

1688782 Ontario Inc. *Appellant*

v.

**Maple Leaf Foods Inc. and
Maple Leaf Consumer Foods Inc.**
Respondents

**INDEXED AS: 1688782 ONTARIO INC. v.
MAPLE LEAF FOODS INC.**

2020 SCC 35

File No.: 38187.

2019: October 15; 2020: November 6.

Present: Wagner C.J. and Abella, Moldaver,
Karakatsanis, Côté, Brown, Rowe, Martin and
Kasirer J.J.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
ONTARIO

Torts — Negligence — Duty of care — Pure economic loss — Negligent misrepresentation or performance of service — Negligent supply of shoddy goods or structures — Proximity — Listeria outbreak at plant of exclusive meat supplier resulting in recall of meat products used by restaurant chain franchisees and causing them economic loss — Franchisees not in contractual privity with supplier but bound to purchase meat products exclusively from it through chain of indirect contracts — Whether supplier owed duty of care to franchisees such that economic losses are recoverable in tort.

In 2008, a number of Mr. Sub franchisees were affected by the decision of Maple Leaf to recall meat products that had been processed in one of its factories in which a listeria outbreak had occurred. Following the recall, the franchisees experienced a shortage of product for six to eight weeks. At the time, the relationship between Mr. Sub and Maple Leaf was governed by an exclusive supply agreement pursuant to which Maple Leaf was made the exclusive supplier of ready-to-eat meats served in all Mr. Sub restaurants. To give effect to this arrangement, the franchise agreement between Mr. Sub and its franchisees required them to purchase ready-to-eat meats produced

1688782 Ontario Inc. *Appelante*

c.

**Aliments Maple Leaf Inc. et
Aliments de consommation Maple Leaf Inc.**
Intimées

**RÉPERTORIÉ : 1688782 ONTARIO INC. c.
ALIMENTS MAPLE LEAF INC.**

2020 CSC 35

N° du greffe : 38187.

2019 : 15 octobre; 2020 : 6 novembre.

Présents : Le juge en chef Wagner et les juges Abella,
Moldaver, Karakatsanis, Côté, Brown, Rowe, Martin et
Kasirer.

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

Responsabilité délictuelle — Négligence — Obligation de diligence — Perte purement financière — Déclaration inexacte faite par négligence ou prestation négligente d'un service — Fourniture négligente de marchandises ou de structures de mauvaise qualité — Lien de proximité — Rappel de produits de viande utilisés par les franchisés d'une chaîne de restaurants et perte financière subie par ceux-ci en raison de l'écllosion de listeria à l'usine du fournisseur exclusif de viande — Franchisés n'ayant pas de lien contractuel avec le fournisseur, mais tenus d'acheter des produits de viande exclusivement de celui-ci dans le cadre d'une chaîne de contrats indirects — Le fournisseur avait-il une obligation de diligence envers les franchisés de sorte que les pertes financières peuvent faire l'objet d'une indemnisation fondée sur la responsabilité délictuelle?

En 2008, un certain nombre de franchisés de Mr. Sub ont été lésés par la décision de Maple Leaf de rappeler des produits de viande transformés dans une de ses usines touchées par une écllosion de listeria. À la suite du rappel, les franchisés ont connu une pénurie de produits pendant six à huit semaines. À l'époque, la relation entre Mr. Sub et Maple Leaf était régie par un contrat d'approvisionnement exclusif qui faisait de Maple Leaf le fournisseur exclusif des viandes prêtes à manger servies dans tous les restaurants Mr. Sub. Pour donner effet à cette entente, le contrat de franchisage entre Mr. Sub et ses franchisés exigeait de ces derniers qu'ils achètent les viandes prêtes

exclusively by Maple Leaf. No contractual relationship ever existed between the franchisees and Maple Leaf, each being linked to the other indirectly through separate contracts with Mr. Sub.

A class action against Maple Leaf on behalf of the franchisees was certified, in which the franchisees claimed to have suffered economic loss and reputational injury due to their association with contaminated meat products and advanced claims in tort law, seeking compensation for lost past and future sales, past and future profits, capital value of the franchises and goodwill. Maple Leaf unsuccessfully brought a motion for summary judgment dismissing these claims. The motion judge held that Maple Leaf owed the franchisees a duty to supply a product fit for human consumption, and that the contaminated meat products posed a real and substantial danger, so as to ground a duty of care. The Court of Appeal allowed Maple Leaf's appeal, and found that no duty of care was owed to the franchisees. It determined that the motion judge's decision to allow these claims to proceed could not stand in light of the Court's decision in *Deloitte & Touche v. Livent Inc. (Receiver of)*, 2017 SCC 63, [2017] 2 S.C.R. 855, which had been decided following the disposition of the motion for summary judgment.

Held (Wagner C.J. and Abella, Karakatsanis and Kasirer JJ. dissenting): The appeal should be dismissed.

Per Moldaver, Côté, Brown, Rowe and Martin JJ.: Maple Leaf does not owe a duty of care to the franchisees in respect of these matters. Though the common law readily imposes liability for negligent interference with and injury to the rights in bodily integrity, mental health and property, it has been slow to accord protection to purely economic interests. Pure economic loss may be recoverable in certain circumstances, but there is no general right in tort protecting against the negligent or intentional infliction of pure economic loss.

Pure economic loss is economic loss that is unconnected to a physical or mental injury to the plaintiff's person, or physical damage to property. It is distinct from consequential economic loss, being economic loss that results from damage to the plaintiff's rights, such as wage losses or costs of care incurred by someone injured. To

à manger produites exclusivement par Maple Leaf. Aucun lien contractuel n'a jamais existé entre les franchisés et Maple Leaf, chacun étant indirectement lié à l'autre par l'entremise de contrats distincts avec Mr. Sub.

