

L'actualisation des dommages-intérêts en matière de préjudice corporel

Daniel Gardner

Volume 28, Number 1, 1987

URI: <https://id.erudit.org/iderudit/042793ar>

DOI: <https://doi.org/10.7202/042793ar>

[See table of contents](#)

Publisher(s)

Faculté de droit de l'Université Laval

ISSN

0007-974X (print)

1918-8218 (digital)

[Explore this journal](#)

Cite this article

Gardner, D. (1987). L'actualisation des dommages-intérêts en matière de préjudice corporel. *Les Cahiers de droit*, 28(1), 39–88.
<https://doi.org/10.7202/042793ar>

Article abstract

Since 1978 the evaluation of pecuniary loss resulting from personal injury genuinely derives from the restitutio in integrum principle. In this context the operation of discounting the portion of the lump sum indemnity representing the victim's future losses takes on particular importance. The method used by the Supreme Court has been considerably improved: the refusal to consider interest rates and inflation rates separately, the recognition of a productivity factor for losses representing future salaries, etc. Four provinces have decided to legislate on one or more discount rates to make up for the absence or inadequacy of evidence at this level. Despite legislative and courtroom activity, much remains to be done in improving both the present legal system and its replacement by a regime better adapted to the specific problems inherent in evaluating pecuniary losses.

L'actualisation des dommages-intérêts en matière de préjudice corporel

Daniel GARDNER *

Since 1978 the evaluation of pecuniary loss resulting from personal injury genuinely derives from the restitutio in integrum principle. In this context the operation of discounting the portion of the lump sum indemnity representing the victim's future losses takes on particular importance. The method used by the Supreme Court has been considerably improved: the refusal to consider interest rates and inflation rates separately, the recognition of a productivity factor for losses representing future salaries, etc. Four provinces have decided to legislate on one or more discount rates to make up for the absence or inadequacy of evidence at this level. Despite legislative and courtroom activity, much remains to be done in improving both the present legal system and its replacement by a regime better adapted to the specific problems inherent in evaluating pecuniary losses.

	<i>Pages</i>
Tableau I: Taux de rendement net des investissements et facteur de productivité (1974-1985).....	41
Tableau II: Taux de rendement net des investissements et facteur de productivité, par période de 5 ans (1924-1985).....	42
Introduction	42
1. L'établissement de règles précises par la Cour suprême	49
1.1. La trilogie de 1978	49
1.1.2. Les éléments retenus dans la définition du taux d'actualisation.....	50
1.1.2.1. La position de la Cour suprême	50
1.1.2.2. Les critiques de la position de la Cour suprême	51
1.1.3. La sous-indemnisation des victimes dans la trilogie de 1978	56

* Professeur suppléant, Faculté de droit, Université Laval.

	<i>Pages</i>
1.2. Les premières réactions à la trilogie de 1978.....	58
1.2.1. Le taux d'actualisation : question de fait ou de droit.....	58
1.2.2. Les effets secondaires de la trilogie de 1978.....	61
1.2.2.1. Le rôle des experts dans l'établissement du taux d'actualisation	61
1.2.2.2. L'absence de preuve concernant le taux d'actualisation	63
2. Le raffinement des règles posées par la Cour suprême	65
2.1. Les nouveaux facteurs considérés dans la définition du taux d'actualisation ...	65
2.1.1. Le facteur de productivité	65
2.1.1.1. La réalité économique	65
2.1.1.2. L'utilisation du facteur de productivité en jurisprudence.....	66
2.1.2. L'incidence de la période couverte par l'indemnité sur le taux d'actualisation	71
2.1.2.1. Incidence sur le taux d'actualisation applicable aux dépenses futures	71
2.1.2.2. Incidence sur le taux d'actualisation applicable aux salaires futurs	73
2.1.3. Les frais de gestion.....	74
2.2. Les interventions législatives	76
2.2.1. La nécessité d'une intervention législative	76
2.2.1.1. Les attentes du monde juridique	76
2.2.1.2. La réponse du Législateur	78
2.2.2. L'application des diverses législations en jurisprudence.....	79
2.2.2.1. Les soins futurs.....	80
2.2.2.2. Les salaires futurs.....	81
— Les législations de l'Ontario, de la Nouvelle-Écosse et de la Saskatchewan	82
— La législation de la Colombie-Britannique	83
Conclusion.....	84

TABLEAU I

*Taux de rendement net des investissements et facteur
de productivité (1974-1985)*

Année	1 Inflation	2 Int. C.T.	3 Int. L.T.	4 Aug. Sal.	5 Int. Réel 1	6 Int. Réel 2	7 Prod.
1974	10,9	7,80	8,87	14,7	- 3,10	- 2,03	3,8
1975	10,8	7,37	9,00	19,2	- 3,43	- 1,80	8,4
1976	7,5	8,90	9,22	10,9	1,40	1,72	3,4
1977	7,9	7,35	8,69	7,9	- 0,55	0,79	0
1978	8,8	8,59	9,24	7,1	- 0,21	0,44	- 1,7
1979	9,2	11,55	10,17	8,8	2,35	0,97	- 0,4
1980	10,2	12,75	12,33	11,1	2,55	2,11	0,9
1981	12,5	17,77	15,03	13,4	5,27	2,53	0,9
1982	10,8	13,81	14,36	10,0	3,01	3,56	- 0,8
1983	5,8	9,32	11,77	5,6	0,52	5,97	- 0,2
1984	4,4	11,10	12,74	3,5	7,70	8,34	- 0,9
1985	4,0	9,44	11,08	3,6	5,44	7,08	- 0,4
Moy.	8,56	10,48	11,04	9,65	1,92	2,48	1,09

1. *Inflation* : taux annuel d'inflation calculé à partir de l'indice des prix à la consommation.
 2. *Int. C.T.* : taux d'intérêt à court terme pour des Bons du Trésor d'une durée de 3 mois.
 3. *Int. L.T.* : taux d'intérêt à long terme sur les obligations d'épargne du Canada de plus de 10 ans.
 4. *Aug. Sal.* : taux d'augmentation moyen des salaires pour l'ensemble des travailleurs canadiens.
 5. *Int. Réel 1* : rendement annuel net des Bons du Trésor (2-1).
 6. *Int. Réel 2* : rendement annuel net des obligations d'épargne du Canada de plus de 10 ans (3-1).
 7. *Prod.* : taux annuel de progression des salaires en sus de l'inflation (4-1).
- Note* : Les données disponibles en date du 20 janvier 1987 font état d'un taux d'inflation de 4.1% pour 1986. Par ailleurs, les taux d'intérêt à court et à long terme, calculés sur une base de dix mois, s'établissent respectivement à 9.16% et 9.60%.

TABLEAU II

*Taux de rendement net des investissements et facteur de productivité,
par période de 5 ans (1924-1985)*

Période	1 Inflation	2 Int. L.T.	3 Aug. Sal.	4 Int. Réel	5 Prod.
1924-28	- 0,22	4,77	0,86	4,99	1,08
1929-33	- 4,34	4,77	- 2,64	9,01	1,60
1934-38	1,64	3,33	3,23	1,69	1,59
1939-43	3,15	3,10	6,10	- 0,05	2,95
1944-48	5,60	2,84	8,03	- 2,76	2,43
1949-53	3,63	3,24	6,94	- 0,39	3,31
1954-58	1,61	3,62	4,01	1,95	2,40
1959-63	1,24	5,06	2,83	3,82	1,59
1964-68	3,13	5,75	5,71	2,62	2,58
1969-73	4,62	7,44	7,86	2,82	3,42
1974-78	9,25	9,02	11,11	- 0,23	1,86
1979-83	9,70	12,73	9,78	3,03	0,08
1984-85 *	4,20	11,91	3,55	7,71	- 0,65

* Période de 2 ans.

1. *Inflation* : taux annuel d'inflation calculé à partir de l'indice des prix à la consommation.

2. *Int. L.T.* : taux d'intérêt à long terme sur les obligations d'épargne du Canada de plus de 10 ans.

3. *Aug. Sal.* : taux d'augmentation moyen des salaires pour l'ensemble des travailleurs canadiens.

4. *Int. Réel* : rendement annuel net des Bons du Trésor (2-1).

5. *Prod.* : taux annuel de progression des salaires en sus de l'inflation (4-1).

Introduction

Les principes gouvernant l'évaluation des dommages-intérêts pour préjudice corporel ont fait l'objet d'une remarquable évolution au cours des dix dernières années. Le rejet de solutions antérieures, l'adoption de

nouveaux concepts, les précisions apportées à certains éléments du processus d'évaluation témoignent de cette intense activité jurisprudentielle, législative et doctrinale.

Il faut bien dire qu'il était devenu urgent de remédier aux injustices causées aux victimes de blessures corporelles, injustices découlant de la vétusté d'un système d'évaluation globale des dommages et de son inadaptation aux nouvelles réalités économiques. Premièrement, l'emploi de la méthode d'évaluation globale des dommages permettait aux tribunaux de chiffrer, en une seule indemnité, des montants représentant des postes aussi divers que les soins encourus depuis l'accident et ceux à venir, les salaires perdus et la perte de capacité de gains futurs, le préjudice esthétique, les dommages moraux, etc. En évitant de faire la ventilation de l'indemnité accordée, les tribunaux rendaient extrêmement difficile la tâche des juridictions d'appel ; ils pouvaient ainsi fixer de façon « raisonnable » cette indemnité, le plus souvent en violation du principe *restitutio in integrum*¹.

Deuxièmement, malgré le fait qu'aucune explication n'était donnée sur la façon d'en arriver à cette indemnité globale, il était clair que le recours à des données actuarielles et économiques était très rare. Comme l'exprime le juge Lajoie dans un arrêt de 1975 :

L'on nous a, là-dessus, cité de nombreuses décisions. Faut-il encore répéter qu'à l'étude, il se révèle qu'elles visent des cas d'espèces qui se distinguent les uns des autres par quelques circonstances particulières et qu'il n'y a pas de règle qui permette de chiffrer mathématiquement les dommages résultant de blessures corporelles.² (nos soulignés)

La même année, le juge Turgeon était tout aussi explicite : « Évidemment, il n'existe pas de formule mathématique pour établir le chiffre d'une indemnité et il y a toujours de l'arbitraire dans l'évaluation en argent des dommages »^{2.1}.

Bref, l'évaluation des dommages se faisait de façon arbitraire, en se retranchant derrière la spécificité du cas soumis. Le seul domaine où une certaine uniformisation existait en jurisprudence était celui de l'évaluation en pourcentage de l'incapacité partielle permanente (I.P.P.) résultant de l'accident. L'attitude des tribunaux consistait à attribuer un pourcentage fixe d'incapacité : 30% pour un œil, 5% pour un pouce, etc.³.

1. J.L. BAUDOUIN, *La responsabilité civile délictuelle*, Cowansville, Les Éditions Yvon Blais, 1985, n° 229 et les arrêts cités (cité : J.L. BAUDOUIN).

2. Grégoire c. Giguère, [1975] C.A. 774, p. 778, cf. Perron c. Hôpital Général de la région de l'amiante, [1976] C.S. 1191, cité et confirmé en appel : [1979] C.A. 567, p. 584.

2.1. Magera c. Frater, C.A.M. n° 548-73, 5 juin 1975, juge Turgeon, p. 9.

3. Voir Schmitz c. Falardeau et Jeanson, [1970] C.S. 425 et les arrêts cités.

Troisièmement, l'incidence de facteurs économiques telle l'inflation n'étaient aucunement pris en compte par la jurisprudence. Cette position, bien établie au Québec, avait été confirmée dans les autres provinces par l'arrêt *Bisson c. District of Power River*⁴. Le droit anglais semblait du reste en accord avec la jurisprudence canadienne, un arrêt célèbre ayant refusé sans aucune équivoque de tenir compte de l'inflation dans le calcul des pertes pécuniaires futures⁵.

Cette attitude des tribunaux était basée sur la prémisse d'une économie stable où les effets de l'inflation, par ailleurs peu importante, pouvaient être annulés par des investissements prudents du montant obtenu.

De fait, les victimes de blessures corporelles ne furent guère touchées par cette situation pendant les décennies 1950 et 1960, le taux d'inflation se maintenant alors aux alentours de 2%. Mais lorsque ce taux d'inflation tripla et même quadrupla pendant les années '70 (à cause surtout du premier choc pétrolier de 1973), les tribunaux commencèrent à intervenir pour corriger la sous-indemnisation évidente des nouvelles victimes⁶.

C'est dans ce contexte que la Cour suprême fut priée d'établir les principes de droit applicables en cette matière. L'occasion lui fut donnée en 1978 avec l'audition de trois pourvois portant sur le quantum des dommages à de grands blessés⁷. Rarement des arrêts du plus haut tribunal du pays auront eu un impact aussi immédiat et généralisé dans l'ensemble du Canada. Le fait que la Cour se soit clairement prononcée dans un domaine où l'absence de règles était... la règle n'est sûrement pas étranger à ce phénomène.

Le juge Dickson a d'abord indiqué sa préférence pour la méthode d'évaluation des dommages par postes séparés :

À mon avis, la méthode employée en l'espèce, c'est-à-dire l'évaluation des dommages-intérêts généraux sous des chefs distincts, est à retenir. Elle est la

4. (1968) 66 D.L.R. (2d) 226, p. 234 (B.C.C.A.) conf. sans motif écrit par la Cour suprême à (1968) 68 D.L.R. (2d) 765n. Pour une liste d'arrêts ayant appliqué cette jurisprudence, voir K. COOPER-STEVENSON et I. SAUNDERS, *Personal injury damages in Canada*, 1981, p. 261 note 9 (cité : COOPER-STEVENSON).

5. *Mallet c. McMongale*, [1970] A.C. 166, p. 176.

6. Par exemple : *Morgan c. Air West Airlines Ltd.*, (1976) 4 W.W.R. 225 (B.C.C.A.); *Arnold c. Teno*, (1975) 7 O.R. (2d) 276, p. 309; *Fury c. Ryall*, (1976) 3 W.W.R. 680 (Sask. Q.B.).

7. La célèbre trilogie de 1978 : *Andrews c. Grand & Toy Alberta Ltd.*, [1978] 2 R.C.S. 229 (ci-après cité : *Andrews*); *Arnold c. Teno*, [1978] 2 R.C.S. 287; *Thornton c. Board of School Trustees of School District n° 57 (Prince George)*, [1978] 2 R.C.S. 267. Un autre arrêt rendu la même année traite du taux d'actualisation, mais dans le cadre plus particulier de l'évaluation des dommages suite à un décès en vertu de *Fatal Accident Act* ontarien : *Keizer c. Hanna*, [1978] 2 R.C.S. 342.

seule qui permette en appel un examen sérieux de l'indemnité et l'établissement de règles valables pour l'avenir.⁸

La Cour réaffirme ensuite le principe de la réparation intégrale du préjudice, principe qui prend véritablement son sens avec la nécessité d'évaluer séparément les divers postes d'indemnisation. Le recours à l'arbitraire étant rejeté par la Cour suprême, c'est à une réelle indemnisation du préjudice subi que l'on doit s'attacher, et non à une approximation « raisonnable » où le montant total octroyé constitue la principale préoccupation du juge⁹.

La preuve du préjudice subi ne présentera aucun problème pour certains postes d'indemnisation : ce sera le cas des soins médicaux encourus et de la perte de revenus entre la date de l'accident et celle du procès. Par contre, d'autres postes seront beaucoup plus difficiles à quantifier de façon précise : que l'on songe aux soins futurs et à la perte de capacité de gains de la victime. Pour obtenir une évaluation aussi exacte que possible de ce type de dommages, le tribunal devra « recourir aux calculs actuariels qui représentent, dans ce contexte, la meilleure méthode d'évaluation »¹⁰.

Logiquement, la Cour suprême devait dès lors se préoccuper de la réalité économique à l'intérieur de laquelle seront versés et dépensés les montants accordés à la victime. Ne pas tenir compte de l'inflation et des taux d'intérêt reviendrait à fausser, en pratique, l'évaluation des dommages faite par le tribunal :

À mon avis, mieux vaut s'en tenir aux éléments que nous connaissons plutôt que d'ignorer la réalité économique. Analytiquement, au lieu de supposer une situation économique stable, on peut se servir des taux d'intérêt existants et tenir compte du taux d'inflation prévisible à long terme.¹¹

Tenir compte de l'inflation et des taux d'intérêt, cela veut dire procéder à une *actualisation* de certains des montants accordés à la victime. La nécessité d'une telle opération est évidente. Rappelons que le principe de base de la réparation du préjudice en droit commun de la responsabilité civile est qu'elle doit être intégrale : *restitutio in integrum*. Ce qui signifie que l'on doit indemniser complètement la victime, ni plus, ni moins. Or, dans notre système de droit où le juge doit fixer une indemnité forfaitaire sans

8. *Andrews, supra*, note 7, p. 235.

9. Un plafond de \$100,000.00, sauf cas exceptionnels, a longtemps été appliqué par la Cour d'appel : *Magera c. Frater, supra*, note 2.1, p. 10 et les arrêts cités.

10. *Andrews, supra*, note 7, p. 237.

