet égard, ses désaccords avec le tribunal de première instance étaient profonds. Alors

---

<sup>4</sup> *Merrifield v Attorney General*, 2017 ONSC 1333 aux para 718, 807, 848 [*Merrifield* ONSC].

<sup>5</sup> Voir *Merrifield*, *supra* note 1 aux para 56-104.

que la décision du tribunal de première instance dépeint un fonctionnaire dévoué qui s'est donné entièrement, mais qui a été constamment repoussé par des superviseurs insensibles, l'arrêt de la Cour d'appel dépeint M. Merrifield comme un individu malhonnête et insubordonné. Plutôt que de le présenter comme une victime de répression ou de harcèlement, la Cour d'appel présente un employé qui faisait régulièrement fi des règlements en matière de travail, mentait à ses supérieurs et utilisait abusivement la carte de crédit qui lui avait été remise à des fins professionnelles, entre autres choses.

Faute d'accès à l'intégralité du dossier, il est difficile d'évaluer ces versions contradictoires, et je ne tenterai pas de me prononcer à leur sujet. Il est bien sûr possible que M. Merrifield ait été victime de harcèlement de la part de ses patrons *et* qu'il n'ait pas été un employé exemplaire. Si la Cour d'appel avait reconnu un délit de harcèlement, il aurait peut-être été utile de se demander si le comportement de M. Merrifield devait avoir une quelconque incidence sur ses recours. La Cour d'appel était toutefois également en désaccord avec le tribunal de première instance sur le plan juridique, rendant ainsi ce débat sans intérêt pratique. La Cour d'appel a statué qu'il n'existait pas de délit de harcèlement en Ontario et qu'il n'y avait aucune raison valable pour qu'un tribunal de common law en crée un.

Il est possible que le manque de sympathie de la Cour d'appel à l'égard de M. Merrifield ait influencé ses conclusions juridiques. Il est également possible que la Cour n'ait pas souhaité se prononcer de manière significative sur un nouveau délit de harcèlement pour ensuite rejeter l'affaire à l'aune des faits<sup>6</sup>. La possibilité que l'appel ait pu être rejeté sur le fondement des faits pourrait amener certains à considérer que les observations de la Cour relativement au délit de harcèlement n'étaient qu'incidentes. Cependant, l'arrêt *Merrifield* est important. La Cour aurait pu rejeter l'appel sans se prononcer de manière générale sur le droit ([TRADUCTION] « nous n'avons pas à déterminer s'il existe un délit de harcèlement en Ontario; nous pouvons présumer, sans nous prononcer, qu'un tel délit existe, mais conclure néanmoins au rejet de la demande »). Qu'elle ait choisi de ne pas le faire indique clairement qu'elle souhaitait que son arrêt ait des conséquences, et tel sera probablement le cas. Selon le critère imparfait du nombre de citations, la Cour d'appel de l'Ontario est la deuxième cour la plus importante au Canada<sup>7</sup>, ce qui conduit certains observateurs à la qualifier de [TRADUCTION] « Cour suprême cadette » du Canada<sup>8</sup>. À l'évidence, l'arrêt *Merrifield* sera pris au sérieux, par les tribunaux de la province la plus peuplée du Canada sans aucun doute, mais vraisemblablement aussi par d'autres tribunaux partout au pays.

---

<sup>6</sup> Bien que la Cour suprême ait agi ainsi plus d'une fois. Voir par exemple *Hill c Commission des services policiers de la municipalité régionale de Hamilton-Wentworth*, 2007 CSC 41 (la Cour a conclu à l'existence d'une obligation de diligence de la part des policiers et des procureurs envers les personnes accusées d'un crime, mais a ensuite rejeté la demande en raison de l'absence de négligence); *Al Enterprises Ltd c Bram Enterprises Ltd*, 2014 CSC 12 [*Al Enterprises*] (la Cour y a précisé le délit d'atteinte par un moyen illégal, puis a conclu qu'il n'avait pas été commis en l'espèce tout en concluant que la responsabilité était engagée pour un autre motif).

<sup>7</sup> Une étude réalisée il y a quelques décennies a révélé que la Cour d'appel de l'Ontario est, de loin, la cour d'appel provinciale dont les arrêts sont les plus cités. Voir Peter McCormick, « Judicial Authority and the Provincial Courts of Appeal: A Statistical Investigation of Citation Practices » (1994) 22:2 *Man LJ* 286 à la p 297.

<sup>8</sup> Ian Greene et al, *Final Appeal: Decision-Making in Canadian Courts of Appeal*, Toronto, James Lorimer, 1998 à la p 146. Depuis que ces mots ont été écrits, l'importance des cours d'appel provinciales (et en particulier celle de l'Ontario) s'est peut-être encore accrue, la Cour suprême statuant sur moins d'affaires relevant du droit privé et commercial. Voir Terence G Ison, « The Operational Realities of the *Charter* » (2012) 25:1 *Can J Admin L & Prac* 1 à la p 16; Camden Hutchison, « Pluralism and Convergence: Judicial Standardization in Canadian Corporate Law » 58 *Osgoode Hall LJ* [à paraître en 2021].

### III. ARGUMENTS EN FAVEUR DE LA RECONNAISSANCE D'UNE RESPONSABILITÉ DÉLICTUELLE POUR HARCÈLEMENT

La première question à se poser lorsqu'on se penche sur une responsabilité délictuelle éventuelle pour harcèlement est de savoir si celle-ci est nécessaire. Dans l'arrêt *Merrifield*, la Cour d'appel a évoqué les limites institutionnelles des tribunaux, la nature des changements en common law et l'absence de jurisprudence établissant une telle responsabilité, autant de questions que j'aborderai en détail ci-dessous. Cependant, il est assez évident que ce n'est pas seulement l'absence de fondement doctrinal justifiant la reconnaissance d'un délit de harcèlement qui a préoccupé la Cour, car celle-ci a affirmé expressément qu'elle ne trouvait aucune [TRADUCTION] « raison convaincante de politique générale<sup>9</sup> » pour reconnaître un tel délit. Mon analyse, qui correspond à la démarche générale de la Cour suprême lorsqu'elle est saisie de la question de savoir s'il y a lieu d'étendre ou de restreindre la responsabilité délictuelle en common law, consiste à évaluer la question à la fois en termes de « politique générale », c'est-à-dire en cherchant à déterminer si les avantages du changement juridique sont supérieurs à son coût, et en termes d'adéquation doctrinale<sup>10</sup>. Dans la présente partie, je soutiens que, en fait, les arguments qui justifient la reconnaissance d'un tel délit sont à première vue très solides.

#### A. Raisons pour lesquelles la reconnaissance d'une responsabilité délictuelle pour harcèlement a du sens

De prime abord, il faut bien comprendre ce que nous entendons par harcèlement. Le *Code des droits de la personne* de l'Ontario définit le harcèlement ainsi : « Fait pour une personne de faire des remarques ou des gestes vexatoires lorsqu'elle sait ou devrait raisonnablement savoir que ces remarques ou ces gestes sont importuns<sup>11</sup>. » Une loi fédérale récemment adoptée a ajouté une définition du harcèlement au *Code canadien du travail* : « Tout acte, comportement ou propos, notamment de nature sexuelle, qui pourrait vraisemblablement offenser ou humilier un employé ou lui causer toute autre blessure ou maladie, physique ou psychologique, y compris tout acte, comportement ou propos réglementaire<sup>12</sup>. » Comme cette dernière définition le donne à

<sup>9</sup> *Merrifield*, *supra* note 1 au para 40.

<sup>10</sup> La doctrine est riche en la matière. Certains se sont demandé si les tribunaux devaient tenir compte des considérations de politique générale; d'autres ont exprimé des doutes quant à leur capacité à les éviter. Pour connaître deux points de vue différents exprimés par deux juges de la Cour suprême du Royaume-Uni, comparer David Neuberger, « Some Thoughts on Principles Governing the Law of Torts » (2016) 23 Torts LJ 89 à la p 89 [TRADUCTION] « presque tous les aspects du droit de la responsabilité délictuelle sont fondés sur des considérations de politique générale, et toute tentative de définir ou de dégager des principes sera généralement semée d'embûches » et Lady Hale, « Legislation or Judicial Law Reform: Where Should Judges Fear to Tread? » (discours prononcé à l'occasion de la conférence de la Society of Legal Scholars, le 7 septembre) aux pp 10-12 [non publié], en ligne : <[www.supremecourt.uk/docs/speech-160907.pdf](http://www.supremecourt.uk/docs/speech-160907.pdf)> (selon lequel les juges devraient éviter de tenir compte des considérations de politique générale, car elles touchent à des questions qui ne relèvent pas de leur compétence institutionnelle). Je partage davantage l'avis du juge Neuberger, mais, comme mon objectif dans le présent article est de montrer comment la responsabilité délictuelle pour harcèlement s'inscrit à l'intérieur même de la doctrine canadienne établie en matière de responsabilité délictuelle, je mets de côté ces réflexions plus abstraites. Je m'attache plutôt à la pratique établie dans de multiples affaires tranchées par la Cour suprême, qui montre clairement que les considérations de politique générale sont pertinentes pour trancher des questions générales relatives à l'étendue de la responsabilité. Cela a été confirmé dans divers domaines du droit de la responsabilité délictuelle. Voir par exemple *Al Enterprises*, *supra* note 6 au para 97 (délits économiques); *Grant c Torstar Corp*, 2009 CSC 61 aux para 48-57 [*Torstar*] (diffamation); *Hercules Management Ltd c Ernst & Young*, [1997] 2 RCS 165 aux para 28-41, 146 DLR (4<sup>e</sup>) 577 [*Hercules Management*] (négligence). Puisque je soutiens que les deux types d'arguments mènent à la même conclusion dans le cas qui nous occupe, ceux qui estiment que les décisions relatives à la portée des délits devraient être fondées uniquement sur la doctrine (ou les « principes ») ou uniquement sur les considérations de politique générale (car tous les principes reposent en fin de compte sur des considérations de politique générale, et la doctrine s'adapte à leurs exigences) peuvent se concentrer uniquement sur l'argument qu'ils préfèrent.

<sup>11</sup> *Code des droits de la personne*, LRO 1990, c H.19, art 10(1).

<sup>12</sup> Voir la *Loi modifiant le Code canadien du travail (harcèlement et violence)*, la *Loi sur les relations de travail au Parlement*, et la *Loi n° 1 d'exécution du budget de 2017*, LC 2018, c 22, art 0.1 [*Loi modifiant le Code canadien du travail*]. Cette loi a reçu la sanction royale, mais n'est pas encore entrée en vigueur.



entendre en renvoyant au harcèlement de nature sexuelle, beaucoup d'actes de harcèlement visent des groupes vulnérables; la définition englobe le harcèlement fondé sur le sexe, la race, la religion, l'origine ethnique, etc. C'est le type de harcèlement qui, lorsqu'il se produit en milieu de travail, est régi par la législation antidiscrimination. En outre, il existe ce que l'on appelle parfois le harcèlement de type « général », qui, bien qu'il vise généralement aussi des personnes vulnérables, n'est pas fondé sur une caractéristique propre au groupe auquel ces personnes appartiennent. Ce type de harcèlement se manifeste par des actes d'humiliation publique, des affronts personnels, des réactions négatives constantes, l'exclusion de certaines activités de groupe, etc. Malgré son nom, le harcèlement fondé sur des caractéristiques de groupe peut ne viser que des personnes en particulier, auquel cas il recoupe le harcèlement général, mais il peut également prendre la forme d'un environnement hostile qui affecte de nombreux membres d'un groupe particulier. Dans le présent article, je m'intéresse principalement au harcèlement individualisé<sup>13</sup>.

Bien que les définitions prévues dans la loi que nous venons de mentionner soient utiles pour établir les paramètres du débat, les textes législatifs dans lesquels elles figurent ne fournissent pas de fondement clair à la responsabilité délictuelle pour harcèlement. Une telle responsabilité devrait-elle exister? Le point de départ de mon argument en faveur de la reconnaissance d'une responsabilité délictuelle pour harcèlement est d'une simplicité déconcertante. Il existe de nombreuses preuves démontrant que le harcèlement est extrêmement répandu et qu'il cause des préjudices considérables<sup>14</sup>. Je commence par le harcèlement au travail, simplement en raison de son caractère généralisé. Selon Statistique Canada, près d'une femme interrogée sur cinq (19 %) et environ un homme sur six (13 %) ont fait état de harcèlement au travail au cours de l'année précédente<sup>15</sup>. Même si ces chiffres sont quelque peu exagérés, compte tenu de la taille de la population active canadienne, cela signifie que le harcèlement au travail est un problème qui touche des millions de personnes. Pour la plupart des gens, le travail est une nécessité, ce qui signifie que la majorité de la population adulte passe environ la moitié de ses heures d'éveil en étroite proximité avec des personnes qui ne sont pas nécessairement des amis, dans un environnement souvent compétitif et hiérarchisé. Ce sont là des circonstances propices au harcèlement et à l'intimidation. De surcroît, parce que, pour beaucoup de gens, les possibilités de changer d'emploi sont très limitées, les employés se retrouvent parfois piégés dans un environnement de harcèlement dont ils ont peu de chances réelles de s'échapper.

Le caractère généralisé du harcèlement au travail a conduit à l'adoption de diverses mesures législatives, tant au niveau provincial qu'au niveau fédéral, bien que la plupart d'entre elles n'établissent pas expressément le droit d'intenter une poursuite civile<sup>16</sup>. En ce qui concerne les

---

<sup>13</sup> En ce sens, le harcèlement et l'intimidation sont des concepts largement interchangeables. Voir Ståle Einarsen et al, « The Concept of Bullying and Harassment at Work: The European Tradition » dans Ståle Einarsen et al, dir, *Bullying and Harassment in the Workplace: Developments in Theory, Research, and Practice*, 2<sup>e</sup> éd, Boca Raton, CRC Press, 2011 aux pp 3–5 [Einarsen, *Bullying and Harassment*].

<sup>14</sup> Pour les tenants d'une conception du droit de la responsabilité délictuelle fondée sur les droits, les termes utilisés dans le texte ne suffisent pas à établir un délit. Cependant, je ne partage pas ce point de vue pour les raisons exposées dans Peter Cane, « Rights in Private Law » dans Donal Nolan et Andrew Robertson, dir, *Rights and Private Law*, Oxford, Hart, 2012, 35; Dan Priel, « That Can't Be Rights » (2011) 2:1 *Jurisprudence* 227, *Book Review of Torts and Rights* par Robert Stevens, Oxford, Oxford University Press, 2007. Cependant, puisque mon argumentaire repose sur la démonstration de la manière dont la responsabilité pour harcèlement peut être établie sur la base de délits existants (ce qui devrait satisfaire le point de vue des tenants d'une conception du droit de la responsabilité délictuelle fondée sur les droits), cette question peut être mise de côté en ce qui concerne le présent article.

<sup>15</sup> Voir Darcy Hargo et Melissa Moyser, « Harcèlement en milieu de travail au Canada » (17 décembre 2018), en ligne : Statistique Canada <[www150.statcan.gc.ca/n1/pub/75-006-x/2018001/article/54982-fra.htm](http://www150.statcan.gc.ca/n1/pub/75-006-x/2018001/article/54982-fra.htm)>. Certains ont affirmé que le harcèlement au travail est beaucoup plus répandu. Voir « 40% of Canadians Bullied at Work, Expert Says », *CBC News* » (6 décembre 2011) en ligne : <[www.cbc.ca/news/canada/windsor/40-of-canadians-bullied-at-work-expert-says-1.987450](http://www.cbc.ca/news/canada/windsor/40-of-canadians-bullied-at-work-expert-says-1.987450)>.

<sup>16</sup> Pour ce qui concerne l'Ontario, voir la *Loi sur la santé et la sécurité au travail*, LRO 1990, c O.1, art 32.0.6(2). La partie III.0.1 de cette loi, promulguée en 2009, traite de la violence et du harcèlement au travail. Elle exige entre autres que les employeurs élaborent une politique concernant le harcèlement au travail afin de permettre aux employés de signaler les incidents de harcèlement et afin d'établir des moyens pour traiter les plaintes. D'autres provinces ont adopté des lois similaires. Voir par

demandes d'indemnisation, diverses provinces ont inclus les demandes d'indemnisation pour préjudice psychologique lié au travail (y compris celui résultant du harcèlement) dans leurs régimes d'indemnisation des accidents du travail. En 2018, l'Ontario a modifié sa législation sur les accidents du travail afin d'inclure les préjudices psychologiques résultant d'un stress mental chronique, qui avaient jusqu'alors été exclus<sup>17</sup>. Ce changement a été interprété comme incluant les préjudices psychologiques résultant du harcèlement au travail, les excluant ainsi du champ d'application de la responsabilité délictuelle<sup>18</sup>.

Cette nouvelle législation vise ainsi un grand nombre de demandes éventuelles fondées sur le harcèlement en Ontario. La situation diffère dans d'autres provinces ou (comme dans le cas d'une personne comme M. Merrifield) pour les employés fédéraux<sup>19</sup>. En outre, beaucoup de cas de harcèlement se produisent en dehors du milieu de travail. Un domaine qui a pris de l'importance au cours des dernières années est Internet, en raison de l'ampleur et de la violence du harcèlement que l'on y trouve. Selon une enquête menée par le Pew Research Center, 59 % des adolescents aux États-Unis ont déclaré avoir été victimes de harcèlement en ligne<sup>20</sup>. Un sondage canadien a établi à 40 % la proportion des adolescents canadiens qui ont déclaré avoir été victimes d'intimidation et à 60 % ceux qui ont déclaré avoir été témoins d'actes d'intimidation envers d'autres personnes<sup>21</sup>. Dans un rapport publié en 2012, le Comité sénatorial permanent des droits de la personne a fourni une série de statistiques présentant des chiffres très divergents<sup>22</sup>, mais qui témoignent tous d'un phénomène grave et répandu. Même si la plupart des cas sont trop mineurs pour justifier une intervention juridique, il ne fait aucun doute que ce phénomène est généralisé. Les législateurs et les tribunaux au Canada et partout dans le monde (ainsi que les propriétaires de médias sociaux, de jeux vidéo et de sites web communautaires) ne font que commencer à s'y attaquer<sup>23</sup>. Outre les données concernant le

---

exemple la *Loi sur les normes du travail* du Québec, RLRQ c N-1.1, art 81.18–81.20. Pour la législation fédérale, voir la *Loi modifiant le Code canadien du travail*, *supra* note 12. Au niveau fédéral, voir aussi le *Code criminel*, LRC 1985, c C-46, art 264.