Un recours collectif intenté contre Maple Leaf pour le compte des franchisés a été certifié. Dans ce recours, les franchisés prétendent avoir subi une perte financière ainsi qu'une atteinte à leur réputation pour avoir été associés à des produits de viande contaminés; ils y font aussi valoir des prétentions fondées sur le droit de la responsabilité délictuelle et demandent une indemnisation pour la perte de ventes et de profits passés et futurs, ainsi que pour la perte de la valeur en capital des franchises et de la clientèle. Maple Leaf a sans succès déposé une motion en jugement sommaire rejetant ces prétentions. La juge des motions a conclu que Maple Leaf était tenue envers les franchisés à une obligation de fournir un produit propre à la consommation humaine, et que les produits de viande contaminés présentaient un danger réel et important de manière à fonder l'existence d'une obligation de diligence. La Cour d'appel a accueilli l'appel de Maple Leaf et a conclu qu'il n'y avait aucune obligation de diligence envers les franchisés. Elle a statué que la décision de la juge des motions, qui a permis l'instruction des prétentions, ne pouvait être maintenue compte tenu de l'arrêt de la Cour *Deloitte & Touche c. Livent Inc. (Séquestre de)*, 2017 CSC 63, [2017] 2 R.C.S. 855, qui a été rendu après le prononcé de la décision sur la motion en jugement sommaire.

Arrêt (le juge en chef Wagner et les juges Abella, Karakatsanis et Kasirer sont dissidents) : Le pourvoi est rejeté.

Les juges Moldaver, Côté, Brown, Rowe et Martin : Maple Leaf n'a pas d'obligation de diligence envers les franchisés à l'égard de ces questions. Bien que la common law impose volontiers une responsabilité en cas d'atteinte et de préjudice portés par négligence aux droits sur l'intégrité corporelle, la santé mentale et la propriété, elle a mis du temps à accorder une protection aux intérêts purement financiers. La perte purement financière peut être indemnisable dans certaines circonstances, mais il n'existe aucun droit général, en responsabilité délictuelle, à une protection contre la perte purement financière causée par négligence ou de façon intentionnelle.

La perte purement financière est une perte financière sans lien avec le préjudice corporel ou psychologique subi par le demandeur, ou le dommage matériel causé à un bien. Elle est distincte de la perte financière indirecte, qui est la perte financière qui résulte d'un préjudice porté aux droits du demandeur, comme la perte de salaire ou le

recover for any type of negligently caused loss, a plaintiff must prove all the elements of the tort of negligence: (1) that the defendant owed the plaintiff a duty of care; (2) that the defendant's conduct 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. To satisfy the element of damage, the loss sought to be recovered must be the result of an interference with a legally cognizable right.

The current categories of pure economic loss between private parties are: (1) negligent misrepresentation or performance of a service; (2) negligent supply of shoddy goods or structures; and (3) relational economic loss. The distinguishing feature among each of these categories is that they describe how the loss occurred. However, a duty of care cannot be established by showing that a claim fits within one of these categories, as they are but mere analytical tools. Invoking a category offers no substitute for the necessary examination that must take place into whether the parties were at the time of the loss in a sufficiently proximate relationship. Proximity is and remains the controlling concept.

In *Livent*, cases of negligent misrepresentation and negligent performance of a service were brought into accord with the duty of care framework laid out in *Anns v. London Borough of Merton*, [1977] 2 All E.R. 492, and later refined in *Cooper v. Hobart*, 2001 SCC 79, [2001] 3 S.C.R. 537. Previously, the duty analysis grounded a *prima facie* duty of care on mere foreseeability of injury. *Cooper* signalled a shift from that test by establishing the requirements of both proximity of relationship and foreseeability of injury. Foreseeability alone was deemed to be insufficient, as a duty arises only where a relationship of proximity obtains. Duty in tort law is a general notion describing a class or type of case, not a particular fact situation. In particular, the inquiry into reasonable foreseeability of injuries asks whether the type of injury to the relevant class of persons could have been foreseen. As such, each component of the *Anns/Cooper* analysis supporting a *prima facie* duty raises questions of law reviewable under the correctness standard.

coût des soins engagé par la personne qui a subi un préjudice. Pour être indemnisé de tout type de perte causée par la négligence, le demandeur doit faire la preuve de tous les éléments constitutifs du délit de négligence, à savoir que : (1) le défendeur avait une obligation de diligence envers le demandeur; (2) le comportement du défendeur a contrevenu à la norme de diligence; (3) le demandeur a subi un préjudice; et (4) le préjudice a été causé, en fait et en droit, par le manquement du défendeur. Pour satisfaire à l'élément de préjudice, la perte à l'égard de laquelle une indemnisation est demandée doit résulter d'une atteinte à un droit susceptible d'être reconnu juridiquement.

Les catégories actuelles de perte purement financière subie entre parties privées sont : (1) la déclaration inexacte faite par négligence ou la prestation négligente d'un service; (2) la fourniture négligente de marchandises ou de structures de mauvaise qualité; et (3) la perte financière relationnelle. Ce qui distingue ces catégories est que chacune d'elles décrit comment la perte a eu lieu. Cependant, il n'est pas possible d'établir l'existence d'une obligation de diligence en démontrant qu'une réclamation relève d'une de ces catégories, car ces dernières ne sont que de simples outils d'analyse. Le fait d'invoquer une catégorie ne saurait remplacer l'examen nécessaire pour déterminer s'il existait, au moment de la perte, un lien de proximité suffisant entre les parties. Le lien de proximité est et demeure la notion déterminante.