11. *Idem*, p. 255.

possibilité de révision ultérieure ¹², il faut procéder aujourd'hui à l'estimation de frais ou de pertes qui ne seront encourus que dans l'avenir, soit les soins médicaux futurs et la perte de capacité de gains. La victime obtient donc immédiatement certains montants qui remplacent ce qu'elle aurait gagné petit à petit au cours de sa vie, n'eût été des blessures subies. En faisant fructifier ces montants par le biais de dépôts bancaires, d'actions, d'obligations, etc., elle se retrouvera en définitive avec un capital plus élevé que ce à quoi elle avait droit.

Cependant, il faut bien comprendre que ces intérêts accrus ne représentent pas une plus-value nette entre les mains de la victime. Le phénomène de l'érosion monétaire lui rendra de plus en plus onéreuse, au fil des ans, l'acquisition des biens et services nécessaires à sa subsistance. Nous connaissons tous les méfaits de l'inflation qui se reflète dans la hausse des coûts du logement, du transport et de la nourriture ; la victime de blessures corporelles sera affectée au premier chef par la perte de son pouvoir d'achat.

Ainsi, ces deux facteurs auront un effet tout à fait inverse dans l'opération visant à établir un taux d'actualisation. D'une part, le taux d'intérêt retenu viendra augmenter ce taux d'actualisation et sera donc défavorable à la victime : plus le taux choisi sera élevé, plus le montant de base déterminé par le juge sera réduit pour tenir compte de la rentabilité des investissements. D'autre part, le pourcentage d'inflation retenu viendra diminuer le taux d'actualisation et profitera à la victime. Le choix d'un taux d'actualisation peu élevé, découlant d'une hypothèse où l'érosion monétaire vient annuler le taux de rendement brut du montant investi, n'aura qu'une faible influence sur le montant de base octroyé. La victime se verra ainsi accorder une somme finale de plus en plus élevée à mesure que le taux d'actualisation choisi tendra vers zéro. Il est donc fondamental de retenir qu'un taux d'actualisation positif n'est pas un pourcentage d'intérêt qui vient s'ajouter à la somme accordée à la victime mais constitue au contraire un facteur de diminution de cette somme.

La Cour suprême a eu le grand mérite d'établir pour la première fois au Canada des règles précises en matière d'évaluation des dommages suite à des blessures corporelles, particulièrement en ce qui concerne l'actualisation des sommes représentant des dépenses ou des pertes futures. L'analyse du contenu de la trilogie de même que ses effets immédiats sur la jurisprudence et la doctrine canadienne feront l'objet de la première partie de cette étude. Nous nous apercevrons que si la méthode de calcul employée se révèle beaucoup plus exacte que la méthode anglaise ^{12.1}, il n'en reste pas moins que

12. Nous reviendrons sur ce point lors de notre conclusion.

12.1. *Infra*, note 16 et texte afférant.

d'importantes erreurs ont alors été commises, généralement parce que la preuve soumise à la Cour était insuffisante, voire inexistante. Ces erreurs ont eu pour effet de sous-indemniser gravement les victimes dans ces trois affaires.

Par ailleurs, la portée exacte de ces arrêts n'a pas été saisie immédiatement par la jurisprudence, qui s'est demandée pendant quelques années si le taux d'actualisation n'était pas une question de droit à laquelle on ne pouvait déroger. Les précisions fournies par la doctrine et par un arrêt subséquent de la Cour suprême ont dissipé tous les doutes : il est aujourd'hui unanimement admis que le taux d'actualisation est une question de fait, soumis à la preuve en chaque espèce.

Cette prise de position a cependant eu un effet indirect : le défaut par les parties de présenter une preuve adéquate a entraîné dans bien des cas subséquents le retour aux anciennes méthodes d'évaluation arbitraire des dommages.

Dans une deuxième partie, nous verrons de quelle façon les règles fournies par la trilogie ont été améliorées postérieurement. La jurisprudence a ici joué un rôle extrêmement actif. D'une part, elle a corrigé la définition du taux d'actualisation donnée par la trilogie, en considérant ensemble plutôt que séparément les taux d'intérêt et d'inflation : l'analyse combinée de ces taux et l'écart moyen qui en résulte s'avérant beaucoup plus juste historiquement que les projections futures séparées de ces deux composantes. D'autre part, un élément nouveau a été ajouté dans le calcul du taux d'actualisation afin de tenir compte de la progression particulière des sommes représentant les salaires futurs. Ce facteur de productivité, qui est encore aujourd'hui admis avec réticence, a entraîné la création de deux taux d'actualisation, selon que les montants alloués visent à indemniser la perte des salaires futurs ou les autres dépenses futures.

Le Législateur n'est pas demeuré inactif, intervenant des quatre provinces canadiennes pour fixer le taux d'actualisation, généralement aux alentours de 2.5%. Si ces législations sont d'une utilité manifeste en l'absence de preuve ou encore lorsque les parties jugent une telle preuve trop onéreuse, elles n'ont pas pour autant réglé tous les problèmes, spécialement lorsque la preuve présentée contredit le taux choisi par la loi. Malgré ses limites, une telle législation serait utile au Québec, à condition que sa véritable portée soit comprise par les tribunaux et les plaideurs.

Tout au long de cette étude, nous nous proposons d'examiner tant la jurisprudence et la doctrine québécoise que celles des autres provinces. Les juristes québécois ne doivent pas s'empêcher d'observer les solutions retenues ailleurs au Canada, sous prétexte qu'il s'agit là de droit comparé. L'étude de

la notion et des effets du taux d'actualisation est une matière économique et actuarielle qui fait peu appel à des principes de droit civil ou de common law. Le seul grand principe sous-tendant l'évaluation des pertes pécuniaires futures, celui de la réparation intégrale du préjudice, est commun aux deux systèmes juridiques. Pour le reste, nous croyons que les solutions de la doctrine et de la jurisprudence des autres provinces canadiennes en ce qui concerne l'actualisation des pertes futures sont transposables en droit québécois, et vice versa. Bien sûr, les conditions économiques ne sont pas identiques à travers le Canada. Le taux d'inflation est par exemple historiquement plus élevé dans les Maritimes qu'en Ontario. Par contre, les taux d'intérêt ne changent pas d'une province à l'autre ; les politiques économiques futures du gouvernement fédéral donnent lieu aux mêmes projections dans tout le pays. De plus, toutes les provinces canadiennes défraient les soins médicaux normaux de leurs populations ; l'évaluation des soins futurs variera peu d'une province à l'autre^{12.2}. Sur un plan plus général, il est révélateur de constater que les tribunaux canadiens appliquent depuis 1978 les mêmes statistiques, reflétant la réalité économique du pays entier. D'ailleurs, on peut souligner que les auteurs et la jurisprudence¹³ qui contestent l'applicabilité en droit québécois des principes émis par la trilogie, ne le font qu'en ce qui touche l'évaluation du préjudice moral (les pertes non pécuniaires), plafonné à \$100,000.00 (en dollars de 1978) par la Cour suprême.

Une dernière précision s'impose quant au vocabulaire utilisé. Depuis une dizaine d'années, les tribunaux ont successivement employé les termes « taux d'intérêt », « taux de capitalisation » et « taux d'actualisation ». Alors que le premier est trompeur du rôle joué par ce taux, le second constitue un barbarisme dans le sens où on veut l'employer. Seul l'emploi de la troisième expression est correcte ; *actualiser*, nous dit le Petit Robert, c'est « transformer en valeur actuelle (un patrimoine ancien, des revenus futurs) »¹⁴. La même confusion a eu lieu hors du Québec, où l'emploi des expressions *interest rate* et *capitalization rate* ont finalement fait place à *discount rate*.

12.2. La situation est différente lorsque l'on veut analyser les arrêts américains, où la moyenne des indemnités accordées (qui ont atteint jusqu'à \$125 millions) fausse toute comparaison, même si le processus d'actualisation de ces sommes ne devrait pas théoriquement être affecté.

13. J.L. BAUDOUIN, *supra*, note 1, n^{os} 232, 274 et 275 ; Jim Russel *international driving School c. Hite*, [1986] R.J.Q. 1610 [C.A.]. Un seul auteur critique de façon plus large l'application de ces décisions en droit québécois : O. FRENETTE, *L'évaluation du préjudice en cas de blessures, de décès et d'atteintes aux droits fondamentaux de la personne*, Montréal, Wilson et Lafleur, supplément 1985, p. 24-25.

14. L'expression « taux d'actualisation » est d'ailleurs acceptée par ce dictionnaire.

1. L'établissement de règles précises par la Cour suprême

Les interventions de la Cour suprême en 1978 ont contribué à mettre de l'ordre dans un secteur du droit qui en avait grandement besoin. Après avoir analysé les innovations apportées par la trilogie en ce qui a trait à l'actualisation des montants représentant des pertes ou dépenses futures, nous examinerons les premières réactions jurisprudentielles qui ont suivi cette trilogie.

1.1. La trilogie de 1978

Les arrêts *Andrews*, *Arnold* et *Thornton* ont apporté des précisions sur tous les aspects touchant l'évaluation des dommages pour blessures corporelles. Il n'est pas dans notre intention d'en faire une analyse complète : d'autres l'ont fait avant nous¹⁵. Seules les pertes pécuniaires futures nous intéressent ici. De façon plus précise, l'évaluation même de ces pertes pécuniaires futures, c'est-à-dire la façon d'en arriver au montant de base représentant les soins futurs ou la perte de capacité de gains ne sera pas étudiée ici. Notre attention sera portée sur la méthode d'actualisation de ces montants de base, autrement dit le taux d'actualisation applicable et son mode de calcul.

Dans la trilogie, on a demandé à la Cour d'appliquer la méthode d'actualisation ayant cours en Angleterre, connue sous le nom de *Lord Diplock Approach*. Cette méthode est née de l'arrêt *Mallet c. McMongale*¹⁶, rendu en 1970. Malgré ce que pourrait laisser croire un auteur¹⁷, la méthode Diplock a bel et bien été rejetée un an plus tard par la majorité de la *House of Lords*¹⁸. Cependant, il est admis que la jurisprudence est depuis ce temps revenue à la formule de Lord Diplock¹⁹. En théorie, elle peut être définie comme suit :

15. Voir entre autres W.H.R. CHARLES, « The Supreme Court of Canada handbook on assessment of damages in personal injury cases », (1982) 18 *C.C.L.T.* 1 ; A. BISSET-JOHNSON, « Damages for personal injuries — The Supreme Court speaks », (1978) 24 *McGill L.J.* 316 ; M. BRANIFF, A. PRATT, « Tragedy in the Supreme Court of Canada : new developments in the assessment of damages for personal injuries », (1979) 37 *U.T. Fac. L.R.* 1 ; B. FELDTHUSEN, K. MCNAIR, « General damages in personal injury suits : The Supreme Court's trilogy », (1978) 28 *U. of T.L.J.* 381.

16. *Supra*, note 5.

17. B.M. McLACHLIN, « What price disability? A perspective on the law of damages for personal injury », (1981) 59 *R. du B. Can.* 1, p. 23.

18. *Taylor c. O'Connor*, [1971] A.C. 115, juge Dilhorme dissident.

19. Voir *Mitchell c. Mulholland (No. 2)*, [1971] 2 All. E.R. 1205 (C.A.) ; *Cookson c. Knowles*, [1978] 2 All. E.R. 604 (H.L.) ; COOPER-STEVENS, *supra*, note 4, p. 263, note 17.

The method is to multiply the lost annual income (the multiplicand) by the number of years during which the loss will last (the multiplier). The multiplicand includes an allowance for the prospect of increased earnings, but not for any increase due to projected inflation, while the multiplier is scaled down to account for the contingencies of life and for the advantages of receiving a lump sum.²⁰

On fait remarquer avec justesse qu'en pratique, le refus de considérer l'effet de l'inflation n'est pas aussi clair : le taux généralement retenu pour l'augmentation prévue des salaires est de 5% alors qu'historiquement il s'approcherait beaucoup plus de 3%²¹. Cette façon détournée de considérer au moins partiellement l'érosion monétaire pourrait expliquer la longévité de la méthode Diplock. Cela n'enlève toutefois rien à sa grande imprécision et à son caractère peu scientifique.

Face à cette situation, la Cour suprême a clairement pris le parti de rejeter la méthode Diplock, la jugeant « peu réaliste »²². Elle a préféré définir son propre taux d'actualisation, plus proche de la réalité économique.

1.1.2. Les éléments retenus dans la définition du taux d'actualisation

1.1.2.1. La position de la Cour suprême

Dans l'arrêt *Andrews*, qui constitue la pièce maîtresse de la trilogie de 1978, le juge Dickson a tenu compte de deux facteurs dans l'établissement du taux d'actualisation : les taux d'intérêt et d'inflation. Si l'on s'en tient aux paramètres utilisés par le juge, la mécanique de base est rigoureusement exacte : puisque le phénomène de l'érosion monétaire viendra réduire les revenus réels de la victime dans l'avenir, il faut évaluer ce facteur et le déduire du taux d'intérêt estimé qui servira à faire fructifier le montant global octroyé. Les taux d'intérêt étant traditionnellement plus élevés que l'inflation, il en résultera un taux d'actualisation positif. Par une opération purement mathématique, ce taux d'actualisation sera transformé en un

20. COOPER-STEVENSON, *supra*, note 4, p. 72.

21. B.M. McLACHLIN, *supra*, note 17, p. 24, cf. B. FELDTHUSEN, K. McNAIR, *supra*, note 15, p. 401 ; D. MORGAN, « Interest and inflation in the House of Lords », (1983) 133 *New L.J.* 821.

22. *Andrews*, *supra*, note 7, p. 254.

facteur d'actualisation qui, appliqué au montant de base représentant les soins futurs ou la perte de capacité de gains, viendra le réduire²³.

Le juge Dickson devait ensuite décider quels taux d'intérêt et d'inflation étaient à retenir dans l'application de sa formule. Sa conclusion est la suivante : « [...] j'utiliserai les taux de rendement actuels des investissements à long terme et prévoirai une marge suffisante pour contrer les effets de l'inflation future »²⁴. Et à la page suivante :

[...] le taux d'actualisation doit se situer aux environs de sept pour cent. Je prendrai donc ce chiffre qui, selon moi, *découle logiquement de la méthode que j'ai adoptée : il tient compte de l'état actuel du marché des investissements et de l'inflation prévisible*. (nos soulignés)

Pour en arriver à ce taux de 7%, le juge Dickson se fonda sur une déclaration du Dr John Deutch datant de 1973, où le président du Conseil économique du Canada émettait l'hypothèse d'une inflation future d'environ 3½%. Appliquant ce chiffre aux taux d'intérêt des investissements à long terme en date du procès, soit 10½%, le tribunal en arriva à un taux d'actualisation de 7%. Se référant à la preuve soumise dans l'affaire *Andrews*, les deux autres arrêts de la trilogie appliquèrent un taux identique²⁵.

Tout le processus suivi par la Cour suprême était cependant critiquable à plusieurs niveaux ; la réaction de la doctrine ne se fit pas attendre.

1.1.2.2. Les critiques de la position de la Cour suprême

Si la nécessité d'opérer une actualisation des montants représentant des pertes futures est unanimement admise par la doctrine²⁶, la méthode employée par la trilogie fut quant à elle remise en cause.

On a d'abord relevé que la preuve ayant servi à établir le taux prévisible d'inflation était indirecte, puisque le Dr Deutch n'a jamais témoigné dans l'affaire *Andrews*. Son hypothèse avait plutôt été reprise par

23. Dans *Bouliane c. Commission Scolaire de Charlesbourg*, [1984] C.S. 323, le juge Letarte explique que les facteurs d'actualisation « sont les multiplicateurs devant être utilisés pour établir le capital d'une rente pour la période visée, afin de faire face aux pertes estimées par le tribunal » (p. 347). Voir également COOPER-STEVENSON, *supra*, note 4, p. 273.

24. *Andrews*, *supra*, note 7, p. 258.

25. *Thornton*, *supra*, note 7, p. 279 ; *Arnold*, *supra*, note 7, p. 327.

26. M. BRANIFF, A. PRATT, *supra*, note 15, p. 24 ; B.M. MCLACHLIN, *supra*, note 17, p. 22 ; I.F. LIPNOWSKY, « The economist's approach to assessing compensation for accident victims », (1979) 9 *Man. L.J.* 319, p. 324 ; W.F. LANDSEA, « How workable are net discount rates », (1982) 28 *McGill L.J.* 102, p. 103 ; P. BOYLE, J.D. MURRAY, « Assessment of damages : economic and actuarial evidence », (1981) *Osgoode Hall L.J.* 1, p. 2.

un économiste ayant témoigné lors du procès. De plus, cette hypothèse du Dr Deutch avait été prise totalement hors de son contexte : en 1973, il témoignait alors devant une Commission fédérale chargée de régler un différend relatif au coût du régime de pension des employés de chemins de fer. Le taux d'inflation de 3½% n'était qu'une hypothèse et non une prédiction, qui était d'ailleurs étroitement liée à d'autres facteurs tels les taux d'intérêt²⁷.