<sup>17</sup> Voir la *Loi de 1997 sur la sécurité professionnelle et l'assurance contre les accidents du travail*, LO 1997, c 16, annexe A, art 13(4) : « [L]e travailleur a droit, dans le cadre du régime d'assurance, à des prestations pour un stress mental chronique ou traumatique survenant du fait et au cours de son emploi. »

<sup>18</sup> *Ibid*, art 26(2), 28. Pour une interprétation du paragraphe 13(4) qui tient compte des préjudices psychologiques résultant du harcèlement au travail et qui rejette ainsi toute action en responsabilité délictuelle, voir *Morningstar v Hospitality Fallsview Holdings Inc*, décision n° 227/19, 2019 ONWSIAT 2324 au para 30 (CanLII).

<sup>19</sup> Pour une étude (quelque peu dépassée) de l'état de la législation provinciale, voir Katherine Lippel et Anette Sikka, « Access to Workers' Compensation Benefits and Other Legal Protections for Work-Related Mental Health Problems: A Canadian Overview » (2010) 101 Can J Public Health (Supp 1) S16. Voir aussi Geoffrey England, Roderick Wood et Innis Christie, *Employment Law in Canada*, 4<sup>e</sup> éd, Markham, LexisNexis Butterworths, 2005 (feuilles mobiles mises à jour en mars 2020, envoi n° 91), aux para 9.98–9.98.1.

<sup>20</sup> Voir Monica Anderson, « A Majority of Teens Have Experienced Some Form of Cyberbullying » (27 septembre 2018), en ligne : Pew Research Center <[www.pewinternet.org/2018/09/27/a-majority-of-teens-have-experienced-some-form-of-cyberbullying/](http://www.pewinternet.org/2018/09/27/a-majority-of-teens-have-experienced-some-form-of-cyberbullying/)>.

<sup>21</sup> Voir Joyce Li, Wendy Craig et Matthew Johnson, « Les expériences de la cyberintimidation des jeunes canadiens » (novembre 2015) aux pp 10–11, en ligne (pdf) : HabiloMédias : Le centre Canadien de littératie aux médias numériques <[habilomedias.ca/sites/default/files/publication-report/full/experiences-cyberintimidation-jeunes-canadiens.pdf](http://habilomedias.ca/sites/default/files/publication-report/full/experiences-cyberintimidation-jeunes-canadiens.pdf)>.

<sup>22</sup> Comité sénatorial permanent des droits de la personne, *La cyberintimidation, ça blesse! Respect des droits à l'ère numérique* (décembre 2012) (présidente : Mobina SB Jaffer) à la p 38<sup>o</sup> en ligne (pdf) : Sénat du Canada <[sencanada.ca/Content/SEN/Committee/411/ridr/rep/rep09dec12-f.pdf](http://sencanada.ca/Content/SEN/Committee/411/ridr/rep/rep09dec12-f.pdf)> [Comité des droits de la personne, *La cyberintimidation, ça blesse!*] (les chiffres que l'on donne quant au caractère généralisé de la cyberintimidation chez les adolescents varient de 5,5 % à 72 %). Pour une synthèse d'études supplémentaires, voir Robin M Kowalski, Susan P Limer et Patricia W Agatston, *Cyberbullying: Bullying in the Digital Age*, 2<sup>e</sup> éd, Malden (MA), Wiley-Blackwell, 2012 aux pp 95–101.

<sup>23</sup> Voir par exemple Comité des droits de la personne, *La cyberintimidation, ça blesse!*, *supra* note 22; *AB c Bragg Communications Inc*, 2012 CSC 46 aux para 20–24, qui évoque certaines publications en ligne sur le harcèlement et ses méfaits. Voir aussi la *Intimate Images and Cyber-protection Act*, SNS 2017, c 7, art 6, une loi adoptée par la Nouvelle-Écosse qui accorde un droit d'action civile en cas de cyberintimidation. Concernant les efforts déployés par les entreprises privées, voir Laura Hudson, « Curbing Online Abuse Isn't Impossible. Here's Where We Start », *Wired* (15 mai 2014), en ligne : <[www.wired.com/2014/05/-fighting-online-harassment](http://www.wired.com/2014/05/-fighting-online-harassment)>.



caractère généralisé du harcèlement au Canada, il existe également des études sur ses conséquences. Certains de ces éléments sont anecdotiques<sup>24</sup>, mais il existe aussi des études plus approfondies, qui contiennent des renseignements sur les effets psychologiques du harcèlement sur le bien-être des personnes<sup>25</sup>, ainsi que des études sur son coût<sup>26</sup>. Il est évident que le harcèlement et ses répercussions varient considérablement selon les cas, mais les données disponibles indiquent clairement que, dans les cas graves, le harcèlement entraîne des troubles mentaux et de l'automutilation, pouvant aller jusqu'au suicide.

## B. Réplique aux objections éventuelles

D'après les données disponibles, le phénomène du harcèlement est répandu et a des conséquences graves pour les personnes qui en sont victimes. Ce n'est pas encore assez pour établir qu'il devrait faire l'objet de responsabilité délictuelle, mais c'est suffisant pour démontrer que la question mérite d'être examinée avec soin. Pour démontrer que la reconnaissance d'une responsabilité délictuelle pour harcèlement est justifiée, il faut tenir compte des inconvénients éventuels d'une telle reconnaissance et y répondre.

Dans le présent article, ma démarche consiste à démontrer que la reconnaissance d'une responsabilité délictuelle pour harcèlement pourrait être établie sur la base de délits existants, plutôt que par la création d'un nouveau délit. Dans la mesure où l'imposition d'une responsabilité pour harcèlement nécessite l'élargissement de la responsabilité délictuelle, il y a lieu de se demander si les avantages d'une telle mesure sont susceptibles d'être plus importants que les inconvénients<sup>27</sup>. Il est très difficile d'évaluer ces questions avec précision, et sans données, il est presque inévitable que l'évaluation des inconvénients et des avantages associés à la reconnaissance d'une responsabilité délictuelle soit influencée par l'opinion que l'on a quant à l'opportunité d'une telle mesure. Ma démarche ne consistera donc pas à soutenir que l'imposition d'une telle responsabilité n'entraîne aucun inconvénient majeur ni à affirmer de manière catégorique que les avantages de la reconnaissance d'une responsabilité délictuelle pour harcèlement l'emportent clairement sur les inconvénients. Je ferai plutôt valoir que, quels que soient les inconvénients, ils ne sont pas propres à la responsabilité pour harcèlement, mais se retrouvent chaque fois qu'une responsabilité délictuelle est imposée, surtout lorsqu'il est question de préjudices psychologiques. Par conséquent, le simple fait de mentionner ces considérations ne constitue pas une raison suffisante pour refuser d'imposer une responsabilité délictuelle pour harcèlement. En outre, je démontrerai que de récents

---

<sup>24</sup> Voir Paula Todd, *Extreme Mean: Trolls, Bullies and Predators Online*, Toronto, McClelland & Stewart, 2014. L'un des premiers cas de harcèlement soutenu en ligne, et parmi les plus notoires, concernait un adolescent canadien qui a acquis une notoriété mondiale en 2003 sous le nom de « Star Wars Kid ». Il a intenté une action en justice au Québec, action qui a finalement été réglée à l'amiable pour une somme non dévoilée en 2006. Voir Allison Lampert, « Star Wars Kid Settles Lawsuit », *Montreal Gazette* (8 avril 2006) A8. Dans une entrevue accordée une décennie plus tard, il a décrit l'effet dévastateur que cet événement et le harcèlement qui s'en est suivi ont eu sur sa vie. Voir Jonathan Trudel, « Star Wars Kid brise le silence », *L'actualité* (8 mai 2013), en ligne : <lactualite.com/societe/le-retour-du-star-wars-kid>.

<sup>25</sup> Voir par exemple Annie Hogh, Eva Gemzøe Mikkelsen et Åse Marie Hansen, « Individual Consequences of Workplace Bullying/Mobbing » dans Einarsen, *Bullying and Harassment*, *supra* note 13 à la p 107. En ce qui concerne les effets de l'intimidation sur les enfants, voir la synthèse des résultats de recherche dans Kowalski, Limer et Agatston, *supra* note 22 aux pp 33-35, 113-17.

<sup>26</sup> Voir Helge Hoel et al, « Organisational Effects of Workplace Bullying » dans Einarsen, *Bullying and Harassment*, *supra* note 13 à la p 129; Wesley P McTernan, Maureen F Dollard et Anthony D LaMontagne, « Depression in the Workplace: An Economic Cost Analysis of Depression-Related Productivity Loss Attributable to Job Strain and Bullying » (2013) 27:4 *Work & Stress* 321.

<sup>27</sup> Une fois encore, les tenants de la démarche fondée sur les droits pourraient regimber contre une telle proposition. Cependant, celle-ci relève sans conteste du droit canadien de la responsabilité délictuelle. Voir par exemple *AI Enterprises*, *supra* note 6; *Torstar*, *supra* note 10; *Hercules Management*, *supra* note 10.

développements théoriques et conclusions empiriques atténuent les préoccupations relatives aux inconvénients liés à la reconnaissance d'une telle responsabilité.

La première difficulté à laquelle on pourrait se heurter en reconnaissant une responsabilité délictuelle pour harcèlement concerne la preuve et la possibilité d'allégations simulées, qui soulèvent des préoccupations depuis longtemps. Les progrès réalisés en psychiatrie rendent plus difficile la simulation d'un trouble mental, mais les allégations fallacieuses restent possibles. Toutefois, cette préoccupation ne doit pas être exagérée et ne doit pas servir à justifier le rejet pur et simple de la responsabilité délictuelle pour harcèlement. La Cour suprême a eu récemment l'occasion de se pencher sur cette question dans le cadre de son dernier examen de la question des préjudices psychiatriques en droit de la responsabilité délictuelle. Elle a déclaré que les mêmes outils qui servent à prouver ou à réfuter l'existence d'un préjudice physique peuvent servir pour les préjudices psychiatriques purs. Selon la Cour, rien ne permet de penser que ces outils ne permettraient pas d'écarter les demandes de ce genre qui ne sont pas fondées<sup>28</sup>.

Un deuxième inconvénient éventuel de la reconnaissance d'une responsabilité délictuelle pour harcèlement est sa possible « instrumentalisation ». Comme je l'ai indiqué, le travail place souvent des personnes qui ne sont pas amies par ailleurs dans un environnement hiérarchique et stressant et les oblige à interagir. Dans de telles circonstances, les désaccords, les sentiments blessés, les déceptions et les rivalités sont inévitables. C'est cet environnement qui se prête au harcèlement; il offre également aux employés la possibilité d'avoir recours abusivement à la responsabilité délictuelle pour harcèlement au travail afin de se venger de collègues ou de superviseurs avec lesquels ils sont en désaccord.

Si certains cas d'abus de la loi sont à craindre, il s'agit d'un faible argument contre la reconnaissance de la responsabilité délictuelle pour harcèlement. De nombreux délits (et de nombreuses plaintes au criminel) peuvent être détournés de cette manière, mais nous continuons néanmoins à les maintenir, car ils permettent de remédier à un problème réel. De surcroît, les données recueillies dans d'autres contextes laissent entendre que le nombre de demandes non fondées sera vraisemblablement faible. Intenter une poursuite est coûteux et complexe et comporte un risque important de répercussions négatives. Les données empiriques donnent fortement à entendre que le véritable problème se trouve dans le nombre très peu élevé de demandes valables en droit, et non dans les demandes fallacieuses<sup>29</sup>.

La troisième difficulté éventuelle tient au fait que la reconnaissance d'une responsabilité délictuelle pour harcèlement, même si elle est louable en soi, peut finir par entraver des activités souhaitables. Cela peut paraître surprenant à première vue, car le harcèlement n'est pas le genre de comportement auquel on attribuerait une valeur sociale quelconque. Cependant, comme toujours, la frontière entre les activités souhaitables et celles que nous souhaitons décourager peut être floue. Des exemples tirés de la problématique du harcèlement au travail montrent qu'il n'est pas toujours facile

---

<sup>28</sup> Saadati, *supra* note 3 au para 34.

<sup>29</sup> Un sondage réalisé aux États-Unis en 2007 a révélé que seulement 2,7 % des employés victimes d'intimidation avaient intenté une action en justice. Voir Workplace Bullying Institute, « U.S. Workplace Bullying Survey » (septembre 2007) à la p 14, en ligne (pdf) : Workplace Bullying Institute <[workplacebullying.org/multi/pdf/WBIsurvey2007.pdf](http://workplacebullying.org/multi/pdf/WBIsurvey2007.pdf)>. Il en va de même dans d'autres contextes. Voir par exemple Tom Baker, *The Medical Malpractice Myth*, Chicago, University of Chicago Press, 2005, au chapitre 2 (qui démontre que, contrairement à la croyance populaire concernant de nombreuses plaintes pour faute professionnelle médicale non justifiées, seule une petite fraction des erreurs médicales causant des blessures donnent lieu à des poursuites); Tom Blackwell, « Inside Canada's Secret World of Medical Error: "There Is a Lot of Lying, There's a Lot of Cover-Up" », *National Post* (16 janvier 2015) en ligne : <[nationalpost.com/health/inside-canadas-secret-world-of-medical-errors-there-is-a-lot-of-lying-theres-a-lot-of-cover-up](http://nationalpost.com/health/inside-canadas-secret-world-of-medical-errors-there-is-a-lot-of-lying-theres-a-lot-of-cover-up)> (un article dans lequel figurent des éléments probants qui démontrent qu'il en est de même au Canada).

de tracer la frontière entre la liberté d'expression que l'on souhaite protéger et le harcèlement<sup>30</sup>. En ce qui concerne l'intimidation au travail, certains pourraient considérer que les milieux de travail florissants encouragent leurs employés à se dépasser plutôt que de les dorloter, et que la responsabilité pour harcèlement au travail finira inévitablement par entraver les activités des entreprises, surtout les plus florissantes<sup>31</sup>. Ce sont probablement des préoccupations de ce genre que le juge Juriansz, de la Cour d'appel de l'Ontario, avait à l'esprit lorsqu'il a écrit en 2010 qu'il ne devrait y avoir aucune obligation de diligence à l'égard des préjudices psychiatriques résultant d'une négligence en milieu de travail, car imposer une telle obligation [TRADUCTION] « risquerait réellement de freiner les efforts visant à accroître l'efficacité<sup>32</sup> ». En d'autres termes, on peut craindre que la reconnaissance d'une telle responsabilité entraîne des restrictions volontaires à des activités souhaitables, même lorsque celles-ci ne sont en réalité pas délictueuses. En dehors du milieu de travail, pour ce qui est des propos tenus sur Internet, on peut craindre qu'une application trop large d'une responsabilité délictuelle pour harcèlement ne freine le genre de vigoureuses critiques et de libre expression d'opinions que nous ne souhaitons pas décourager.

Bien qu'elles soient légitimes, des préoccupations de ce type ne suffisent pas à elles seules à justifier le rejet total de la responsabilité délictuelle pour harcèlement. Presque toutes les situations dans lesquelles la responsabilité délictuelle est engagée sont des situations limites, et presque toutes soulèvent des préoccupations quant à d'éventuels excès. Cette situation est due au fait que la responsabilité délictuelle s'intéresse rarement aux activités intrinsèquement indésirables (telles que le meurtre), mais vise plutôt à limiter les effets secondaires négatifs d'activités qui sont par ailleurs souhaitables. Ainsi, le risque qu'une responsabilité délictuelle excessive finisse par nuire à une activité souhaitable est un risque qui ressort couramment des débats sur pratiquement tous les autres délits, et pourtant, il ne conduit pas à l'abolition de la responsabilité délictuelle. Cela est vrai en général, et cela est particulièrement vrai dans le cas des délits (le dol et l'assertion négligente et inexacte, notamment) qui imposent une responsabilité pour les propos tenus. S'agissant de la négligence, les tribunaux ont indiqué que l'engagement de la responsabilité pouvait dissuader la production de discours utiles<sup>33</sup>, et ces préoccupations sont encore plus prononcées dans les réflexions des tribunaux et des commentateurs sur le délit de diffamation<sup>34</sup>. Bien qu'elles aient conduit les tribunaux à limiter la responsabilité pour diffamation et assertion négligente et inexacte (beaucoup moins en ce qui concerne le dol), des considérations de ce type n'ont pas conduit à l'abolition de ces délits. Il est

<sup>30</sup> Voir en général Eugene Volokh, « Freedom of Speech and Workplace Harassment » (1992) 39:6 UCLA L Rev 1791. Il est à noter que même Eugene Volokh, défenseur d'une protection étendue de la liberté d'expression, a reconnu que certains cas de harcèlement au travail devraient être [TRADUCTION] « interdits » (*ibid* aux pp 1807-09).

<sup>31</sup> Prenons par exemple les pratiques en milieu de travail rapportées dans Jodi Kantor et David Streitfeld, « Inside Amazon: Wrestling Big Ideas in a Bruising Workplace », *The New York Times* (15 août 2015) en ligne : <[www.nytimes.com/2015/08/16/technology/inside-amazon-wrestling-big-ideas-in-a-bruising-workplace.html](http://www.nytimes.com/2015/08/16/technology/inside-amazon-wrestling-big-ideas-in-a-bruising-workplace.html)>; Shalini Ramachandran et Joe Flint, « At Netflix, Radical Transparency and Blunt Firings Unsettle the Ranks », *The Wall Street Journal* (25 octobre 2018) en ligne : <[www.wsj.com/articles/at-netflix-radical-transparency-and-blunt-firings-unsettle-the-ranks-1540497174](http://www.wsj.com/articles/at-netflix-radical-transparency-and-blunt-firings-unsettle-the-ranks-1540497174)>.

<sup>32</sup> *Piresferreira v Ayotte*, 2010 ONCA 384 au para 62, autorisation de pourvoi à la CSC refusée, 33811 (20 janvier 2011) [*Piresferreira*]. Étant donné que la Cour d'appel s'est fondée sur cette décision dans *Merrifield*, je l'examinerai en détail dans la section V(c)2 ci-après.

<sup>33</sup> Voir par exemple *Candler v Crane, Christmas & Co*, [1951] KB 164 aux pp 194-95 (CA), 1 All ER 426 (décision dans laquelle la Cour a exprimé sa crainte que la responsabilité pour assertion négligente et inexacte puisse dissuader de manière excessive les cartographes). L'arrêt *Candler*, qui a rejeté la responsabilité pour assertion négligente et inexacte, a été infirmé dans *Hedley Byrne & Co v Heller & Partners Ltd* (1963), [1964] AC 465 à la p 466, [1963] 3 WLR 101 (HL (Eng)), mais les craintes quant à une responsabilité à portée trop excessive n'ont pas été dissipées. Voir *Hercules Management*, *supra* note 10 au para 33 (la responsabilité pour déclaration négligente et inexacte doit être limitée en raison des « conséquences sociales non souhaitables » qu'elle pourrait entraîner).