Dans l'arrêt *Livent*, les affaires de déclaration inexacte faite par négligence et de prestation négligente d'un service ont été arrimées avec le cadre d'analyse de l'obligation de diligence exposé dans l'arrêt *Anns c. London Borough of Merton*, [1977] 2 All E.R. 492, et plus tard précisé dans *Cooper c. Hobart*, 2001 CSC 79, [2001] 3 R.C.S. 537. L'analyse de l'obligation de diligence fondait auparavant une obligation de diligence *prima facie* sur la simple prévisibilité du préjudice. L'arrêt *Cooper* s'est éloigné de ce critère en établissant les exigences de la proximité du lien et de la prévisibilité du préjudice. La prévisibilité a été considérée insuffisante à elle seule, puisqu'il n'y a obligation que s'il existe un lien de proximité. En droit de la responsabilité délictuelle, l'obligation de diligence est une notion générale qui renvoie à une catégorie ou à un type de causes, et non à une situation de fait particulière. En particulier, l'analyse de la prévisibilité raisonnable du préjudice appelle à se demander si le type de préjudice causé à la catégorie pertinente de personnes aurait pu être prévu. Ainsi, chaque élément de l'analyse issue des arrêts *Anns* et *Cooper* qui étaye l'existence d'une obligation *prima facie* soulève des questions de droit susceptibles de contrôle selon la norme de la décision correcte.

In cases of negligent misrepresentation or performance of a service, two factors are determinative of whether proximity is established: the defendant's undertaking, and the plaintiff's reliance. The proximate relationship is formed when the defendant undertakes responsibility which invites reasonable and detrimental reliance by the plaintiff upon the defendant for that purpose. It is the intended effect of the defendant's undertaking upon the plaintiff's autonomy that brings the defendant into a relationship of proximity with the plaintiff. Where that effect works to the plaintiff's detriment, it is a wrong to the plaintiff entitling it to its pre-reliance circumstance. But that entitlement operates only so far as the undertaking goes. Any reliance on the part of the plaintiff which falls outside of the scope of the undertaking falls outside the scope of the proximate relationship. That is because reliance that exceeds the purpose of the defendant's undertaking is not reasonable, and therefore not foreseeable. In the present case, the undertaking by Maple Leaf to provide ready-to-eat meats fit for human consumption was made to consumers with the purpose of assuring them that their interests were being kept in mind, and not to commercial intermediaries such as the franchisees. The business interests of the franchisees lie outside the scope and purpose of the undertaking.

The parameters established in *Winnipeg Condominium Corporation No. 36 v. Bird Construction Co.*, [1995] 1 S.C.R. 85, recognize that recovery for economic loss in cases of negligent supply of shoddy goods or structures is founded upon the defendant's negligent interference with a right to be free from injury to one's person or property. A breach of the duty laid out in *Winnipeg Condominium* exposes the defendant to liability for the cost of averting a real and substantial danger, but not of repairing a defect. The duty is based on the reasonable foreseeability of injury to other persons and property in the community, and the presence of danger is the linchpin of the analysis. Shoddy products, as opposed to dangerous ones, raise different questions which are better channelled through the law of contract. The potential injury to persons or property grounds not only the duty but also one's entitlement to the cost of putting the good or structure back into a non-dangerous state. Allowing recovery exceeding the costs associated with removing the danger goes beyond what is necessary to safeguard the right protected. The *Winnipeg Condominium* liability rule applies to products other than building structures, but in such cases the duty is narrow.

En cas de déclaration inexacte faite par négligence ou de prestation négligente de service, deux facteurs sont déterminants quant à savoir si un lien de proximité est établi : l'engagement pris par le défendeur et le fait pour le demandeur de s'y fier. Le lien de proximité se forme lorsque le défendeur assume une responsabilité qui invite le demandeur à lui accorder raisonnablement et à son détriment sa confiance à cette fin. C'est l'effet recherché de l'engagement pris par le défendeur sur l'autonomie du demandeur qui fait en sorte que le défendeur a un lien de proximité avec le demandeur. Lorsque cet effet joue au détriment du demandeur, c'est un tort causé à ce dernier lui donnant droit d'être placé dans la situation dans laquelle il se trouvait avant de faire confiance au défendeur. Cependant, ce droit ne va pas plus loin que l'engagement. Toute décision de la part du demandeur de se fier à l'engagement qui excède la portée de la responsabilité assumée excède le cadre du lien de proximité. Il en est ainsi parce que la confiance qui excède l'objet de l'engagement du défendeur n'est pas raisonnable et n'est donc pas prévisible. En l'espèce, l'engagement de Maple Leaf à fournir des viandes prêtes à manger qui soient propres à la consommation humaine a été pris envers les consommateurs, dans l'intention d'assurer à ceux-ci que leurs intérêts n'étaient pas oubliés, et non pas envers des intermédiaires commerciaux tels que les franchisés. Les intérêts commerciaux des franchisés excèdent la portée et l'objet de l'engagement.

Les paramètres établis dans l'arrêt *Winnipeg Condominium Corporation No. 36 c. Bird Construction Co.*, [1995] 1 R.C.S. 85, reconnaissent que l'indemnisation pour une perte financière en cas de fourniture négligente de marchandises ou de structures de mauvaise qualité est fondée sur le fait que le défendeur a porté atteinte par négligence au droit d'une personne d'être à l'abri de tout préjudice porté à sa personne ou à ses biens. Le manquement à l'obligation énoncée dans l'arrêt *Winnipeg Condominium* expose le défendeur à une responsabilité pour les frais engagés en vue d'éviter un danger réel et important, mais non de réparer un vice. L'obligation est fondée sur la prévisibilité raisonnable qu'un préjudice soit causé à d'autres personnes et à d'autres biens dans la collectivité, et la présence d'un danger est l'élément clé de l'analyse. Les produits qui sont de mauvaise qualité, par opposition à ceux qui sont dangereux, soulèvent des questions différentes qu'il est préférable d'examiner sous l'angle du droit des contrats. La possibilité qu'un préjudice soit porté à une personne ou à des biens sert de fondement non seulement à l'obligation, mais aussi au droit à une indemnisation pour les frais engagés pour remettre le

What a plaintiff can recover will ultimately be confined by the duty's concern for averting danger, and will be determined by the feasibility of discarding the thing posing a danger. In assessing the possibility of discarding the thing, the plaintiff must show that it is effectively bereft of reasonable options. When applied to goods, such cases will be rare. Here, any danger posed by the supply of ready-to-eat meats could be a danger only to the ultimate consumer, and not to the franchisees. Further, while the ready-to-eat meats may have posed a real and substantial danger to consumers when they were manufactured, any such danger evaporated when they were recalled and destroyed.