La méthode employée pour évaluer le taux d'intérêt entraîne des conséquences beaucoup plus graves. Dans la trilogie, le taux *actuel* (en 1978) sur les investissements à long terme est utilisé. Cela revient à dire que la victime sera automatiquement affectée par la date à laquelle a lieu le procès, et ce peu importe la gravité objective des blessures subies. Si la victime a la « chance » de voir son procès se dérouler pendant une période où la situation économique permet des taux d'intérêt faibles, elle sera avantagée par une moindre différence entre un taux d'intérêt anormalement bas et un taux d'inflation qui, lui, est toujours déterminé par rapport à des prédictions à long terme. La situation inverse est aussi vraie : des taux d'intérêt à long terme élevés, comme nous en avons connu au début des années '80, viendront réduire dramatiquement le montant de base accordé à cette victime²⁸.

L'utilisation des taux d'intérêts actuels dans l'établissement du taux d'actualisation est donc à proscrire. Nous n'avons d'ailleurs retracé qu'un seul arrêt postérieur ayant appliqué ce raisonnement à partir de la preuve fournie au procès²⁹.

Ce dernier point est toutefois secondaire face à l'erreur fondamentale commise par la Cour suprême. En examinant *séparément* le taux d'inflation et les taux d'intérêt, la Cour s'est rendu la tâche extrêmement difficile. En effet, il faut être devin pour réussir à prédire correctement les taux futurs d'inflation tant les fluctuations économiques, spécialement lors des quinze dernières années, ont fait évoluer de façon marquée et imprévisible ce facteur. La même observation s'applique d'ailleurs aux taux d'intérêt. Ainsi,

27. Voir S.A. REA, « Inflation, taxation and damage assessment », (1980) 58 R. du B. Can. 280, p. 284; A.S. DEXTER, J.D. MURRAY, R.W. POLLAY, « Inflation, interest rates and indemnity : the economic realities of compensation awards », (1979) 13 U.B.C.L. Rev. 298, p. 304; G. BALE, « Adding insult to injury : the inappropriate use of discount rates to determine damage awards », (1983) 28 McGill L.J. 1015, p. 1022.

28. B.M. McLACHLIN, *supra*, note 17, p. 26.

29. *Lamont c. Pederson*, (1979) 6 W.W.R. 577 (Sask. Q.B.), p. 586 (taux de 3% en l'espèce). Cet arrêt diffère des cas où les tribunaux appliquèrent sans se poser de question le taux de 7% de la trilogie (*infra* chap. II, section 2).

le taux annuel d'inflation a oscillé entre 2.8% et 10.9% entre 1971 et 1975, et de 12.5% à 4.0% au cours des cinq dernières années. Les variations affectant les taux d'intérêt ont été tout aussi marquées. Dans ce contexte, tenter de prédire séparément ces deux composantes du taux d'actualisation relève de la plus pure spéculation. Malgré cela, une certaine doctrine se sert encore de cette méthode dangereuse³⁰.

Il existe pourtant un moyen beaucoup plus sûr d'établir l'écart prévisible entre ces deux facteurs : il suffit de les évaluer ensemble plutôt que séparément. Un auteur résume fort bien l'avantage de ce procédé :

The projection of these components [l'inflation et les taux d'intérêt] into the future presents a dramatic change from the historical data but the relationship of one to the other is still relatively constant over longer periods.³¹

Cooper-Stevenson et Saunders explicitent un peu plus l'attrait envers cette méthode de la façon suivante :

There are two reasons for considering together the elements of inflation and interest. First, neither affects the estimated value of what the plaintiff would have earned had he not been injured. [...] Secondly, *as a matter of economic reality, inflation and interest run hand in hand*. In times of high inflation there will be available high investment interest rates. In times of zero or low inflation, interest rates will be low.³² (nos soulignés)

La méthode de *l'écart moyen*, c'est-à-dire celle qui se base sur l'interaction entre le pourcentage d'inflation et les taux d'intérêt, est donc beaucoup plus sûre que les tentatives séparées de prévoir les fluctuations futures de ces deux paramètres. L'analyse des données économiques du passé acquiert ainsi une importance primordiale. En observant la stabilité relative de l'écart moyen entre les taux d'intérêt et d'inflation sur une longue période, on pourra prédire avec de bonnes chances de succès la situation future. Cette solution beaucoup plus juste pour les parties, a été proposée en doctrine³³ et

30. W.F. LANDSEA, *supra*, note 26, où toute sa démonstration est basée sur une évaluation séparée des deux paramètres ; A.K. PATERSON, « Loss of future income in actions for damages », (1980) 26 *McGill L.J.* 114, p. 120 ; J.L. BAUDOUIN, *supra*, note 7, p. 132.

31. H.B.M. CONNELL, « Discount rates. The current debate », (1980) 2 *Advocate's Q.* 138, p. 144 et le tableau en p. 142.

32. COOPER-STEVENSON, *supra*, note 4, p. 261.

33. M. TANCELIN, *Des Obligations, contrat et responsabilité*, Montréal, Wilson et Lafleur, 1986, p. 408, n° 767 (cité : M. TANCELIN) ; G. BALE, *supra*, note 27, p. 1024 ; S.A. REA, *supra*, note 27, p. 285 ; P. BOYLE, J.D. MURRAY, *supra*, note 26, p. 6 ; B.M. McLACHLIN, *supra*, note 17, p. 26 ; D.R. ANDERSON, *Actuarial evidence : valuing past and future income*, Toronto, Carswell, 1983, p. 12 et 31. Nous référons également le lecteur au tableau II.

rapidement appliquée par la jurisprudence canadienne³⁴. Au Québec, la situation se révèle plus complexe. Certains arrêts ont carrément appliqué la méthode de l'évaluation séparée des deux paramètres. Ainsi, dans l'affaire *Philibert*, le juge Mailhot déclare :

Le tribunal considère que la situation doit être évaluée en fonction des taux de rendement disponible à l'égard d'investissements généralement sécuritaires. Le taux retenu par l'actuaire des défenderesses de 11% est en deçà de la moyenne estimative au Canada de 11,85% calculée par la Banque du Canada au 4 mai 1983 et était donc réaliste en mai 1983.³⁵

Pour les raisons mentionnées plus haut, nous sommes d'avis que cette méthode consistant à tenir compte des taux d'intérêt à la date du procès sur les investissements à long terme est à rejeter.

D'autre part, il est souvent difficile de savoir quelle méthode est appliquée par les tribunaux dans la recherche du taux d'actualisation, en raison du laconisme des arrêts. Parfois, un taux d'actualisation est bel et bien appliqué, sans que l'on sache pour autant comment il a été obtenu³⁶. Parfois on suppose que le tribunal a appliqué un taux d'actualisation, sans en avoir la certitude. Un arrêt de 1982 de la Cour supérieure en fournit un exemple :

[...] compte tenu d'une expectative de vie de 42.24 ans, d'un salaire de \$13,520.00 par année, des aléas de la vie et *des autres facteurs généralement reconnus en l'espèce* [...].³⁷ (nos soulignés)

De telles pratiques sont également condamnables car elles empêchent les procureurs des parties et les juridictions d'appel de se faire une juste idée des éléments considérés par le juge de première instance.

L'ambiguïté dans les termes employés par les juges contribuent à accentuer la complexité de la situation. Par exemple, dans l'arrêt *Provencher c. Adressograph-Multigraph*, le juge Bisson parle d'« établir des projections à long terme »³⁸ dans sa recherche du taux d'actualisation. Pourtant, quelques

34. *Lan c. Wu*, (1979) 2 W.W.R. 122, p. 129 : « One of the safest ways to predict the future is to look at past experience », conf. par (1981) 1 W.W.R. 64, p. 72 (B.C.C.A.); *Jeselon c. Waters*, (1981) 3 W.W.R. 715, p. 721; *Borbely c. Mryglod*, (1981) 9 Sask. L.R. 61, p. 69 (Q.B.); *Fenn c. City of Peterborough*, (1980) 104 D.L.R. (3d) 174, p. 227 (Ont. C.A.), point non discuté en appel à [1981] 2 R.C.S. 613; *Barret c. Paquet*, (1981) 87 A.P.R. 90, p. 111 (P.E.I.S.C.); *Smithson c. Saskem Chemicals*, (1986) 1 W.W.R. 145, p. 161 (Sask. Q.B.); *Savoy c. Robichaud*, (1986) 167 A.P.R. 187, p. 205 (N.B.Q.B.).

35. *Philibert c. Via Rail*, [1983] C.S. 1022, p. 1035, conf. par [1985] C.A. 228. Au même effet : *Matthews c. Ville de Jonquière*, [1982] C.S. 1122, p. 1127.

36. *Smith Belting c. P.G. Québec*, C.A.Q. n° 584-810, 26 juin 1984, juge Nichols, p. 10.

37. *Gélinas c. Lecavalier Transfert*, [1982] C.S. 643, p. 666.

38. C.A.M. n° 249-847, 8 mai 1985, p. 13.

lignes plus loin, il fait sienne l'opinion d'un expert se basant sur l'expérience des 25 dernières années pour établir ce taux.

Heureusement, la jurisprudence des dernières années a appliqué sans aucune équivoque la méthode de l'écart moyen entre les taux d'intérêt et d'inflation, sur la base de l'expérience des années antérieures. Un arrêt de la Cour d'appel³⁹ a d'abord accepté, contrairement au juge de première instance, les conclusions d'un expert ayant appliqué cette méthode. Par la suite, dans ce qui constitue sans aucun doute la série d'arrêts québécois ayant le mieux analysé le processus de l'actualisation des pertes futures⁴⁰, le juge Letarte a reconnu la nécessité d'observer le passé pour prédire l'avenir. Dans l'arrêt *Gravel*, il s'exprime ainsi :

S'il est illusoire, pour ne pas dire davantage, d'essayer de prédire avec exactitude l'inflation future moyenne pour le prochain demi-siècle, de déterminer en même temps le taux de rendement des placements raisonnablement sûrs, un facteur historique demeure relativement constant, c'est le différentiel séparant ces deux réalités.⁴¹

À notre avis, cette dernière méthode a toutes les chances de faire jurisprudence puisqu'elle représente la façon la plus exacte de prédire une situation économique future pour le moins incertaine^{41.1}.

Cela ne veut pas dire que la méthode « historique » soit acceptée par l'ensemble des experts. M. Pierre Fortin, qui a fréquemment témoigné au cours des dernières années dans des procès de ce genre, se veut un ardent défenseur de cette méthode. Un économiste non moins chevronné, M. Claude Forget, propose cependant une méthode quelque peu différente. À partir de pronostics compilés annuellement par la maison Peat Marwick, il faut selon lui établir des projections pour un certain laps de temps dans l'avenir. Sommairement, il s'agit de faire des prédictions pour des périodes futures de

39. *Lignes Aériennes C.P. c. Gendron*, [1983] C.A. 596, p. 600 où est reproduit le passage du jugement de première instance faisant état de la preuve soumise par l'expert.

40. Que nous nous permettrons d'appeler la trilogie Letarte : *Bouliane c. Commission Scolaire de Charlesbourg*, *supra*, note 23 ; *Gravel c. Hôtel-Dieu d'Amos*, [1984] C.S. 792 ; *Lebrun c. Québec Téléphone*, [1984] C.S. 605 (cités respectivement Bouliane, Gravel et Lebrun). Les affaires *Bouliane* et *Gravel* seront probablement entendues en appel en 1987. L'arrêt *Lebrun* a été infirmé en appel (C.A.Q. n° 521-846, 27 octobre 1986), sur les questions de la réserve pour impôts et de l'octroi de frais de gestion (juge Kaufman dissident). Les principes appliqués dans les trois arrêts de la Cour supérieure ont été repris dans un article du juge Letarte, publié à (1986) 64 R. du B. Can. 106.

41. *Gravel*, *supra*, note 40, p. 827.

41.1. Cependant, pour un exemple de retour aux anciennes méthodes de prédictions séparées des taux d'intérêt et d'inflation, voir *Lapointe c. O.B. Canada inc.*, C.S. Mtl n° 13331-812 du 11 mai 1984, conf. par C.A.M. n° 677-849, 29 décembre 1986, juge Monet, p. 21 à 23.

1, 5 et 15 ans. Au-delà de cette dernière période, M. Forget reconnaît la trop grande incertitude de ces prédictions et applique alors la méthode historique^{41.2}.

Les deux méthodes ne sont donc pas totalement inconciliables, d'autant plus que les tenants de la méthode historique tiennent compte du passé récent dans l'établissement de leur écart moyen, ce qui revient à employer de façon partielle la méthode prônée par M. Forget⁴². Quoi qu'il en soit, la jurisprudence québécoise applique majoritairement la méthode historique, peut-être à cause de la plus grande complexité de la seconde méthode faisant appel à des évaluations distinctes du taux d'actualisation selon la période couverte par l'indemnité.

Bref, la méthode de calcul du taux d'actualisation initialement employée par la trilogie a fait l'objet d'importantes modifications par la jurisprudence postérieure. Ces réajustements étaient souhaitables lorsque l'on constate le résultat injuste imposé aux victimes dans les arrêts *Andrews*, *Arnold* et *Thornton*.

1.1.3. La sous-indemnisation des victimes dans la trilogie de 1978

Comme nous l'avons vu précédemment, la méthode de l'évaluation séparée des deux paramètres du taux d'actualisation doublée d'une tentative de prévision future du taux d'inflation, se révèle extrêmement hasardeuse. La Cour suprême avait toutes les chances de se tromper dans ses estimations et c'est ce qui est arrivé, avec le choix d'un taux d'actualisation élevé à 7%. En effet, l'expérience passée a démontré que l'écart moyen entre les taux d'intérêt et d'inflation s'établit aux alentours de 2 à 3%, et ce même en tenant compte des variations considérables de ces facteurs au milieu des années soixante-dix⁴³. La doctrine a unanimement condamné le choix de ce taux de 7%, qui est environ deux fois plus élevé que ce qu'aurait indiqué le recours à la méthode historique⁴⁴.

41.2. Cette méthode est également connue hors du Québec : voir la preuve présentée dans *Smithson c. Saskem Chemicals*, *supra*, note 34, p. 162.

42. Sur l'ensemble de cette question, voir R. LETARTE, « Les tribunaux et la nouvelle dimension de la responsabilité pour blessures corporelles », (1986) 54 *Assurance* 54, p. 64 et 65.

43. Voir à ce sujet les statistiques fournies par A.S. DEXTER et al., *supra*, note 27, p. 302-303; D. GIBSON, « Repairing the law of damages », (1978) 8 *Man. L.J.* 637, p. 650-651; Tableau II, période 1974-78.

44. M. BRANIFF, A. PRATT, *supra*, note 15, p. 27; I.F. LIPNOWSKI, *supra*, note 25, p. 331; G. BALE, *supra*, note 27, p. 1023; W.H.R. CHARLES, *supra*, note 15, p. 26; B. FELDTHUSEN, K. MCNAIR, *supra*, note 15, p. 400.

Les conséquences de ce choix ont été désastreuses pour les victimes. Par exemple, M. Andrews s'est vu accorder un montant de \$641,713.00 pour couvrir ses pertes pécuniaires futures, suite à l'application d'un taux d'actualisation de 7%. L'utilisation d'un taux de 3% lui aurait permis de recevoir \$1,109,373.00⁴⁵. La situation est sensiblement la même pour M. Thornton et est encore plus dramatique pour Diane Teno, âgée de quatre ans lors de l'accident et dont la période couverte par l'indemnité se voulait plus longue.

Cela signifie que ces victimes doivent obtenir tout au long de leur vie un taux de rendement net de 7% sur leurs investissements, ce qui depuis 1978 ne s'est révélé possible qu'au cours des années 1984 et 1985. Les prochaines années ne s'annoncent guère encourageantes avec la conjoncture économique actuelle favorisant des taux d'intérêt assez bas. À défaut de pouvoir maintenir ce taux de rendement net, ces victimes voient donc l'inflation gruger plus que prévu la valeur réelle de leur capital, avec la conséquence ultime que ce capital sera totalement épuisé avant le temps prévu. Ce dernier point apparaît évident lorsque l'on comprend l'idée de base gouvernant l'octroi immédiat d'une somme ne devant servir à répondre qu'à des besoins futurs :

La mécanique de l'évolution du fonds octroyé par le tribunal veut que pendant une première période le capital s'accroisse de l'excédent des revenus générés sur les dépenses jusqu'à ce que ces dernières finissent par atteindre le palier des revenus. Dans un second temps, pour faire face aux dépenses qui continueront de s'accroître, il y aura lieu à chaque année d'utiliser une partie du capital qui, vers la fin de la période envisagée, diminuera presque en chute libre jusqu'à extinction complète, capital et intérêts, à la fin de la période.⁴⁶

Ainsi, les intérêts nets (i.e. après avoir tenu compte de l'inflation) étant moins élevés que ce qui avait été prévu par la Cour suprême en 1978, les victimes se verront forcées d'entamer plus rapidement leur capital pour conserver le niveau de vie jugé acceptable. La réduction de ce capital entraînera à son tour une baisse des revenus d'intérêt, ce qui ne fera qu'accélérer le processus.