<sup>34</sup> *Torstar*, *supra* note 10 en particulier au para 86.

difficile de comprendre pourquoi de telles préoccupations devraient conduire à un déni complet de responsabilité pour harcèlement.

#### IV. NATURE DU CHANGEMENT EN COMMON LAW

Jusqu'à présent, j'ai cherché à démontrer que le harcèlement est un sérieux problème. L'existence d'un problème social ne signifie pas nécessairement qu'il faut avoir recours au droit pour s'y attaquer, et encore moins que la reconnaissance d'un délit de common law constitue la réponse appropriée. Comment trancher cette question? Dans l'arrêt *Merrifield*, la Cour d'appel ne s'est pas beaucoup exprimée sur les avantages et les inconvénients substantiels de la reconnaissance d'une responsabilité délictuelle pour harcèlement; elle s'est plutôt concentrée sur la démarche à suivre<sup>35</sup>. Sans viser précisément le harcèlement, la Cour a approuvé une démarche « conservatrice » à la réforme du droit par voie judiciaire : [TRADUCTION] « Le changement en common law est de nature progressive », a-t-elle déclaré, « il se fait lentement et graduellement plutôt que rapidement et de manière spectaculaire<sup>36</sup>. » En d'autres termes, même si un changement juridique donné est souhaitable, il n'est pas forcément approprié que les tribunaux l'adoptent, du moins pas immédiatement.

Même s'il s'agit là d'une idée bien connue<sup>37</sup>, il est quelque peu ironique que la Cour l'ait avancée dans le même arrêt qui donne tant de place à l'analyse du délit d'IISP, puisque tout ce qui se rapporte aux origines de ce délit va à l'encontre de l'idée d'un changement progressif. L'IISP trouve son origine dans une seule décision, *Wilkinson v Downton*<sup>38</sup>, rendue par un tribunal de première instance et rédigée par un juge seul. La décision compte trois pages et demie en tout. (Peut-être quelque peu embarrassée par ces faits gênants, la Cour d'appel ne cite pas cette décision essentielle dans son analyse du délit d'IISP.) Le défendeur, dans cette affaire-là, a décidé de jouer un tour à la demanderesse en lui annonçant à tort que son mari avait été grièvement blessé dans un accident. En apprenant cette nouvelle, la demanderesse [TRADUCTION] « est tombée gravement malade à cause d'un choc nerveux » qui l'a rendue incapable de travailler pendant plusieurs semaines<sup>39</sup>. Elle a intenté une action en dommages-intérêts, et le jury lui a accordé une petite somme pour les frais qu'elle avait engagés, ainsi qu'une somme beaucoup plus importante de 100 livres sterling (l'équivalent de près de 13 000 livres sterling aujourd'hui) pour le préjudice psychologique subi. Le juge Wright, qui présidait l'audience, a dû déterminer s'il existait un fondement juridique à cette demande. Il a reconnu que l'affaire était [TRADUCTION] « sans précédent<sup>40</sup> », mais il a néanmoins donné gain de cause à la demanderesse, car le défendeur [TRADUCTION] « avait si délibérément projeté de produire un effet semblable à celui qu'il a produit qu'il faut lui imputer l'intention de le produire [...] »<sup>41</sup>. Au lieu de s'inquiéter de la manière dont un changement aussi révolutionnaire a été apporté à la common law, les tribunaux, dans leurs décisions ultérieures, ont entériné la reconnaissance du délit créé dans *Wilkinson* et en ont élargi la portée<sup>42</sup>.

---

<sup>35</sup> *Merrifield*, *supra* note 1.

<sup>36</sup> *Ibid* au para 20.

<sup>37</sup> Voir *London Drugs Ltd c Kuehne & Nagel International Ltd*, [1992] 3 RCS 299 aux pp 437-38, 448, 97 DLR (4e) 261. Ce point de vue n'est pas sans susciter des critiques. Voir par exemple Paul M Perell, « Changing the Common Law and Why the Supreme Court of Canada's Incremental Change Test Does Not Work » (2003) 26:4 Adv Q 345. Dans le présent article, je n'aborde pas cette question plus vaste.

<sup>38</sup> [1897] 2 QB 57, [1897] EWHC 1 (QB) [*Wilkinson*]. Pour une décision similaire au Canada, voir *Bielitski v Obadiak* (1921), 65 DLR 627 (SKCA), [1922] 2 WWR 238 [*Bielitski*].

<sup>39</sup> *Wilkinson*, *supra* note 38 à la p 58.

<sup>40</sup> *Ibid* à la p 61.

<sup>41</sup> *Ibid* à la p 59.

<sup>42</sup> Voir *Janvier v Sweeney*, [1919] 2 KB 316, 88 LJKB 1231 [*Janvier*], où la Cour a accueilli une demande pour infraction d'un préjudice moral par négligence. Voir également *Bielitski*, *supra* note 38, qui va au-delà de la décision dans *Wilkinson* en ce sens que



Il convient de rappeler que *Wilkinson* n'est pas une décision rendue à la grande époque de l'« activisme » des tribunaux américains au milieu du XX<sup>e</sup> siècle<sup>43</sup>; il ne s'agit pas non plus d'une décision rendue par un tribunal canadien de formation plus récente, que l'on accuse parfois de manque de respect des principes et des précédents<sup>44</sup>. Il s'agit d'une décision rendue à la fin du XIX<sup>e</sup> siècle en Angleterre, l'époque dite « classique » de la common law, dans laquelle un juge de première instance n'a vu aucune difficulté à reconnaître un nouveau délit<sup>45</sup>. Et *Wilkinson* n'est pas la seule décision de ce type<sup>46</sup>.

La reconnaissance de délits nouveaux n'est pas non plus une pratique cantonnée dans l'histoire ancienne. Il y a seulement quelques années, le même tribunal qui a rendu l'arrêt *Merrifield* a créé un nouveau délit de common law, celui d'intrusion dans l'intimité, dans *Jones c Tsige*<sup>47</sup>. Dans cette affaire, il n'était pas question de la forme plus traditionnelle d'intrusion qui consiste à se mêler des affaires des autres, mais plutôt d'une nouvelle forme d'atteinte à la vie privée, à savoir l'accès aux renseignements bancaires électroniques d'autrui. Ce fait est significatif. Comme je l'ai mentionné précédemment, une bonne partie des cas de harcèlement en dehors du milieu de travail est aujourd'hui le résultat des mêmes changements technologiques qui ont motivé la Cour d'appel dans *Tsige* (qui a été pleinement entériné dans *Merrifield*) à reconnaître un nouveau délit d'intrusion dans l'intimité, ou est, à tout le moins, exacerbée par ces changements<sup>48</sup>. Comme mon objectif principal dans le présent article est de défendre la possibilité d'imposer une responsabilité délictuelle pour harcèlement sans avoir à créer un nouveau délit, les conditions qui doivent être réunies pour que l'on puisse créer un nouveau délit peuvent sembler hors de propos, mais il convient néanmoins d'examiner brièvement ce que la Cour d'appel a sanctionné dans l'arrêt *Merrifield*. Dans cette affaire, la Cour a expliqué que l'arrêt *Tsige* remplissait les conditions permettant d'établir un nouveau délit, car le tribunal n'est parvenu à sa conclusion qu'après avoir

[TRADUCTION]

[...] soigneusement examiné la jurisprudence ontarienne et canadienne, dans laquelle [le juge Sharpe] a relevé à la fois des remarques incidentes favorables et un refus de rejeter l'existence du délit, ainsi que la législation provinciale qui a établi un droit à la vie privée sans pour autant fermer la porte au développement de la common law. [Le juge Sharpe] a également pris en considération les travaux universitaires, dont la plupart soutenaient l'existence d'un droit à la vie privée. Il s'est appuyé sur le droit américain de la responsabilité délictuelle, qui reconnaît un droit à la vie privée, ainsi que sur le droit du Royaume-Uni, de l'Australie et de la Nouvelle-Zélande. Il a pris note également des changements sociaux, en particulier les progrès technologiques qui

---

l'assertion inexacte en l'espèce n'avait pas été adressée directement à la demanderesse, mais à un tiers qui l'avait rapportée à la demanderesse.

<sup>43</sup> Voir les développements décrits dans William L Prosser, « The Assault Upon the Citadel (Strict Liability to the Consumer) » (1960) 69:7 Yale LJ 1099; William L Prosser, « The Fall of the Citadel (Strict Liability to the Consumer) » (1966) 50:5 Minn L Rev 791. Pour une analyse détaillée de l'ouverture des tribunaux américains à la reconnaissance de nouveaux délits au cours du XX<sup>e</sup> siècle, voir Robert F Blomquist, « "New Torts": A Critical History, Taxonomy, and Appraisal » (1990) 95:1 Dick L Rev 23.

<sup>44</sup> Dans le contexte du droit de la responsabilité délictuelle, voir Lewis N Klar, « Judicial Activism in Private Law » (2001) 80:1/2 R B Can 215 aux pp 216, 240. De manière plus générale, voir aussi Grant Huscroft, « Constitutionalism from the Top Down » (2007) 45:1 Osgoode Hall LJ 91 à la p 95.

<sup>45</sup> Pour comprendre que *Wilkinson* et *Janvier* ne s'inscrivaient dans aucune des catégories existantes, voir Jeremiah Smith, « Torts Without Particular Names » (1921) 69:2 U Pa L Rev 91 aux pp 95-99.

<sup>46</sup> Voir *Lumley v Gye*, [1853] EWHC J73, 2 E & B 216 (QB), un autre exemple bien connu de la naissance du délit d'incitation à la rupture de contrat. Voir également SM Waddams, « Johanna Wagner and the Rival Opera Houses » (2001) 117 Law Q Rev 431 aux pp 448-49. Voir toutefois *Rylands v Fletcher* (1868), LR 3 HL 330, un autre exemple, quoique peut-être plus contesté.

<sup>47</sup> 2012 ONCA 32 [*Tsige*].

<sup>48</sup> *Ibid* aux para 67-68.



constituent une menace pour la vie privée, et de l'élan de réforme qu'ils ont suscité. [TRADUCTION] « Ce qui est plus important encore », a-t-il dit, « cette affaire nous présente des faits qui appellent réparation » : para 69<sup>49</sup>.

Existe-t-il des [TRADUCTION] « faits qui appellent réparation » en ce qui concerne le harcèlement? On aurait pu s'attendre à ce que la Cour d'appel suive son exemple précédent et examine la jurisprudence et les commentaires comme elle l'avait fait dans l'arrêt *Tsige*<sup>50</sup>. Compte tenu des éléments susmentionnés, dont la plupart proviennent de publications officielles du gouvernement<sup>51</sup>, une réponse affirmative se justifie.

Malheureusement, la Cour n'a jamais saisi l'occasion d'examiner la question. En se penchant sur la question, on peut à juste titre reconnaître que nous vivons à l'ère des lois, où nous attendons du législateur qu'il apporte des changements majeurs au droit. Cette idée repose sur deux motivations distinctes. L'une a trait à l'expertise. En termes simples, il est à craindre que, souvent, les juges ne disposent pas des connaissances requises et des données empiriques nécessaires pour prendre des décisions éclairées sur la manière de faire évoluer le droit<sup>52</sup>. En outre, l'élaboration du droit par les tribunaux ne permet généralement pas de rédiger des textes législatifs précis, et les tribunaux ont plutôt recours à des normes vagues qui sont souvent difficiles à appliquer. L'autre crainte est d'ordre politique : certains cas d'inaction législative résultent d'une décision plus ou moins consciente de la part du législateur de laisser un secteur libre de toute réglementation juridique. Dans de tels cas, même si elle est bien intentionnée et éclairée, l'action judiciaire peut passer outre aux choix démocratiques. En résumé, la première crainte est que les efforts législatifs des juges risquent d'être médiocres; la seconde crainte est que, même s'ils font un bon travail, il se peut que les efforts législatifs des juges soient antidémocratiques.

Il s'agit là, bien entendu, de questions familières que l'on trouve dans d'autres domaines du droit, et je reconnais qu'elles sont également pertinentes pour les domaines du droit dont le développement relève traditionnellement des tribunaux. Toutefois, à moins de penser que les deux considérations qui viennent d'être mentionnées empêchent toute évolution judiciaire future de la common law, il s'ensuit que nous devrions tenter de distinguer les cas où le silence du législateur est à juste titre interprété comme le rejet d'une réglementation juridique et les cas où ce silence doit être interprété comme laissant la voie libre à une évolution judiciaire du droit.

Le penchant de la Cour d'appel pour les changements graduels peut lui-même être considéré comme une tentative d'atténuer ces deux préoccupations. Un changement graduel est moins susceptible d'avoir des conséquences imprévues et sera généralement moins perturbateur, ce qui permet aux tribunaux et autres d'évaluer l'impact du changement et de s'y adapter au fur et à mesure qu'il se produit. Ainsi, un changement graduel semble plus « sûr » pour un organisme appelé à modifier la loi sur la base de peu d'informations. Un changement graduel est également moins susceptible qu'un changement révolutionnaire de soulever des préoccupations d'ordre démocratique, car il s'apparente davantage à une adaptation du droit existant à l'évolution des temps, ou peut-être simplement à une interprétation de celui-ci, qu'à un changement de cap.

---

<sup>49</sup> *Merrifield*, *supra* note 1 aux para 25-26 (la première modification a été ajoutée, la seconde figure dans l'original) (citant *Tsige*, *ibid* au para 69). Tout en insistant sur l'importance de la réforme législative pour adapter la loi à l'évolution des circonstances, la Cour d'appel, dans *Merrifield*, a déclaré également que la Cour, dans *Tsige*, s'était contentée de [TRADUCTION] « confirmer l'existence du délit plutôt que de [...] le créer » (*ibid* au para 26). Toutefois, si le délit existait déjà, on ne comprend pas bien pourquoi, dans *Tsige*, on a dû se livrer à des recherches approfondies dans la jurisprudence et les publications universitaires du monde entier. Il n'est pas non plus évident en quoi cette décision répondait à un problème qui [TRADUCTION] « appel[ait] réparation », si cette réparation existait déjà (*ibid* au para 25).

<sup>50</sup> *Tsige*, *supra*, note 47 aux para 16-68.

<sup>51</sup> Voir la section III(a) ci-dessus.

<sup>52</sup> Voir Dan Priel, « Legal Realism and Legal Doctrine » dans Pierluigi Chiassoni et Bogan Spaić, dir, *Judges and Adjudication in Constitutional Democracies: A View from Legal Realism*, Cham, Springer, 2020 à la p 139. Ces affirmations sont, bien entendu, contestées. Pour un argument concernant la raison pour laquelle les tribunaux sont mieux placés que les législateurs dans ce domaine, voir Cornelius J Peck, « The Role of the Courts and Legislatures in the Reform of Tort Law » (1963) 48:1 Minn L Rev 265.

Voici donc les questions dont il faut tenir compte au-delà de la simple question de « politique générale » de savoir si la reconnaissance d'une responsabilité pour harcèlement est souhaitable : premièrement, le silence législatif à l'égard de la responsabilité civile pour harcèlement doit-il être interprété comme un rejet d'une telle responsabilité que les tribunaux doivent respecter; deuxièmement, existe-t-il un fondement doctrinal légitime justifiant une telle reconnaissance qui ne convaincra pas un tribunal préoccupé par ses limites institutionnelles? On répondra à ces questions dans la prochaine partie.

## V. VOIES DOCTRINALES À LA RECONNAISSANCE D'UNE RESPONSABILITÉ DÉLICTUELLE POUR HARCELEMENT

Dans l'arrêt *Merrifield*, la Cour s'est peu prononcée sur l'opportunité de reconnaître une responsabilité pour harcèlement; elle a toutefois indiqué qu'il n'existait aucune raison convaincante de politique générale la justifiant. Dans la partie III, j'ai cherché à répondre à cette question en démontrant qu'il existe en fait de bonnes raisons de reconnaître une responsabilité délictuelle pour harcèlement. Cela ne répond toutefois pas pleinement aux préoccupations de la Cour d'appel. La Cour a également déclaré que [TRADUCTION] « la jurisprudence canadienne actuelle ne soutient pas la reconnaissance d'un délit de harcèlement » et qu'on lui a fait part [TRADUCTION] « d'aucune décision judiciaire étrangère » ni de publications universitaires soutenant la reconnaissance d'un délit de harcèlement<sup>53</sup>. Ces déclarations envoient un message clair : reconnaître un délit de harcèlement revient à inventer de toutes pièces un tout nouveau délit qui n'a aucun fondement dans le droit existant et qui, par conséquent, dépasse les limites de l'intervention judiciaire légitime. En d'autres termes, la Cour a fait valoir que même si l'existence d'un délit de harcèlement était souhaitable, la création de ce dernier par la Cour serait une usurpation de pouvoir.

Dans la partie IV, j'ai défini le cadre de réflexion à l'égard de ces préoccupations. Dans la présente partie, je m'attache à démontrer pourquoi une intervention judiciaire en l'espèce est acceptable même pour un tribunal attaché à la retenue judiciaire.

### A. Ce que signifie le silence du législateur

Il fait peu de doute que le législateur et les gouvernements du fédéral et des provinces se sont intéressés au problème du harcèlement en milieu de travail<sup>54</sup>. De même, les rapports provinciaux et fédéraux témoignent d'une préoccupation similaire à l'égard de la cyberintimidation<sup>55</sup>. La prise de conscience par les législateurs et les gouvernements du problème du harcèlement soulève une question doctrinale : quel devrait être l'effet de cette prise de conscience sur la question de reconnaissance d'une responsabilité délictuelle pour harcèlement? Une réponse possible serait que la reconnaissance d'une responsabilité délictuelle pour harcèlement contribuerait à aligner la common law sur la nouvelle législation. Un sceptique pourrait toutefois tirer la conclusion inverse : le fait que l'intérêt législatif et exécutif pour la lutte contre le harcèlement n'ait pas donné lieu à la création de délits civils montre peut-être que le législateur a conclu qu'une telle responsabilité n'est pas

<sup>53</sup> *Merrifield*, *supra* note 1 aux para 39-40. Je ne sais pas quels documents les parties au litige ont fournis à la Cour, mais la proposition voulant qu'il n'existe aucun fondement doctrinal ni aucun appui chez les auteurs pour la création judiciaire d'un délit de harcèlement est, au mieux, inexacte. Voir par exemple GHL Fridman, « The Judicial Response to Non-Sexual Harassment Claims » (1998) 77:3/4 R B Can 299 à la p 314, où l'auteur affirme que [TRADUCTION] « [c]e qui a été accompli par voie législative au Royaume-Uni peut [...] être réalisé par voie judiciaire au Canada ».

