

**Waddah Mustapha (a.k.a. Martin Mustapha)** *Appellant/Respondent on cross-appeal*

v.

**Culligan of Canada Ltd.** *Respondent/ Appellant on cross-appeal*

**INDEXED AS: MUSTAPHA v. CULLIGAN OF CANADA LTD.**

**Neutral citation: 2008 SCC 27.**

File No.: 31902.

2008: March 18; 2008: May 22.

Present: McLachlin C.J. and Bastarache, Binnie, LeBel, Deschamps, Fish, Abella, Charron and Rothstein JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

*Torts — Negligence — Duty of care — Foreseeability — Personal injury — Mental injury — Customer suing his bottled water supplier in negligence after finding remains of flies in unopened bottle — Customer claiming mental injury — Whether damage too remote to allow recovery.*

In the course of replacing an empty bottle of drinking water with a full one, M saw a dead fly and part of another dead fly in the unopened replacement bottle. Obsessed with the event and its “revolting implications” for the health of his family, he developed a major depressive disorder, phobia and anxiety. He sued C, the supplier of the bottle of water, for psychiatric injury. The trial judge awarded him general and special damages, as well as damages for loss of business, but the Court of Appeal overturned the judgment on the basis that the injury was not reasonably foreseeable and hence did not give rise to a cause of action.

*Held:* The appeal and the cross-appeal should be dismissed.

**Waddah Mustapha (alias Martin Mustapha)** *Appelant/Intimé au pourvoi incident*

c.

**Culligan du Canada Ltée** *Intimée/Appelante au pourvoi incident*

**RÉPERTORIÉ : MUSTAPHA c. CULLIGAN DU CANADA LTÉE**

**Référence neutre : 2008 CSC 27.**

N<sup>o</sup> du greffe : 31902.

2008 : 18 mars; 2008 : 22 mai.

Présents : La juge en chef McLachlin et les juges Bastarache, Binnie, LeBel, Deschamps, Fish, Abella, Charron et Rothstein.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE L'ONTARIO

*Responsabilité délictuelle — Négligence — Obligation de diligence — Prévisibilité — Préjudice personnel — Préjudice psychologique — Action en négligence intentée par un consommateur contre son fournisseur d'eau embouteillée par suite de la découverte de restes de mouches dans une bouteille encore scellée — Préjudice psychologique invoqué par le consommateur — Les dommages subis sont-ils trop éloignés pour ouvrir droit à indemnisation?*

Pendant qu'il remplaçait une bouteille d'eau vide par une bouteille pleine encore scellée, M a constaté la présence dans cette dernière bouteille d'une mouche morte et des restes d'une autre mouche. Obsédé par cet événement et par ses « conséquences révoltantes » pour la santé de sa famille, M a subi des troubles dépressifs graves, accompagnés de phobies et d'anxiété. Il a poursuivi C, le fournisseur de la bouteille d'eau, pour préjudice psychiatrique. Le juge de première instance lui a accordé des dommages-intérêts généraux et spéciaux, de même que des dommages-intérêts pour pertes d'activités commerciales. Toutefois, la Cour d'appel a infirmé ce jugement, estimant que le préjudice n'était pas raisonnablement prévisible et, partant, ne donnait pas naissance à une cause d'action.

*Arrêt :* Le pourvoi et le pourvoi incident sont rejetés.

M's damage is too remote to allow recovery. As the manufacturer of a consumable good, C owed M, the ultimate consumer of that good, a duty of care in supplying bottled water to him, and it breached the standard of care by providing M with contaminated water. The requirement of personal injury, which includes serious and prolonged psychological injury, is also met: M suffered a debilitating psychological injury which had a significant impact on his life. C's breach caused that injury in fact, but not in law: M failed to show that it was foreseeable that a person of ordinary fortitude would suffer serious injury from seeing the flies in the bottle of water he was about to install. Unusual or extreme reactions to events caused by negligence are imaginable but not reasonably foreseeable. In this case, the trial judge erred in applying a subjective standard. [3] [6-11] [15] [18]

The claim for damages for breach of contract also fails. M's damage could not be reasonably supposed to have been within the contemplation of the parties when they entered into their agreement. [19]

#### Cases Cited

**Referred to:** *Donoghue v. Stevenson*, [1932] A.C. 562; *Anns v. Merton London Borough Council*, [1978] A.C. 728; *Cooper v. Hobart*, [2001] 3 S.C.R. 537, 2001 SCC 79; *Page v. Smith*, [1996] 1 A.C. 155; *Hinz v. Berry*, [1970] 2 Q.B. 40; *Vanek v. Great Atlantic & Pacific Co. of Canada* (1999), 48 O.R. (3d) 228; *Overseas Tankship (U.K.) Ltd. v. Morts Dock & Engineering Co.*, [1961] A.C. 388; *Overseas Tankship (U.K.) Ltd. v. Miller Steamship Co. Pty.*, [1967] A.C. 617; *White v. Chief Constable of South Yorkshire Police*, [1998] 3 W.L.R. 1509; *Devji v. Burnaby (District)* (1999), 180 D.L.R. (4th) 205, 1999 BCCA 599; *Tame v. New South Wales* (2002), 211 C.L.R. 317, [2002] HCA 35; *Hadley v. Baxendale* (1854), 9 Ex. 341, 156 E.R. 145; *Fidler v. Sun Life Assurance Co. of Canada*, [2006] 2 S.C.R. 3, 2006 SCC 30.