Developments to the law of negligence signify that claims under *Winnipeg Condominium* must now attend to an inquiry into the requisite element of proximity. Proximity informs the foreseeability inquiry and should be considered first, as the considerations that support a finding of proximity also limit the type of injury that may be reasonably foreseen to result from the defendant's negligence. Assessing proximity proceeds in two steps and requires asking whether, in light of the nature of the relationship at issue, the parties are in such a close and direct relationship that it would be just and fair having regard to that relationship to impose a duty of care in law. The court must first determine whether proximity can be made out by reference to an established or analogous category of proximate relationship. At this stage, the particular factors which justified recognizing that particular category should be scrutinized. As between parties to a relationship, some acts or omissions might amount to a breach of duty, while others will not. If the court determines that proximity cannot be based on an established or analogous category, it must then conduct a full proximity analysis. In so doing, all relevant factors present in the relationship must be examined, including expectations, representations, reliance, and the property or other interests involved. Under this step, the fact that the parties could have protected their interests under contract is a crucial consideration. Contractual silence will not automatically foreclose the imposition of a duty of care, but courts must be careful

bien ou la structure dans un état où il ne présente plus de danger. Permettre une indemnisation qui excède les frais liés à la suppression du danger va au-delà de ce qui est nécessaire pour sauvegarder le droit protégé. La règle de responsabilité de l'arrêt *Winnipeg Condominium* s'applique à des produits autres que des structures d'immeuble, mais, dans de tels cas, l'obligation est de portée restreinte. L'indemnisation que peut obtenir le demandeur sera limitée en fin de compte par le souci d'éviter un danger qui anime cette obligation, et sera déterminée par la possibilité de se défaire de la chose qui présente un danger. Dans l'évaluation de la possibilité de se défaire de la chose, le demandeur doit établir qu'il ne dispose effectivement d'aucune option raisonnable. Lorsqu'il s'agit de biens, de tels cas seront rares. En l'espèce, tout danger posé par la fourniture de viandes prêtes à manger ne pouvait constituer un danger que pour le dernier consommateur, et non pour les franchisés. De plus, bien que les viandes prêtes à manger puissent avoir posé un danger réel et important pour les consommateurs lorsqu'elles ont été fabriquées, tout danger de ce genre a disparu lorsqu'elles ont été rappelées et détruites.

L'évolution du droit de la négligence signifie que les prétentions fondées sur l'arrêt *Winnipeg Condominium* doivent maintenant faire l'objet d'un examen de l'élément du lien de proximité requis. Le lien de proximité sert à guider l'analyse de la prévisibilité et devrait être examiné en premier, car les considérations étayant une conclusion selon laquelle il existe un lien de proximité limitent également le type de préjudice dont on peut raisonnablement prévoir qu'il découlera de la négligence du défendeur. L'examen du lien de proximité comporte deux étapes et appelle à se demander si, compte tenu de la nature de la relation en cause, le lien entre les parties est à ce point étroit et direct qu'il serait, vu ce lien, juste et équitable en droit d'imposer une obligation de diligence. Le tribunal doit d'abord déterminer si le lien de proximité peut être établi en fonction d'une catégorie établie ou analogue de lien de proximité. À cette étape, les facteurs particuliers qui ont permis d'établir cette catégorie particulière devraient être examinés minutieusement. Entre parties à une relation, certains actes ou omissions peuvent constituer un manquement à une obligation, alors que d'autres actes ou omissions n'en constitueront pas un. Si le tribunal détermine que le lien de proximité ne peut reposer sur une catégorie établie ou analogue, il doit alors procéder à une analyse exhaustive du lien de proximité. Ce faisant, il doit examiner tous les facteurs pertinents présents dans la relation, notamment les attentes, les déclarations, la confiance, les biens en cause et les autres intérêts en jeu. À cette étape,

not to disrupt the allocations of risk reflected in relevant contractual arrangements.

In the present case, proximity cannot be established by reference to a recognized category of proximate relationship, nor by conducting a full proximity analysis. Though the franchise agreement worked a vulnerability upon the franchisees, it did not have the effect of establishing a proximate relationship between them and Maple Leaf. The franchisees were not consumers, but commercial actors whose choice to enter into that arrangement substantially informed the expectations of their relationship with Maple Leaf. As there is no relationship of proximity between Maple Leaf and the franchisees under the *Winnipeg Condominium* rule, there is also no proximity for the purposes of recognizing a novel duty of care.

Per Wagner C.J. and Abella, Karakatsanis and Kasirer J.J. (dissenting): There is agreement with the majority that the franchisees' claim does not fall within an existing category of economic loss or an established or analogous relationship of proximity. However, it is just and fair to impose a novel duty of care on Maple Leaf in the circumstances, and the appeal should therefore be allowed.

Historically, the common law did not allow for recovery of losses in negligence that were not consequent to physical injury or property damage. Over the years, however, Canadian courts have repeatedly affirmed that there is no general bar against recovery of economic loss for negligence. As a cause of action, claims concerning the recovery of economic loss are identical to any other claim in negligence in that the plaintiff must establish a duty, a breach, damage and causation.