<sup>54</sup> En ce qui concerne la législation, voir le texte accompagnant la note 16. Outre les lois, il existe des rapports législatifs. Voir par exemple Ontario, Ministère du Travail, *La violence et le harcèlement au travail : comprendre la Loi*, Imprimeur de la Reine pour l'Ontario (septembre 2016), en ligne (pdf) : Gouvernement de l'Ontario <files.ontario.ca/wpvh\_guide\_french.pdf>. Il existe d'autres ressources consacrées à la « prévention et la résolution du harcèlement ». Voir aussi *Harcèlement et violence* (dernière modification le 23 décembre 2019), en ligne : Gouvernement du Canada, <https://www.canada.ca/fr/gouvernement/fonctionpublique/mieux-etre-inclusion-diversite-fonction-publique/harcelement-violence.html>.

<sup>55</sup> Voir Comité des droits de la personne, *La cyberintimidation, ça blesse!*, *supra* note 22; Ministère de l'Éducation, *Safe Schools: Cyberbullying* (dernière modification le 1<sup>er</sup> septembre 2016), en ligne : Gouvernement de l'Ontario <[www.edu.gov.on.ca/eng/safeschools/respect.html](http://www.edu.gov.on.ca/eng/safeschools/respect.html)>.

souhaitable. Si tel est effectivement le cas, la création d'une responsabilité délictuelle pour harcèlement ne comblera alors pas un vide, mais compromettra la volonté législative. Dès lors, que devons-nous penser du silence législatif en l'espèce?

L'inaction législative ne saurait être univoque. Une tentative législative avortée et une modification du libellé d'un projet de loi initial dans la loi finalement adoptée ont le même résultat qu'un silence complet sur une question : pas de loi. Cependant, le silence peut justifier une intervention judiciaire plus importante que ne le ferait un rejet pur et simple. Ce que je cherche à faire est, en fait, d'élargir une notion qui a reçu l'aval de la Cour suprême : lorsque la législation crée un mécanisme complet pour s'attaquer à un problème, un tribunal ne devrait pas créer des causes d'action en common law qui vont clairement à l'encontre de la législation<sup>56</sup>. Plus précisément, lorsque le législateur crée un régime législatif complet de *responsabilité*, il est logique de conclure que l'ajout de causes d'action à celles prévues dans la loi compromettrait le compromis démocratique qui y est inscrit. En l'espèce, cependant, il existe une législation qui ne traite pas du tout la question de responsabilité civile, ce qui rend plus difficile la question de la création judiciaire d'un délit, car il n'est pas clair dans un tel cas si cette législation visait à laisser la question de responsabilité civile à l'appréciation des tribunaux ou si le silence législatif se voulait un rejet affirmatif (bien que silencieux) d'une telle responsabilité.

Plusieurs éléments peuvent aider à répondre à cette question, et tous militent contre la retenue judiciaire. Le premier élément est la reconnaissance généralisée par le législateur et les gouvernements du problème du harcèlement, y compris dans le contexte professionnel (comme on l'a prétendu dans *Merrifield*). Contrairement à une situation où les tribunaux imposent leurs valeurs à une société réticente, la reconnaissance d'une responsabilité délictuelle pour harcèlement cadrera bien avec les régimes législatifs et gouvernementaux existants qui visent à lutter contre ce qui est largement perçu comme un problème sérieux et les complétera. En l'absence de preuve que la responsabilité civile était jugée non souhaitable, la responsabilité délictuelle en l'espèce ne constituera pas une atteinte directe au choix législatif.

Deuxièmement, malgré son importance incontestable, la législation en matière de droit privé<sup>57</sup> reste peu abondante, surtout si on la compare à la législation très abondante en matière de droit public. Même à l'ère des lois, il semble exister un consensus implicite selon lequel la répartition des tâches en droit privé est quelque peu différente de celle que l'on trouve en droit public. Les tribunaux qui craignent d'outrepasser leur autorité peuvent indiquer clairement que leur solution n'est qu'une mesure provisoire partielle et appeler à une réforme législative plus complète. Bien sûr, il est possible qu'un tel appel ne soit pas entendu, mais en soulignant le problème, les tribunaux donneront au législateur l'occasion d'en faire davantage ou, s'il le souhaite, de changer de cap.

Troisièmement, contrairement à ce que la Cour affirme dans *Merrifield*, la reconnaissance d'une responsabilité pour harcèlement n'est pas une idée nouvelle qui surprendrait ou passerait outre aux attentes. Il y a longtemps déjà, des commentateurs avaient donné à entendre qu'une intervention judiciaire en la matière était nécessaire<sup>58</sup>. Il existe également plusieurs décisions, en provenance de

---

<sup>56</sup> Voir *Honda Canada Inc c Keays*, 2008 CSC 39 au para 63; *Seneca College c Bhadauria*, [1981] 2 RCS 181 à la p 189, 124 DLR (3e) 193.

<sup>57</sup> Voir par exemple TT Arvind et Jenny Steele, « Introduction: Legislation and the Shape of Tort Law » dans TT Arvind et Jenny Steele, dir, *Tort Law and the Legislature: Common Law, Statute, and the Dynamics of Legal Chance*, Oxford (R-U), Hart, 2013, 1 à la p 13.

<sup>58</sup> Pour des remarques incidentes émanant des tribunaux, voir la section V(b) ci-dessous. S'agissant de la doctrine, voir Jane Stapleton, « In Restraint of Tort » dans Peter Birks, dir, *The Frontiers of Liability*, Oxford, Clarendon Press, 1994, 83 à la p 101 (faisant valoir, dans un chapitre qui appelait par ailleurs à la prudence dans l'extension de la portée de la responsabilité délictuelle, que le délit de harcèlement [TRADUCTION] « se fait attendre depuis longtemps »); Fridman, *supra* note 53. Il

l'Ontario et d'autres provinces, où l'on a présumé qu'un délit de harcèlement existait déjà. Quelques mois seulement avant la décision rendue dans *Merrifield*, la Cour d'appel de la Saskatchewan a reconnu l'existence d'un délit de harcèlement, affirmant qu'un tel délit avait déjà été reconnu en Ontario, en Alberta et, de manière plus restreinte, en Colombie-Britannique<sup>59</sup>. En fait, même dans *Merrifield*, la Cour d'appel a reconnu que dans *McIntomney v Evangelista*, décision rendue en Ontario en 2015, la demanderesse avait obtenu des dommages-intérêts modestes sur le fondement d'un délit de harcèlement<sup>60</sup>.

En dehors du Canada, différents ressorts ont adopté diverses démarches pour traiter ce problème. Les tribunaux d'Angleterre et du Pays de Galles ont commencé à développer un délit de harcèlement en common law, de sorte qu'en 1995 déjà, la Cour d'appel de cette région écrivait ce qui suit : [TRADUCTION] « On ne peut pas non plus soutenir qu'il n'existe pas de délit de harcèlement<sup>61</sup>. » Certes, il ne s'agit pas là d'une reconnaissance directe d'un tel délit, mais ce n'en est pas non plus un rejet catégorique. Au-delà des mots, l'affaire dont est tirée cette citation est remarquable en ce qu'elle confirme l'imposition d'injonctions en réponse au comportement harcelant du défendeur. Les injonctions comprenaient des restrictions à la liberté de mouvement du défendeur en lui interdisant de s'approcher du domicile de la demanderesse. En d'autres termes, afin de protéger la demanderesse, la Cour a confirmé les injonctions qui interdisaient au défendeur d'adopter des comportements qui n'étaient pas par ailleurs délictueux. Il ne fait guère de doute que ces développements judiciaires auraient été plus poussés n'eût été l'adoption de la *Protection from Harassment Act 1997*<sup>62</sup>.

Rien de tout cela n'est définitif, mais on y trouve assez d'éléments pour démontrer que, pendant plus de deux décennies, la responsabilité délictuelle pour harcèlement (et même un « nouveau » délit de harcèlement) a au moins été envisagée par de nombreux tribunaux au Canada et ailleurs. Par conséquent, la reconnaissance d'un tel délit n'aurait pas été une invention révolutionnaire, une rupture radicale avec le passé, mais plutôt l'aboutissement d'un lent processus. Alors que le temps passe et que le problème ne fait qu'empirer en raison de l'omniprésence d'Internet, il ne semble plus judicieux d'attendre une solution législative.

Une quatrième considération tient à la reconnaissance croissante, y compris dans une déclaration claire dans une récente décision de la Cour suprême, de la gravité des préjudices psychiatriques et au rejet de la tendance historique à traiter différemment les préjudices physiques et les préjudices psychiatriques<sup>63</sup>.

Dès lors, comme je l'expliquerai en détail dans la suite de la présente partie, l'intervention judiciaire dans ce contexte peut être considérée comme une mise à jour modeste de délits existants en

---

convient de souligner que ces deux articles ont été publiés bien avant que le problème du harcèlement ne s'aggrave à cause d'Internet.

<sup>59</sup> Voir *McLean v McLean*, 2019 SKCA 15 au para 97 [*McLean*]. Pour une liste des décisions émanant de l'Ontario, de l'Alberta et de la Colombie-Britannique dans lesquelles le délit de harcèlement a été provisoirement reconnu, voir *Al-Ghamdi v Alberta*, 2017 ABQB 684 au para 137. En niant l'existence d'une jurisprudence antérieure dans d'autres ressorts, la Cour, dans *Merrifield*, se contredit en fait, car, en examinant l'arrêt de la Cour suprême de la Colombie-Britannique, *Mainland Sawmills Ltd v IWA Canada*, 2006 BCSC 1195, elle a reconnu que cette cour-là s'était appuyée sur [TRADUCTION] « la jurisprudence américaine découlant du délit d'infliction intentionnelle d'un trouble émotif » (*Merrifield*, *supra* note 1 au para 30).

<sup>60</sup> *McIntomney v Evangelista*, 2015 ONSC 1419 aux para 36, 50. Pour d'autres affaires traitant d'un éventuel délit de harcèlement, voir le texte accompagnant les notes 72 et 111.

<sup>61</sup> *Burris v Azadani*, [1995] 1 WLR 1372 à la p 1378, [1995] EWCA Civ 50.

<sup>62</sup> (R-U), c 40. Rien de purement conjectural ici : voir *Hunter v Canary Wharf Ltd*, [1997] AC 655 aux pp 692, 707, [1997] 2 All ER 426 (HL (Eng)) [*Hunter*], où les lords juges Goff et Hoffmann ont déclaré respectivement que l'adoption de cette loi avait écarté le besoin de développer davantage un délit de harcèlement en common law.

<sup>63</sup> *Saadati*, *supra* note 3 au para 36.



réponse à une nouvelle compréhension scientifique (ainsi qu'à une plus grande reconnaissance sociale) du trouble mental, plutôt que comme la création d'un nouveau délit.

## B. Solutions limitées

Prenant acte de certaines décisions antérieures dans lesquelles les tribunaux ont examiné le délit de harcèlement, la Cour d'appel, dans *Merrifield*, les a rejetées au motif que l'on s'y contentait d'[TRADUCTION] « affirmer » ou de [TRADUCTION] « présumer » l'existence du délit plutôt que de l'[TRADUCTION] « établir<sup>64</sup> ». La distinction n'est pas claire (dans *Wilkinson*, le tribunal a-t-il établi le délit d'IISP ou s'est-il contenté d'affirmer son existence?), mais dans la mesure où l'on souhaite [TRADUCTION] « établir » une telle responsabilité à partir de documents existants, on procède généralement en montrant comment une solution proposée est le prolongement naturel de principes existants. Tel est l'objectif de la présente section. Je fais donc abstraction de toutes les « affirmations » passées concernant l'existence d'un délit de harcèlement et fais valoir que, même sans ces affirmations, on peut parvenir à la conclusion opposée à celle à laquelle est parvenue la Cour d'appel dans l'arrêt *Merrifield*. J'examinerai d'abord rapidement quatre idées qui peuvent sembler intéressantes à première vue, mais qui, selon moi, ne sont en fin de compte que d'une utilité limitée. Je me tournerai ensuite vers deux voies plus prometteuses.

### 1. La nuisance

L'arrêt *Motherwell v Motherwell*, rendu en 1976 en Alberta<sup>65</sup>, a constitué une tentative novatrice d'étendre la portée du délit de nuisance privée à certaines formes de harcèlement. Un bon exemple d'un tribunal qui adapte le droit de la responsabilité délictuelle aux effets des changements technologiques, cette affaire concernait une femme qui harcelait ses parents, son frère et sa belle-sœur en les appelant sans cesse à leur domicile et en leur envoyant des lettres contenant de fausses accusations. Les membres de la famille l'ont poursuivie pour atteinte à la vie privée et nuisance, demandant à la cour d'émettre une injonction lui interdisant de les contacter.

La division d'appel de la Cour suprême de l'Alberta a reconnu que l'affaire ne cadrerait pas exactement avec les catégories juridiques existantes. Néanmoins, la Cour a décidé d'adapter la loi afin de l'aligner sur l'évolution des conditions de vie, compte tenu du rôle central du téléphone (le téléphone fixe, bien sûr) dans la [TRADUCTION] « vie quotidienne de la société<sup>66</sup> ». Quelques années plus tard, la Cour d'appel d'Angleterre a suivi l'exemple de *Motherwell* dans *Khorasandjian v Bush*, soulignant de la même façon la nécessité d'adapter la loi à l'évolution des circonstances<sup>67</sup>.

Cette évolution doctrinale n'a pas été accueillie favorablement par d'autres tribunaux. Dans *Hunter v Canary Wharf*, la Chambre des lords a rejeté le recours à la notion de nuisance privée [TRADUCTION] « pour créer par des moyens détournés un délit de harcèlement<sup>68</sup> ». La décision a toutefois été rendue après l'adoption par le Parlement britannique de la *Protection from Harassment Act 1997*, qui a rendu inutile pour les tribunaux britanniques d'envisager cette voie ou d'autres voies pour établir un délit de harcèlement en common law.

---

<sup>64</sup> *Merrifield*, *supra* note 1 aux para 29–36.

<sup>65</sup> (1976), 73 DLR (3<sup>e</sup>) 62, [1976] 6 WWR 550 (ABSC (AD)).

<sup>66</sup> *Ibid* à la p 75. La décision était également peu orthodoxe en ce qu'elle autorisait une demande pour nuisance à l'encontre d'une personne qui résidait légalement dans un bien immobilier, même si elle ne disposait pas d'un droit de propriété. *Ibid* aux pp 77–78.

<sup>67</sup> *Khorasandjian v Bush*, [1993] QB 727 aux pp 734–35, [1993] 3 All ER 669 (CA) [*Khorasandjian*].

<sup>68</sup> *Hunter*, *supra* note 62 aux pp 691–92.



Malgré son originalité, la démarche adoptée dans *Motherwell* présente des limites quant à sa capacité de traiter le problème du harcèlement, puisqu'elle se limite aux cas de harcèlement lié aux biens. La nuisance privée ne concerne qu'un petit nombre de cas de harcèlement. Par exemple, il est difficile de concevoir comment ce délit pourrait être utilisé pour traiter des problèmes survenant en milieu de travail, comme dans *Merrifield*. Même dans les situations où le délit de nuisance pourrait trouver application, la solution adoptée par le tribunal dans *Motherwell* est indirecte. Si l'on veut s'attaquer de front au problème du harcèlement, mieux vaut le faire plus directement.

## 2. L'intimidation

L'intimidation est l'un de ce que l'on appelle les « délits économiques<sup>69</sup> ». Les litiges commerciaux en constituent les exemples les plus représentatifs, anciens comme contemporains<sup>70</sup>. Cependant, dans un article récent, John Murphy a contesté cette caractérisation du délit. Selon lui, [TRADUCTION] « l'intimidation » concerne [TRADUCTION] « une véritable atteinte à l'autonomie de la victime », une [TRADUCTION] « contrainte illicite exercée à l'encontre de la volonté [d'une personne], plutôt qu'une atteinte à un quelconque intérêt économique<sup>71</sup> ».

Il ne fait aucun doute que l'intimidation ne se limite pas nécessairement aux menaces de nature économique. Si l'on prend ce terme dans ce sens plus large, il n'est pas difficile de voir au moins une certaine parenté entre l'intimidation et le harcèlement. Cependant, il y a une raison pour laquelle nous considérons l'intimidation comme un délit économique, et cette raison est liée au fait que le délit d'intimidation vise principalement les cas où l'intimidation a empêché la conclusion d'une opération économique. Dans la plupart des autres contextes, l'intimidation annule le consentement, ce qui nous ramène au domaine délictuel (souvent l'atteinte directe), ou vicie le consentement à un contrat. En d'autres termes, le délit d'intimidation a été façonné en délit économique en raison du besoin de l'étendre à des actes qui ne seraient pas visés par d'autres délits.

Cela empêche-t-il que le délit d'intimidation devienne le moyen de traiter les cas de harcèlement? Il y a certains cas où le délit d'intimidation pourrait être utilisé pour le faire. Par exemple, dans une décision de première instance de l'Ontario, le tribunal a statué que les actes d'un employeur qui avait humilié un employé afin de le pousser à démissionner constituaient non seulement un congédiement déguisé, mais pouvaient également être considérés comme [TRADUCTION] « du harcèlement et de l'intimidation, qui sont des délits indépendants susceptibles d'action<sup>72</sup> ». Néanmoins, je ne crois pas que le délit d'intimidation soit un moyen approprié pour traiter de nombreux cas de harcèlement. Tant pour ce qui est des comportements visés que pour ce qui est des conséquences, le délit d'intimidation ne semble pas suffisamment circonscrit pour traiter de nombreux cas de harcèlement qui ne comportent pas de menaces.

Bien entendu, tous les délits peuvent évoluer, et ils évoluent en effet. C'est d'ailleurs, après tout, l'un des points centraux du présent article. Néanmoins, deux raisons m'amènent à penser que l'ampleur des changements nécessaires dans le contexte qui nous occupe fait en sorte que le délit d'intimidation ne convient guère pour imposer une responsabilité délictuelle pour harcèlement.

---

<sup>69</sup> Cette qualification a été formulée par la Cour suprême dans l'arrêt *AI Enterprises*, *supra* note 6 au para 65.

<sup>70</sup> Voir par exemple *Garret v Taylor* (1610), 79 ER 485, Cro Jac 567 (QB); *Central Canada Potash Co Ltd et autre c Gouvernement de la Saskatchewan*, [1979] 1 RCS 42, 88 DLR (3<sup>e</sup>) 609.

<sup>71</sup> John Murphy, « Understanding Intimidation » (2014) 77:1 Mod L Rev 33 aux pp 45, 57.