#### Authors Cited

Linden, Allen M., and Bruce Feldthusen. *Canadian Tort Law*, 8th ed. Markham, Ont.: LexisNexis Butterworths, 2006.

APPEAL and CROSS-APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (Cronk and Blair J.J.A. and Then J. (*ad hoc*)) (2006), 84 O.R. (3d) 457, 275 D.L.R. (4th) 473, 218 O.A.C. 271,

Les dommages subis par M sont trop éloignés pour ouvrir droit à indemnisation. En tant que fabricant d'un bien de consommation, C était tenue envers M, le consommateur ultime de ce bien, à une obligation de diligence lorsqu'elle lui fournissait de l'eau embouteillée et elle a manqué à la norme de diligence en fournissant à ce dernier de l'eau contaminée. M a aussi démontré qu'il avait subi un préjudice personnel, ce qui s'entend notamment d'un préjudice psychologique grave et de longue durée : M a subi des troubles psychiatriques qui ont été débilatants et ont eu une incidence considérable sur sa vie. Le manquement de C a causé ce préjudice en fait, mais non en droit : M n'a pas établi qu'il était prévisible qu'une personne dotée d'une résilience ordinaire subirait un préjudice grave en voyant les restes de mouches dans la bouteille d'eau qu'il s'appropriait à installer. Des réactions inhabituelles ou extrêmes à des événements résultant de la négligence sont concevables, mais elles ne sont pas raisonnablement prévisibles. En l'espèce, le juge de première instance a commis une erreur en appliquant une norme subjective. [3] [6-11] [15] [18]

L'action en dommages-intérêts pour cause de violation du contrat échoue également. On ne pouvait pas raisonnablement supposer que les parties avaient envisagé le préjudice subi par M lorsqu'elles ont conclu leur contrat. [19]

#### Jurisprudence

**Arrêts mentionnés :** *Donoghue c. Stevenson*, [1932] A.C. 562; *Anns c. Merton London Borough Council*, [1978] A.C. 728; *Cooper c. Hobart*, [2001] 3 R.C.S. 537, 2001 CSC 79; *Page c. Smith*, [1996] 1 A.C. 155; *Hinz c. Berry*, [1970] 2 Q.B. 40; *Vanek c. Great Atlantic & Pacific Co. of Canada* (1999), 48 O.R. (3d) 228; *Overseas Tankship (U.K.) Ltd. c. Morts Dock & Engineering Co.*, [1961] A.C. 388; *Overseas Tankship (U.K.) Ltd. c. Miller Steamship Co. Pty.*, [1967] A.C. 617; *White c. Chief Constable of South Yorkshire Police*, [1998] 3 W.L.R. 1509; *Devji c. Burnaby (District)* (1999), 180 D.L.R. (4th) 205, 1999 BCCA 599; *Tame c. New South Wales* (2002), 211 C.L.R. 317, [2002] HCA 35; *Hadley c. Baxendale* (1854), 9 Ex. 341, 156 E.R. 145; *Fidler c. Sun Life du Canada, compagnie d'assurance-vie*, [2006] 2 R.C.S. 3, 2006 CSC 30.

#### Doctrine citée

Linden, Allen M., and Bruce Feldthusen. *Canadian Tort Law*, 8th ed. Markham, Ont.: LexisNexis Butterworths, 2006.

POURVOI et POURVOI INCIDENT contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (les juges Cronk et Blair et le juge Then (*ad hoc*)) (2006), 84 O.R. (3d) 457, 275 D.L.R. (4th) 473, 218 O.A.C.

43 C.C.L.T. (3d) 27, [2006] O.J. No. 4964 (QL), 2006 CarswellOnt 7937, setting aside a judgment of Brockenshire J. (2005), 32 C.C.L.T. (3d) 123, [2005] O.J. No. 1469 (QL), 2005 CarswellOnt 1456, allowing an action in negligence. Appeal and cross-appeal dismissed.

*Paul J. Pape, Susan M. Chapman and John J. Adair*, for the appellant/respondent on cross-appeal.

*Hillel David and Lisa La Horey*, for the respondent/appellant on cross-appeal.

The judgment of the Court was delivered by

[1] THE CHIEF JUSTICE — The plaintiff, Mr. Mustapha, sues for psychiatric injury sustained as a result of seeing the dead flies in a bottle of water supplied by the defendant, Culligan. In the course of replacing an empty bottle of drinking water with a full one, Mr. Mustapha saw a dead fly and part of another dead fly in the unopened replacement bottle. He became obsessed with the event and its “revolting implications” for the health of his family, which had been consuming water supplied by Culligan for the previous 15 years. The plaintiff developed a major depressive disorder with associated phobia and anxiety. He sued Culligan for damages.

[2] The trial judge found that seeing the flies in the water resulted in psychiatric injuries to Mr. Mustapha, and awarded him \$80,000 in general damages, \$24,174.58 in special damages, and \$237,600 in damages for loss of business ((2005), 32 C.C.L.T. (3d) 123). The Ontario Court of Appeal overturned the judgment on the basis that the injury was not reasonably foreseeable and hence did not give rise to a cause of action ((2006), 84 O.R. (3d) 457). The issue before this Court is whether the cause of action has been established. For different reasons than the Court of Appeal, I conclude that it has not.