The proper approach to assessing whether a duty of care exists is the two-step inquiry established in *Anns* and adjusted in *Cooper*. If foreseeability and proximity are established at the first stage, a *prima facie* duty of care arises and the court considers whether any residual policy considerations negate that duty at the second stage. Where a case falls within or is analogous to a previously recognized category of proximity, and reasonable foreseeability

le fait que les parties auraient pu protéger leurs intérêts par contrat est une considération cruciale. Le silence du contrat n'empêchera pas automatiquement l'imposition d'une obligation de diligence, mais les tribunaux doivent prendre garde de ne pas perturber la répartition du risque reflété dans les ententes contractuelles pertinentes.

En l'espèce, un lien de proximité ne peut être établi en fonction d'une catégorie reconnue de lien de proximité, ni en procédant à une analyse exhaustive à cet égard. Bien qu'il ait eu pour effet de placer les franchisés dans un état de vulnérabilité, le contrat de franchisage n'a pas eu pour effet d'établir un lien de proximité entre ces derniers et Maple Leaf. Les franchisés n'étaient pas des consommateurs, mais des acteurs commerciaux dont la décision de conclure cette entente apportait un éclairage important sur les attentes à l'égard de leur relation avec Maple Leaf. Comme aucun lien de proximité n'existe entre Maple Leaf et les franchisés en vertu de la règle établie dans *Winnipeg Condominium*, il n'existe également aucun lien de proximité aux fins de la reconnaissance d'une nouvelle obligation de diligence.

Le juge en chef Wagner et les juges Abella, Karakatsanis et Kasirer (dissidents) : Il y a accord avec les juges majoritaires pour dire que la réclamation des franchisés n'entre pas dans l'une des catégories existantes de perte financière ou dans l'une des catégories établies ou analogues de lien de proximité. Cependant, il est juste et équitable d'imposer une nouvelle obligation de diligence à Maple Leaf dans les circonstances, et le pourvoi devrait donc être accueilli.

Autrefois, la common law ne permettait pas l'indemnisation des pertes causées par négligence qui ne découlaient pas d'un préjudice corporel ou d'un dommage aux biens. Au fil des ans, toutefois, les tribunaux canadiens ont maintes fois répété qu'il n'existe aucune interdiction générale qui empêche l'indemnisation des pertes financières causées par négligence. Pour établir son droit, la personne qui réclame des dommages-intérêts relativement à une perte financière doit, à l'instar de toute personne qui invoque la négligence, faire la preuve d'une obligation, d'un manquement, d'un préjudice et d'un lien de causalité.

Pour déterminer s'il existe une obligation de diligence, il convient de procéder à l'analyse en deux étapes exposée dans l'arrêt *Anns*, puis adaptée dans l'arrêt *Cooper*. Si l'on fait la preuve de la prévisibilité et de la proximité à la première étape, il y a une obligation de diligence *prima facie* et le tribunal doit se demander à la deuxième étape si cette obligation est écartée par des considérations de politique résiduelles. Si une affaire appartient ou est analogue

is also established, then a *prima facie* duty may be found without a full analysis.

While specific types of economic losses have been identified, it is the duty of care and not the category of economic loss that dictates whether economic loss is recoverable in negligence. The existing categories can act as analytical tools, but the scope of allowable economic loss is not limited to them. In cases engaging a novel relationship and requiring a full *Anns/Cooper* analysis, courts should be attentive to the specific circumstances of the case, as the traditional policy concerns may not always arise. The core inquiry is the two-step analysis, responsive to the facts at hand.

In the present case, the franchisees' claim engages novel issues and a different set of policy considerations that should be considered through a novel duty of care analysis. The usual indication of proximity is foreseeability, and this can be a useful starting point. Assessing proximity first may be helpful in cases of negligent misrepresentation, but this will not always be the case for other types of tort claims. The reasonable foreseeability inquiry requires the court to ask whether the type of injury to the plaintiff, or to a class of persons to which the plaintiff belongs, was reasonably foreseeable to someone in the defendant's position. It was foreseeable that the franchisees would be identified as a public-facing retailer of potentially tainted meats while the meats posed a real danger to public health.

Reasonable foreseeability of harm must be supplemented by proximity. In assessing proximity, the overarching question is whether the parties are in such a close and direct relationship that it would be just and fair having regard to that relationship to impose a duty of care in law. The factors to assess that relationship are diverse and depend on the circumstances of each case, but include the expectations, representations, reliance, and the property or other interests involved. In the present case, there was a proximate relationship between Maple Leaf and the franchisees such that Maple Leaf was under an obligation to be mindful of the franchisees' interests. It was clearly contemplated by the partnership agreement

à une catégorie déjà reconnue de lien de proximité, et que la prévisibilité raisonnable est aussi établie, il est alors possible de conclure à l'existence d'une obligation *prima facie* sans procéder à une analyse complète.

Bien que des types particuliers de pertes financières aient été établis, c'est l'obligation de diligence et non la catégorie de perte financière qui détermine si une perte financière est susceptible d'indemnisation pour négligence. Les catégories existantes peuvent servir d'outils d'analyse, mais l'étendue des pertes financières admises ne se limite pas à ces catégories. Dans les affaires mettant en cause un nouveau type de relation et exigeant une analyse exhaustive fondée sur les arrêts *Anns* et *Cooper*, les tribunaux devraient être attentifs aux circonstances particulières de l'affaire, parce que les considérations de politique traditionnelles pourraient ne pas toujours se soulever. L'analyse à deux volets, adaptée aux faits de l'espèce, constitue l'analyse fondamentale.