<sup>72</sup> Voir *Garcia v Newmar Windows Manufacturing* (1996), 25 CCEL (2<sup>e</sup>) 114 à la p 124, [1996] OJ No 5079 (ONCJ (GD)). Voir aussi l'arrêt *Mintuck v Valley River Band No 63A* (1977), 75 DLR (3<sup>e</sup>) 589 à la p 601, [1977] 2 WWR 309 (MBCA), que la Cour a invoqué dans *Garcia* et qui mentionne également le « harcèlement », bien que la question de savoir si la décision le considère comme délit indépendant demeure incertaine.

Premièrement, comme je l'ai mentionné précédemment, le délit vise uniquement les cas où l'intimidation a réussi à faire modifier le comportement du demandeur. Une telle limite exclut certains cas graves où le harcèlement a échoué. Cela signifie également que le délit sera particulièrement difficile à établir lorsque le harcèlement ne vise pas la réalisation d'un objectif précis : dans de nombreux cas, le harcèlement, en particulier lorsqu'il n'est pas de nature sexuelle, se manifeste par un comportement dégradant et humiliant sans que l'auteur cherche à en tirer un avantage particulier. Deuxièmement, même si l'on n'exige pas que la menace produise le résultat voulu, le harcèlement peut avoir des effets psychologiques dévastateurs sans pour autant constituer de l'intimidation.

### 3. La voie de fait

Une autre possibilité offerte par la doctrine pour traiter indirectement certains cas de harcèlement consiste à élargir la notion de délit de voie de fait. Un des délits les plus anciens, la voie de fait concerne les cas de menaces d'attaque imminente contre une personne. Cette voie peut sembler plutôt surprenante pour établir une responsabilité délictuelle pour harcèlement, mais, tout comme pour la nuisance, certains tribunaux ont accepté de recourir à un ancien délit pour s'adapter aux changements provoqués par les nouvelles technologies. Dans une décision rendue en 2008 par la Cour supérieure de l'Ontario, *Warman v Grosvenor*, il était question de commentaires très injurieux formulés par le défendeur à l'encontre du demandeur sur des forums en ligne ainsi que dans des courriels envoyés directement au demandeur<sup>73</sup>. En outre, le défendeur a tenu des propos menaçants à l'encontre du demandeur (par exemple, dans un message adressé au demandeur, le défendeur a écrit qu'il possédait une arme à feu et des [TRADUCTION] « balles [qui] portent votre nom »), ajoutant l'adresse personnelle du demandeur<sup>74</sup>. Le demandeur a intenté une action en justice pour diffamation, voie de fait et atteinte à la vie privée, et a obtenu gain de cause quant aux deux derniers motifs. En accueillant la demande fondée sur la voie de fait, le tribunal est allé au-delà des limites établies de ce délit, particulièrement en ce qui concerne la nécessité pour le demandeur de démontrer l'imminence de l'attaque. Le tribunal a justifié cette décision en invoquant la nature et la persistance des messages du défendeur<sup>75</sup>. Depuis lors, cette décision a fait l'objet d'un appui modeste en appel<sup>76</sup>.

Là encore, même si l'on accepte la volonté des tribunaux de faire évoluer la common law en l'adaptant aux développements technologiques, la capacité d'utiliser le délit de voie de fait comme fondement d'une protection solide contre le harcèlement est très limitée. Bien que le comportement du défendeur dans *Warman* puisse certainement être qualifié (entre autres) de harcèlement, le délit de voie de fait, même dans sa forme élargie, ne conviendra pas pour la plupart des cas de harcèlement. L'élément central de la voie de fait est la démonstration d'une attaque physique imminente, mais de nombreux cas de harcèlement ne comportent aucune menace de préjudice physique, ou du moins pas au niveau d'intensité et de gravité constaté dans *Warman*. Par conséquent, même si la voie de fait délictuelle pourrait être utile dans certains cas rares et extrêmes de harcèlement, elle ne convient pas à la plupart des situations.

---

<sup>73</sup> *Warman v Grosvenor* (2008), 92 OR (3<sup>e</sup>) 663, 172 ACWS (3<sup>e</sup>) 385 (ONSC).

<sup>74</sup> *Ibid* aux para 22, 29, 31, 61 (dans l'original, les mots cités figuraient en majuscules).

<sup>75</sup> *Ibid* au para 62.

<sup>76</sup> *McLean*, *supra* note 59 au para 61. En Angleterre, la Chambre des lords a reconnu que le harcèlement constitué d'appels téléphoniques silencieux qui cause un préjudice psychiatrique peut être assimilé à des [TRADUCTION] « voies de fait occasionnant des lésions corporelles » lorsque les faits montrent que ces appels sont susceptibles d'amener la victime à craindre une violence immédiate. Voir *R v Ireland*, [1998] AC 147 aux para 162, 166, [1997] 4 All ER 225 (HL (Eng)) [*Ireland*].

#### 4. La diffamation

Un autre délit qui pourrait se révéler utile dans certains cas de harcèlement est la diffamation. En termes généraux, ce délit oblige à démontrer qu'une déclaration du défendeur est susceptible de nuire à la réputation du demandeur, notamment en faisant de celui-ci un objet de ridicule ou de mépris<sup>77</sup>. Les tribunaux ont eu tendance à interpréter ces exigences de manière libérale, et il est assez facile d'y satisfaire. Par conséquent, certains actes de harcèlement pourraient également constituer de la diffamation s'ils comportent des remarques humiliantes ou désobligeantes adressées à un tiers.

Cependant, de nombreux cas de harcèlement ne relèvent pas de la diffamation. Par exemple, la traque comporte rarement la diffusion de propos diffamatoires; et le harcèlement au travail peut se limiter à des communications entre un superviseur et un employé, ce qui ne permet pas de remplir la condition de « diffusion » destinée à un tiers. Le harcèlement peut prendre la forme de remarques ou de photos suggestives qui peuvent parfois être considérées comme diffamatoires (si, par exemple, elles donnent à entendre à tort que le demandeur présente certaines caractéristiques négatives), mais pas nécessairement. En outre, il se peut que certains actes de harcèlement soient protégés par divers moyens de défense contre la diffamation. Des remarques sévères (par exemple quant au mauvais rendement professionnel) pourraient relever de la défense du commentaire loyal, qui protège l'expression honnête d'une opinion. Les railleries blessantes (par exemple, « vous êtes un mauvais élève » ou « vous n'avez pas d'amis ») peuvent être vraies et, à ce titre, bénéficier d'une défense complète fondée sur la justification, qui protège toute déclaration véridique contre la responsabilité pour diffamation. Pour ces raisons, la diffamation, à l'instar des trois autres délits que nous venons d'examiner, n'offre qu'une voie limitée vers la responsabilité délictuelle pour harcèlement.

#### C. Des solutions plus prometteuses

S'il est possible d'assimiler un acte de harcèlement à l'un des délits mentionnés dans la section précédente, on devrait le faire. Il est également possible que, dans certains contextes, d'autres délits puissent être invoqués. Cependant, les limites que présentent toutes les solutions qui viennent d'être examinées montrent qu'une démarche différente est nécessaire. Les différentes solutions qui viennent d'être examinées ont un point faible en commun : elles sont toutes limitées à des scénarios factuels particuliers, car elles sont construites à partir de délits concernant des contextes factuels particuliers. Or, comme je l'ai mentionné au début, le harcèlement se produit partout. Prises isolément, les solutions envisagées ci-dessus se limitent chacune à un petit sous-ensemble de cas de harcèlement; prises ensemble, elles aboutissent à un ensemble confus de principes, dont chacun comporte ses propres éléments et moyens de défense.

Une meilleure solution devrait remplir trois conditions : elle devrait être suffisamment *générale* pour englober diverses formes de harcèlement (en milieu de travail et en dehors du milieu de travail, le harcèlement « général » ainsi que le harcèlement fondé sur l'appartenance du demandeur à un certain groupe); elle devrait être *directe*, en ce sens qu'elle devrait s'attaquer de front au harcèlement; et elle devrait être *viable sur le plan doctrinal*. Bien que la doctrine établie au fil du temps montre l'extraordinaire malléabilité des catégories juridiques face à des situations nouvelles<sup>78</sup>, plus il est facile d'intégrer une innovation dans une ligne doctrinale existante, plus il est facile de la justifier.

On peut aborder le problème en termes d'*actes*, de *liens* et de *conséquences* : nous devons déterminer quels *types d'actes* constitueraient du harcèlement et *quels types de conséquences* doivent se produire pour que la responsabilité soit engagée. Une telle démarche aidera à déterminer les

<sup>77</sup> Voir *Botiuk c Toronto Free Press Publications Ltd*, [1995] 3 RCS 3 au para 62, 126 DLR (4<sup>e</sup>) 609.

<sup>78</sup> Voir Dan Priel, « Structure, Function, and Tort Law » (2020) 13:1 J Tort L 31 aux pp 63-66.

changements qu'il faudrait peut-être apporter au droit pour couvrir les cas de harcèlement. Par exemple, en termes d'*actes*, le délit d'IISP vise *tout* acte commis avec intention (ou au moins avec insouciance); quant aux *conséquences*, le résultat doit être un préjudice psychologique.

TABLEAU 1

| Acte                                                      | Lien   | Conséquence           |
|-----------------------------------------------------------|--------|-----------------------|
| Tout acte (ponctuel) commis avec intention ou insouciance | Causes | Trouble psychologique |

Selon cette définition, si un seul incident de harcèlement susceptible d'entraîner un préjudice psychologique se produit, le demandeur peut intenter une action en justice au titre de l'IISP en invoquant simplement le délit d'IISP.

Ce cadre général permet également d'analyser sans difficulté les changements qui doivent être apportés au délit pour qu'il s'étende au harcèlement. Tout d'abord, s'attachant à l'élément « acte », contrairement aux faits ponctuels couverts par le délit d'IISP, le harcèlement comporte généralement une série d'incidents qui s'étendent sur une longue période, un « comportement<sup>79</sup> », selon l'une des définitions législatives mentionnées ci-dessus. En deuxième lieu, s'attachant toujours à l'élément « acte », la responsabilité pour harcèlement pourrait être plus étendue si le harcèlement peut être commis par négligence, et pas seulement avec insouciance. En troisième lieu, en s'attachant à l'élément « conséquences », il pourrait être nécessaire d'élargir la responsabilité pour harcèlement si elle doit couvrir des conséquences qui ne constituent pas un préjudice psychologique – par exemple, l'« humiliation » mentionnée dans la récente modification du *Code canadien du travail*<sup>80</sup>.

Avec ce cadre général, nous pouvons examiner deux méthodes différentes, fondées sur des délits existants, pour établir la responsabilité pour harcèlement.

### 1. Actualisation du délit d'IISP

La Cour d'appel, dans *Merrifield*, a reconnu que le délit d'IISP fait partie intégrante de la common law, malgré ses origines plutôt révolutionnaires (non reconnues)<sup>81</sup>. Parallèlement, elle a rejeté la création d'un [TRADUCTION] « nouveau délit » de harcèlement<sup>82</sup>. Ce que la Cour d'appel n'a pas envisagé, c'était la possibilité d'*actualiser* le délit d'IISP, qui remonte à la fin du XIX<sup>e</sup> siècle, pour l'adapter à notre époque. Actualisé, ce délit pourrait conserver son appellation plutôt pesante ou être renommé « harcèlement » afin de mieux correspondre à la terminologie non juridique contemporaine. Dans les deux cas, il s'agirait de prendre comme point de départ le délit établi pour la première fois dans l'affaire *Wilkinson* et l'adapter à notre époque. Cette démarche, qui consiste à reprendre une doctrine

<sup>79</sup> Voir le texte accompagnant la note 11.

<sup>80</sup> Voir le texte accompagnant la note 12. Ce cadre permet également de relever une autre manière d'élargir la portée de l'IISP, à savoir l'exigence de causalité. Je ne m'étendrai pas sur cette possibilité ici, si ce n'est pour souligner que, compte tenu de récents arrêts de la Cour suprême, une telle démarche, si elle était adoptée, ne prendrait vraisemblablement pas la forme d'une doctrine particulière. La méthode la plus susceptible d'être adoptée pour assouplir l'exigence de causalité consiste plutôt à utiliser des preuves manifestes d'actes répréhensibles permettant de conclure à l'existence d'un lien de causalité. Pour une analyse de cette démarche, voir Kenneth S Abraham, « Self-Proving Causation » (2013) 99:8 Va L Rev 1811. Pour un exemple canadien, voir *Snell c Farrell*, [1990] 2 RCS 311, 72 DLR (4<sup>e</sup>) 289. Une telle démarche est susceptible de séduire les tribunaux dans les affaires de harcèlement grave où les antécédents de trouble mental du demandeur peuvent rendre difficile la preuve que le comportement du défendeur a causé les préjudices subséquents subis par le demandeur.

<sup>81</sup> Voir le texte accompagnant la note 38.

<sup>82</sup> *Merrifield*, *supra* note 1 au para 37.

vieille de 120 ans et l'ajuster modestement en fonction des préoccupations sociétales actuelles et de décennies de données empiriques supplémentaires, s'inscrit facilement dans la conception de la Cour d'appel quant à l'évolution progressive de la common law.

Selon l'arrêt *Merrifield*, le délit d'IISP est constitué des éléments suivants :

- 1) le comportement du défendeur était flagrant et outrageant;
- 2) il visait à causer un préjudice au demandeur;
- 3) il a provoqué chez le demandeur un trouble visible et démontrable<sup>83</sup>.

En revanche, le délit de harcèlement a été expliqué par le tribunal de première instance dans *Merrifield* en ces termes :

[TRADUCTION]

- 1) Le comportement des défendeurs envers M. Merrifield était-il outrageant?
- 2) Les défendeurs avaient-ils l'intention de causer un trouble émotionnel ou ont-ils fait preuve d'une insouciance téméraire en causant un trouble émotionnel à M. Merrifield?
- 3) M. Merrifield a-t-il souffert d'un trouble émotionnel grave ou extrême?
- 4) Le comportement outrageant des défendeurs a-t-il été la cause réelle et proche du trouble émotionnel<sup>84</sup>?

Ces deux énoncés se ressemblent considérablement. La différence la plus [TRADUCTION] « notable » – trois éléments contre quatre – n'est rien d'autre que la division du troisième élément constitutif de l'IISP en deux. Une autre différence soulignée par la Cour d'appel réside dans le fait que, tandis que le délit reconnu se limite à un comportement à la fois flagrant et outrageant, le [TRADUCTION] « nouveau » délit peut être commis lorsque le comportement est simplement outrageant, même s'il n'est pas d'une manière ou d'une autre flagrant<sup>85</sup>. Si cette distinction revêt une quelconque importance, la Cour d'appel aurait pu modifier la formulation du délit de harcèlement utilisée par le tribunal de première instance en y ajoutant l'exigence de flagrance. Cependant, cette distinction semble spécieuse. Il est difficile d'imaginer un comportement qui serait outrageant sans être flagrant, d'autant plus qu'une recherche dans le dictionnaire montre que [en anglais] l'une des significations du mot *outrageous* est *flagrant*<sup>86</sup>. Toutefois, en supposant qu'une personne ait réussi à commettre un acte outrageant, mais non flagrant, qui visait à causer un préjudice psychologique grave et qui a effectivement causé un tel préjudice, on ne comprend pas bien pourquoi la Cour d'appel ne voudrait pas qu'un tel acte engage une responsabilité délictuelle.

Autre différence mineure entre les deux définitions : la première se limite aux actes [TRADUCTION] « conçus » pour causer un préjudice psychologique, tandis que le délit de harcèlement proposé par le tribunal de première instance inclut les actes commis avec une insouciance téméraire quant à cette possibilité. Cependant, la conception plus large de l'état d'esprit acceptée par le tribunal de première instance correspond parfaitement à la conception actuelle de l'IISP. En fait, il est presque certain que c'est la simple insouciance qui a motivé l'imputation de la responsabilité dans l'affaire *Wilkinson* elle-même. Rien dans cette affaire n'indique que M. Downton, le farceur, ait cherché à obtenir le résultat qui s'est produit. Il pensait simplement s'amuser de manière inoffensive. Ne trouvant manifestement aucune preuve d'une intention réelle de nuire, le tribunal, dans l'affaire

---

<sup>83</sup> *Ibid* au para 45.

<sup>84</sup> *Merrifield* ONSC, *supra* note 4 au para 719, cité dans *Merrifield*, *supra* note 1 au para 15.

<sup>85</sup> *Merrifield*, *supra* note 1 au para 47.

<sup>86</sup> Voir le *Oxford English Dictionary*, 3<sup>e</sup> éd, *sub verbo* « outrageous » : « Exceeding established or reasonable limits; egregious, flagrant; immoderate, extravagant; enormous. » ([TRADUCTION] « Dépasant les limites établies ou raisonnables; grave, flagrant; immodéré; extravagant; énorme. »)



*Wilkinson*, a déclaré que, l'acte du défendeur étant ce qu'il est, [TRADUCTION] « on doit imputer l'intention de produire un tel effet [l'effet produit]<sup>87</sup> ». En d'autres termes, la Cour, dans *Wilkinson*, a reconnu que M. Downton avait *tout au plus* fait preuve d'insouciance quant à la possibilité de causer un préjudice psychologique. Elle a ajouté également que le fait que le préjudice réel ait été plus important que celui anticipé par M. Downton n'était pas pertinent<sup>88</sup>. Il ne s'agissait pas là non plus d'un cas de formulation inconsiderée dans une affaire sans précédent qui aurait été rejetée dans des décisions ultérieures, car, en 2004, la Chambre des lords a reconnu expressément que l'IISP pouvait être commis par insouciance<sup>89</sup>. Dans ce contexte, l'arrêt *Merrifield* ressemble peu à l'image qu'il veut se donner de décision respectueuse des précédents et des traditions, et ressemble davantage à une décision qui s'écarte de la doctrine établie sans explication.

Ces différences entre le délit établi d'IISP et le nouveau délit prétendument injustifié de harcèlement sont, au mieux, mineures. Elles peuvent facilement être considérées comme relevant du type de changement évolutif qui caractérise la common law depuis des siècles. Qu'en est-il, cependant, des trois extensions éventuelles que pourrait nécessiter la responsabilité pour harcèlement? Rappelons qu'il s'agit des trois éléments suivants : un comportement répétitif (par opposition à un acte isolé), une exigence moindre quant à l'état mental et un préjudice qui n'équivaut pas à un préjudice psychologique.