271, 43 C.C.L.T. (3d) 27, [2006] O.J. No. 4964 (QL), 2006 CarswellOnt 7937, qui a infirmé une décision du juge Brockenshire (2005), 32 C.C.L.T. (3d) 123, [2005] O.J. No. 1469 (QL), 2005 CarswellOnt 1456, faisant droit à une action pour négligence. Pourvoi et pourvoi incident rejetés.

*Paul J. Pape, Susan M. Chapman et John J. Adair*, pour l'appellant/intimé au pourvoi incident.

*Hillel David et Lisa La Horey*, pour l'intimée/appelante au pourvoi incident.

Version française du jugement de la Cour rendu par

[1] LA JUGE EN CHEF — Le demandeur, M. Mustapha, a intenté une action contre la défenderesse, Culligan, invoquant le préjudice psychiatrique subi lorsqu'il a vu des mouches mortes dans une bouteille d'eau vendue par cette entreprise. Pendant qu'il remplaçait une bouteille vide par une bouteille pleine encore scellée, le demandeur a constaté la présence dans cette dernière bouteille d'une mouche morte et des restes d'une autre mouche. Le demandeur est devenu obsédé par cet événement et par ses [TRADUCTION] « conséquences révoltantes » pour la santé de sa famille, dont les membres consommaient depuis 15 ans l'eau fournie par Culligan. Il a subi des troubles dépressifs graves, accompagnés de phobies et d'anxiété, et il a poursuivi Culligan en dommages-intérêts.

[2] Concluant que la découverte des mouches dans l'eau avait causé à M. Mustapha des dommages psychiatriques, le juge de première instance lui a accordé des dommages-intérêts généraux de 80 000 \$, des dommages-intérêts spéciaux de 24 174,58 \$ et des dommages-intérêts de 237 600 \$ pour pertes d'activités commerciales ((2005), 32 C.C.L.T. (3d) 123). La Cour d'appel de l'Ontario a infirmé ce jugement, estimant que le préjudice n'était pas raisonnablement prévisible et, partant, ne donnait pas naissance à une cause d'action ((2006), 84 O.R. (3d) 457). La question dont notre Cour est saisie est celle de savoir si la cause d'action a été établie. Pour des motifs différents de ceux de la Cour d'appel, je conclus qu'elle ne l'a pas été.

[3] A successful action in negligence requires that the plaintiff demonstrate (1) that the defendant owed him a duty of care; (2) that the defendant's behaviour breached the standard of care; (3) that the plaintiff sustained damage; and (4) that the damage was caused, in fact and in law, by the defendant's breach. I shall examine each of these elements of negligence in turn. As I will explain, Mr. Mustapha's claim fails because he has failed to establish that his damage was caused in law by the defendant's negligence. In other words, his damage is too remote to allow recovery.

1. Did the Defendant Owe the Plaintiff a Duty of Care?

[4] The first question to consider in an action for negligence is whether the defendant owed the plaintiff a duty of care. The question focuses on the relationship between the parties. It asks whether this relationship is so close that the one may reasonably be said to owe the other a duty to take care not to injure the other: *Donoghue v. Stevenson*, [1932] A.C. 562 (H.L.). Whether such a relationship exists depends on foreseeability, moderated by policy concerns: *Anns v. Merton London Borough Council*, [1978] A.C. 728 (H.L.).

[5] In many cases, the relationship between the plaintiff and the defendant is of a type which has already been judicially recognized as giving rise to a duty of care. In such cases, precedent determines the question of duty of care and it is unnecessary to undertake a full-fledged duty of care analysis. As stated by A. M. Linden and B. Feldthusen, categories of relationships that have been recognized and relationships analogous to such pre-established categories need not be tested by the *Anns* formula: *Canadian Tort Law* (8th ed. 2006), at p. 302;

[3] Pour avoir gain de cause dans une action fondée sur la négligence, le demandeur à une telle action doit établir les éléments suivants : (1) le défendeur avait envers lui une obligation de diligence; (2) par ses agissements, le défendeur a manqué à la norme de diligence; (3) le demandeur a subi des dommages; (4) ces dommages lui ont été causés, en fait et en droit, par le manquement du défendeur. Je vais examiner successivement chacun de ces éléments de l'action en négligence. Comme je vais l'expliquer, M. Mustapha est débouté parce qu'il n'a pas réussi à prouver que les dommages qu'il a subis ont été causés, en droit, par la négligence de la défenderesse. Autrement dit, les dommages qu'il a subis sont trop éloignés pour ouvrir droit à indemnisation.

1. La défenderesse avait-elle une obligation de diligence envers le demandeur?

[4] Dans une action pour négligence, la première question à examiner est celle de savoir si le défendeur avait une obligation de diligence envers le demandeur. Cette question met l'accent sur les rapports existant entre les parties. Elle consiste à se demander si ces rapports sont à ce point étroits qu'il est raisonnable d'affirmer que l'une des parties a l'obligation de veiller à ne pas causer préjudice à l'autre : *Donoghue c. Stevenson*, [1932] A.C. 562 (H.L.). L'existence de tels rapports dépend de la prévisibilité du préjudice, eu égard aux considérations de politique d'intérêt général applicables : *Anns c. Merton London Borough Council*, [1978] A.C. 728 (H.L.).