Les quelques lignes qui précèdent suffisent à démontrer l'importance de choisir le taux d'actualisation de la façon la plus précise possible. On risque autrement d'affecter significativement l'évaluation même des dommages, qui se voulait respectueuse du principe de réparation intégrale du préjudice. Il ne

45. Voir S.A. REA, *supra*, note 27, p. 284; C. FABIEN, E. MCKAY, « Le droit civil aux prises avec l'inflation », (1983) 28 *McGill L.J.* 284, p. 327. Pour d'autres chiffres, voir B. FELDTHUSEN, K. MCNAIR, *supra*, note 15, p. 390.

46. *Gravel, supra*, note 40, p. 826.

faut cependant pas trop blâmer la Cour suprême pour ses jugements de 1978. L'entreprise était énorme et la littérature traitant de l'actualisation des pertes futures était quasi inexistante. De plus, la preuve présentée dans les trois arrêts était très incomplète comparativement à celle dont les tribunaux disposent aujourd'hui dans certaines affaires. L'impact de la trilogie peut être mesuré à l'ampleur des réactions qu'elle a suscitées tant en doctrine qu'en jurisprudence.

1.2. Les premières réactions à la trilogie de 1978

L'applicabilité des principes dégagés par la trilogie en droit québécois n'a causé que peu de problèmes. À notre connaissance, un seul arrêt de la Cour supérieure a rejeté en bloc l'autorité de ces jugements :

Le tribunal, s'inspirant de certaines données énoncées par la Cour suprême dans des affaires en provenance des provinces de la common law (...) mais sans qu'elles ne s'imposent à lui au même titre que s'il s'agissait d'affaires décidées par application du Code civil du Québec.⁴⁷

Cette position a été complètement rejetée par la jurisprudence postérieure. Un arrêt récent ⁴⁸ tente bien de réduire la portée de la trilogie de 1978 mais seulement en ce qui concerne l'évaluation du préjudice moral, domaine où aucune actualisation des pertes n'est nécessaire.

La question de la reconnaissance des principes appliqués par la trilogie ne s'est évidemment pas posée dans les provinces de common law.

Cette prémisse étant établie, une première difficulté a été soulevée dans les affaires jugées peu après ces trois arrêts : le taux d'actualisation de 7% constitue-t-il une question de droit liant les parties dans les procès futurs ?

1.2.1. Le taux d'actualisation : question de fait ou de droit

Dans l'arrêt *Andrews*, le juge Dickson avait fixé le taux d'actualisation à 7% et concluait en ces termes : « Le chiffre adopté à l'avenir, dans d'autres affaires, variera en fonction de la preuve soumise »⁴⁹.

On ne pouvait se tromper sur le sens de ce dictum. Il en est pourtant résulté une controverse en jurisprudence qui a duré plus de deux ans. On peut tenter d'avancer une explication à ce phénomène : la confusion créée

47. *Lapierre c. P.G. du Québec*, [1979] C.S. 907, p. 919, point non discuté en appel : [1983] C.A. 631 et [1985] 1 R.C.S. 241.

48. *Russell c. Hite*, *supra*, note 13.

49. *Supra*, note 7, p. 259.

par la Cour suprême elle-même dans les deux autres arrêts de la trilogie. Dans l'affaire *Arnold*, le juge Spence décida de prendre connaissance d'office de la déclaration du Dr Deutch soumise en preuve dans *Andrews*, afin d'établir le taux d'actualisation dans sa propre affaire⁵⁰. La même référence à la preuve de l'arrêt *Andrews* a été faite dans l'affaire *Thornton*⁵¹. Ces déclarations n'ont acquis que plus d'ambiguïté lorsque l'on s'est aperçu qu'un taux de 7% avait été appliqué, identique à celui de l'arrêt *Andrews*.

Il n'est dès lors guère surprenant qu'une certaine jurisprudence ait appliqué automatiquement le taux d'actualisation de 7%. La motivation de ces arrêts est très révélatrice : « [...] he [l'actuaire] has used a discount rate factor of 7 per cent. This is also in accord with the principles laid down in *Andrews* »⁵². Ou encore : « The Court therefore with the greatest respect for contrary opinion, considers that it should retain for the purposes of the present case the 7% discount rate fixed by the Supreme Court »⁵³.

Ce dernier arrêt va encore plus loin puisque le juge écarte une preuve contraire présentée par un expert, qui établissait le taux d'actualisation à 3%. Malheureusement, on retrouve d'autres arrêts qui ont refusé de tenir compte de la preuve soumise pour se conformer à la trilogie⁵⁴.

Parallèlement, un courant contraire se forme en jurisprudence pendant ces mêmes années et refuse de considérer le taux d'actualisation comme une question de droit. La motivation utilisée est parfois bizarre, tel cet arrêt albertain⁵⁵ appliquant un taux de 4% sous le seul prétexte que la période à indemniser en l'espèce est beaucoup plus courte que celles des arrêts de la trilogie. Généralement, cette jurisprudence motive son choix d'un taux d'actualisation différent par la preuve soumise en chaque espèce⁵⁶.

50. *Supra*, note 7, p. 327.

51. *Supra*, note 7, p. 279.

52. *Lindal c. Lindal*, (1978) 4 W.W.R. 592, p. 606 (B.C. S.C.). Il est à remarquer que ce procédé semble avoir été accepté par la Cour suprême elle-même en appel : [1981] 2 R.C.S. 629, p. 644. Voir également *Healey's Estate c. Brown*, (1979) 56 A.P.R. 414, p. 421 (Nfld. C.A.) et les arrêts cités par B.M. McLACHLIN, *supra*, note 17, p. 25, note 98.

53. *Gendron c. Lignes Aériennes C.P.*, [1980] C.S. 548, p. 551, inf. par [1983] C.A. 596.

54. *Raymond c. C.P. Ltd.*, (1978) 6 Alta L.R. (2d) 44, p. 61 (Q.B.); *Kernsted c. Desorcy*, (1978) 3 W.W.R. 623 (Man. Q.B.); *Trizec Equities c. Guy*, (1979) 5 C.C.L.T. 172, p. 212 (N.S.C.A.). On a même demandé à des experts de procéder à des calculs actuariels à partir d'un taux d'actualisation imposé de 7% : *Bond c. Loutit*, (1979) 2 W.W.R. 154, p. 170.

55. *Halwa c. Fandrick*, (1980) 24 A.R. 397, p. 403 (Q.B.).

56. *Campeau c. Société Radio-Canada*, [1979] C.S. 637, p. 644; *Fenn c. City of Peterborough*, *supra*, note 34, p. 227; *Lan c. Wu*, *supra*, note 34, p. 128; *Keating c. Lenihan*, (1979) 32 N.S.R. (2d) 111, p. 129 (S.C.); *Malat c. Bjornson* (n° 2), (1979) 4 W.W.R. 673, p. 688 (B.C.S.C.) et les arrêts cités.

Finalement, la Cour suprême a eu l'occasion de réaffirmer, dans l'arrêt *Lewis c. Todd*, « le principe que le taux d'actualisation est normalement une question de fait qui dépend de la preuve soumise dans chaque cas »⁵⁷. Cette position a reçu l'appui de la doctrine⁵⁸ et la jurisprudence est depuis ce temps unanime à qualifier toute la question du taux d'actualisation de question de fait⁵⁹.

Nous ne pouvons qu'appuyer cette solution : considérer qu'un tribunal puisse, à un moment précis, fixer un taux d'actualisation applicable aux poursuites futures équivaut à nier une situation économique en perpétuel changement. Cela ne veut pas dire qu'un tribunal doit écarter tous les éléments qui ne sont pas spécifiquement mis en preuve au procès. Ainsi, il est selon nous souhaitable qu'un juge considère la preuve soumise dans une affaire semblable moins de six mois auparavant⁶⁰. Ce qu'il faut éviter, c'est qu'un tribunal en vienne à se fier à la tendance jurisprudentielle générale, en appliquant des arrêts qui datent de plusieurs années et en cessant de se poser des questions sur la réalité économique en date du procès. Une décision récente porte en elle le germe d'une attitude à déconseiller :

Au cours des cinq dernières années, les tribunaux ont toujours appliqué un taux d'actualisation d'environ 3%. Dans les circonstances et compte tenu de tous les éléments, il convient de continuer à suivre ce précédent.⁶¹

La qualification du taux d'actualisation en tant que question de fait a cependant eu deux effets secondaires importants. D'une part, les témoignages

57. [1980] 2 R.C.S. 694, p. 709.

58. Voir entre autres M. TANCELIN, *supra*, note 33, n° 767; J.L. BAUDOUIN, *supra*, note 1, p. 132; COOPER-STEVENSON, *supra*, note 4, p. 264; S.M. WADDAMS, *The law of damages*, 1983, p. 249; D.R. JAMES, « The Fatal Accident Act of Manitoba: death of a part-time working mother », (1985) 14 *Man. L.J.* 413, p. 455; A.K. PATERSON, *supra*, note 30, p. 116; D. GIBSON, *supra*, note 43, p. 649.

59. *Au Québec* : P.G. du Québec c. Dugal, C.A.Q. n° 358-793, 15 octobre 1982, juge Paré, p. 12; *Lemaire c. Lambert*, [1983] C.S. 291, p. 307; *Lignes Aériennes C.P. c. Gendron*, *supra*, note 39, p. 600; *Gravel*, *supra*, note 40, p. 829; *Bouliane*, *supra*, note 23, p. 345; *Lebrun*, *supra*, note 40, p. 625; *Smith Belting c. P.G. du Québec*, *supra*, note 36, p. 12. *Ailleurs au Canada* : *McCleod c. Palardy*, (1980) 4 *Man. R.* (2d) 218, p. 246, conf. en appel par (1981) 10 *Man. R.* (2d) 181, p. 206; *Barret c. Paquet*, *supra*, note 34, p. 111; *Cudmore c. Tabin*, (1984) 32 *Sask. R.* 105, p. 114 (Q.B.). Les arrêts les plus récents ne se sentent même plus obligés de se justifier à ce niveau.

60. *Mannion c. Carena-Bancorp*, [1985] C.S. 1224, p. 1236 où le juge Brossard réfère, en obiter, à la trilogie Letarte; *Majeau c. Majeau*, C.S. Mtl n° 013-808 du 7 mars 1983 (conf. par C.A.M. n° 615-831, 4 mars 1986) où le juge Lévesque applique l'arrêt *Dugal* (*supra*, note 59).

61. *Lapointe c. Arseneault Estate*, (1985) 157 A.P.R. 211, p. 217 (N.B.Q.B.). Pourtant, chacune des parties avait soumis une preuve relative au taux d'actualisation.

d'experts (actuaires, économistes, etc.) ont acquis une grande importance en cette matière et les tribunaux n'ont pas toujours su le rôle qu'ils devaient jouer dans l'appréciation de la preuve. D'autre part, les parties étant maîtres du déroulement de leur procès, leur défaut de produire de tels témoignages met les tribunaux devant une situation fort délicate. Le système de droit commun de la responsabilité montre ici ses limites.

1.2.2. Les effets secondaires de la trilogie de 1978

1.2.2.1. Le rôle des experts dans l'établissement du taux d'actualisation

Des auteurs avaient bien prédit cette conséquence majeure de l'application des principes posés par la trilogie de 1978 : « [...] by leaving the discount rate as a question of fact in individual cases, the Supreme Court of Canada has undoubtedly started a war of expert witnesses in our courts [...] »⁶².

En Angleterre, l'application de la méthode du multiplicateur (*multiplier method*) trouve une de ses explications dans la peur des juges de voir ces experts jouer un rôle trop important et ainsi attaquer leur indépendance judiciaire. Ce passage de l'arrêt *Taylor* est révélateur : « Judges and counsel have a wealth of experience which is an adequate guide to the selection of the multiplier and any expert evidence is rightly discouraged »⁶³.

Au Canada, le recours aux experts a imposé aux tribunaux l'apprentissage de concepts nouveaux, souvent fort éloignés de la science juridique : taux et facteurs d'actualisation, expectative de vie, taux de rendement net des investissements, etc. Face à des données actuarielles et économiques complexes, les tribunaux ont maintes fois totalement endossé les affirmations des experts, sans trop comprendre la méthode de calcul qu'ils appliquaient. Des passages tels « I am reliably informed that [...] »⁶⁴ ou encore « les experts m'ont dit qu'il faut alors soustraire ce 1% du facteur d'actualisation »⁶⁵ sont des plus explicites. Cette attitude, que l'on retrouve fréquemment lorsqu'un

62. M. BRANIFF, A. PRATT, *supra*, note 15, p. 28. Sur la question des experts en général, voir E.A. CHERNIAK, « Proof of pecuniary damages », (1983) 4 *Advocate's Q.* 257.

63. *Taylor c. O'Connor*, *supra*, note 18, p. 128. Voir aussi COOPER-STEVENSON, *supra*, note 4, p. 72; A.M. PARKMAN, « The multiplier in English fatal accident cases : what happens when judges teach judges economic », (1985) 5 *Int. Rev. L. & Econ.* 187.

64. *Desroches c. Gavin*, (1981) 84 A.P.R. 103, p. 116 (P.E.I.S.C.).

65. *Boyd c. P.G. du Québec*, C.S. Terrebonne n° 1687-767, 24 juillet 1981, juge Dugas, cité et confirmé en appel : C.A.M. n° 1183-813, 20 février 1985, juge L'Heureux-Dubé, p. 46-47.

seul expert a été entendu ⁶⁶, est d'autant plus facile à justifier lorsque deux ou plusieurs experts s'entendent sur les chiffres fournis : « Devant une preuve aussi massive et non contredite de quelque façon que ce soit, *je ne puis faire autre chose que de conclure* à un taux d'actualisation de 3% »⁶⁷. (nos soulignés)

Nous ne croyons cependant pas qu'il s'agisse là de la bonne attitude à adopter. Bien sûr, le recours à toute une panoplie d'experts qualifiés a rendu l'évaluation des dommages-intérêts beaucoup plus précise qu'elle ne l'était auparavant. Cela ne veut pas dire que les conclusions auxquelles en arrivent ces experts soient rigoureusement exactes. La méthode de l'écart moyen entre les taux d'inflation et d'intérêt, basée sur une observation attentive du passé, a certes de bonnes chances de refléter la réalité économique future. Mais cela est loin d'être certain, comme le démontrent les écarts inattendus des dix dernières années. Il ne faut pas oublier que le travail de ces experts consiste généralement « à ramener sur la tête d'une seule personne des conclusions statistiques qui ne trouvent leur valeur que dans les grands nombres »⁶⁸. Le pouvoir discrétionnaire du juge ne doit donc pas être éludé au profit des opinions des témoins-experts : ayant bien en vue tous les éléments du dossier, fort de son expérience et de sa formation juridique, il est le mieux placé pour apprécier la preuve soumise. Comme le dit si bien le juge Letarte :

Ainsi, éclairé par les témoignages des experts mais soucieux de sa discrétion judiciaire, le Tribunal puisera dans chacune des thèses pour conclure à des projections qu'il considérera plus probables que l'un ou l'autre des scénarios présentés avec une objectivité qui forcément s'inscrit dans un système contradictoire.⁶⁹

Encore faut-il que de telles expertises soient offertes au Tribunal...

66. *Smith Belting c. P.G. du Québec*, *supra*, note 36, p. 12; *Laird c. Costain*, (1979) 24 N.B.R. 510, p. 524 (Q.B.); *McCleod c. Palardy*, *supra*, note 59, p. 246; *Barret c. Paquet*, *supra*, note 59, p. 112; *Furey's Estate c. Noseworthy* (1982) 104 A.P.R. 171, p. 179 (Nfld. S.C.); *Damiani c. Anderson*, (1980) 22 A.R. 199, p. 219 (Q.B.).

67. *Dupuis c. Melanson*, (1979) 24 N.B.R. (2d) 312, p. 331 (Q.B.). Voir également *Provencher c. Adressograph-Multigraph*, *supra*, note 38, p. 13-14.

68. R. LETARTE, *supra*, note 42, p. 63. Au même effet : *Andrews*, *supra*, note 7, p. 236.

69. *Gravel*, *supra*, note 40, p. 826. Ailleurs au Canada, on retrouve le meilleur exemple de cette attitude dans *Smithson c. Saskem Chemicals*, *supra*, note 34, p. 163-164. Voir également *Malat c. Bjornson (n° 2)*, *supra*, note 56, p. 692 et s.; *Keller c. Kautz*, (1983), 20 Sask. R. 420, p. 437 (Q.B.).

1.2.2.2. L'absence de preuve concernant le taux d'actualisation

Les tribunaux n'ont pas toujours la chance de se voir présenter une preuve aussi élaborée que celle dont bénéficia le juge Letarte dans sa trilogie de 1984. Plusieurs causes, agissant à des degrés divers, peuvent expliquer ce phénomène.