Tant que l'IISP reste un délit distinct qui diffère de la négligence, sa portée ne devrait pas être élargie par l'affaiblissement de la *mens rea* requise<sup>90</sup>. Les deux autres modifications possibles méritent toutefois réflexion. La Cour d'appel n'a pas examiné la possibilité d'étendre la portée du délit d'IISP aux cas où un acte intentionnel ou relevant de l'insouciance est le fruit d'un comportement qui dure depuis longtemps. Elle aurait dû le faire. Le délit d'IISP est issu d'une affaire portant sur un événement isolé, et cet aspect reste aujourd'hui encore ancré dans l'essence même de ce délit. En revanche, lorsque les gens parlent de harcèlement en dehors du cadre juridique, ils font souvent référence à une série d'incidents ou à un type de comportement. Cette distinction est importante, car les effets graves du harcèlement découlent souvent de leur caractère généralisé et de leur persistance. C'est la nature répétitive des attaques qui peut créer un sentiment d'impuissance et entraîner des préjudices à long terme qui peuvent être plus graves que les conséquences d'un événement ponctuel.

On peut comprendre que, par le passé, le droit ait eu moins de difficulté à reconnaître la responsabilité pour les préjudices psychologiques résultant d'incidents isolés. Outre la tendance humaine à réagir plus fortement aux risques et aux dommages directs et marquants qu'à ceux qui

---

<sup>87</sup> *Wilkinson*, *supra* note 38 à la p 59.

<sup>88</sup> *Ibid.*

<sup>89</sup> Voir *Wainwright v Home Office*, [2001] EWCA Civ 2081 aux para 44, 46, 49, le lord juge en chef Woolf, conf par *Wainwright v Home Office*, [2003] UKHL 53 [*Wainwright*] (pour commettre ce délit, [TRADUCTION] « le défendeur doit avoir réellement agi d'une manière qu'il savait injustifiable soit avec l'intention de causer un préjudice soit, à tout le moins, sans se soucier de causer ou non un préjudice » (para 45). Comme il a été mentionné, des affaires plus anciennes ont également reconnu que ce délit peut être commis par négligence. Voir *Janvier*, *supra* note 42. Un autre aspect insolite de l'arrêt *Merrifield* tient au fait que la Cour d'appel a interprété et critiqué la mention par le tribunal de première instance de l'[TRADUCTION] « insouciance grave », un état d'esprit subjectif bien connu, comme une indication de l'adoption d'une norme [TRADUCTION] « objectivement définie » (*Merrifield*, *supra* note 1 au para 47). Sur ce fondement, la Cour d'appel a accusé le tribunal de première instance d'avoir transformé le délit d'IISP en délit de négligence (*Merrifield*, *supra* note 1 au para 48). La décision du tribunal de première instance indique toutefois clairement que [TRADUCTION] « l'acteur doit souhaiter produire les conséquences qui en découlent ou savoir qu'il est presque certain que les conséquences se produiront » (*Merrifield* ONSC, *supra* note 4 au para 728) (citant *Prinzo v Baycrest Centre for Geriatric Care* (2002), 60 OR (3<sup>e</sup>) 474 au para 61, 215 DLR (4<sup>e</sup>) 31 (ONCA)). À tout le moins, l'état d'esprit qui consiste à avoir une certitude substantielle est une notion plus restrictive que l'insouciance.

<sup>90</sup> Les termes *mens rea* et *actus reus* sont plus fréquemment utilisés en droit criminel, mais ils peuvent également être utiles en droit de la responsabilité délictuelle. Voir Peter Cane, « *Mens Rea in Tort Law* » (2000) 20:4 Oxford J Legal Stud 533.

sont cachés et dont la causalité est obscure<sup>91</sup>, il peut y avoir de bonnes raisons juridiques de traiter les deux différemment. Même lorsque le préjudice physique est léger, il est généralement facile de prouver à la fois qu'il s'est produit et qu'il a été causé par les actes du défendeur. S'agissant de préjudices psychiatriques, la situation est, ou du moins était, très différente, car il était souvent plus difficile de prouver ces deux éléments. Pour cette raison, il n'est pas surprenant que, par le passé, la responsabilité pour préjudice psychiatrique ait été limitée aux cas où l'événement déclencheur était à ce point extraordinaire que le lien de causalité entre l'acte du défendeur et le préjudice subi par le demandeur ne pouvait être mis en doute, et où le préjudice psychiatrique était à ce point grave qu'il aurait été difficile de le considérer comme un simple dérangement<sup>92</sup>.

De nos jours, il est plus difficile d'accepter une distinction catégorique comportant des conséquences juridiques fondamentalement différentes entre des événements distincts et un harcèlement continu lorsqu'ils causent des préjudices similaires. Un élément qui a évolué depuis 1897 est l'état des connaissances médicales concernant les effets de l'exposition à des environnements stressants. Il n'est donc pas surprenant que les tribunaux de divers ressorts de common law aient reconnu que la distinction entre choc et stress est problématique et aient commencé à la démonter<sup>93</sup>. Dans au moins deux décisions (non mentionnées par la Cour d'appel), la Cour fédérale a imposé une responsabilité pour harcèlement en étendant le délit d'IISP aux cas de harcèlement continu en milieu de travail<sup>94</sup>.

Un argument juridique plus limité à l'appui de cette conclusion est le suivant : dans le domaine des préjudices physiques, les tribunaux reconnaissent désormais les demandes fondées sur des préjudices physiques résultant d'une exposition prolongée à une substance dangereuse<sup>95</sup>. Il s'ensuit que, pour limiter la responsabilité délictuelle pour les IISP aux seuls cas de choc nerveux, il faut établir une distinction entre les préjudices physiques et les préjudices psychiatriques. Cette distinction est discutable sur le plan médical<sup>96</sup>, mais jusqu'à récemment, elle bénéficiait d'un certain soutien en droit

<sup>91</sup> Voir George F Loewenstein et al, « Risk as Feelings » (2001) 127:2 Psychological Bull 267; Joshua D Greene et al, « Pushing Moral Buttons: The Interaction Between Personal Force and Intention in Moral Judgment » (2009) 111:3 Cognition 364.

<sup>92</sup> Voir par exemple *Wilkinson*, *supra* note 38.

<sup>93</sup> Pour l'Angleterre, voir *Walker v Northumberland County Council*, [1995] ICR 702, [1995] 1 All ER 737 (QB) [*Walker*]; *Hatton v Sutherland*, [2002] EWCA Civ 76 aux para 7-10 [*Hatton*]. Voir aussi *Khorasandjian*, *supra* note 67 à la p 736. Pour l'Australie, voir *Tame v New South Wales*, [2002] HCA 35 aux para 18, 65-66, 213. L'arrêt *Bau v Victoria*, [2009] VSCA 107 [*Bau*], qui concerne également un agent de police ayant allégué du harcèlement au travail, est particulièrement pertinent pour une lecture de *Merrifield*. La Cour d'appel de Victoria a reconnu qu'une série d'incidents mineurs pouvait avoir un effet cumulatif susceptible de causer un préjudice psychiatrique reconnu (*ibid* aux para 86-87).

<sup>94</sup> Voir *Clark c Canada (1<sup>re</sup> inst)*, [1994] 3 CF 323 aux pp 350-51, 1993 CanLII 3479 (CF (1<sup>re</sup> inst)), où la Cour a reconnu cet élément. Voir aussi *Boothman c Canada (1<sup>re</sup> inst)*, [1993] 3 CF 381, 1993 CanLII 2949 (CF (1<sup>re</sup> inst)), où la Cour a imposé une responsabilité au titre de l'IISP pour un harcèlement prolongé, mais n'a pas tenu compte de la différence entre l'IISP ponctuelle et l'IISP continue. Au fait, l'arrêt *Clark* concernait un membre de la GRC qui avait obtenu gain de cause dans une action en justice pour harcèlement sexuel et intimidation au travail. L'arrêt *Clark* a été cité dans *Merrifield* ONSC, *supra* note 4 au para 878.

<sup>95</sup> Voir *Holtby v Brigham & Cowan (Hull) Ltd*, [2000] ICR 1086, [2000] 3 All ER 421 (CA) [*Holtby*] (responsabilité pour négligence imposée pour une longue exposition à l'amiante provoquant une amiantose). En Ontario, l'arrêt *Pearson v Inco Ltd* (2005), 78 OR (3<sup>e</sup>) 641 aux para 46-49, 261 DLR (4<sup>e</sup>) 629 (CA) [*Pearson*] est un exemple illustratif : la Cour d'appel a certifié un recours collectif en négligence (entre autres) fondé sur une exposition prolongée au nickel résultant des actes du défendeur. La demande en négligence a apparemment été abandonnée par la suite, et l'ensemble de la demande a finalement été rejeté par la Cour d'appel (voir *Smith v Inco Limited*, 2011 ONCA 628 [*Smith*]), mais pour d'autres motifs. On n'a jamais donné à entendre qu'un préjudice résultant d'une exposition à long terme ne pouvait pas servir de fondement à la responsabilité délictuelle, auquel cas la demande n'aurait pas été certifiée.

<sup>96</sup> Voir en général Michael R Trimble et Mark S George, *Biological Psychiatry*, 3<sup>e</sup> éd, Chichester, Wiley-Blackwell, 2010, et, dans une perspective plus philosophique, voir Gerald M Edelman, *Bright Air, Brilliant Fire: On the Matter of the Mind*, New York, Basic Books, 1992, aux chs 4, 18. Pour une reconnaissance judiciaire, voir *Page v Smith* (1995), [1996] AC 155; *Adams v Bracknell Forest Borough Council*, [2004] UKHL 29 (une demande au titre d'une [TRADUCTION] « incapacité mentale » est, [TRADUCTION] « dans un monde post-cartésien », une demande [TRADUCTION] « pour préjudice personnel », au para 10). Voir *Ireland*, *supra* note 76 (où l'on élargit la définition du [TRADUCTION] « préjudice physique » pour inclure les préjudices psychiatriques résultant d'un harcèlement ayant causé un préjudice psychologique).

canadien. Elle repose sur des fondements beaucoup plus fragiles depuis l'arrêt *Saadati*, rendu en 2017 par la Cour suprême<sup>97</sup>. Bien que l'arrêt *Saadati* ait porté sur un cas de négligence, en théorie ne traitant pas du délit d'IISP, son message avait une portée générale. Marquer une différence inhérente entre un préjudice psychiatrique et un préjudice physique ne saurait se justifier<sup>98</sup>, et si cette différence a été reconnue dans des affaires antérieures, ces dernières doivent être rejetées. Il s'ensuit que si les préjudices physiques résultant d'une exposition à long terme peuvent servir de fondement à la responsabilité, il n'y a aucune raison de principe pour limiter la responsabilité aux cas de « choc » lorsqu'il s'agit de préjudices psychiatriques.

Étant donné que la distinction entre un événement isolé et un type de comportement semble discutable, ayant été rejetée par les tribunaux à travers le monde, et étant donné qu'elle est en contradiction avec de récents arrêts de la Cour suprême, elle ne constitue pas un obstacle réel à une adaptation modeste du délit d'IISP aux réalités modernes, créant ainsi une responsabilité délictuelle pour de nombreux types de harcèlement. En effet, avec cette modification, le délit d'IISP pourrait être rebaptisé « harcèlement », étant entendu que les affaires du type *Wilkinson* sont les cas les moins courants de harcèlement, où le préjudice résulte d'un seul incident de harcèlement.

La dernière différence possible entre la conception classique du délit d'IISP et la responsabilité délictuelle prétendument nouvelle pour harcèlement a trait au préjudice que le demandeur doit démontrer. Selon *Merrifield*, l'IISP exige la preuve d'une [TRADUCTION] « maladie visible et prouvable », alors que le tribunal de première instance, dans l'affaire *Merrifield*, n'exigeait qu'un [TRADUCTION] « trouble émotionnel grave ou extrême<sup>99</sup> ». Toutefois, là encore, l'exigence plus restrictive posée dans *Merrifield* est en contradiction avec l'arrêt *Saadati*, qui non seulement a remis en cause la distinction entre préjudice physique et préjudice psychiatrique, mais a supprimé également l'obligation de prouver l'existence d'un « trouble psychiatrique reconnu<sup>100</sup> ». Encore ici, les motifs évoqués dans l'arrêt *Saadati* étaient tout à fait d'ordre général, se rapportant à la nature du préjudice et ne se limitant pas au délit de négligence. En effet, si de tels motifs s'appliquent à la négligence, ils s'appliquent *a fortiori* à un délit dont la *mens rea* est plus stricte.

Bien qu'elle ait été rendue quelques mois avant que la Cour suprême ne rende l'arrêt *Saadati*, la décision du tribunal de première instance dans *Merrifield* correspond mieux aux conclusions de l'arrêt *Saadati* que la décision de la Cour d'appel qui en a découlé : *Saadati* a fixé une limite à la responsabilité pour « contrariétés émotionnelles ou angoisses ordinaires », qui n'ouvrent pas droit à indemnisation<sup>101</sup>, mais le tribunal de première instance, dans *Merrifield*, a limité la responsabilité à une catégorie beaucoup plus restreinte de troubles émotionnels graves ou extrêmes. Il est quelque peu ironique qu'une décision fondée sur l'idée de respecter la manière dont [TRADUCTION] « la common law fonctionne » finisse par faire abstraction de ce qui est peut-être l'aspect le plus connu de la common law, à savoir le respect des précédents.

## 2. Intégration au délit de négligence

En plus de moderniser un délit datant de la fin du XIX<sup>e</sup> siècle, il vaut la peine d'examiner la possibilité d'utiliser le droit de la responsabilité délictuelle, qui touche à tous les domaines, pour imposer une

---

<sup>97</sup> *Saadati*, *supra* note 3.

<sup>98</sup> *Ibid* au para 35.

<sup>99</sup> *Merrifield*, *supra* note 1 au para 47.

<sup>100</sup> *Saadati*, *supra* note 3 au para 31.

<sup>101</sup> *Ibid* au para 40 (la demande indemnisable du demandeur était fondée sur un dérèglement allant au-delà « des contrariétés émotionnelles ou angoisses ordinaires »).

responsabilité pour harcèlement<sup>102</sup>. En rejetant la possibilité d'imposer une responsabilité sur le fondement de la négligence, la Cour d'appel, dans l'arrêt *Merrifield*, a suivi la décision qu'elle avait rendue antérieurement dans *Piresferreira v Ayotte*<sup>103</sup>. Étant donné que la Cour, dans cet arrêt antérieur (rédigé par le juge Juriansz, qui faisait partie de la formation de juges dans l'affaire *Merrifield*), partage l'hostilité exprimée dans *Merrifield* à l'égard de la reconnaissance d'une responsabilité délictuelle pour harcèlement au travail, il mérite que l'on s'y penche de façon plus particulière. Dans cette affaire, la demanderesse affirmait avoir subi un préjudice psychologique en raison de conditions de travail dégradantes et humiliantes. En rejetant sa demande, la Cour d'appel dans *Piresferreira* a formulé la question juridique ainsi : Existe-t-il un délit d'[TRADUCTION] « infliction négligente de souffrances morales »? Elle a conclu que [ce délit] [TRADUCTION] « n'existe pas dans un contexte d'emploi<sup>104</sup> ».

Présenter la question de cette manière est quelque peu trompeur, bien que cela serve un objectif rhétorique. Parler du [TRADUCTION] « délit d'infliction négligente de souffrances morales » donne l'impression que la question que la Cour devait trancher était tributaire de la création d'un nouveau délit. Tout comme dans *Merrifield*, cela a facilité le rejet de la demande au motif qu'elle reposait prétendument sur un changement révolutionnaire du droit, qu'il n'appartenait pas à un tribunal d'effectuer. En fait, il n'existe qu'un seul délit de négligence, que la Cour suprême a décrit il y a longtemps en ces termes : « ce qui dans la *common law* se rapproche le plus d'une théorie générale de la responsabilité civile<sup>105</sup> ». Une formulation différente, qui est sans doute plus conforme au droit canadien de la responsabilité délictuelle, aurait été la suivante : lorsque la Cour d'appel a conclu, à la fin de l'arrêt *Piresferreira*, que [TRADUCTION] « le délit d'infliction négligente de souffrances morales ne peut être invoqué à l'encontre d'un employeur ou d'un superviseur pour des actes commis dans le cadre de l'emploi<sup>106</sup> », elle a en fait décidé que les employeurs ou les superviseurs en milieu de travail n'ont pas de devoir de diligence envers leurs employés en ce qui concerne les préjudices psychologiques. Étant donné qu'il est établi depuis longtemps qu'une personne peut être tenue responsable d'un préjudice strictement psychiatrique infligé par négligence<sup>107</sup>, l'arrêt *Piresferreira* appuie l'idée selon laquelle le milieu de travail doit faire exception à cette règle générale.

Une telle exception est anormale, surtout depuis l'arrêt *Saadati*. Il ne fait aucun doute que les employeurs et les superviseurs ont le devoir envers leurs employés de prendre des mesures raisonnables pour les protéger contre les préjudices physiques, y compris les préjudices causés par d'autres employés<sup>108</sup>. La *Loi sur la santé et la sécurité au travail* de l'Ontario impose à l'employeur

---

<sup>102</sup> C'est, grosso modo, la démarche adoptée par les tribunaux australiens. En Australie, le harcèlement et l'intimidation au travail ont été analysés sous l'angle de la négligence. Voir *Koehler v Cerebos (Aust) Ltd*, [2005] HCA 15, où la Haute Cour de l'Australie a reconnu l'obligation générale de diligence qui incombe aux employeurs de protéger le bien-être de leurs employés, [TRADUCTION] « l'obligation de prendre toutes les mesures raisonnables pour garantir un régime de travail sécuritaire » (au para 19), qui comprend l'obligation [TRADUCTION] « d'éviter tout préjudice psychiatrique » (aux para 21, 53). Sur ce fondement, les tribunaux d'instance inférieure ont par la suite imposé aux employeurs une responsabilité pour négligence dans la gestion du harcèlement au travail. Voir par exemple *Bau*, *supra* note 93; *Brown v Maurice Blackburn Cashman*, [2013] VSCA 122.

<sup>103</sup> *Piresferreira*, *supra* note 32.

<sup>104</sup> *Ibid* au para 63.

<sup>105</sup> *La Reine c Saskatchewan Wheat Pool*, [1983] 1 RCS 205 à la p 224, 143 DLR (3<sup>e</sup>) 9 [*Saskatchewan Wheat Pool*]. Voir aussi *Dorset Yacht Co Ltd v Home Office*, [1970] AC 1004 à la p 1027, [1970] 2 All ER 294.

<sup>106</sup> *Piresferreira*, *supra* note 32 au para 94.