[5] Bien souvent, les rapports qui existent entre le demandeur et le défendeur appartiennent à une catégorie déjà reconnue par les tribunaux comme donnant naissance à une obligation de diligence. Dans de tels cas, la jurisprudence permet de répondre à la question de l'existence de l'obligation de diligence et il est inutile de procéder à une analyse exhaustive. Comme l'ont affirmé les auteurs A. M. Linden et B. Feldthusen, les catégories de rapports qui ont déjà été reconnues par les tribunaux, ainsi que les rapports assimilables à celles-ci par

*Cooper v. Hobart*, [2001] 3 S.C.R. 537, 2001 SCC 79, at paras. 35-36.

[6] The relationship between the parties in this case does not belong to a novel category. It has long been established that the manufacturer of a consumable good owes a duty of care to the ultimate consumer of that good: *Donoghue v. Stevenson*. It follows that Culligan owed Mr. Mustapha a duty of care in the supplying of bottled water to him.

2. Did the Defendant's Behaviour Breach the Standard of Care?

[7] The second question in a negligence action is whether the defendant's behaviour breached the standard of care. A defendant's conduct is negligent if it creates an unreasonable risk of harm (Linden and Feldthusen, at p. 130). The trial judge found that the defendant Culligan breached the standard of care by providing the plaintiff with contaminated water, and the parties did not appeal that finding before this Court. This is hardly surprising; it is clear that a supplier of bottled water intended for personal consumption is under a duty to take reasonable care to ensure that the water is not contaminated by foreign elements. The second element of liability in tort for negligence is therefore met.

3. Did the Plaintiff Sustain Damage?

[8] Generally, a plaintiff who suffers personal injury will be found to have suffered damage. Damage for purposes of this inquiry includes psychological injury. The distinction between physical and mental injury is elusive and arguably artificial in the context of tort. As Lord Lloyd said in *Page v. Smith*, [1996] 1 A.C. 155 (H.L.), at p. 188:

analogie, n'ont pas à faire l'objet de l'analyse énoncée dans l'arrêt *Anns : Canadian Tort Law* (8<sup>e</sup> éd. 2006), p. 302; *Cooper c. Hobart*, [2001] 3 R.C.S. 537, 2001 CSC 79, par. 35-36.

[6] En l'espèce, les rapports qui existaient entre les parties ne constituaient pas une nouvelle catégorie. Il est établi depuis longtemps que le fabricant d'un bien de consommation est tenu à une obligation de diligence envers le consommateur ultime de ce bien : *Donoghue c. Stevenson*. Il s'ensuit donc que Culligan avait une obligation de diligence envers M. Mustapha lorsqu'elle lui fournissait de l'eau embouteillée.

2. Par ses agissements, la défenderesse a-t-elle manqué à la norme de diligence?

[7] Dans une action pour négligence, la deuxième question consiste à se demander si, par ses agissements, le défendeur a manqué à la norme de diligence. Un comportement peut constituer de la négligence s'il crée des risques excessifs de préjudice (Linden et Feldthusen, p. 130). Le juge de première instance a conclu que la défenderesse Culligan a manqué à la norme de diligence en fournissant de l'eau contaminée au demandeur, conclusion que les parties n'ont pas portée en appel devant la Cour. Cela n'est guère surprenant; en effet, il va de soi qu'un fournisseur d'eau embouteillée destinée à la consommation humaine a l'obligation de prendre les mesures raisonnables pour garantir que cette eau n'est pas contaminée par des corps étrangers. Par conséquent, il a été satisfait au deuxième élément de la responsabilité délictuelle pour négligence.

3. Le demandeur a-t-il subi un dommage?

[8] Règle générale, les tribunaux jugeront qu'un demandeur ayant subi un préjudice personnel a subi un dommage. Pour les besoins de la présente analyse, le terme dommage s'entend notamment d'un préjudice psychologique. En matière de responsabilité délictuelle, la distinction entre préjudice physique et préjudice psychologique est difficile à cerner, voire artificielle. Comme l'a affirmé lord Lloyd dans l'arrêt *Page c. Smith*, [1996] 1 A.C. 155 (H.L.), p. 188 :

In an age when medical knowledge is expanding fast, and psychiatric knowledge with it, it would not be sensible to commit the law to a distinction between physical and psychiatric injury, which may already seem somewhat artificial, and may soon be altogether outmoded. Nothing will be gained by treating them as different “kinds” of personal injury, so as to require the application of different tests in law. [Emphasis added.]

[9] This said, psychological disturbance that rises to the level of personal injury must be distinguished from psychological upset. Personal injury at law connotes serious trauma or illness: see *Hinz v. Berry*, [1970] 2 Q.B. 40 (C.A.), at p. 42; *Page v. Smith*, at p. 189; *Linden and Feldthusen*, at pp. 425-27. The law does not recognize upset, disgust, anxiety, agitation or other mental states that fall short of injury. I would not purport to define compensable injury exhaustively, except to say that it must be serious and prolonged and rise above the ordinary annoyances, anxieties and fears that people living in society routinely, if sometimes reluctantly, accept. The need to accept such upsets rather than seek redress in tort is what I take the Court of Appeal to be expressing in its quote from *Vanek v. Great Atlantic & Pacific Co. of Canada* (1999), 48 O.R. (3d) 228 (C.A.): “Life goes on” (para. 60). Quite simply, minor and transient upsets do not constitute personal injury, and hence do not amount to damage.