En l'espèce, l'action des franchisés soulève de nouvelles questions et des considérations de politique différentes qui devraient être examinées dans le cadre d'une analyse concernant une nouvelle obligation de diligence. L'indice habituel du lien de proximité est la prévisibilité, et cette dernière peut constituer un bon point de départ. Il peut être utile de commencer par l'examen du lien de proximité dans les affaires de déclaration inexacte faite par négligence, mais ce ne sera pas toujours le cas pour d'autres types d'actions en responsabilité délictuelle. L'examen de la prévisibilité raisonnable exige que le tribunal se demande si le type de préjudice subi par le demandeur, ou par la catégorie de personnes à laquelle il appartient, était raisonnablement prévisible pour une personne se trouvant dans la situation du défendeur. Il était prévisible que les franchisés seraient considérés comme des détaillants qui vendaient au grand public des viandes susceptibles d'être contaminées alors que ces viandes posaient un véritable danger pour la santé publique.

La prévisibilité raisonnable du préjudice doit se doubler de la proximité. Dans l'examen du lien de proximité, la question primordiale est de savoir si le lien entre les parties est à ce point étroit et direct qu'il serait, vu ce lien, juste et équitable en droit d'imposer une obligation de diligence. Les facteurs servant à évaluer ce lien sont variés et dépendent des circonstances de l'affaire, mais incluent les attentes, les déclarations, la confiance, les biens en cause et les autres intérêts en jeu. En l'espèce, il existait un lien de proximité entre Maple Leaf et les franchisés, si bien que Maple Leaf était tenue de se soucier des intérêts des franchisés. Le contrat d'association envisageait clairement que les franchisés utiliseraient et vendraient les produits

that the franchisees would be using and selling Maple Leaf products, and that they could enter into direct contact with Maple Leaf. Unlike other retailers of Maple Leaf products, the franchisees were bound to use Maple Leaf meats exclusively and were in a business that centred on such meats, placing them in a particularly dependent relationship. Thus, Maple Leaf established a close relationship with the franchisees.

In cases involving pure economic loss, the contractual matrix linking the parties can be an important factor in finding a lack of proximity. When considering whether a plaintiff was able to contractually protect itself from the types of economic loss claimed, a realistic approach must be taken. An overly formalistic appeal to protection through contract risks failing to take into account the parties' actual circumstances, including their commercial sophistication and bargaining power. In the case at bar, the prospect of the franchisees protecting themselves by contract was illusory, placing them in a particularly dependent and vulnerable relationship with Maple Leaf. Far from negating proximity between Maple Leaf and the franchisees, the contractual matrix strengthens it.

In the context of this close and direct relationship, Maple Leaf was under a duty to take reasonable care not to place unsafe goods into the market that could cause economic loss to the franchisees as a result of reasonable consumer response to the health risk posed by those goods. Subject to the other requirements of negligence being met, it is fair and just to hold Maple Leaf responsible for the franchisees' direct economic consequences of being associated with unsafe Maple Leaf products while they posed a danger to consumer health. None of the residual policy considerations — that is, the risk of a negative impact on the marketplace by raising the spectre of indeterminate liability for manufacturers or of chilling effects on manufacturers issuing voluntary recalls — are sufficiently persuasive to oust the *prima facie* duty of care on Maple Leaf.

Cases Cited

By Brown and Martin JJ.

Applied: *Deloitte & Touche v. Livent Inc. (Receiver of)*, 2017 SCC 63, [2017] 2 S.C.R. 855; **distinguished:** *Plas-Tex Canada Ltd. v. Dow Chemical of Canada Ltd.*, 2004 ABCA 309, 357 A.R. 139; *376599 Alberta Inc. v. Tanshaw Products Inc.*, 2005 ABQB 300, 379 A.R. 1; *Country*

Maple Leaf et qu'ils pourraient avoir un contact direct avec Maple Leaf. Contrairement à d'autres détaillants de produits Maple Leaf, les franchisés étaient tenus d'utiliser exclusivement les viandes Maple Leaf et celles-ci étaient au centre de leur entreprise, ce qui les plaçait dans un rapport de dépendance particulière. En conséquence, Maple Leaf a établi un lien étroit avec les franchisés.

Dans les affaires de perte purement financière, le cadre contractuel qui unit les parties peut être un facteur important pour conclure à l'absence de lien de proximité. Pour déterminer si un demandeur pouvait se protéger contractuellement contre les types de perte financière qu'il réclame, une approche réaliste doit être adoptée. En appeler de façon trop formaliste à la protection contractuelle risque de ne pas tenir compte de la situation véritable des parties, notamment leur expérience commerciale et leur pouvoir de négociation. En l'espèce, la possibilité pour les franchisés de se protéger par contrat était illusoire, ce qui les plaçait dans un rapport de dépendance et de vulnérabilité particulières avec Maple Leaf. Loin d'écarter le lien de proximité entre Maple Leaf et les franchisés, le cadre contractuel renforce celui-ci.

Compte tenu de ce lien étroit et direct, Maple Leaf avait l'obligation d'agir avec diligence raisonnable afin de ne pas mettre sur le marché des produits dangereux susceptibles de causer aux franchisés une perte financière en raison de la réaction qu'aurait le consommateur raisonnable devant le risque pour la santé posé par ces produits. Pour autant qu'il soit satisfait aux autres exigences en matière de négligence, il est juste et équitable de tenir Maple Leaf responsable des conséquences financières directes qu'ont subies les franchisés pour avoir été associés aux produits dangereux de Maple Leaf alors qu'ils présentaient un danger pour la santé des consommateurs. Aucune des considérations de politique résiduelles — c'est-à-dire le risque qu'il y ait une incidence négative sur le marché du fait qu'est soulevé le spectre d'une responsabilité indéterminée pour les fabricants ou qu'il y ait un effet paralysant sur les fabricants qui procèdent à des rappels volontaires — n'est suffisamment convaincante pour écarter l'obligation de diligence *prima facie* incombant à Maple Leaf.