<sup>107</sup> Voir *Mustapha c Culligan du Canada Ltée*, 2008 CSC 27. Voir aussi *Wainwright*, *supra* note 89 au para 40 ([TRADUCTION] « Au moment où l'arrêt *Janvier v Sweeney*, [1919] 2 KB 316, a été rendu, [...] le droit était en mesure de s'adapter aisément aux faits de l'arrêt *Wilkinson v Downton*, [1897] 2 QB 57, relativement au droit en matière de choc nerveux causé par négligence »). L'arrêt *Wainwright* a toutefois limité la portée du délit d'IISP aux actes intentionnels ou commis avec insouciance. Il a mis en équilibre l'exigence plus élevée quant à l'état d'esprit requis pour établir ce délit et une exigence moindre en ce qui concerne le préjudice (*ibid* aux para 42-45).

<sup>108</sup> Voir *England, Wood et Christie*, *supra* note 19 au para 9.3 (l'employeur a l'obligation de prendre des mesures raisonnables pour assurer la sécurité des employés en vertu d'une clause contractuelle implicite ou en vertu du droit de la responsabilité délictuelle). Voir aussi les sources citées dans *Stacey Reginald Ball, Canadian Employment Law*, Toronto, Thomson Reuters, 1996



l'obligation de « prend[re] toutes les précautions raisonnables dans les circonstances pour assurer la protection du travailleur<sup>109</sup> ». En termes plus généraux, la Cour suprême a confirmé il y a longtemps le devoir des superviseurs et des employeurs d'« assurer la sécurité et la productivité » du milieu de travail<sup>110</sup>. Ces termes ont été employés sans réserve ni limite, et, puisqu'ils ont été utilisés dans le contexte d'une plainte de harcèlement sexuel, il y a tout lieu de penser qu'ils visaient la protection à la fois contre les préjudices physiques et contre les préjudices psychologiques. Il n'est donc pas surprenant que, dans d'autres provinces, il ait été reconnu que les préjudices psychologiques infligés par négligence en milieu de travail donnaient ouverture à un recours<sup>111</sup>.

La décision *Piresferreira* laisse ainsi entendre que le chevauchement de deux obligations de diligence reconnues crée en quelque sorte un domaine où il n'y a pas d'obligation de diligence. Présenter la décision de cette manière permet de montrer à quel point elle est bizarre. Cependant, comme nous l'avons mentionné, formuler la question en termes de « nouveau délit » (ou même de « nouvelle » obligation de diligence) a fourni à la Cour d'appel des arguments rhétoriques. Plutôt que d'être contrainte de justifier la création d'une *exception* à une responsabilité déjà reconnue, la Cour, en formulant la question ainsi, a fait porter au demandeur la charge de justifier l'établissement d'un nouveau fondement de responsabilité. En traitant l'affaire de cette manière, la Cour a soumis la demande au critère établi dans les arrêts *Anns* et *Cooper*<sup>112</sup>. Elle a admis que l'employeur et ses employées étaient suffisamment proches pour satisfaire au premier volet du critère, mais a conclu que l'obligation de diligence était écartée à la seconde étape de l'analyse<sup>113</sup>. L'argument doctrinal à l'appui de cette conclusion était essentiellement le suivant : la Cour suprême a rejeté l'existence d'un délit pouvant donner ouverture à des dommages-intérêts pour congédiement de mauvaise foi. Il s'ensuit que l'employeur n'a aucune obligation de diligence en ce qui concerne les préjudices psychologiques infligés par négligence en milieu de travail, car cette dernière supposée obligation, qui s'étend à l'ensemble de la relation de travail, est beaucoup plus large que la première<sup>114</sup>. Si la première n'existe pas, alors, logiquement, la seconde non plus. Ce raisonnement n'est pas convaincant. Je fais remarquer au passage que, dans *Wallace c United Grain Growers Ltd* – l'arrêt de la Cour suprême sur lequel *Piresferreira* a fondé cet argument –, il a été jugé qu'il existait effectivement un devoir de bonne foi en matière de congédiement<sup>115</sup>. Ce que la Cour suprême a rejeté, c'est la possibilité d'octroyer des dommages-intérêts pour congédiement de mauvaise foi, privilégiant plutôt comme recours la

---

(feuilles mobiles mises à jour en juin 2019, envoi n° 80), au para 20:90.

<sup>109</sup> *Loi sur la santé et la sécurité au travail*, LRO 1990, c O.1, art 25(2)h). Les superviseurs en milieu de travail ont une obligation similaire (*ibid*, art 27(2)c)). Il est vrai que la Commission des relations de travail de l'Ontario a statué que cette loi [TRADUCTION] « ne donne pas droit aux travailleurs à un milieu de travail exempt de harcèlement ». *Ljuboja v Aim Group Inc*, [2013] OLRB Rep 1298, 2013 CanLII 76529 au para 35 (CRTO); *Conforti v Investia Financial Services Inc*, [2011] OLRB Rep 549, 2011 CanLII 60897 au para 15 (CRTO). Cependant, le contexte diffère, puisqu'il s'agit de savoir si ces obligations peuvent donner lieu à une responsabilité pour *négligence* pour ne pas avoir empêché le harcèlement. De plus, ces décisions ont été rendues avant les récentes modifications apportées à la loi, décrites dans le texte accompagnant les notes 17-18.

<sup>110</sup> *Robichaud c Canada (Conseil du Trésor)*, [1987] 2 RCS 84 à la p 96, 40 DLR (4<sup>e</sup>) 577 (citant *Meritor Savings Bank, FSB v Vinson*, 477 US 57 à la p 76 (1986), motifs concordants du juge Marshall). Il se trouve que le juge Juriansz, alors avocat, représentait l'appelante, qui a obtenu gain de cause dans cette affaire.

<sup>111</sup> Voir *Sulz v Canada (AG)*, 2006 BCSC 99 aux para 144-60 [Sulz], conf par 2006 BCCA 582. À l'instar de M. Merrifield, M<sup>me</sup> Sulz était une agente de police qui a intenté une action en justice pour infraction négligente de souffrances mentales relativement au harcèlement de la part de ses superviseurs au travail. Sa demande a été accueillie.

<sup>112</sup> Voir *Anns v Merton London Borough Council*, [1977] UKHL 4, [1978] AC 728 (HL (Eng)); *Cooper c Hobart*, 2001 CSC 79.

<sup>113</sup> Ce faisant, la Cour d'appel a rejeté implicitement de nombreuses décisions émanant de plusieurs ressorts de common law, tant au Canada qu'ailleurs. Pour un cas canadien, voir *Sulz*, *supra* note 111. Pour des décisions anglaises, voir *Johnson v Unisys Ltd*, [2003] UKHL 13 aux para 18-20, *Hatton*, *supra* note 93 au para 22 et *Walker*, *supra* note 93, où les tribunaux ont tous établi l'obligation de l'employeur d'assurer la sécurité physique et psychiatrique des employés dans le cadre de leur relation contractuelle.

<sup>114</sup> *Piresferreira*, *supra* note 32 aux para 56-58. La Cour d'appel s'est appuyée ici sur l'arrêt *Wallace c United Grain Growers Ltd*, [1997] 3 RCS 701, 152 DLR (4<sup>e</sup>) 1.

<sup>115</sup> *Wallace*, *supra* note 114 aux para 98, 103.



prorogation du délai de préavis<sup>116</sup>. Lorsque cet avis n'est pas donné, le demandeur reçoit souvent un salaire en lieu et place de l'avis (car il ne serait pas pratique de réintégrer la personne dans son poste pour la période d'avis manquée). L'effet pratique de cette démarche n'est donc pas très différent de celui de l'octroi de dommages-intérêts pour congédiement de mauvaise foi. En outre, bien que la Cour suprême ait rejeté, dans *Wallace*, la possibilité d'octroyer des dommages-intérêts délictuels pour congédiement de mauvaise foi, elle en a octroyé pour « l'humiliation, l'embarras et la perte d'estime de soi et de conscience de sa propre valeur<sup>117</sup> ». Il se peut qu'une indemnisation soit justifiée dans de tels cas, car « l'indemnisation résulte non pas du congédiement lui-même, mais plutôt de la façon dont le congédiement a été effectué par l'employeur<sup>118</sup> ». Il s'ensuit que l'appui que l'on trouve dans l'arrêt *Wallace* pour l'argument formulé par la Cour d'appel dans *Piresferreira* est très faible.

Même en acceptant les prémisses du raisonnement proposé dans *Piresferreira*, la conclusion est dépourvue de logique. Le congédiement est un aspect particulier et singulier de l'emploi, qui concerne la résiliation de la relation contractuelle entre les parties. À ce titre, il est difficile d'en tirer des conclusions générales quant aux obligations des employeurs envers leurs employés dans le cadre de l'emploi. De surcroît, l'obligation d'agir de bonne foi et l'obligation de diligence en matière de responsabilité délictuelle sont différentes. La première est une obligation assez générale dont les exigences précises sont vaguement définies. C'est pour cette raison que les tribunaux de common law ont hésité longtemps à reconnaître une obligation aussi générale. Les obligations de diligence en matière délictuelle se rapportent plus précisément à certains types de relations et souvent aussi à certains types de préjudices. En effet, si le raisonnement de la Cour d'appel était convaincant, il s'ensuivrait que les employeurs n'ont aucune obligation d'assurer un milieu de travail sûr à leurs employés, car de telles obligations seraient également plus étendues que l'obligation supposément rejetée par la Cour suprême. Or, ce n'est clairement pas ce que le droit prescrit<sup>119</sup>.

Il existe d'autres arguments doctrinaux pour remettre en question le raisonnement articulé dans *Piresferreira*. En cherchant à limiter une demande en responsabilité délictuelle en invoquant l'existence d'un droit contractuel, *Piresferreira* s'écarte de la tendance jurisprudentielle quant au rapport entre des réclamations éventuelles en contrat et en responsabilité délictuelle. Grosso modo, dans les années 1970, la Cour suprême a estimé que, dans un contexte contractuel, le contrat définit les termes de la relation entre les parties, limitant ainsi celles-ci à des recours contractuels<sup>120</sup>. Au cours des années suivantes, la Cour suprême a changé d'orientation. À partir de l'arrêt *Central Trust Co c Rafuse*<sup>121</sup>, et en particulier après *BG Checo International Ltd c British Columbia Hydro and Power Authority*<sup>122</sup>, la Cour suprême a établi la position actuelle selon laquelle l'existence d'une relation contractuelle n'a pas d'incidence sur les droits en matière délictuelle et le demandeur a le droit de choisir la voie qui lui est

---

<sup>116</sup> *Ibid* aux para 76-78, 104, 109-10.

<sup>117</sup> *Ibid* au para 103.

<sup>118</sup> *Ibid* au para 103. De même, les tribunaux qui ont rejeté les demandes pour souffrances morales par suite d'un congédiement injustifié les ont néanmoins accueillies pour défaut d'avoir donné un préavis suffisant. Voir *Bohemier v Storval International Inc* (1982), 142 DLR (3<sup>e</sup>) 8 aux pp 18-20, 44 OR (2<sup>e</sup>) 364 (H Ct J), conf par (1983), 4 DLR (4<sup>e</sup>) 383, 44 OR (2<sup>e</sup>) 361 (CA) (le tribunal de première instance [TRADUCTION] « a énoncé correctement les principes applicables [...] et [son] jugement est inattaquable », à la p 383), autorisation de pourvoi à la CSC refusée, [1984] 1 RCS xiii.

<sup>119</sup> Voir par exemple *Hatton*, *supra* note 93 au para 22; *Walker*, *supra* note 93 ([TRADUCTION] « Il est clairement établi en droit que l'employeur a l'obligation de fournir à son employé un régime de travail raisonnablement sûr et de prendre des mesures raisonnables pour le protéger contre les risques raisonnablement prévisibles [...] Aucune raison logique ne justifie que le risque de préjudice psychiatrique soit exclu du champ d'application de l'obligation de diligence de l'employeur ou de la clause implicite coextensive du contrat de travail », à la p 710). Voir aussi le texte accompagnant les notes 109-110.

<sup>120</sup> Voir *J Nunes Diamonds Ltd c Dominion Electric Protection Company*, [1972] RCS 769 aux pp 777-78, 26 DLR (3<sup>e</sup>) 699. Voir aussi *Central Canada Potash Co Ltd et autre c Gouvernement de la Saskatchewan*, [1979] 1 RCS 42 à la p 8, 88 DLR (3<sup>e</sup>) 609.

<sup>121</sup> [1986] 2 RCS 147, 31 DLR (4<sup>e</sup>) 481.

<sup>122</sup> [1993] 1 RCS 12, 99 DLR (4<sup>e</sup>) 577.

la plus favorable. Plutôt que de traiter les voies contractuelles et délictuelles comme indépendantes, l'arrêt *Piresferreira* s'inscrit dans la lignée de la démarche antérieure, selon laquelle les recours contractuels limitaient la portée des recours en matière délictuelle.

Outre l'argument doctrinal que je viens d'examiner, la Cour, dans *Piresferreira*, a invoqué également des raisons de politique générale pour rejeter la responsabilité. Selon la Cour d'appel, une obligation de diligence imposée aux employeurs en matière de préjudice psychologique [TRADUCTION] « constituerait une ingérence considérable de la part des tribunaux dans le milieu de travail », car elle [TRADUCTION] « risquerait réellement de freiner les efforts visant de plus importants gains d'efficacité, et [également parce que] l'obligation de diligence posée comme principe est à ce point générale et large qu'elle pourrait s'appliquer de manière indéterminée<sup>123</sup> ». Ce passage rappelle le XIX<sup>e</sup> siècle, époque à laquelle, sous l'influence des « économistes politiques », certains juges ont voulu laisser la réglementation des conditions de travail au seul domaine contractuel. Le principe de la communauté d'emploi (selon lequel les employeurs ne sont pas responsables des préjudices subis par leurs employés du fait de la négligence d'autres employés) était en fait justifié pour favoriser la sécurité au travail<sup>124</sup>. Le renvoi par la Cour d'appel à la notion [TRADUCTION] de « gains d'efficacité<sup>125</sup> » fait écho aux commentaires formulés par les opposants aux propositions législatives visant à éliminer la règle jurisprudentielle de la communauté d'emploi, car son abolition [TRADUCTION] « perturberait gravement les arrangements industriels du pays<sup>126</sup> ».

L'arrêt *Piresferreira* va même plus loin à un certain égard : le principe de la communauté d'emploi constituait une exception au principe de la responsabilité du fait d'autrui et, à ce titre, limitait la responsabilité du fait d'autrui de l'employeur pour les délits commis par ses employés. Selon *Piresferreira*, un employeur n'a aucune obligation de diligence en ce qui concerne la responsabilité directe, que le préjudice soit causé par les actes de l'employeur ou par des actes continus d'un autre employé, là où une responsabilité directe pourrait être engagée pour défaut de surveillance adéquate des employés. D'un point de vue de politique générale, une telle restriction est étrange. Des incidents isolés peuvent être le résultat d'un acte passager de bêtise et, s'ils se produisent en milieu de travail, ils peuvent être beaucoup plus difficiles à surveiller pour un employeur. Il n'est donc pas facile d'établir la négligence de l'employeur dans de tels cas<sup>127</sup>. En revanche, des actes répétés de harcèlement ou d'intimidation constituent plus directement le type d'incidents que l'on peut s'attendre à être éliminés par l'employeur dans le cadre de son obligation d'assurer la sécurité dans le milieu de travail.

---

<sup>123</sup> *Piresferreira*, supra note 32 au para 62.

<sup>124</sup> Voir *Priestly v Fowler* (1837), 150 ER 1030 à la p 1032 (Ex) (décision dans laquelle il a été avancé que le fait de reconnaître une responsabilité [TRADUCTION] « encouragerait l'employé à omettre la diligence et la prudence qu'il est tenu d'exercer au nom de son employeur »); *Farwell v The Boston and Worcester Rail Road Corp* (1842), 45 Mass (4 Met) 49 à la p 58 (soutenant la règle qui favorise [TRADUCTION] « la sécurité et la sûreté de toutes les parties concernées »). Concernant l'historique du principe et les raisons invoquées par les tribunaux pour le soutenir, voir Eric Tucker, « The Law of Employers' Liability in Ontario 1861-1900: The Search for a Theory » (1984) 22:2 Osgoode Hall LJ 213 aux pp 228-32.

<sup>125</sup> *Piresferreira*, supra note 32 au para 62.

<sup>126</sup> Royaume-Uni, Chambre des communes, *Report from Select Committee on Employers Liability for Injuries to their Servants; Together with the Proceedings of the Committee, Minutes of Evidence, and Appendix* (juin 1877), iv. Voir *Vose v Lancashire & Yorkshire Rail Co* (1858), 27 LJ Ex D 249 ([TRADUCTION] « il n'y a jamais eu de décision plus utile, ni d'une plus grande importance pratique et sociale dans toute l'histoire du droit » que la décision établissant la règle de la communauté d'emploi, et [TRADUCTION] « s'il n'en avait pas été ainsi, nous aurions difficilement pu vivre jusqu'au siècle actuel sans que des actions en justice aient été intentées à maintes reprises », à la p 252).

<sup>127</sup> Selon certains, même la responsabilité du fait d'autrui pourrait être problématique dans de tels cas. Voir *Konradi v United States*, 919 F (2<sup>e</sup>) 1207 à la p 1210 (7<sup>e</sup> Cir 1990) ([TRADUCTION] « la "portée de l'emploi" peut être définie de manière fonctionnelle en renvoyant à la probabilité que la responsabilité provoque des changements salutaires dans l'activité »).

Il ressort de ce qui précède que *Piresferreira*, invoqué par le tribunal dans *Merrifield* pour rejeter la demande fondée sur la négligence déposée par le demandeur, constitue un précédent très problématique lorsqu'on l'analyse en soi. Cependant, même si l'on admet que la décision était correcte au moment où elle a été rendue, plusieurs développements importants sont survenus dans les années qui ont suivi qui remettent en cause ses prémisses et rendent son statut de précédent encore plus discutable. Pour commencer, la Cour, dans *Piresferreira*, semble accepter que les employeurs aient l'obligation de protéger leurs employés contre les préjudices physiques dans le cadre de leur travail, ce qui inclut vraisemblablement l'intimidation qui cause des préjudices physiques. Ainsi, pour nier l'existence d'une obligation de diligence visant à protéger les employés de l'intimidation qui cause des préjudices psychiatriques, il faut *absolument* traiter différemment les préjudices physiques et les préjudices psychologiques. Cependant, comme je l'ai mentionné précédemment, la Cour suprême, dans *Saadati*, a rejeté cette distinction, à tout le moins en ce qui concerne la négligence<sup>128</sup>. La Cour d'appel, dans *Merrifield*, a tenté de minimiser l'importance de l'arrêt *Saadati*, affirmant qu'il ne portait que sur [TRADUCTION] « la preuve d'un préjudice psychologique dans le contexte d'une cause d'action connue<sup>129</sup> ». Il s'agit là d'une présentation très étroite, voire trompeuse, de l'arrêt *Saadati* et de son incidence sur l'arrêt *Piresferreira*. L'arrêt *Saadati* a reconnu que la distinction *médicale* entre un préjudice physique et un préjudice psychiatrique était discutable, ajoutant qu'il n'y a aucune raison de considérer le préjudice physique comme étant intrinsèquement plus grave<sup>130</sup>. L'arrêt exprime également des réserves quant à l'idée qu'il existe un fondement défendable pour établir une distinction *juridique* entre les préjudices physiques et les préjudices psychiatriques<sup>131</sup> et affirme en termes simples que « l'analyse que commande habituellement l'obligation de diligence vaut également pour le préjudice mental imputé à la négligence<sup>132</sup> ». Étant donné que l'arrêt *Piresferreira* repose précisément sur le point de vue opposé, à savoir que les employeurs ont une obligation de diligence envers leurs employés en ce qui a trait au préjudice physique, mais pas en ce qui a trait au préjudice psychiatrique, la Cour d'appel, dans *Merrifield*, ne pouvait pas s'appuyer sur sa décision antérieure sans fournir d'explications.