[10] On the findings of the trial judge, supported by medical evidence, Mr. Mustapha developed a major depressive disorder with associated phobia and anxiety. This psychiatric illness was debilitating and had a significant impact on his life; it qualifies as a personal injury at law. It follows that Mr. Mustapha has established that he sustained damage.

[TRADUCTION] En cette époque d’essor rapide des connaissances médicales, y compris en matière psychiatrique, il ne serait pas raisonnable d’astreindre les tribunaux à appliquer en droit une distinction entre préjudice physique et préjudice psychiatrique, distinction peut-être déjà quelque peu artificielle et qui pourrait, sous peu, être complètement dépassée. On ne gagne rien à les considérer comme des « catégories » différentes de préjudice à la personne et à forcer, de ce fait, l’application de critères juridiques différents. [Je souligne.]

[9] Cela dit, les troubles psychologiques constituant un préjudice personnel doivent être distingués d’une simple contrariété. En droit, un préjudice personnel suppose l’existence d’un traumatisme sérieux ou d’une maladie grave : voir *Hinz c. Berry*, [1970] 2 Q.B. 40 (C.A.), p. 42; *Page c. Smith*, p. 189; *Linden et Feldthusen*, p. 425-427. Le droit ne reconnaît pas les contrariétés, la répulsion, l’anxiété, l’agitation ou les autres états psychologiques qui restent en deçà d’un préjudice. Je n’entends pas donner ici une définition exhaustive de ce qu’est un préjudice indemnisable, mais seulement dire que le préjudice doit être grave et de longue durée, et qu’il ne doit pas s’agir simplement des désagréments, angoisses et craintes ordinaires que toute personne vivant en société doit régulièrement accepter, fût-ce à contrecœur. À mon sens, c’est cette nécessité d’accepter de telles contrariétés, au lieu de prendre action en responsabilité délictuelle pour obtenir réparation, qu’évoquait la Cour d’appel lorsqu’elle a cité *Vanek c. Great Atlantic & Pacific Co. of Canada* (1999), 48 O.R. (3d) 228 (C.A.) : [TRADUCTION] « [E]t la vie continue » (par. 60). Tout bonnement, les contrariétés mineures et passagères n’équivalent pas à un préjudice personnel et, de ce fait, ne constituent pas un dommage.

[10] Selon les conclusions du juge de première instance, étayées par la preuve médicale, M. Mustapha a subi des troubles dépressifs graves, accompagnés de phobies et d’anxiété. Ces troubles psychiatriques ont été débilatants et ont eu une incidence considérable sur sa vie; ces troubles constituent un préjudice personnel en droit. Monsieur Mustapha a donc établi qu’il a subi un dommage.

4. Was the Plaintiff's Damage Caused by the Defendant's Breach?

[11] The fourth and final question to address in a negligence claim is whether the defendant's breach caused the plaintiff's harm in fact and in law. The evidence before the trial judge establishes that the defendant's breach of its duty of care in fact caused Mr. Mustapha's psychiatric injury. We are not asked to revisit this conclusion. The remaining question is whether that breach also caused the plaintiff's damage in law or whether it is too remote to warrant recovery.

[12] The remoteness inquiry asks whether "the harm [is] too unrelated to the wrongful conduct to hold the defendant fairly liable" (Linden and Feldthusen, at p. 360). Since *The Wagon Mound (No. 1)*, the principle has been that "it is the foresight of the reasonable man which alone can determine responsibility" (*Overseas Tankship (U.K.) Ltd. v. Morts Dock & Engineering Co.*, [1961] A.C. 388 (P.C.), at p. 424).

[13] Much has been written on how probable or likely a harm needs to be in order to be considered reasonably foreseeable. The parties raise the question of whether a reasonably foreseeable harm is one whose occurrence is *probable* or merely *possible*. In my view, these terms are misleading. Any harm which has actually occurred is "possible"; it is therefore clear that possibility alone does not provide a meaningful standard for the application of reasonable foreseeability. The degree of probability that would satisfy the reasonable foreseeability requirement was described in *The Wagon Mound (No. 2)* as a "real risk", i.e. "one which would occur to the mind of a reasonable man in the position of the defendan[t] . . . and which he would not brush aside as far-fetched" (*Overseas Tankship (U.K.)*

4. Les dommages subis par le demandeur ont-ils été causés par le manquement de la défenderesse?

[11] La quatrième et dernière question à examiner dans une action pour négligence est celle de savoir si le manquement du défendeur a causé, en fait et en droit, le préjudice subi par le demandeur. La preuve dont disposait le juge de première instance établit que le manquement de la défenderesse à son obligation de diligence a causé, en fait, le préjudice psychiatrique subi par M. Mustapha. Nous ne sommes pas appelés à réexaminer cette question. Il reste donc à décider si ce manquement a aussi causé, en droit, les dommages subis par le demandeur ou si ces dommages sont trop éloignés pour ouvrir droit à indemnisation.