Les frais élevés accompagnant une expertise approfondie constitue un frein important à la présentation d'une telle preuve. Obtenir l'opinion d'experts coûte cher : ils doivent être choisis parmi les meilleurs de leur profession afin d'assurer le maximum de crédibilité à leur témoignage. Les frais exigés ne sont d'ailleurs pas immodérés si l'on considère la somme de travail que l'on exige d'eux dans la préparation de leur dossier. Une première conséquence saute aux yeux : le recours aux experts est exceptionnel dans les cas où l'enjeu financier est moyen ou faible. On retrouvera des exemples de cette situation lorsque les blessures subies ne nécessitent des soins futurs que pour une période limitée, ou encore lorsque l'incapacité partielle permanente résultant des blessures n'affecte pas substantiellement la perte de capacité de gains. Les tribunaux fixent alors les dommages de façon arbitraire, le plus souvent sous forme d'une somme globale⁷⁰. Cette façon de procéder permet parfois aux juridictions d'appel de casser le jugement de première instance quant au quantum, sans aucune motivation⁷¹.

On est toutefois surpris que les tribunaux doivent procéder arbitrairement à l'évaluation des dommages lorsque les montants en jeu sont très importants. Cela s'explique souvent par un simple manque de temps : le recrutement d'experts doit se faire de longs mois avant le procès⁷² ; la déposition de ces experts nécessitera de longues heures d'audience, leur

70. *Vallières c. Institut Doréa*, [1979] C.A. 263, p. 267 (\$25,000.00); *Couture c. Drapeau*, [1980] C.S. 247, p. 255 (\$30,000.00); *Roy c. Matteau*, [1981] C.S. 978, p. 981 (\$17,850.00), le quantum ne faisant plus l'objet de débats en appel : C.A.M. n° 639-815 du 21 février 1984; *Shea c. Forgeur-Duquette*, [1983] C.S. 880, p. 885 (\$12,000.00); *Pépin c. Hôpital du Haut-Richelieu*, [1983] C.A. 292, p. 295 (\$6,500.00); *Caron c. Cité de Rivière-du-Loup*, C.A.Q. n° 033-834, 17 juillet 1985, juge Monet, p. 16 (\$25,000.00). Pour deux exemples récents dans les provinces de common law : *Weninger c. McFarlane*, (1986) 44 Sask. R. 284, p. 295 (Q.B.) : \$4,000.00; *Mallet c. Caissie*, (1985) 172 A.P.R. 185, p. 194 (N.B.Q.B.); « [...] une partie des dommages-intérêts généraux [\$16,000.00 au total] devrait refléter la perte de capacité de gains bien que le Dr Drouin ait décrit comme minimales les affections objectives. »

71. *Rioux c. Kennell*, C.A.M. n° 739-805, 30 mars 1984, p. 2 : « Considérant que l'indemnité globale de \$15,000.00 est nettement insuffisante et exige une intervention de notre Cour. Considérant que, tout compte fait, l'indemnité doit être fixée à \$35,000.00 ».

72. E.A. CHERNIAK, *supra*, note 62, p. 261.

contre-interrogatoire parfois plus. Une autre raison tient à l'organisation même de notre système de droit commun de la responsabilité : avant de songer aux dommages, il faut établir la faute de celui que l'on poursuit ainsi que le lien de causalité entre cette faute et les dommages subis. Bien des énergies sont dépensées à ce stade, laissant peu de temps à une préparation adéquate de la preuve relative aux dommages⁷³. La jurisprudence regorge d'exemples où l'évaluation des dommages résultant de blessures graves est faite très approximativement et faiblement motivée⁷⁴. Les qualificatifs « raisonnables » et « équitables » sont alors fréquemment employés. Pourtant, il n'est point besoin d'être grand clerc pour s'apercevoir que ces victimes sont nettement sous-indemnisées ; les vieilles habitudes refont alors surface. Deux exemples suffiront à étayer notre point de vue.

Dans *Daoust c. Bérubé*, maintes fois cité par des arrêts postérieurs, le juge Ryan s'exprime ainsi :

[...] j'en conclus, quelque peu arbitrairement j'en conviens, que les soins et besoins spéciaux futurs du demandeur pourront s'échelonner sur une période de 50 ans, ce qui nous donnerait un coût total de \$1,399,200.00, i.e. \$27,984. × 50.⁷⁵

Ne disposant d'aucune preuve en ce qui concerne le taux d'actualisation, il prend connaissance judiciaire de taux d'intérêt à long terme de 9% et, sans tenir compte de l'inflation, réduit le montant à \$300,000.00, duquel il retranche 40% pour les aléas de la vie, laissant un montant final de \$180,000.00 comparativement au calcul de base de \$1,400,000.00 !

Dans un arrêt de la Cour d'appel de 1979⁷⁶, un adolescent de 15 ans devenu quadraplégique se voit accorder \$25,000.00 pour sa perte de capacité de gains. On se demande comment la Cour a pu en arriver à un pareil

73. Ainsi dans l'arrêt *Côté c. Hôtel-Dieu de Québec*, [1982] C.S. 906, dix-sept jours d'audience avaient été nécessaires pour départager les responsabilités. Aucune preuve n'avait été préparée sur la question de l'évaluation des pertes de gains passés et futurs (p. 930).

74. *Bergeron c. Leduc*, [1979] C.S. 338, p. 339 (\$100,000.); *Maltais c. P.G. du Québec*, [1980] C.A. 226, p. 243; *Woods-French c. Boulanger*, [1983] C.S. 574, p. 577 (\$172,000.00); *Lachance c. Bonsant*, [1983] C.S. 596, p. 603 (\$175,000.00); *Boucher c. Rousseau*, [1984] C.A. 85, p. 99 (\$110,000.00); *Lemaire c. Lambert*, *supra*, note 59, p. 309 (\$125,000.00) où cependant le juge Nichols y va d'intéressants commentaires sur les difficultés créées par cette absence de preuve (p. 307-308).

75. [1978] C.S. 618, p. 625.

76. *Fontaine c. Paquette-Lefebvre*, [1979] C.A. 551, p. 555. Il faut dire que la Cour d'appel se retrouve souvent devant une absence totale de preuve, le juge du fond ayant rejeté l'action quant à la responsabilité. L'initiative du juge Brossard dans l'arrêt *Mannion* (*supra*, note 60), qui procède tout de même à l'évaluation des dommages dans l'hypothèse où son jugement sur la responsabilité serait réformé en appel est à souligner.

montant puisqu'elle a utilisé une espérance de vie active de 50 ans et un salaire de base de \$3,800.00.

Bref, nous soumettons que l'évaluation arbitraire des pertes et soins futurs se traduit, dans les faits, par une application très partielle du principe de *restitutio in integrum*, alors que le recours à une preuve actuarielle respecte mieux ce principe en forçant les tribunaux à motiver de façon précise les montants accordés. Une intervention législative édictant un taux d'actualisation dans les cas où la preuve est déficiente, serait dès lors souhaitable. L'étude de l'expérience vécue par quelques provinces canadiennes fait l'objet, en partie, du deuxième volet de ce travail.

2. Le raffinement des règles posées par la Cour suprême

En 1978, la Cour suprême disposait de peu d'éléments pour établir une méthode précise d'actualisation des pertes futures. En fait, la trilogie a été le catalyseur de la remise à jour de ce secteur du droit : articles de doctrine, monographies et colloques se sont depuis succédés à un rythme rapide. Bénéficiant de ces nouvelles données, la jurisprudence a pu ajouter certains éléments importants au processus de l'actualisation. Pour sa part, le législateur est passé à l'action dans quatre provinces canadiennes en fixant par règlement un ou des taux d'actualisation.

2.1. Les nouveaux facteurs considérés dans la définition du taux d'actualisation

2.1.1. Le facteur de productivité

2.1.1.1. La réalité économique

Une analyse des statistiques économiques des 50 dernières années nous apprend que l'augmentation moyenne des salaires dépasse d'environ 2% le taux d'inflation annuel moyen. Ce 2% représente la productivité des travailleurs canadiens, qui s'est traduite par une augmentation de leur niveau de vie au fil des ans. Dans un contexte de réparation intégrale du préjudice subi, il serait injuste d'actualiser la perte de capacité de gains de la victime sans lui faire profiter de cet accroissement de la productivité nationale. Concrètement, cela signifie qu'à l'intérieur du processus d'actualisation des pertes représentant des salaires futurs, on doit inclure ce facteur de productivité qui constitue un plus pour la victime et viendra réduire le taux d'actualisation autrement déterminé.

Ce facteur est d'autant plus facile à intégrer que sa stabilité est remarquable. Dans une analyse par tranche de 5 ans couvrant la période de

1929–1978, on remarque que la progression des salaires sur l'inflation oscille entre 1,6% et 3,4% ce qui, statistiquement parlant, représente de très faibles variations⁷⁷. Si l'on observe maintenant la période de 1958–1982, on voit que cette progression fut en moyenne de 1,91%⁷⁸. En fixant le facteur de productivité à 2%, on risque encore moins de se tromper que dans l'analyse de l'écart moyen entre les taux d'intérêt et d'inflation.

Devant une situation aussi claire, la doctrine suggère de corriger, ou plutôt de compléter, la définition du taux d'actualisation retenue par la trilogie de 1978. À partir d'un écart moyen entre les taux d'inflation et d'intérêt de 3% (reflétant mieux la réalité économique que le 7% originellement retenu), certains auteurs concluent que la prise en compte de ce facteur de productivité doit ramener presque à zéro le taux d'actualisation appliqué aux montants représentant des salaires futurs :

[...] the past rate of growth in earnings has equalled (and at times exceeded) the rate of return that investors have realized on relatively riskless investment portfolios. Therefore, a relatively low net discount rate is recommended in cases involving lost earnings.⁷⁹

De nombreux auteurs vont plus loin en suggérant tout simplement qu'aucune actualisation ne soit effectuée en ce qui concerne les pertes futures représentant des salaires :

There is very strong empirical evidence indicating clearly that no rate of discount should be used to determine the present value of a lost future flow of earnings sustained by an average wage earner.⁸⁰

2.1.1.2. L'utilisation du facteur de productivité en jurisprudence⁸¹

Mis au courant de ces données économiques incontestables, on aurait pu croire que la jurisprudence intégrerait facilement ce facteur dans le calcul du taux d'actualisation ; il n'en fut rien. Une bonne partie des réticences provient des tribunaux des autres provinces canadiennes, même s'il faut admettre que la question du facteur de productivité a été discutée plus tardivement au Québec qu'ailleurs.

77. Voir le tableau II, colonne 5. Seules les années 1979 à 1985 dérogent à cette constante.

78. *Rapport sur les statistiques économiques canadiennes*, Institut canadien des actuaires, cité par le juge Letarte dans *Lebrun*, *supra*, note 40, p. 627.

79. P. BOYLE, J.D. MURRAY, *supra*, note 26, p. 5 ; cf. A.S. DEXTER et al., *supra*, note 27, p. 304.

80. G. BALE, *supra*, note 27, p. 1029 et la liste d'auteurs tant canadiens qu'américains en accord avec cette thèse (p. 1028). Voir aussi COOPER-STEVENSON, *supra*, note 4, p. 273.

81. Les arrêts traitant de cet élément dans les provinces ayant légiféré pour un taux d'actualisation fixe, seront étudiés au Chapitre II de cette seconde partie.

Ces réticences peuvent s'expliquer dans les premières années qui suivent la trilogie : puisqu'on ne sait pas encore si le taux d'actualisation constitue une question de fait ou de droit, il apparaît hasardeux d'introduire ce nouveau concept. Des arrêts refusent donc de reconnaître ce facteur⁸² même si l'idée commence à faire son chemin⁸³. Comme il l'avait fait sur la question de la qualification du taux d'actualisation, le juge Dickson dut tracer la voie à suivre :

Le facteur de productivité n'a pas été invoqué dans « la trilogie », mais je considère que c'est une composante valable du calcul des dommages-intérêts dans un cas approprié. Des éléments de preuve appuient le taux de 2 pour cent choisi par le juge de première instance. En définitive, je suis d'avis d'infirmier l'arrêt de la Cour d'appel sur ce point et de rétablir la conclusion du juge de première instance.⁸⁴

Ne voyant plus d'obstacle à la reconnaissance de ce facteur dans le calcul du taux d'actualisation, la jurisprudence postérieure l'a régulièrement retenu⁸⁵. La méthode la plus fréquemment employée consiste à évaluer ce facteur de productivité en pourcentage et à l'insérer directement dans la formule de calcul du taux d'actualisation. Autrement dit, on soustrait du pourcentage représentant l'écart moyen entre les taux d'intérêt et d'inflation le pourcentage équivalant à ce facteur de productivité. Nous approuvons pleinement cette méthode. Des arrêts ont adopté des méthodes indirectes qui sont plus imprécises parce que moins mathématiques. On peut citer la prise en compte du facteur au niveau des aléas de la vie⁸⁶ ou encore en révisant à la hausse le salaire de base déterminé par ailleurs pour couvrir la perte future de capacité de gains⁸⁷.

82. *Yepremian c. Scarborough General Hospital*, (1979) 6 C.C.L.T. 81 (Ont. H.C.); *McCleod c. Palardy*, *supra*, note 59, p. 246; *Lamont c. Pederson*, *supra*, note 29, p. 592.

83. *Malat c. Bjornson (n° 2)*, *supra*, note 59, p. 695 (1.5%); *Julian c. Northern & Central Gas Corp.*, (1979) 5 C.C.L.T. 148, p. 160 (Ont. S.C.).

84. *Lewis c. Todd*, *supra*, note 57, p. 712.

85. *Au Québec* : *P. G. du Québec c. Dugal*, *supra*, note 59, p. 13 à 15 (2%); *P. G. du Québec c. Boyd*, *supra*, note 65, p. 46-47 (1%); *Provencher c. Adressograph-Multigraph*, *supra*, note 38, p. 13 (2%); *Gravel*, *supra*, note 40, p. 829 (2%); *Lebrun*, *supra*, note 40, p. 629 (2%); *Bouliane*, *supra*, note 23, p. 347 (1.75%). *Ailleurs au Canada* : *Borbely c. Mryglod*, *supra*, note 34, p. 70 (3%); *Cudmore c. Tabin*, *supra*, note 59, p. 114 (1.9%); *Boulay c. Rousselle*, (1985) 30 C.C.L.T. 149 (N.B.Q.B.), p. 166 (1%); *Smithson c. Saskem Chemicals*, *supra*, note 34, p. 164 (1%). Plus deux arrêts où le recours à cet élément est certain mais son application nébuleuse : *Lan c. Wu*, *supra*, note 34, p. 129, conf. en appel (p. 72); *Jeselon c. Waters*, *supra*, note 34, p. 720.

86. *Savoy c. Robichaud*, *supra*, note 34, p. 208.

87. *Janke c. Chamber's Estate*, (1981) 29 A.R. 78, p. 83 (Q.B.), arrêt cassé en appel ((1981) A.R. 68) mais rétabli par la Cour suprême sur cette question du facteur de productivité : [1982] 1 R.C.S. 281.

La reconnaissance d'un facteur de productivité entraîne l'application de deux taux d'actualisation. Le premier, calculé à partir de l'écart moyen entre les taux d'intérêt et d'inflation, servira à actualiser les dépenses qui ne sont affectées que par l'inflation, tels les frais médicaux, les coûts d'un logement, etc. Le second, représentant le taux ci-dessus auquel on retranchera un pourcentage résultant de l'augmentation nette des salaires en sus de l'inflation, sera appliqué à tous les montants couvrant des postes « salaires », que ce soit ceux de la victime elle-même ou de l'infirmière chargée de la soigner, du chauffeur qui l'aidera dans ses déplacements, etc. La méthode de l'évaluation des dommages par postes séparés, qui avait dicté la division soins futurs/perde de capacité de gains, n'est donc plus applicable. Le critère que l'on doit dorénavant retenir est celui de l'affectation des montants accordés à la victime⁸⁸.

Les Professeurs Boyle et Murray ont résumé en une seule formule la définition du taux d'actualisation qui tient compte de cette réalité :

... the appropriate discount rate can be estimated by obtaining forecasts of the productivity gains in wages and real returns on investments. This approach produces more reliable estimates than the alternative nominal approach since productivity gains and real investment on diversified portfolios are relatively stable over time.⁸⁹

Le dictum du juge Dickson dans *Lewis c. Todd* contenait, rappelons-le, le passage suivant : « Des éléments de preuve appuient le taux de 2% choisi par le juge de première instance. » La jurisprudence subséquente en a déduit qu'à défaut de preuve, il ne pouvait être tenu compte du facteur de productivité. Les tribunaux motivent généralement leur décision de la façon suivante :

There was no evidence placed before me of the effect of productivity on wage increases. It cannot be assumed that real growth in wages will continue. Economic condition change and in the forthcoming years may involve actual decreases in earnings when measured in relation with inflation. I decline to use a discount rate reflecting a productivity factor.⁹⁰

La situation de la jurisprudence québécoise sur ce point est difficile à établir. Nous n'avons retracé aucun arrêt refusant expressément d'utiliser un facteur de productivité en l'absence de preuve. Le résultat est cependant identique puisque le défaut par les procureurs du demandeur de présenter

88. Voir les explications du juge Letarte dans *Bouliane*, *supra*, note 23, p. 345; M. TANCELIN, *supra*, note 33, n° 768.