Jurisprudence

Citée par les juges Brown et Martin

Arrêt appliqué : *Deloitte & Touche c. Livent Inc. (Séquestre de)*, 2017 CSC 63, [2017] 2 R.C.S. 855; **distinction d'avec les arrêts :** *Plas-Tex Canada Ltd. c. Dow Chemical of Canada Ltd.*, 2004 ABCA 309, 357 A.R. 139; *376599 Alberta Inc. c. Tanshaw Products Inc.*, 2005

Style Food Services Inc. v. 1304271 Ontario Ltd. (2005), 200 O.A.C. 172; **considered:** *Winnipeg Condominium Corporation No. 36 v. Bird Construction Co.*, [1995] 1 S.C.R. 85; *Design Services Ltd. v. Canada*, 2008 SCC 22, [2008] 1 S.C.R. 737; **referred to:** *Cromane Seafoods Ltd. v. Minister for Agriculture*, [2016] IESC 6, [2017] 1 I.R. 119; *Anns v. London Borough of Merton*, [1977] 2 All E.R. 492; *Cooper v. Hobart*, 2001 SCC 79, [2001] 3 S.C.R. 537; *Martel Building Ltd. v. Canada*, 2000 SCC 60, [2000] 2 S.C.R. 860; *D'Amato v. Badger*, [1996] 2 S.C.R. 1071; *Saadati v. Moorhead*, 2017 SCC 28, [2017] 1 S.C.R. 543; *Palsgraf v. Long Island Railroad Co.*, 162 N.E. 99 (1928); *Odhavji Estate v. Woodhouse*, 2003 SCC 69, [2003] 3 S.C.R. 263; *Donoghue v. Stevenson*, [1932] A.C. 562; *A.I. Enterprises Ltd. v. Bram Enterprises Ltd.*, 2014 SCC 12, [2014] 1 S.C.R. 177; *Mogul Steamship Company v. McGregor, Gow & Co.* (1889), 23 Q.B.D. 598, aff'd [1892] A.C. 25; *Kripps v. Touche Ross & Co.* (1992), 94 D.L.R. (4th) 284; *Canadian National Railway Co. v. Norsk Pacific Steamship Co.*, [1992] 1 S.C.R. 1021; *Bow Valley Husky (Bermuda) Ltd. v. Saint John Shipbuilding Ltd.*, [1997] 3 S.C.R. 1210; *Dorset Yacht Co. v. Home Office*, [1970] A.C. 1004; *Childs v. Desormeaux*, 2006 SCC 18, [2006] 1 S.C.R. 643; *Mustapha v. Culligan of Canada Ltd.*, 2008 SCC 27, [2008] 2 S.C.R. 114; *Galaske v. O'Donnell*, [1994] 1 S.C.R. 670; *Rankin (Rankin's Garage & Sales) v. J.J.*, 2018 SCC 19, [2018] 1 S.C.R. 587; *Stewart v. Pettie*, [1995] 1 S.C.R. 131; *Hill v. Hamilton-Wentworth Regional Police Services Board*, 2007 SCC 41, [2007] 3 S.C.R. 129; *Hercules Managements Ltd. v. Ernst & Young*, [1997] 2 S.C.R. 165; *Atlantic Lottery Corp. Inc. v. Babstock*, 2020 SCC 19, [2020] 2 S.C.R. 420; *Clements v. Clements*, 2012 SCC 32, [2012] 2 S.C.R. 181; *Ratyck v. Bloomer*, [1990] 1 S.C.R. 940; *Blacklaws v. 470433 Alberta Ltd.*, 2000 ABCA 175, 261 A.R. 28; *Morrison Steamship Co. v. Greystoke Castle (Cargo Owners)*, [1947] A.C. 265; *Murphy v. Brentwood District Council*, [1991] 1 A.C. 398; *Aktieselskabet Cuzco v. The Sucarseco*, 294 U.S. 394 (1935); *Hasegawa & Co. v. Pepsi Bottling Group (Canada) Co.*, 2002 BCCA 324, 169 B.C.A.C. 261; *Hughes v. Sunbeam Corp. (Canada) Ltd.* (2002), 61 O.R. (3d) 433; *Rivtow Marine Ltd. v. Washington Iron Works*, [1974] S.C.R. 1189; *R. v. Bernard*, [1988] 2 S.C.R. 833; *Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Vavilov*, 2019 SCC 65, [2019] 4 S.C.R. 653; *Cardwell v. Perthen*, 2007 BCCA 313, 243 B.C.A.C. 135; *Arora v. Whirlpool Canada LP*, 2013 ONCA 657, 118 O.R. (3d) 113; *Queen v. Cognos Inc.*, [1993] 1 S.C.R. 87; *Kamloops v. Nielson*, [1984] 2 S.C.R. 2.