[12] Pour procéder à l'examen du caractère éloigné des dommages, il faut se demander si [TRADUCTION] « le préjudice a trop peu de lien avec l'acte fautif pour que le défendeur puisse raisonnablement être tenu responsable » (Linden et Feldthusen, p. 360). L'arrêt *The Wagon Mound (No. 1)* a établi le principe, suivi depuis, selon lequel [TRADUCTION] « le fait que le préjudice était prévisible par l'homme raisonnable est le seul critère de la responsabilité » (*Overseas Tankship (U.K.) Ltd. c. Morts Dock & Engineering Co.*, [1961] A.C. 388 (C.P.), p. 424).

[13] On a beaucoup écrit sur la mesure dans laquelle le préjudice doit être probable ou vraisemblable pour être considéré comme raisonnablement prévisible. Les parties soulèvent la question de savoir si un préjudice raisonnablement prévisible est un préjudice dont la survenance est *probable* ou simplement *possible*. À mon avis, ces termes sont trompeurs. Comme tout préjudice qui est véritablement survenu est « possible », il est évident que la simple possibilité qu'une chose se produise n'est pas une norme utile pour l'appréciation de la prévisibilité raisonnable. Le degré de probabilité propre à satisfaire à l'exigence de la prévisibilité raisonnable a été défini dans *The Wagon Mound (No. 2)* comme étant un [TRADUCTION] « risque réel », c'est-à-dire « un risque qui viendrait à l'esprit

*Ltd. v. Miller Steamship Co. Pty.*, [1967] A.C. 617 (P.C.), at p. 643).

[14] The remoteness inquiry depends not only upon the degree of probability required to meet the reasonable foreseeability requirement, but also upon whether or not the plaintiff is considered objectively or subjectively. One of the questions that arose in this case was whether, in judging whether the personal injury was foreseeable, one looks at a person of “ordinary fortitude” or at a particular plaintiff with his or her particular vulnerabilities. This question may be acute in claims for mental injury, since there is a wide variation in how particular people respond to particular stressors. The law has consistently held — albeit within the duty of care analysis — that the question is what a person of ordinary fortitude would suffer: see *White v. Chief Constable of South Yorkshire Police*, [1998] 3 W.L.R. 1509 (H.L.); *Devji v. Burnaby (District)* (1999), 180 D.L.R. (4th) 205, 1999 BCCA 599; *Vanek*. As stated in *White*, at p. 1512: “The law expects reasonable fortitude and robustness of its citizens and will not impose liability for the exceptional frailty of certain individuals.”

[15] As the Court of Appeal found, at para. 49, the requirement that a mental injury would occur in a person of ordinary fortitude, set out in *Vanek*, at paras. 59-61, is inherent in the notion of foreseeability. This is true whether one considers foreseeability at the remoteness or at the duty of care stage. As stated in *Tame v. New South Wales* (2002), 211 C.L.R. 317, [2002] HCA 35, *per* Gleeson C.J., this “is a way of expressing the idea that there are some people with such a degree of susceptibility to psychiatric injury that it is ordinarily unreasonable to require strangers to have in contemplation the possibility of harm to them, or to expect strangers to

d’une personne raisonnable placée dans la situation du défendeur [. . .] et que cette personne n’écarterait pas au motif qu’elle le juge invraisemblable » (*Overseas Tankship (U.K.) Ltd. c. Miller Steamship Co. Pty.*, [1967] A.C. 617 (C.P.), p. 643).

[14] L’analyse du caractère éloigné du préjudice dépend non seulement du degré de probabilité requis pour satisfaire à l’exigence de la prévisibilité raisonnable, mais également de la question de savoir si le demandeur est considéré d’un point de vue objectif ou subjectif. En l’espèce, il a notamment fallu se demander si, pour juger de la prévisibilité du préjudice personnel, il faut considérer la personne dotée d’une « résilience ordinaire » ou le demandeur concerné et ses vulnérabilités propres. Cette question peut être critique dans les poursuites pour préjudice psychologique, étant donné que les réactions individuelles face à des facteurs de stress particuliers peuvent varier considérablement d’une personne à l’autre. Il est de droit constant — dans le cadre de l’analyse de l’obligation de diligence doit-on préciser — que la question à trancher est celle de savoir ce qu’aurait supporté une personne dotée d’une résilience ordinaire : voir *White c. Chief Constable of South Yorkshire Police*, [1998] 3 W.L.R. 1509 (H.L.); *Devji c. Burnaby (District)* (1999), 180 D.L.R. (4th) 205, 1999 BCCA 599; *Vanek*. Aux termes de l’arrêt *White*, p. 1512, [TRADUCTION] « [o]n s’attend en droit à ce que les citoyens fassent preuve d’une résilience et d’une endurance raisonnables, de sorte qu’on ne conclura pas à la responsabilité civile dans des cas de vulnérabilité exceptionnelle de certains individus. »

[15] Ainsi qu’a conclu la Cour d’appel, au par. 49, le fait d’exiger la preuve qu’une personne dotée d’une résilience ordinaire subirait un préjudice psychologique — comme il est précisé dans *Vanek* aux par. 59 à 61 — constitue un aspect intrinsèque de la notion de prévisibilité. Ce principe vaut, et ce, que l’on considère la prévisibilité à l’étape de l’analyse du caractère éloigné du préjudice ou à celle de l’analyse de l’obligation de diligence. Comme l’a dit le juge en chef Gleeson dans *Tame c. New South Wales* (2002), 211 C.L.R. 317, [2002] HCA 35, c’est là [TRADUCTION] « une façon d’exprimer l’idée que certaines personnes présentent une vulnérabilité



take care to avoid such harm” (para. 16). To put it another way, unusual or extreme reactions to events caused by negligence are imaginable but not reasonably foreseeable.