89. P. BOYLE, J.D. MURRAY, *supra*, note 26, p. 4.

90. *Baumgartner Estate c. Ripplinger*, (1982) 18 Sask. R. 1, p. 20 (Q.B.). Cf. *Fenn c. City of Peterborough*, *supra*, note 34, p. 228.

une telle preuve entraîne l'escamotement pur et simple de cet élément dans le calcul du taux d'actualisation.

Toute la question est de savoir quel degré de preuve est nécessaire pour que l'on tienne compte de ce facteur de productivité. Le demandeur doit-il faire une preuve générale de la progression nette des salaires au fil des 25 ou 50 dernières années ? Doit-il présenter une preuve particulière au secteur d'emploi qu'il occupait avant son accident ? L'existence d'une convention collective fixant les augmentations de salaires futures doit-elle être introduite en preuve ? Certains juges poussent à notre avis trop loin d'exercice de leur discrétion judiciaire en refusant de considérer la preuve présentée sous le seul prétexte d'en arriver à un taux d'actualisation semblable à celui appliqué en d'autres espèces⁹¹. Nous avons vu précédemment que les expertises soumises au tribunal doivent servir à l'assister et non à le lier dans sa décision. Ce pouvoir discrétionnaire devrait cependant être exercé à l'intérieur d'un certain cadre : si le juge refuse de retenir la preuve présentée devant lui, il doit fournir des raisons valables en ce sens. Sinon, on en reviendra tôt ou tard à la méthode dépassée d'évaluation arbitraire des dommages. Cela est d'autant plus vrai lorsque cette preuve concerne le facteur de productivité, qui constitue sans aucun doute la composante la plus sûre d'un taux d'actualisation reflétant la réalité économique future envisagée sur une longue période.

C'est pourquoi nous croyons que les tribunaux devraient faire preuve d'une grande prudence avant d'écarter l'application de ce facteur de productivité. Il ne devrait pas être nécessaire de faire une preuve de la situation particulière de la victime⁹² ; le simple fait de soulever cet élément suffirait à appliquer automatiquement une réduction du taux d'actualisation voisinant les 2%. Cette façon de procéder n'est pas injuste pour le défendeur car le taux net de progression des salaires a toujours été constant lorsqu'envisagé sur de longues périodes. L'injustice naîtrait plutôt du fait de ne pas faire bénéficier la victime de ce facteur d'enrichissement collectif. À partir de là, il serait loisible au défendeur de soutenir que cette victime n'aurait pas participé à l'enrichissement collectif à cause de sa personnalité : faible scolarité, chômage fréquent dans les années précédant l'accident, instabilité dans sa vie professionnelle, etc. Ces facteurs négatifs pourraient être évalués par le juge au niveau des aléas de la vie (« éventualités ») et venir corriger un taux d'actualisation ne reflétant pas, dans ce cas particulier, le « vécu professionnel » de la victime. Mais alors pourquoi se donner la peine

91. *Keller c. Kautz*, *supra*, note 69, p. 437.

92. Cela a été fait dans *Cudmore c. Tabin*, *supra*, note 59, p. 114.

d'ajouter un élément au calcul du taux si l'on vient en annuler les effets sous une autre rubrique ? La réponse est évidente lorsque l'on se souvient que les montants visant à remplacer les salaires futurs ne comprennent pas seulement la perte de capacité de gains de la victime mais également les salaires de l'infirmière, de la ménagère, du chauffeur, etc. Or, il est prouvé que certaines de ces professions, sinon toutes, ont bénéficié historiquement d'un taux de progression de leurs salaires dépassant le taux d'inflation. Que la victime elle-même ne possède pas les qualités professionnelles qui lui auraient permis de profiter d'un tel enrichissement, cela peut se concevoir. Mais il ne faudrait pas la priver de montants qui lui permettront de faire face aux augmentations de salaires, plus rapides que l'inflation, qu'elle devra verser aux personnes dont elle est désormais dépendante.

La fixation à 2% du facteur de productivité représente selon nous un strict minimum. Car le cas particulier de la victime dont on prédit qu'il n'aurait pas participé à l'enrichissement collectif de la société, s'il existe, est beaucoup moins fréquent que la situation contraire où sa carrière future lui aurait procuré des augmentations de salaires nettes supérieures à 2% par année. Tous les travailleurs des secteurs manufacturiers et de la construction en constituent des exemples, et ce quelle que soit la période utilisée pour établir cette progression⁹³. Que dire maintenant des professionnels, hommes d'affaires et plus généralement de tous les travailleurs autonomes qui voient leurs salaires nets augmenter d'une façon encore plus rapide⁹⁴. Pour la victime provenant de l'une ou l'autre de ces catégories, un facteur de productivité minimum de 2% lui assurerait une indemnisation au moins partielle de sa perte de capacité de gains, quitte à devoir faire la preuve de son « surcroît de productivité future. » Quant aux victimes n'ayant jamais été sur le marché du travail, tels les enfants, la prise en compte de ce facteur de 2% leur ferait en toute justice profiter de l'enrichissement collectif moyen de notre société.

La réduction quasi automatique du taux d'actualisation pour les postes d'indemnisation représentant des salaires, n'est cependant acceptable que lorsque la période couverte par l'indemnité est relativement longue. Dans les cas où cette période est plus courte, il faut étudier plus attentivement l'histoire économique récente. Ce qui est vrai pour le facteur de productivité

93. Voir les chiffres fournis par *Statistique Canada* et reproduits par P. BOYLE, J.D. MURRAY, *supra*, note 26, p. 25, appendice V.

94. *Idem*, appendice VI. La Cour d'appel a tenu compte de la qualité de travailleur autonome d'une victime dans la fixation du facteur de productivité : *Provencher c. Adressograph-Multigraph*, *supra*, note 38, p. 13.

est également vrai pour toutes les composantes du taux d'actualisation. Le raffinement des règles posées par la trilogie de 1978 implique une prise en considération sérieuse de la période à indemniser, si l'on veut que l'actualisation des pertes futures soit équitable pour les deux parties.

2.1.2. L'incidence de la période couverte par l'indemnité sur le taux d'actualisation

La longueur de la période que l'on désire indemniser a une influence sur les deux taux d'actualisation.

2.1.2.1. Incidence sur le taux d'actualisation applicable aux dépenses futures

Habituellement, ce premier taux est déterminé par l'écart moyen entre les taux d'intérêt et d'inflation, cet écart moyen étant calculé à partir des données économiques des dernières décennies. La méthode nous semble logique : si l'analyse des trente dernières années justifiait l'application d'un taux de 3%, il y a de bonnes chances que ce taux soit à peu près le même pour les trente années à venir. La longueur de la période envisagée permet de contrer les effets des dérèglements temporaires de l'économie et de s'en remettre à un taux historiquement stable. La situation est différente lorsque la période visée par l'indemnité est courte :

If it is a short period, between 5 and 10 years, projections should be based on quite different inputs than for longer periods. Short periods show a greater volatility of difference between the components.⁹⁵

L'histoire économique récente acquiert ici une grande importance. Un exemple nous aidera à mieux saisir cette « volatilité » des taux d'intérêt et d'inflation lorsqu'analysés sur une courte période. Un homme est blessé à une jambe lors d'une partie de chasse par un tireur imprudent. La blessure est assez grave mais les spécialistes estiment qu'il pourra recouvrer toute sa motricité en se soumettant à un programme régulier de réadaptation pendant les 7 ou 8 prochaines années. Le procès en responsabilité a lieu en 1979 et les soins futurs sont estimés à \$55,000.00. Quand vient le temps de procéder à l'actualisation de cette somme, on se rend compte que les taux d'intérêt ont été inférieurs de 0.23% par rapport au pourcentage d'inflation au cours des 5 années précédentes ⁹⁶. Si l'on applique l'écart positif historique de

95. H.B.M. CONNELL, *supra*, note 31, p. 145.

96. Voir le tableau II, colonne 4.

2.5%, on se trouve à sous-indemniser la victime à cause des fluctuations récentes des dernières années. Est-ce à dire que le juge devait utiliser un taux négatif de 0.23% pour actualiser le montant représentant ces soins futurs ? Non, puisque nous savons que la situation s'est rétablie depuis ce temps. L'écart entre les taux d'intérêt et d'inflation étant redevenu positif au début des années 1980, notre victime aurait indûment profité d'un taux d'actualisation négatif. L'emploi d'un taux négatif se serait révélé inadapté avec la conjoncture économique récente, où le taux moyen de rendement net des Bons du Trésor de 3 mois s'est établi à 4.1% pour les années 1980 à 1985 inclusivement⁹⁷. Ainsi dans notre exemple, l'application des données économiques en date du procès aussi bien que le recours à l'écart moyen « historique » de 2.5%, n'auraient pas reflété la situation future. Comment procéder en un tel cas ? C'est ici que la méthode d'actualisation soutenue par l'économiste Claude Forget devient intéressante. En faisant la médiane des prévisions à court terme d'experts représentant une vingtaine d'institutions financières, il existe de bonnes chances que le taux d'actualisation choisi ait reflété assez fidèlement la situation du début des années 1980. En tout cas, cette méthode nous paraît la plus susceptible de prédire avec justesse l'évolution des taux de rendement net des investissements dans un avenir rapproché.

Un dernier point mérite notre attention. Certains auteurs soutiennent que le taux d'actualisation employé pour des périodes relativement courtes devrait être majoré à 1%⁹⁸. Leur raisonnement peut se résumer ainsi : avec le montant obtenu, la victime pourra acquérir un bien d'importance (par exemple une maison), en évitant d'avoir à recourir à un emprunt hypothécaire. Conséquemment, le taux d'intérêt considéré devrait être plus élevé, afin de refléter non seulement les taux d'intérêt sur dépôts mais aussi le taux hypothécaire courant. Cette majoration pourrait être encore plus élevée si l'on suppose que la victime acquerra une automobile ou des objets de luxe en évitant de contracter un prêt personnel à un haut taux d'intérêt.

Si le raisonnement est exact, la prémisse en est cependant fausse : le tribunal ne doit aucunement se préoccuper de la façon dont l'indemnité sera dépensée par la victime. Or, nous voyons mal comment une personne ayant subi des blessures corporelles peut se voir octroyer en compensation une somme devant servir à acheter une maison ou un téléviseur à écran géant.

97. Voir le tableau I, colonne 5. Le taux d'intérêt ne peut être ici calculé à partir des rendements d'investissements à long terme, puisque le montant accordé doit théoriquement être épuisé au bout d'une courte période (7 ou 8 ans).

98. COOPER-STEVINSON, *supra*, note 4, p. 269 et la référence citée.

Les montants accordés par le tribunal doivent être évalués en fonction des soins futurs ou de la perte temporaire de capacité de gains. Le tribunal ne doit pas présumer que ces montants seront immédiatement utilisés à des fins autres que celles pour lesquels ils ont été alloués. Nous ne voulons pas nier l'existence d'un problème que nous considérons bien réel mais le système de droit commun de la responsabilité civile ne nous permet tout simplement pas d'évaluer les dommages en tenant compte de tels facteurs.

2.1.2.2. Incidence sur le taux d'actualisation applicable aux salaires futurs

Les remarques faites en ce qui concerne les prévisions du taux de rendement net des investissements pour une courte période valent également pour le facteur de productivité. Pas question ici de s'en remettre au taux de progression net des salaires sur de longues périodes, qui se maintient aux environs de 2%. À titre d'exemple, les années 1983, 1984 et 1985 nous ont donné un taux d'inflation moyen de 4.7% et une augmentation brute des salaires de 4.2% pour l'ensemble des industries canadiennes. En conséquence, l'enrichissement collectif des travailleurs canadiens, représentant habituellement un facteur positif, s'est établi à -0,5% au cours de ces trois années. La situation ne s'est d'ailleurs pas rétablie en 1986. Si nous avions à actualiser aujourd'hui une somme représentant la perte de capacité de gains d'une personne pour les cinq prochaines années, l'étude des projections à court terme d'experts qualifiés nous apparaîtrait comme la meilleure méthode à suivre.

Certains juges prétendent pouvoir faire eux-mêmes de telles projections. Dans un arrêt ontarien récent, on peut lire le passage suivant :

Although the rate of increase in salary for a comparable employee at Touche Ross from 1971 to date shows a net percentage increase of wages in excess of inflation, that is a positive productivity factor, I do not consider it appropriate in view of a general decrease in productivity in Canada over the last few years to alter the discount rate downwards from 2.5%.⁹⁹

Ce dictum est doublement critiquable. D'une part, en supposant une période d'indemnisation courte, rien ne nous dit que la situation des dernières années se répercutera dans l'avenir, même si cet avenir est rapproché. Nous avons constaté un peu plus haut le revirement spectaculaire opéré dans l'écart entre les taux d'intérêt et d'inflation pour les périodes 1974

99. *Buchan c. Ortho Pharmaceutical Ltd.*, (1984) 46 O.R. (2d) 113, p. 150. Au même effet : *Whitehead c. Misner*, (1982) 92 A.P.R. 416, p. 445 (N.S.S.C.) conf, par (1982) 102 A.P.R. 111 (C.A.).

à 1978 et 1980 à 1985 (*supra*, notes 96 et 97). Ces fluctuations rapides et marquées auraient dû inciter le juge à plus de prudence.

D'autre part, et cela est encore pire, la perte de capacité de gains que l'on voulait ici indemniser couvrirait une période de 30 ans ! Le juge est certainement meilleur devin que nous pour prédire que l'enrichissement collectif des travailleurs canadiens sera nul au cours des 30 prochaines années. Cette opinion contredit en tout cas près de 60 ans de réalités économiques et il est à espérer qu'elle demeurera isolée.

En terminant, il convient de souligner que l'application des règles que nous venons de dégager risque d'être plutôt faible en pratique. En effet, la prise en compte de la période visée par l'indemnité nécessite qu'une preuve soit présentée devant le tribunal. Or, qui dit courte période à indemniser dit également montant accordé plus faible. Avec le coût élevé des expertises, on devine que la majorité des victimes refuseront d'engager des frais importants pour des montants somme toute modestes¹⁰⁰. Une intervention législative ne sera utile que si un taux d'actualisation spécifique est fixé pour les courtes périodes d'indemnisation, révisable à chaque année par voie réglementaire.

2.1.3. Les frais de gestion

Lorsque l'on évalue le préjudice subi par une personne suite à des blessures corporelles, les montants auxquels le tribunal en arrive sont octroyés en un seul versement, à la date du procès. Le récipiendaire est ainsi placé devant une situation difficile : on lui demande de gérer correctement une somme qui, souvent, devra combler les besoins de toute une vie. Dès lors, il faut se demander si, dans un contexte de réparation intégrale du préjudice, des frais de gestion doivent être accordés à la victime.

Cette question peut sembler éloignée du problème du taux d'actualisation. Elle devient beaucoup plus préoccupante lorsque l'on constate que des auteurs et au moins un arrêt canadien soutiennent que les frais de gestion doivent être évalués en pourcentage, lequel pourcentage est appliqué directement en réduction du taux d'actualisation¹⁰¹. Habituellement, cette réduction variera entre 0.5% et 1%. Pour notre part, nous croyons que les frais de

100. Une telle preuve a cependant été faite dans *McDermid c. Ontario*, (1985) 5 C.P.C. (2d) 299 (Ont. H.C.) où la période à indemniser était de huit ans.

101. J.B. PATTERSON, « Effective presentation of actuarial evidence in permanent disability cases, Part 2 », (1979) 37 *Advocate* 13, p. 16 ; C.J. BRUCE, « The introduction of economic factors into litigation cases : Ontario's 2½ per cent solution », (1982) 60 *R. du B. Can.* 677, p. 685 ; *Julian c. Northern & Central Gas Corp.*, *supra*, note 83, p. 160.

gestion ne devraient pas être reflétés directement au niveau du taux d'actualisation.

En effet, l'octroi ou non de frais de gestion ne dépend aucunement de facteurs économiques comme cela était le cas pour le facteur de productivité ou le taux net de rendement des investissements. Au contraire, seule la situation personnelle de la victime est ici analysée. Si, de l'avis du tribunal, les blessures subies par la victime n'ont pas altéré ses facultés mentales et que celle-ci possède les qualités requises (degré de scolarité, expérience) pour gérer elle-même son indemnité, aucun frais de gestion ne sera accordé¹⁰². Sinon, il en résulterait une injustice pour le défendeur. À l'opposé, l'incapacité de la victime à gérer ses fonds motivera l'octroi de tels frais de gestion, qui serviront à couvrir les honoraires du courtier, conseiller financier, comptable, etc.

De plus, il est incorrect de tenir compte des frais de gestion dans le calcul d'un taux d'actualisation qui n'est appliqué qu'à deux des postes d'indemnisation, soit les soins futurs et la perte de capacité de gains. Procéder de cette façon revient à dire que le montant alloué au titre des pertes non pécuniaires (souffrances, perte de jouissance de la vie) n'entraîne pas de frais de gestion.

Bref, la meilleure méthode est celle où un montant forfaitaire est accordé pour couvrir les frais de gestion, si la personnalité de la victime le requiert. Ce montant forfaitaire pourra être chiffré directement ou encore exprimé en un pourcentage de l'indemnité accordée (ce qui est différent d'un pourcentage inclus dans le calcul du taux d'actualisation) qui sera lui-même transformé en un montant précis. Cette méthode a été adoptée par la jurisprudence québécoise¹⁰³ et canadienne¹⁰⁴.