Si le statut de précédent de *Piresferreira* est, comme je le laisse entendre ici, discutable, la Cour d'appel aurait pu envisager la possibilité d'invoquer la négligence pour traiter le harcèlement. Dans son acception la plus large, cette responsabilité engloberait tout comportement susceptible de causer un préjudice psychologique, à condition qu'il existe une obligation de diligence entre les parties. À ce stade, nous nous heurtons à nouveau à la question de savoir si cette responsabilité doit être limitée à des incidents isolés. Dans la prochaine section, je ferai valoir qu'une solution possible pour maintenir la distinction entre la responsabilité pour l'infliction intentionnelle de souffrances psychologiques et la responsabilité pour négligence dans un tel contexte consiste à limiter la responsabilité pour négligence à des incidents isolés. Toutefois, il convient de préciser qu'une telle distinction serait fondée sur des considérations de politique générale, car le fondement doctrinal justifiant l'extension de la responsabilité pour négligence aux cas de harcèlement à long terme existe et découle, une fois

<sup>128</sup> Voir le texte accompagnant la note 97.

<sup>129</sup> *Merrifield*, *supra* note 1 au para 52.

<sup>130</sup> *Saadati*, *supra* note 3 aux para 23–24, 35.

<sup>131</sup> *Ibid* au para 23 (« [L]e 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 [...] »). La Cour a en outre déclaré que cette distinction était « sans justification rationnelle » (*ibid* au para 36).

<sup>132</sup> *Ibid* au para 24. Au fait, la Cour a déclaré que cette position était déjà implicite dans *Mustapha*, décision rendue avant l'arrêt *Piresferreira*.

encore, de l'arrêt *Saadati*. Comme je l'ai mentionné, il ne fait aucun doute que le fait d'exposer par négligence une personne à une substance qui cause des préjudices physiques pendant une période prolongée peut engager la responsabilité pour négligence<sup>133</sup>. Si nous considérons sérieusement la suppression effectuée dans *Saadati* de la distinction catégorique entre un préjudice physique et un préjudice psychiatrique, alors le fait d'exposer de manière insouciante une personne à du harcèlement qui cause un préjudice psychiatrique au fil du temps pourrait également engager la responsabilité en négligence.

#### D. Mise en équilibre de l'IISP et de l'infliction de préjudices psychologiques par négligence

Pour autant que les arguments présentés dans la présente partie soient convaincants, il existe deux voies principales à la reconnaissance d'une responsabilité délictuelle pour harcèlement. Si ces deux voies se révèlent identiques, il n'est guère utile de les conserver toutes les deux. Comme nous l'avons vu ci-dessus, elles finissent par se ressembler beaucoup, mais je souhaite laisser ouverte la possibilité de les maintenir toutes les deux comme des fondements légèrement différents de la responsabilité. Il existe trois façons possibles de distinguer les deux démarches, chacune « compensant » l'exigence moindre de *mens rea* en matière de négligence en exigeant davantage de l'un des autres éléments : l'une consiste à limiter la responsabilité en négligence aux seuls préjudices psychiatriques résultant d'un incident isolé (un « choc »); une autre consiste à limiter la négligence aux seuls préjudices psychiatriques plus graves; une autre encore, et sur ce point je vais au-delà de ce que j'ai indiqué précédemment, consiste à autoriser les demandes d'indemnisation dans le cadre du délit remanié d'IISP qui ne se rapportent pas à un préjudice psychologique, mais uniquement à une atteinte à la dignité.

Il est vrai que les deux premières possibilités ne cadrent pas facilement avec le message qui ressort de l'arrêt *Saadati*, selon lequel il convient de supprimer la distinction entre le préjudice physique et le préjudice psychiatrique. La seconde est toutefois plus problématique : il est vrai que l'appellation courante du délit intentionnel donne à entendre que celui-ci concerne la « souffrance morale », même lorsque celle-ci n'équivaut pas à un préjudice psychologique (maladie mentale). Cependant, *Saadati* rend difficile l'établissement d'une distinction défendable entre les deux délits sur cette base. Comme nous l'avons vu ci-dessus, bien que la Cour ait rejeté la notion de « trouble psychiatrique reconnu » comme condition préalable à l'imputation d'une responsabilité pour préjudice psychiatrique, elle a maintenu que pour imputer une responsabilité il faut établir l'existence d'un « préjudice mental », qu'elle a distingué de la « contrariété<sup>134</sup> ». Comme la Cour l'a affirmé dans *Saadati*, il y a de bonnes raisons qui justifient que le droit de la responsabilité délictuelle ne protège pas les personnes contre le fait d'infliger de simples perturbations ou une simple tristesse, même lorsque cela est fait intentionnellement (ou en sachant que cela est hautement probable)<sup>135</sup>. Le risque que de tels préjudices se concrétisent est plus vraisemblablement réparti entre leurs victimes probables. Si l'on considère ces deux éléments conjointement, il ne semble pas y avoir une grande marge pour distinguer les deux délits. Néanmoins, il serait peut-être possible d'exiger un degré de gravité plus élevé dans le cas d'une responsabilité pour harcèlement fondée sur la négligence. L'IISP permettrait peut-être de réclamer des dommages-intérêts pour détresse émotionnelle grave, tandis que la négligence continuerait d'exiger la preuve d'un trouble mental, sans qu'il soit nécessairement question d'un trouble

<sup>133</sup> Voir Holtby, *supra* note 95; Pearson, *supra* note 95; Smith, *supra* note 95.

<sup>134</sup> *Saadati*, *supra* note 3 au para 37 (italiques omis).

<sup>135</sup> Voir Gregory C Keating, « When Is Emotional Distress Harm? » dans Stephen GA Pitel, Jason W Neyers et Erika Chamberlain, dir, *Tort Law: Challenging Orthodoxy*, Oxford (R-U), Hart, 2013, 273 aux pp 295-97.



« reconnu<sup>136</sup> ». Je reconnais toutefois que cette distinction est peut-être trop subtile pour être défendue.

Une autre manière de distinguer les deux voies à la reconnaissance de responsabilité proposées ci-dessus consisterait à limiter la responsabilité pour négligence à des incidents isolés, tout en autorisant les demandes pour harcèlement continu dans le cadre du délit d'IISP dans sa version remaniée. (Ainsi, en appliquant cette démarche aux faits de l'affaire *Merrifield*, le demandeur n'aurait pu invoquer que le délit intentionnel.) Cette démarche aussi semble être incompatible avec *Saadati*, étant donné que, comme je l'ai mentionné, les préjudices physiques causés par une exposition prolongée sont désormais reconnus comme fondement de la responsabilité pour négligence. Toutefois, la proposition particulière formulée dans le présent article n'a pas été rejetée expressément dans *Saadati*. Même si elle était adoptée, cependant, je doute que cette démarche ait une grande incidence dans la pratique, car il ne serait pas trop difficile pour les demandeurs de démontrer au moins de l'insouciance dans les cas de harcèlement continu. Néanmoins, la distinction entre les deux délits peut encore être importante dans les cas où le défendeur est accusé de ne pas avoir empêché le harcèlement par un tiers. Par exemple, dans le cas de harcèlement ou d'intimidation à l'école, il pourrait être possible de démontrer l'absence d'insouciance de la part de l'administration scolaire, mais pas l'absence de négligence.

La proposition finale pour mettre en équilibre les deux fondements de responsabilité consiste à étendre le délit d'IISP au-delà même des troubles mentaux extrêmes afin d'inclure la responsabilité pour atteinte intentionnelle à la dignité, qui prend généralement la forme d'une humiliation aux yeux d'autrui. La responsabilité délictuelle pour de tels préjudices n'est pas inconnue : des voix se sont élevées pour réorienter la responsabilité pour harcèlement sexuel sur ce fondement<sup>137</sup>, et ces préjudices sont reconnus dans une certaine mesure par le droit canadien de la responsabilité délictuelle<sup>138</sup>.

Je formule cette proposition avec une certaine réserve, car elle consiste à étendre la responsabilité bien au-delà de ses limites actuelles, à un point que beaucoup pourraient juger indésirable en soi (car il s'agit du genre d'outrages avec lesquels les gens doivent apprendre à vivre) ou en raison de ses effets secondaires négatifs potentiels. Dans la mesure où une telle extension est envisagée, je pense qu'elle devrait se limiter à l'IISP, dont les exigences en matière de *mens rea* sont plus strictes. Elle devrait peut-être être limitée encore davantage : par analogie, la Cour suprême a autorisé l'indemnisation pour diffamation causant une atteinte à la dignité, mais a limité cette indemnisation aux cas de « malveillance véritable<sup>139</sup> ». De la même manière, peut-être dans un avenir plus lointain, après avoir établi la responsabilité pour harcèlement causant (au moins) une détresse émotionnelle grave, on pourrait envisager la possibilité de l'étendre aux cas de harcèlement causant (simplement) une atteinte à la dignité, mais uniquement lorsqu'il est commis avec une malveillance véritable.

## VI. CONCLUSION : LIMITES DE LA RETENUE JUDICIAIRE

---

<sup>136</sup> Dans *Saadati*, *supra* note 3 au para 31, la Cour a rejeté expressément la nécessité de démontrer l'existence d'un trouble tel qu'il est défini et classé dans le *Manuel diagnostique et statistique des troubles mentaux* (DSM).

<sup>137</sup> L. Camile Hébert, « Conceptualizing Sexual Harassment in the Workplace as a Dignitary Tort » (2014) 75:6 Ohio St LJ 1345.

<sup>138</sup> Voir *Hill c Église de scientologie de Toronto*, [1995] 2 RCS 1130 aux para 120, 188-89, 126 DLR (4<sup>e</sup>) 129 (autorisant l'octroi de dommages-intérêts majorés en cas de diffamation humiliante). Voir aussi le texte accompagnant la note 118. En dehors du droit de la responsabilité délictuelle, les atteintes à la dignité ont donné lieu à l'engagement d'une responsabilité sur le fondement du paragraphe 24(1) de la *Charte* dans l'arrêt *Vancouver (Ville) c Ward*, 2010 CSC 27 au para 71.

<sup>139</sup> *Hill*, *supra* note 138 au para 190.

J'ai entamé mon argumentation en faveur de la reconnaissance d'une responsabilité délictuelle pour harcèlement en démontrant qu'il existe des raisons valables pour le faire. Cependant, la majeure partie du présent article s'est attachée à la question « juridique » plus étroite consistant à présenter des voies doctrinales raisonnables pour imposer une telle responsabilité. L'importance à accorder à la doctrine est, comme on le sait, sujet de controverse. Certains juges estiment que, s'ils le souhaitent, ils pourront toujours trouver un argument doctrinal acceptable pour étayer la conclusion qu'ils souhaitent tirer; d'autres considèrent qu'une telle démarche, qui consiste à faire une entorse à une doctrine résistante à des fins « externes », revient à renoncer à leur rôle judiciaire. D'une manière générale, ceux qui ont une vision plus « réaliste » sont disposés à modeler la doctrine juridique pour parvenir aux résultats souhaités; ceux qui ont une vision plus « formaliste » désapprouvent ces « manipulations » de la doctrine<sup>140</sup>.

Dans le présent article, j'ai en grande partie évité ce débat en soutenant qu'il est possible d'imposer une responsabilité pour harcèlement tout en satisfaisant à l'exigence traditionnelle de la common law d'évoluer progressivement. Cette démarche renverse l'arrêt *Merrifield*. Selon le raisonnement de la Cour, la création d'un nouveau délit nécessite une justification particulière; mais s'il peut être démontré que le harcèlement peut être englobé par les délits existants, c'est l'exclusion de la responsabilité pour harcèlement qui nécessite une justification particulière. (La décision rendue dans l'affaire *Merrifield* s'explique peut-être en partie par le fait que l'on ait réussi à qualifier le harcèlement de comportement distinct et de catégorie juridique distincte. Une fois le harcèlement classé dans une catégorie distincte, il ne semblait plus opportun de l'intégrer dans les délits existants.)

Tout cela soulève une question plus générale. Le débat entre la retenue judiciaire et l'activisme judiciaire est formulé généralement en termes de limites à poser à l'activisme<sup>141</sup>. Ainsi présenté, l'activisme judiciaire est perçu comme étant potentiellement problématique, une usurpation de pouvoir qui compromet la démocratie, tandis que la retenue est considérée comme vertueuse : modeste, sobre, humble et, pour ces raisons, ne posant aucun problème juridique. Cela crée une asymétrie entre l'activisme et la retenue. L'activisme judiciaire excessif est considéré comme susceptible de compromettre la légitimité des tribunaux, tandis qu'il est beaucoup plus rare de voir un débat qui traite la retenue excessive comme un problème potentiel. Cette asymétrie peut peut-être se justifier dans une certaine mesure : « mieux vaut un mal connu », « la théorie du second choix » et « [la solution] éprouvée » sont autant d'expressions qui reflètent une tendance naturelle, et peut-être raisonnable, à s'en tenir à ce qui est familier plutôt qu'à s'aventurer dans la nouveauté. Il y a d'autres considérations en faveur la retenue judiciaire. Les juges opèrent souvent dans un environnement d'ignorance épistémique sur de nombreuses questions, ce qui peut entraver leur capacité de développer le droit sur de bonnes assises. Beaucoup d'aspects demeurent inconnus au sujet des préjudices psychologiques, et les juges n'ont aucune expertise sur les questions médicales qui les entourent. De manière plus générale, les juges n'ont qu'une capacité limitée à évaluer les effets probables de leurs décisions. Lorsqu'il est difficile de prédire les conséquences de ses actions, il est naturel d'être prudent.

Cependant, la retenue n'est pas une vertu absolue, et elle peut parfois être excessive. Il existe également un terme pour désigner ce phénomène : le [TRADUCTION] « biais du statu quo<sup>142</sup> ». (À titre d'analogie imparfaite : conduire trop vite peut de façon générale être plus dangereux que

<sup>140</sup> Il ne s'agit pas d'un nouveau débat. Voir par exemple Robert E Keeton, « Creative Continuity in the Law of Torts » (1962) 75:3 Harv L Rev 463; Peck, *supra* note 52.

<sup>141</sup> Voir par exemple Roger J Traynor, « The Limits of Judicial Creativity » (1977) 63:1 Iowa L Rev 1. Voir Grant Huscroft, « The Trouble with Living Tree Interpretation » (2006) 25:1 UQLJ 3.

<sup>142</sup> Voir William Samuelson et Richard Zeckhauser, « Status Quo Bias in Decision Making » (1988) 1 J Risk & Uncertainty 7.

conduire trop lentement, mais conduire trop lentement n'est pas sans risques.) Il est vrai que les tribunaux activistes courent le risque de passer outre aux limites de leur expertise restreinte et d'agir de manière antidémocratique en agissant à l'encontre de la volonté du peuple. Pour ma part, je ne souhaite pas écarter toutes les préoccupations relatives à l'activisme judiciaire, et je pense que certaines d'entre elles sont fondées. Cependant, poussées à leur conclusion logique, elles sont autodestructives, car elles supposent le rejet de tout droit jurisprudentiel. Étant donné que la presque totalité du droit jurisprudentiel est aujourd'hui établie dans un contexte d'inaction législative, les préoccupations démocratiques, si elles ne sont pas circonscrites, peuvent finir, au nom du maintien de la façon dont [TRADUCTION] « la common law fonctionne », par compromettre la possibilité même d'une common law jurisprudentielle. Dans un régime de common law, on s'attend à ce que les tribunaux développent le droit, et ceux qui ne le font pas peuvent être accusés d'abdiquer les responsabilités qui leur sont confiées.

L'arrêt *Merrifield* est, à mon sens, un exemple de retenue excessive, une instance où, au nom du maintien de la légitimité des tribunaux de common law, on finit par la compromettre. Malgré sa longueur, la décision de la Cour d'appel ne tente pas de prendre du recul par rapport à sa microanalyse des faits et de la doctrine pour examiner ses répercussions sur la forme générale du droit de la responsabilité délictuelle en Ontario. Le droit de la responsabilité délictuelle est moins cohérent que ne le prétendent de nombreux théoriciens, mais tel qu'il est sanctionné par *Merrifield*, il semble tout à fait irrationnel. La conséquence immédiate de *Merrifield* est que le droit de la responsabilité délictuelle en Ontario offre un recours aux personnes qui ont été victimes d'une mauvaise blague ayant causé un préjudice psychologique (comme dans *Wilkinson* et *Bielitski*), mais ne se préoccupe pas du harcèlement continu. Les cas du premier type sont sans aucun doute graves, mais ils sont relativement rares, alors que les statistiques montrent que le harcèlement touche plusieurs milliers de personnes. Autre conséquence de cette décision : le droit de la responsabilité délictuelle en Ontario traite de manière très différente les préjudices physiques et les préjudices psychiatriques. En l'état actuel, le droit considère que le harcèlement qui comporte des attouchements non désirés constitue un délit, mais il n'a rien à dire sur la plupart des cas de harcèlement non physique, même ceux qui sont beaucoup plus graves et qui ont des effets plus dévastateurs sur le bien-être de leurs victimes. Le droit actuel donne également à entendre que le fait de causer intentionnellement une détresse émotionnelle extrême n'engage pas de responsabilité délictuelle, contrairement au fait de causer par négligence un préjudice physique mineur. Si c'est censé être un exemple de [TRADUCTION] « [la manière dont] la common law fonctionne<sup>143</sup> », alors *Merrifield* donne à croire que ce n'est pas le cas.

---

<sup>143</sup> *Merrifield*, *supra* note 1 au para 38.