[16] To say this is not to marginalize or penalize those particularly vulnerable to mental injury. It is merely to confirm that the law of tort imposes an obligation to compensate for any harm done on the basis of *reasonable* foresight, not as insurance. The law of negligence seeks to impose a result that is fair to both plaintiffs and defendants, and that is socially useful. In this quest, it draws the line for compensability of damage, not at perfection, but at reasonable foreseeability. Once a plaintiff establishes the foreseeability that a mental injury would occur in a person of ordinary fortitude, by contrast, the defendant must take the plaintiff as it finds him for purposes of damages. As stated in *White*, at p. 1512, focusing on the person of ordinary fortitude for the purposes of determining foreseeability “is not to be confused with the ‘eggshell skull’ situation, where as a result of a breach of duty the damage inflicted proves to be more serious than expected”. Rather, it is a threshold test for establishing compensability of damage at law.

[17] I add this. In those cases where it is proved that the defendant had actual knowledge of the plaintiff’s particular sensibilities, the ordinary fortitude requirement need not be applied strictly. If the evidence demonstrates that the defendant knew that the plaintiff was of less than ordinary fortitude, the plaintiff’s injury may have been reasonably foreseeable to the defendant. In this case, however, there was no evidence to support a finding

telle aux dommages psychiatriques qu’il serait généralement déraisonnable de s’attendre à ce que des étrangers envisagent la possibilité que ces personnes subissent un préjudice, ou encore d’exiger que des étrangers prennent soin d’éviter un tel préjudice » (par. 16). En d’autres termes, des réactions inhabituelles ou extrêmes à des événements résultant de la négligence sont concevables, mais elles ne sont pas raisonnablement prévisibles.

[16] Énoncer cette règle ne revient pas à marginaliser ou à pénaliser ceux qui sont particulièrement vulnérables à un préjudice psychologique. Cela confirme simplement que le droit de la responsabilité délictuelle impose l’obligation d’indemniser le préjudice causé à autrui sur la base d’une prévisibilité *raisonnable*, et non pas comme une assurance. Le droit de la négligence cherche un résultat qui soit juste — tant pour les demandeurs que pour les défendeurs — et qui soit socialement utile. Dans cette quête, ce n’est pas la perfection mais la prévisibilité raisonnable qui sert pour juger du caractère indemnisable des dommages. Par contre, dès lors que le demandeur prouve qu’il était prévisible qu’une personne dotée d’une résilience ordinaire subisse un préjudice psychologique, le défendeur doit prendre le demandeur tel qu’il est pour ce qui est des dommages. Ainsi que l’a affirmé la Chambre des lords dans *White*, à la p. 1512, le fait de prendre en compte la personne dotée d’une résilience ordinaire pour statuer sur la question de la prévisibilité [TRADUCTION] « ne doit pas être confondu avec la notion de vulnérabilité latente de la victime à laquelle le manquement cause un dommage plus grave que prévu ». Il s’agit plutôt d’un critère préliminaire pour établir que les dommages sont indemnisables en droit.

[17] J’ajouterais ceci. Dans les cas où il est prouvé que le défendeur est véritablement au courant d’une vulnérabilité particulière du demandeur, il n’est pas nécessaire d’appliquer strictement le critère de la résilience ordinaire. En effet, si la preuve établit que le défendeur savait que le demandeur avait une résilience inférieure à la résilience ordinaire, il est possible que le préjudice subi par le demandeur ait été raisonnablement prévisible pour le défendeur.

that Culligan knew of Mr. Mustapha's particular sensibilities.

[18] It follows that in order to show that the damage suffered is not too remote to be viewed as legally caused by Culligan's negligence, Mr. Mustapha must show that it was foreseeable that a person of ordinary fortitude would suffer serious injury from seeing the flies in the bottle of water he was about to install. This he failed to do. The only evidence was about his own reactions, which were described by the medical experts as "highly unusual" and "very individual" (C.A. judgment, at para. 52). There is no evidence that a person of ordinary fortitude would have suffered injury from seeing the flies in the bottle; indeed the expert witnesses were not asked this question. Instead of asking whether it was foreseeable that the defendant's conduct would have injured a person of ordinary fortitude, the trial judge applied a subjective standard, taking into account Mr. Mustapha's "previous history" and "particular circumstances" (para. 227), including a number of "cultural factors" such as his unusual concern over cleanliness, and the health and well-being of his family. This was an error. Mr. Mustapha having failed to establish that it was reasonably foreseeable that a person of ordinary fortitude would have suffered personal injury, it follows that his claim must fail.