Quoi qu'il en soit, il faut se demander si la prise en compte de ces frais est vraiment nécessaire. Avec ses conseils judicieux et ses stratégies de placement qui optimisent les investissements, le conseiller financier compétent

102. Voir *Borbely c. Mryglod*, *supra*, note 34, p. 70; *McCleod c. Palardy*, *supra*, note 59, p. 215-216. Au Québec, la Cour d'appel a clairement adopté cette position dans l'arrêt *Québec-Téléphone c. Lebrun*, C.A.Q. n° 521-846, 27 octobre 1986, juge LeBel, p. 9-10.

103. Voir entre autres *Lignes Aériennes C.P. c. Gendron*, *supra*, note 39, p. 602; *Gravel*, *supra*, note 40, p. 830.

104. *Arnold*, *supra*, note 7, p. 335; *Lan c. Wu*, *supra*, note 34, p. 137; *Dupuis c. Melanson*, *supra*, note 67, p. 335; *Dhaliwal c. Morrisette*, (1982) 1 W.W.R. 286, p. 288 (B.C.S.C.); *Lewthwaite c. Godin*, (1984) 52 B.C.L.R. 360, p. 367 (S.C.) conf. en appel le 24 avril 1986: Vancouver n° 002394; *Wilson c. Lackie Bros. Ltd.*, (1985) 161 A.P.R. 236, p. 252 (N.B.Q.B.).

n'amène-t-il pas une plus-value sur les avoirs de la victime qui contrebalancent largement les frais exigés ¹⁰⁵ ?

2.2. Les interventions législatives

Malgré l'évolution remarquable des techniques d'actualisation des pertes futures, une intervention législative demeure toujours souhaitable si l'on veut pallier les limites du système de droit commun de l'évaluation des dommages-intérêts. Ce souhait a été entendu dans quatre provinces canadiennes où le Législateur est passé à l'action. Avec quelques années de recul, on peut voir que l'œuvre a été incontestablement utile, même si les législations existantes n'ont pas réglé tous les problèmes.

2.2.1. La nécessité d'une intervention législative

2.2.1.1. Les attentes du monde juridique

Dès 1978, le juge Dickson dans *Andrews* avait indiqué d'une façon générale que « La question des dommages-intérêts pour préjudice corporel a grand besoin d'une réforme législative »¹⁰⁶. En exprimant ce souhait, il avait en tête la perte de temps et le coût élevé de la preuve nécessaire à la détermination de la faute et l'évaluation des dommages-intérêts. Il songeait également aux difficultés créées par « un régime de paiements forfaitaires et définitifs ». Or, tous ces facteurs se retrouvent lorsque l'on considère le problème particulier du taux d'actualisation.

Il est évident que la preuve du taux d'actualisation nécessite de longs délais. Cette preuve doit être établie en chaque espèce et fait appel à des notions actuarielles et économiques ; on doit donc avoir recours à des expertises. Pour cette même raison, les coûts d'une telle preuve sont élevés : l'opinion d'un seul expert est souvent insuffisante si elle n'est pas corroborée par d'autres experts.

Pour ces motifs, nombre de victimes hésitent à se lancer dans pareille entreprise. Il n'est dès lors pas surprenant que la proportion des arrêts où on procède à une évaluation arbitraire des dommages soit demeurée très élevée, malgré l'établissement de règles précises par la trilogie de 1978 ¹⁰⁷.

105. Voir à ce sujet R. LETARTE, *supra*, note 40, p. 123.

106. *Andrews*, *supra*, note 7, p. 236.

107. Voir *supra*, notes 70 à 74.

Certains auteurs ont proposé d'éliminer la preuve par expertise¹⁰⁸. Leur raisonnement part de l'hypothèse suivante : puisque l'écart moyen entre les taux d'intérêt et d'inflation est d'environ 3%, lorsqu'envisagé sur une longue période, il serait loisible à un tribunal d'appliquer ces chiffres et de fixer une fois pour toutes le taux d'actualisation applicable en de semblables affaires. Ce raisonnement devrait aujourd'hui être complété pour y inclure le facteur de productivité, avec le résultat que deux taux d'actualisation seraient établis de cette manière. L'arrêt *Lewis c. Todd* a catégoriquement rejeté cette proposition :

On a prétendu à diverses occasions qu'une cour n'a pas besoin d'entendre de témoignages sur les taux d'intérêt et d'inflation prévus puisque le rapport entre ces deux facteurs et, partant, le taux réel de rendement, est constant [...] Je ne connais aucune jurisprudence qui permettrait à cette Cour, si elle le désirait, d'imposer un taux d'actualisation déterminé, applicable à tous les cas. Même si une telle jurisprudence existait, je serais opposé à son application en l'espèce.¹⁰⁹

À notre avis, il y a du bon dans chacune de ces deux positions. D'une part, il est vrai que la recherche de l'écart moyen entre les taux d'intérêt et d'inflation est infiniment plus précise que la méthode de l'évaluation séparée de ces deux facteurs. L'expérience passée nous enseigne que cette première méthode se révèle des plus probantes, en autant que la période future à prédire soit assez longue. Quant au facteur de productivité, nous avons vu que sa stabilité encore plus grande en faisait une composante sûre de l'un des taux d'actualisation.

D'autre part, nous appuyons pleinement la Cour suprême lorsqu'elle affirme que le taux d'actualisation ne peut être fixé de façon définitive par un tribunal, même s'il représente la plus haute instance judiciaire au pays. Le recours à la « règle jurisprudentielle » n'est pas approprié. Les composantes du taux d'actualisation, quoique stables lorsque mises en rapport entre elles, ne sont pas à l'abri de fluctuations importantes. La crise économique du début des années 80, entraînant des taux nets de progression des salaires nuls et même négatifs, nous fournit un bel exemple. On imagine mal qu'un arrêt de 1986 de la Cour suprême, fixant le taux d'actualisation, soit encore appliqué dix ou quinze ans plus tard sans qu'il soit possible d'apporter de preuve contraire. Plus le temps passerait et plus il deviendrait difficile de contester cette « règle d'or », tant l'édifice jurisprudentiel, constamment grossi par de nouvelles décisions, deviendrait imposant. Qu'il suffise également de rappeler l'importance de la période à indemniser dans le choix du taux. Comment un arrêt pourrait-il, à une date donnée, fixer un taux

108. D. GIBSON, *supra*, note 43, p. 651 ; M. BRANIFF, A. PRATT, *supra*, note 15, p. 26.

109. *Supra*, note 57, p. 710-711.

d'actualisation reflétant les prévisions économiques des prochaines années et en même temps prétendre à être dorénavant appliqué dans les procès futurs ?

Une solution s'impose : la voie législative. Il serait ainsi possible de fixer un ou des taux applicables lorsque les parties ont négligé de fournir une preuve en l'espèce. En procédant par voie réglementaire, le Législateur pourrait modifier rapidement le ou les taux établis si la situation économique le requiert. Cette utilisation du pouvoir législatif, souhaité par la doctrine ¹¹⁰, fait maintenant partie de la réalité juridique canadienne.

2.2.1.2. La réponse du Législateur

Quelques mois après la trilogie de 1978, un comité ontarien (*The Ontario Rules Committee*) s'est penché sur la question d'une intervention législative. Inspiré par un rapport présenté par deux actuaire et un économiste sur le même sujet ¹¹¹, le Comité a déposé ses conclusions qui ont reçu force de loi en 1979, avec l'adoption de la *Rule* 267a se lisant comme suit :

The rate of interest to be used in determining the capitalized value of an award in respect of future pecuniary damages, to the extent that it reflects the difference between estimated investment and price inflation rates, is 2½ per cent per annum. ¹¹²

L'année suivante, la Nouvelle-Écosse amenda son Code de procédure pour y ajouter la *Rule* 31.10, identique en tous points à la disposition ontarienne ¹¹³. Puis en 1981, la Colombie-Britannique adopta une disposition plus sophistiquée, maintenant connue sous l'appellation R.352.81 :

- a) A discount rate of 2½% per annum compound which shall be deemed to be the future difference between the investment rate of interest and the rate of increase of earnings due to inflation and general increases in productivity, and,
- b) A discount rate of 3½% per annum compound which shall be deemed to be the future difference between the investment rate of interest and the rate of general price inflation. ¹¹⁴

110. M. TANCELIN, *supra*, note 33, n° 767 ; R. LETARTE, *supra*, note 41, p. 119 ; W.H.R. CHARLES, *supra*, note 15, p. 27 ; H.B.M. CONNELL, *supra*, note 31, p. 144 ; B.M. McLACHLIN, *supra*, note 17, p. 26, note 99.

111. J. CARR, M.A. SEGAL, R.M. WALKER, *Report of the committee of the Supreme Court of Ontario on fixing capitalization rates in damages actions*, Toronto, 14 février 1980.

112. *Judicature amendment Act*, 1979, c. 65, s. 5, entré en vigueur le 1^{er} octobre 1980. Sur l'historique de l'adoption de la R.267a, voir C.J. BRUCE, *supra*, note 101, p. 681-682.

113. *Judicature amendment Act*, 1980, c. 54, s. 4.

114. Section 51(2) (en. 1981, c. 10, s. 30) of the *Law and Equity Act*, R.S.B.C. 1979, c. 224.

Enfin, en 1985, la Saskatchewan a emboîté le pas en ajoutant aux règles de pratique de la Cour supérieure de cette province, la *Rule 284B*, qui fixe à 3% le taux d'actualisation applicable selon une mécanique identique à celle des dispositions de l'Ontario et de la Nouvelle-Écosse.

Tous ces taux sont révisables en ayant recours à une procédure simplifiée ; il n'est point nécessaire de demander l'intervention de l'assemblée législative. Ainsi, en Colombie-Britannique, le juge en chef de la Cour suprême de cette province est chargé de prescrire les taux d'actualisation applicables pour l'année qui vient.

La possibilité de pouvoir se référer à un taux d'actualisation fixé par la loi offre de nombreux avantages. Comme le dit l'auteur W.H.R. Charles :

[...] it is the hope that the establishment of such a rule will provide some degree of certainty in calculations of present value of future income and will reduce somewhat the need for parties to employ costly professionals whose evidence is often conflicting. Being cast as a rule of Court, the discount rate can also be changed readily if economic conditions require, thus providing important flexibility.¹¹⁵

Reste à savoir si ces dispositions législatives ont bien fait la synthèse de toutes les données du taux d'actualisation et si les solutions retenues rendent justice à toutes les parties en cause.

2.2.2. L'application des diverses législations en jurisprudence

Au risque de se répéter, soulignons qu'il existe deux postes d'indemnisation nécessitant une actualisation du montant accordé, soit les soins futurs et la perte de capacité de gains. Il peut être intéressant d'examiner comment les législations de l'Ontario, de la Nouvelle-Écosse et de la Colombie-Britannique ont été appliquées à ces deux postes ; les différences dues aux facteurs économiques qui les affectent ont été reflétées par la jurisprudence. Quant à la législation de la Saskatchewan, son caractère récent fait que peu d'arrêts ont eu jusqu'à présent à l'appliquer.

Ces législations ont un intérêt certain pour le juriste québécois. D'une part, dans l'hypothèse où notre Législateur voudrait à son tour intervenir dans ce secteur du droit civil, l'expérience vécue par les autres provinces lui serait d'une grande utilité. D'autre part, ces législations ont déjà été indirectement consacrées par des arrêts québécois. Dans l'affaire *Lebrun*¹¹⁶, le juge Letarte s'appuie sur elles, à titre comparatif, pour donner plus de valeur au taux d'actualisation auquel il en arrive.

115. W.H.R. CHARLES, *supra*, note 15, p. 27. Cf. C.J. BRUCE, *supra*, note 101, p. 680.

116. *Supra*, note 40, p. 628.

2.2.2.1. Les soins futurs

Dans les quatre provinces, le taux d'actualisation applicable à la somme représentant des soins futurs varie entre 2.5% et 3.5%. Chacun de ces taux se rapproche sensiblement de l'écart moyen historique de 3% entre les taux d'intérêt et d'inflation. Il ne pouvait en être autrement puisque, dans le processus d'établissement de ces taux, les différents Comités se sont attardés à cette méthode de l'écart moyen, rejetant celle consistant à prédire séparément les taux d'intérêt et d'inflation.

Ainsi, lorsque les parties à un procès négligent de présenter une preuve relative au taux d'actualisation, ou encore qu'elles acceptent comme reflétant la réalité économique future le taux prescrit par la loi, le juge applique automatiquement ce taux à la somme représentant les soins futurs que la victime devra encourir. L'actualisation arbitraire de ce type de dommages semble bel et bien terminée. Peu importe que le coût élevé des expertises ou l'allongement des délais de présentation de la preuve rebutent la victime ; le juge se doit alors d'employer un instrument de calcul précis pour donner une valeur actuelle à ces dommages futurs.

C'est la victime qui profitera au premier chef de cette nouvelle disposition législative. Le juge du procès est déjà tenu de procéder à l'évaluation des dommages par postes séparés et donc de justifier les montants auxquels il en arrive. Dorénavant, il ne peut plus se retrancher derrière l'absence ou l'insuffisance de preuve pour actualiser de façon arbitraire le montant des pertes futures. Or, on sait que le recours à l'arbitraire amène souvent le juge, de manière consciente ou non, à donner un caractère « raisonnable » à l'indemnité accordée. Les vieux réflexes de la parcimonie, déjà dénoncés par le juge Dickson dans *Lewis*¹¹⁷, ont alors tendance à refaire surface.

L'application généralisée d'un taux d'actualisation fixe élimine, par son aspect « mathématique », la possibilité d'une actualisation arbitraire. Toutes les victimes sont désormais sur le même pied, sans considération de la période de soins exigés et des montants en jeu. Mais qu'arrive-t-il lorsqu'une partie désire présenter une preuve contraire afin de faire appliquer dans son procès un taux d'actualisation différent de celui prescrit par la loi ?

Un auteur¹¹⁸ est d'avis que cela est impossible. Le différentiel futur entre les taux d'intérêt et d'inflation a été fixé législativement ; il faudrait une

117. *Lewis c. Todd*, *supra*, note 57, p. 708 ; voir également M. TANCELIN, *supra*, note 33, n° 760.

118. C.J. BRUCE, *supra*, note 101, p. 681.

nouvelle intervention législative pour le modifier. Cette position a été adoptée par la jurisprudence. Dans un arrêt ontarien, le juge Saunders déclare :

As I understand the rules of practice in matters of this kind the court is required to apply the two and a half per cent discount rate with respect to future interest and inflation.¹¹⁹

Dans les autres provinces, les tribunaux ont adopté la même attitude. D'ailleurs, on ne semble même pas se poser la question de savoir si une preuve contraire pourrait être apportée¹²⁰. Pourtant, le texte de la R267a (Ontario) et de la R.31.10 (Nouvelle-Écosse) dit bien : « to the extent that it reflects the difference [...] » Ne pourrait-on pas admettre que, dans l'hypothèse où la preuve établirait que le taux fixé ne reflète plus ce différentiel, le juge puisse accepter un autre taux d'actualisation, applicable au montant représentant les soins futurs ? Une telle solution ne serait point choquante si l'on retient que le but visé est l'indemnisation intégrale de la victime. Si l'une des parties réussit à démontrer par la balance des probabilités que l'application du taux d'actualisation prescrit résultera en une sous ou sur-indemnisation de la victime, ce taux devrait pouvoir être écarté.

L'argument est plus difficile à soutenir en Colombie-Britannique, où le texte de la R.352.81 dit : « which shall be deemed to be the future difference [...] ». Ici, on ne veut pas simplement refléter la réalité économique future, on *suppose* qu'il en sera ainsi.

Quoi qu'il en soit, la situation actuelle est claire : aux fins d'actualiser les pertes de la victime représentant les soins futurs, les tribunaux refusent de s'éloigner du pourcentage prescrit par chacune des lois provinciales. La situation n'est pas aussi uniforme lorsque l'actualisation des montants concernant les salaires futurs est en jeu.

2.2.2.2. Les salaires futurs

En ce domaine, la *Rule* 352.81 de la Colombie-Britannique se distingue des législations des autres provinces puisqu'elle édicte deux taux d'actualisation différents selon le poste d'indemnisation considéré. Il convient donc de les étudier séparément.

119. *Meulemeesters c. Smith*, (1983) 38 O.R. (2d) 735, p. 744. Cf. *Buchan c. Ortho Pharmaceutical Ltd.*, *supra*, note 99, p. 150.

120. Nouvelle-Écosse : *Ramscar c. Sheppard*, (1983) 123 A.P.R. 35, p. 41, confirmant (1982) 50 N.S.R. (2d) 677. En Colombie-Britannique : *Floyd c. Dennis*, (1983) 42 B.C.L.R. 381, p. 387 (C.A.).

— Les législations de l'Ontario, de la Nouvelle-Écosse
et de la Saskatchewan

Dans ces provinces, un seul taux d'actualisation est prévu pour toutes les pertes futures. Est-ce à dire que le facteur de productivité a été implicitement rejeté en tant que composante valable de l'actualisation des pertes représentant des salaires futurs ? Dans un article paru en 1983, on a pu lire que « it is clear that Rule 267a of the Ontario rules of practice was not drafted to take into account [...] productivity »¹²¹. Nous partageons cette opinion qui s'applique également à la *Rule* 31.10, le texte des deux législations étant identique. D'une part, ces dispositions ont été rédigées en 1979, soit avant l'arrêt *Lewis c. Todd* et avant que la doctrine ne nous fasse connaître l'importance de ce facteur de productivité. D'autre part, les textes disent : « to the extent that it reflects *the difference between estimated investment and price inflation rates* » (nos soulignés). Or, l'actualisation des salaires futurs nécessite l'analyse du différentiel entre les taux de progression des salaires et les taux d'intérêt, et non celui entre les taux d'inflation et d'intérêt.

La jurisprudence est divisée à ce niveau, quoique l'on peut observer une tendance des tribunaux à suppléer à l'insuffisance de ces législations. Dans un arrêt de la Nouvelle-Écosse de 1982, un travailleur syndiqué avait subi de graves blessures l'empêchant dorénavant d'exercer un quelconque emploi. Lorsque vint le temps d'évaluer la perte de capacité de gains de la victime, il fut mis en preuve qu'une clause de la convention collective prévoyait depuis plusieurs années des augmentations de salaire dépassant d'un point le taux d'inflation annuel. Pourtant, le juge Glube refusa en ces termes de tenir compte du facteur de productivité :

It is my view that to tamper with this rate [le 2½% fixé par la loi] based on individual circumstances would present great difficulties in the determination of cases in the future.¹²²

C'est donc un souci d'uniformité et de conformité totale avec la loi qui a motivé la décision du tribunal. D'autres juges n'ont pas éprouvé semblables scrupules et ont accepté le principe qu'une preuve suffisante permette de modifier le taux d'actualisation prévu par la loi, en ce qui concerne les salaires futurs¹²³. Deux de ces arrêts ont effectivement réduit le taux prescrit

121. E.A. CHERNIAK, *supra*, note 62, p. 260.

122. *Whitehead c. Misner*, *supra*, note 99, p. 445.

123. *Meulemeesters c. Smith*, *supra*, note 119, p. 745 ; *Dziver c. Smith*, (1983) 146 D.L.R. (3d) 314, p. 318 (Ont. C.A.) ; *Smithson c. Saskem Chemicals*, *supra*, note 34, p. 164 ; *Giannone c. Weinberg*, (1986) 37 C.C.L.T. 52, p. 55 (Ont. H.C.).

de 2.5%¹²⁴, le tribunal étant d'avis, dans les deux autres arrêts, que la preuve présentée en l'espèce était insuffisante.

— La législation de la Colombie-Britannique

Dans cette province, la prise en compte du facteur de productivité ne fait aucun doute, l'alinéa a) de la R.352.81 prévoyant alors un taux d'actualisation de 2½%. Le taux applicable au montant représentant les soins futurs étant de 3½%, on conclut que ce facteur de productivité a été évalué à 1% pour les travailleurs de cette province. Ce pourcentage, moitié moins élevé que celui s'établissant à un minimum de 2% suite à une analyse historique, nous semble faible. Il constitue tout de même la première reconnaissance officielle par le Législateur de cette composante du taux d'actualisation applicable à des salaires futurs.

L'utilisation de ce taux de 2½% n'aurait dû normalement causer aucun problème¹²⁵. Un arrêt des plus intéressants a cependant révélé une erreur fondamentale commise lors de l'adoption de la R.352.81. Dans *Pickering c. Deakin*¹²⁶, une mère de famille avait subi de graves blessures affectant de façon permanente et totale sa capacité de travailler. Le juge Lambert actualisa sans problème sa perte de capacité de gains au taux prescrit de 2.5%. La situation se compliqua lorsque vint le temps d'actualiser la somme représentant les salaires futurs d'une ménagère. En effet, les articles 3 et 4 du *Law and Equity Act*¹²⁷, duquel est issue la R.352.81, édictent que le taux de 2.5% doit être appliqué à la seule perte de capacité de gains de la victime, le taux de 3.5% devant servir à actualiser toutes les autres pertes futures. Cela signifie que le Législateur ne tient pas compte de l'augmentation des salaires en sus de l'inflation des personnes qui doivent dorénavant aider ou remplacer la victime dans l'accomplissement de certaines tâches. Ce point n'avait pas échappé à l'attention des membres de la Commission de réforme du droit de la Colombie-Britannique, chargés de la rédaction de la R.352.81 ; pour d'obscures raisons, ils ont tout simplement décidé de passer outre¹²⁸. Dès lors, le juge Lambert n'avait pas vraiment le choix :

I have used the 3.5 per cent rate in this case, though I think it is the wrong rate, because s. 51 (en. 1981, c. 10, s. 30) of the *Law and Equity Act* requires me to do

124. *Supra*, note 119, *Meulemeesters* : taux réduit à 0.5% ; *supra*, note 34, *Smithson* : taux réduit à 2%.

125. Pour un exemple : *Floyd c. Dennis*, *supra*, note 120, p. 387.

126. (1985) 1 W.W.R. 289 (B.C.S.C.).

127. *Supra*, note 114.

128. Voir le Rapport de la Commission pour 1980, appendice C, p. 25, cité par le juge Lambert dans l'arrêt *Pickering c. Deakin*, *supra*, note 126, p. 305.

so. I do not think that it would be appropriate for me to make an adjustment to the 3.5 per cent rate result to achieve the equivalent of a 2.5 per cent rate result by applying the overall discretion contemplated in *Lewis c. Todd*, since to do so would defeat the legislative requirement.¹²⁹

En l'espèce, la période à indemniser sous ce chef était de 20 ans, pour un montant de base de \$260,000.00. L'actualisation de cette somme à un taux de 3.5% plutôt qu'au taux normal de 2.5% représente une perte sèche de plusieurs milliers de dollars pour la victime. Cela montre bien qu'en ce qui concerne l'application du taux d'actualisation, il faut absolument éliminer la séparation soins futurs/perte de capacité de gains et la remplacer par celle, plus juste, de pertes futures représentant des dépenses *versus* pertes futures représentant des salaires. La législation de la Colombie-Britannique est sur ce point gravement déficiente.

Pour conclure de façon générale sur ces différentes législations, il faut souligner qu'aucune d'entre elles ne s'est préoccupée de la question de la période de temps qui doit être indemnisée. Pourtant, nous avons vu l'importance de ce facteur¹³⁰ dans le choix du bon taux d'actualisation. La solution d'un arrêt ontarien¹³¹ qui a ajusté à la hausse le taux applicable à une période d'indemnisation de huit ans est à souligner, mais un tel ajustement est tributaire de la preuve présentée en chaque espèce, si rare lorsque les montants en jeu sont moins importants. Il serait souhaitable que toutes les provinces désirant légiférer en cette matière, adoptent une seconde série de taux établis pour les périodes d'indemnisation plus courtes (v.g. moins de 10 ans) et révisables chaque année en fonction des prévisions économiques à court terme d'experts qualifiés.

En attendant, les diverses interventions législatives ont constitué un pas en avant, même si certains éléments des taux d'actualisation doivent encore être établis par une preuve prépondérante, spécialement hors de la Colombie-Britannique. Comme l'affirmait le professeur Charles il y a quelques années :

The Nova Scotia experience, at least, suggest that legislatively setting the discount rate does not automatically resolve all questions concerning the proper rate to be applied.¹³²

Conclusion

Le processus d'actualisation des pertes futures résultant de blessures corporelles a beaucoup évolué au cours des dix dernières années. La trilogie

129. *Ibid.*

130. *Supra*, partie 2.1.2.

131. *McDermid c. Ontario*, *supra*, note 100.

132. W.H.R. CHARLES, *supra*, note 15, p. 29.

de 1978 a établi ou plutôt sorti de l'oubli les principes de droit applicables en la matière. Le recours systématique à l'évaluation arbitraire des dommages a été condamné par la Cour suprême, qui a reconnu l'importance de mettre en preuve des données actuarielles et économiques.

Si elles constituaient sans aucun doute un pas dans la bonne direction, les règles appliquées par la trilogie à l'actualisation des pertes futures sont rapidement apparues incomplètes. C'est ainsi que les tribunaux sont passés d'une méthode de prévision séparée des taux d'intérêt et d'inflation à celle, beaucoup plus exacte historiquement, de l'analyse de l'écart moyen observé entre ces deux facteurs sur de longues périodes. L'amélioration a également consisté à tenir compte de l'enrichissement collectif des travailleurs canadiens et à appliquer ce facteur de productivité à l'actualisation de tous les montants représentant des salaires futurs. Certains arrêts récents ont même commencé à se préoccuper de la longueur de la période à indemniser, accordant une plus grande importance aux projections futures à court terme à mesure que cette période diminue. Enfin, il ne faut pas oublier que l'expérience acquise en d'autres instances profite aux experts dans les procès subséquents. Ceux-ci peuvent alors fournir des données plus complètes et plus variées, facilitant la tâche du tribunal. Tout cela a pour conséquence une indemnisation plus équitable de la victime, qui rend justice à toutes les parties en cause.

Le système de droit commun n'en est pas pour autant devenu parfait. Le mode de paiement d'une indemnité forfaitaire non révisable est totalement inadapté à l'évaluation du préjudice résultant de blessures corporelles. On demande au juge de se poser en véritable prophète de l'avenir. Par exemple, il doit évaluer en chaque espèce les aléas de la vie qui auraient pu frapper la victime (période de chômage, divorce, accidents, etc.) et les chiffrer en un pourcentage qui sera appliqué en réduction de l'indemnité octroyée. La même remarque vaut quant au choix du taux d'actualisation; les données fournies par les experts, aussi complètes soient-elles, ne représentent que des probabilités portant sur la situation économique future. En aucun cas ces probabilités ne doivent être considérées comme des certitudes; elles ne peuvent que guider le tribunal dans le choix du taux d'actualisation ayant le plus de chances de refléter le contexte économique à l'intérieur duquel sera dépensée l'indemnité octroyée.

Si la tâche du juge est difficile, que dire de celle des parties au procès (et spécialement de la victime) qui se butent aux coûts élevés et aux délais inévitablement longs qu'entraîne la présentation d'une preuve par expertises. Une preuve *simple* du taux d'actualisation applicable en une espèce est impossible. Les facteurs économiques qui affectent le taux sont tellement variés et eux-mêmes tellement complexes que chaque affirmation nécessite

une démonstration. Les parties sont souvent prises dans l'engrenage, chacune devant répondre aux allégations de l'autre, dans une problématique qui déborde le cadre juridique.

Devant cette situation, la présentation d'une preuve par expertises quant à la fixation du taux d'actualisation n'est pas généralisée. Les cas de courtes périodes d'indemnisation future sont particulièrement touchés par ce phénomène : la victime hésitera à s'engager dans cette voie afin de ne point trop taxer l'indemnité plus modeste qu'elle réclame. L'hésitation pourra aussi découler des faits de l'espèce : lorsqu'il n'est pas assuré que la responsabilité du défendeur sera reconnue par le tribunal, on concentrera ses énergies sur ce problème en négligeant celui de l'évaluation des dommages-intérêts, tributaire du sort de cette première question. Enfin, les délais supplémentaires occasionnés par une preuve complète du taux d'actualisation indisposent plus d'une victime. Celle-ci désirera tout à fait normalement faire cesser au plus tôt les incertitudes entourant le sort de son procès et de son avenir financier.

Bref, le tribunal se retrouvera bien souvent devant une insuffisance ou une absence totale de preuve en ce qui concerne le taux d'actualisation. Il ne faut pas le blâmer d'évaluer arbitrairement le préjudice subi par la victime dans un cas où les règles de droit commun de la responsabilité civile l'obligent à procéder ainsi. On ne peut que déplorer que cette évaluation arbitraire des dommages entraîne quasi automatiquement une sous-indemnisation de la victime.

Devant cet état de fait, les parties et leurs procureurs ont de plus en plus tendance à éviter le recours aux tribunaux de droit commun, par la conclusion d'une transaction à paiements différés¹³³. Cette solution de rechange possède d'incontestables attraits : traitement fiscal favorable, impossibilité de dilapider le montant versé sous forme de rente, délais de négociation plus courts, etc. Mais elle demeure toujours une solution de rechange, l'aspect le plus criticable étant le refus actuel de la pratique de considérer un véritable mécanisme d'indexation de la rente négociée. L'augmentation rapide du nombre de ces transactions n'est en fait qu'une preuve supplémentaire de l'inadaptation du régime de droit commun en ce domaine.

D'aucuns soutiennent qu'une intervention du législateur est dès lors nécessaire. Il a été fréquemment proposé qu'un nouveau système de paie-

133. Voir en général sur ce point J.L. BAUDOUIN, *supra*, note 1, nos 1136 à 1144.

ments périodiques révisables soit instauré ¹³⁴. Le plus grand avantage d'un tel système serait la fin des incertitudes entourant les prévisions et projections futures auxquelles doit se livrer le tribunal. Le traitement fiscal réservé à de tels paiements (considérés non taxables entre les mains de la victime) constitue un autre argument de poids en faveur de l'implantation d'un tel système. Pourtant, deux commissions gouvernementales, après s'être longuement penchées sur la question, ont estimé que les inconvénients contre-balançaient largement les avantages ¹³⁵. Très sommairement, ces inconvénients peuvent être résumés comme suit :

- manque de finalité du processus : l'évaluation des dommages n'est définitivement réglée qu'au décès de la victime.
- coûts plus élevés pour l'appareil administratif chargé des révisions périodiques de l'évaluation.
- incertitudes des assureurs dans la fixation de leurs primes futures, ce qui entraînera une hausse de celles-ci ou encore le refus pur et simple d'assurer de tels risques.
- intrusions dans la vie privée de la victime par le défendeur, désireux de surveiller les abus possibles (v.g. travail au noir, fausses déclarations, etc.)

Il semble donc que l'instauration d'un système de paiements périodiques révisables ne soit pas près de devenir une réalité ¹³⁶. À l'intérieur du système actuel, nous croyons que la meilleure solution consiste en une intervention législative fixant le taux d'actualisation. Cette solution aurait pour mérites d'éliminer dans tous les cas l'actualisation arbitraire des pertes futures et de réduire sensiblement les délais et les coûts inhérents à la présentation d'une preuve par experts. Pour rendre justice à toutes les parties en cause et constituer véritablement une amélioration du système actuel, le Législateur devrait tenir compte de trois points fondamentaux.

Premièrement, l'exemple de la Colombie-Britannique fixant deux taux d'actualisation est à retenir. Cependant, contrairement à la R.352.81 de cette

134. Voir sur ce point en général : J. SULLIVAN, « Three methods of tort compensation : lump-sum awards, reviewable periodic payments and structured settlements », (1982) 3 *Advocate's Q.* 156, aux p. 160 à 166 ; C.J. BRUCE, « Four techniques for compensating tort damages », (1983) *U.W. O.L. Rev.* Voir également la position du juge Dickson dans *Andrews*, *supra*, note 7, p. 236.

135. En Ontario : *Report of the committee on tort compensation*, août 1980 (the Holland report). En Grande-Bretagne : *Royal Commission on civil liability and compensation for personal injury report* (the Pearson report).

136. Les conclusions atteintes par ces deux Commissions nous semblent pourtant critiquables à plusieurs points de vue. Ces critiques dépassent cependant le cadre de la présente étude.

province, un premier taux serait applicable à l'actualisation des pertes représentant des dépenses futures et le second, moins élevé, à la portion de ces pertes représentant des *salaires* futurs, sans oublier ceux inclus sous le poste d'indemnisation des « soins futurs ». Il n'existe aucune raison pour que la victime ne soit pas compensée pour l'augmentation des salaires en sus de l'inflation des personnes qui devront dorénavant veiller sur elle.

Deuxièmement, il est nécessaire d'établir deux séries de taux d'actualisation. La première, pour les courtes périodes d'indemnisation (par exemple moins de quinze ans), serait établie à partir de la moyenne des projections futures fournies par des experts en ce domaine et serait révisée tous les ans. La seconde, pour les périodes d'indemnisation plus longues, reflèterait l'écart moyen entre les taux d'intérêt et d'inflation résultant d'une analyse historique, ainsi que l'enrichissement collectif moyen de la société canadienne. Cette seconde série de taux serait révisable lorsque des changements profonds seraient observés dans la situation économique canadienne.

Finalement, les taux résultant de cette intervention législative devraient constituer des règles supplétives et non impératives. Il devrait toujours être possible à une partie de prouver, par une balance de probabilités, que le taux d'actualisation qu'elle propose en l'espèce est plus approprié que le taux fixé par la loi. L'objectif principal doit toujours demeurer l'application du taux d'actualisation le plus susceptible de refléter la situation économique à l'intérieur de laquelle sera dépensée l'indemnité. Ainsi, les parties pourront toujours compter sur une législation déterminant de la façon la plus probable l'actualisation des pertes futures, avec la possibilité de se démarquer en chaque espèce de ces prévisions générales.