##### 5. The Claim in Contract

[19] The plaintiff also brought a claim for damages arising out of breach of contract, although he appears not to have pursued it with vigour. This claim fails. With regards to Mr. Mustapha's psychiatric injury, there is no inconsistency in principle or in outcome between negligence law and contract law. Damages arising out of breach of contract are governed by the expectation of the parties at the time the contract was made (*Hadley v. Baxendale* (1854), 9 Ex. 341, 156 E.R. 145, at p. 151, applied

En l'espèce, toutefois, il n'existait aucun élément de preuve qui aurait permis de conclure que Culligan connaissait la vulnérabilité particulière de M. Mustapha.

[18] En conséquence, pour démontrer que le dommage n'est pas trop éloigné pour être considéré, en droit, comme ayant été causé par la négligence de Culligan, M. Mustapha doit établir qu'il était prévisible qu'une personne dotée d'une résilience ordinaire subirait un préjudice grave en voyant les restes de mouches dans la bouteille d'eau qu'il s'appropriait à installer. Il ne l'a pas fait. La preuve portait seulement sur ses propres réactions, que les experts médicaux ont qualifié de [TRADUCTION] « hautement inhabituelles » et de « très individuelles » (arrêt de la C.A., par. 52). Rien dans la preuve n'indique qu'une personne dotée d'une résilience ordinaire aurait subi un préjudice du fait de voir les mouches dans la bouteille; en fait, personne n'a posé cette question aux témoins experts. Au lieu de se demander s'il était prévisible que la conduite de la défenderesse cause des dommages à une personne dotée d'une résilience ordinaire, le juge de première instance a appliqué une norme subjective, prenant en compte les [TRADUCTION] « antécédents » et la « situation particulière » de M. Mustapha (par. 227), dont certains « facteurs culturels » comme son obsession pour la propreté ainsi que pour la santé et le bien-être de sa famille. C'était une erreur. Comme M. Mustapha n'a pas établi qu'il était raisonnablement prévisible qu'une personne dotée d'une résilience ordinaire subisse un préjudice personnel, sa demande doit être rejetée.

##### 5. Argument fondé sur le droit des contrats

[19] Le demandeur a également réclamé des dommages-intérêts pour cause de violation du contrat, quoiqu'il ne semble pas avoir plaidé cet argument très vigoureusement. Cet argument est rejeté. Pour ce qui est du préjudice psychiatrique subi par M. Mustapha, il n'y a aucune différence quant aux principes ou au résultat entre le droit de la négligence et le droit des contrats. La question des dommages-intérêts résultant de la violation d'un contrat est régie par les attentes qu'avaient

with respect to mental distress in *Fidler v. Sun Life Assurance Co. of Canada*, [2006] 2 S.C.R. 3, 2006 SCC 30), as distinguished from the time of the tort, in the case of tort. I have concluded that personal injury to Mr. Mustapha was not reasonably foreseeable by the defendant at the time of the alleged tort. The same evidence suggests that Mr. Mustapha's damage could not be reasonably supposed to have been within the contemplation of the parties when they entered into their agreement.

## 6. Conclusion

[20] For the reasons discussed, I conclude that the loss suffered by the plaintiff, Mr. Mustapha, was too remote to be reasonably foreseen and that consequently, he cannot recover damages from the defendant. I would dismiss the appeal with costs. In light of these findings, I find it unnecessary to deal with the cross-appeal, and dismiss it without costs.

*Appeal dismissed with costs. Cross-appeal dismissed.*

*Solicitors for the appellant/respondent on cross-appeal: Pape Barristers, Toronto.*

*Solicitors for the respondent/appellant on cross-appeal: McCague Peacock Borlack McInnis & Lloyd, Toronto.*

les parties au moment de la conclusion du contrat (*Hadley c. Baxendale* (1854), 9 Ex. 341, 156 E.R. 145, p. 151, appliqué en ce qui concerne la question des souffrances morales dans *Fidler c. Sun Life du Canada, compagnie d'assurance-vie*, [2006] 2 R.C.S. 3, 2006 CSC 30), alors qu'elle s'apprécie au moment de la faute dans le cas d'un délit. J'ai conclu que le préjudice causé à la personne de M. Mustapha n'était pas raisonnablement prévisible par la défenderesse au moment du délit civil reproché. La même preuve tend à indiquer qu'on ne peut pas raisonnablement supposer que les parties avaient envisagé le préjudice subi par M. Mustapha lorsqu'elles ont conclu leur contrat.

## 6. Conclusion

[20] Pour les motifs exposés précédemment, je conclus que la perte subie par le demandeur, M. Mustapha, était trop éloignée pour être raisonnablement prévisible et que, en conséquence, il n'a pas droit à des dommages-intérêts de la part de la défenderesse. Je suis d'avis de rejeter le pourvoi avec dépens. Vu ces conclusions, j'estime qu'il est inutile d'examiner le pourvoi incident et je suis d'avis de le rejeter sans dépens.

*Pourvoi rejeté avec dépens. Pourvoi incident rejeté.*

*Procureurs de l'appellant/intimé au pourvoi incident : Pape Barristers, Toronto.*

*Procureurs de l'intimée/appelante au pourvoi incident : McCague Peacock Borlack McInnis & Lloyd, Toronto.*