ABQB 300, 379 A.R. 1; *Country Style Food Services Inc. c. 1304271 Ontario Ltd.* (2005), 200 O.A.C. 172; **arrêts examinés :** *Winnipeg Condominium Corporation No. 36 c. Bird Construction Co.*, [1995] 1 R.C.S. 85; *Design Services Ltd. c. Canada*, 2008 CSC 22, [2008] 1 R.C.S. 737; **arrêts mentionnés :** *Cromane Seafoods Ltd. c. Minister for Agriculture*, [2016] IESC 6, [2017] 1 I.R. 119; *Anns c. London Borough of Merton*, [1977] 2 All E.R. 492; *Cooper c. Hobart*, 2001 CSC 79, [2001] 3 R.C.S. 537; *Martel Building Ltd. c. Canada*, 2000 CSC 60, [2000] 2 R.C.S. 860; *D'Amato c. Badger*, [1996] 2 R.C.S. 1071; *Saadati c. Moorhead*, 2017 CSC 28, [2017] 1 R.C.S. 543; *Palsgraf c. Long Island Railroad Co.*, 162 N.E. 99 (1928); *Succession Odhavji c. Woodhouse*, 2003 CSC 69, [2003] 3 R.C.S. 263; *Donoghue c. Stevenson*, [1932] A.C. 562; *A.I. Enterprises Ltd. c. Bram Enterprises Ltd.*, 2014 CSC 12, [2014] 1 R.C.S. 177; *Mogul Steamship Company c. McGregor, Gow & Co.* (1889), 23 Q.B.D. 598, conf. par [1892] A.C. 25; *Kripps c. Touche Ross & Co.* (1992), 94 D.L.R. (4th) 284; *Cie des chemins de fer nationaux du Canada c. Norsk Pacific Steamship Co.*, [1992] 1 R.C.S. 1021; *Bow Valley Husky (Bermuda) Ltd. c. Saint John Shipbuilding Ltd.*, [1997] 3 R.C.S. 1210; *Dorset Yacht Co. c. Home Office*, [1970] A.C. 1004; *Childs c. Desormeaux*, 2006 CSC 18, [2006] 1 R.C.S. 643; *Mustapha c. Culligan du Canada Ltée*, 2008 CSC 27, [2008] 2 R.C.S. 114; *Galaske c. O'Donnell*, [1994] 1 R.C.S. 670; *Rankin (Rankin's Garage & Sales) c. J.J.*, 2018 CSC 19, [2018] 1 R.C.S. 587; *Stewart c. Pettie*, [1995] 1 R.C.S. 131; *Hill c. Commission des services policiers de la municipalité régionale de Hamilton-Wentworth*, 2007 CSC 41, [2007] 3 R.C.S. 129; *Hercules Managements Ltd. c. Ernst & Young*, [1997] 2 R.C.S. 165; *Société des loteries de l'Atlantique c. Babstock*, 2020 CSC 19, [2020] 2 R.C.S. 420; *Clements c. Clements*, 2012 CSC 32, [2012] 2 R.C.S. 181; *Ratyck c. Bloomer*, [1990] 1 R.C.S. 940; *Blacklaws c. 470433 Alberta Ltd.*, 2000 ABCA 175, 261 A.R. 28; *Morrison Steamship Co. c. Greystoke Castle (Cargo Owners)*, [1947] A.C. 265; *Murphy c. Brentwood District Council*, [1991] 1 A.C. 398; *Aktieselskabet Cuzco c. The Sucarseco*, 294 U.S. 394 (1935); *Hasegawa & Co. c. Pepsi Bottling Group (Canada) Co.*, 2002 BCCA 324, 169 B.C.A.C. 261; *Hughes c. Sunbeam Corp. (Canada) Ltd.* (2002), 61 O.R. (3d) 433; *Rivtow Marine Ltd. c. Washington Iron Works*, [1974] R.C.S. 1189; *R. c. Bernard*, [1988] 2 R.C.S. 833; *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Vavilov*, 2019 CSC 65, [2019] 4 R.C.S. 653; *Cardwell c. Perthen*, 2007 BCCA 313, 243 B.C.A.C. 135; *Arora c. Whirlpool Canada LP*, 2013 ONCA 657, 118 O.R. (3d) 113; *Queen c. Cognos Inc.*, [1993] 1 R.C.S. 87; *Kamloops c. Nielson*, [1984] 2 R.C.S. 2.

By Karakatsanis J. (dissenting)

Anns v. Merton London Borough Council, [1978] A.C. 728; *Deloitte & Touche v. Livent Inc. (Receiver of)*, 2017 SCC 63, [2017] 2 S.C.R. 855; *Cattle v. Stockton Waterworks (1875)*, L.R. 10 Q.B. 453; *Hedley Byrne & Co. Ltd. v. Heller & Partners Ltd.*, [1964] A.C. 465; *Rivtow Marine Ltd. v. Washington Iron Works*, [1974] S.C.R. 1189; *Agnew-Surpass Shoe Stores Ltd. v. Cummer-Yonge Investments Ltd.*, [1976] 2 S.C.R. 221; *B.D.C. Ltd. v. Hofstrand Farms Ltd.*, [1986] 1 S.C.R. 228; *Canadian National Railway Co. v. Norsk Pacific Steamship Co.*, [1992] 1 S.C.R. 1021; *Winnipeg Condominium Corporation No. 36 v. Bird Construction Co.*, [1995] 1 S.C.R. 85; *D'Amato v. Badger*, [1996] 2 S.C.R. 1071; *Martel Building Ltd. v. Canada*, 2000 SCC 60, [2000] 2 S.C.R. 860; *Cooper v. Hobart*, 2001 SCC 79, [2001] 3 S.C.R. 537; *Design Services Ltd. v. Canada*, 2008 SCC 22, [2008] 1 S.C.R. 737; *Donoghue v. Stevenson*, [1932] A.C. 562; *Rankin (Rankin's Garage & Sales) v. J.J.*, 2018 SCC 19, [2018] 1 S.C.R. 587; *Childs v. Desormeaux*, 2006 SCC 18, [2006] 1 S.C.R. 643; *Hercules Managements Ltd. v. Ernst & Young*, [1997] 2 S.C.R. 165; *Bow Valley Husky (Bermuda) Ltd. v. Saint John Shipbuilding Ltd.*, [1997] 3 S.C.R. 1210; *Addison Chevrolet Buick GMC Ltd. v. General Motors of Canada Ltd.*, 2016 ONCA 324, 130 O.R. (3d) 161; *Shelanu Inc. v. Print Three Franchising Corp.* (2003), 64 O.R. (3d) 533; 2176693 Ontario Ltd. v. Cora Franchise Group Inc., 2015 ONCA 152, 124 O.R. (3d) 776; *Uber Technologies Inc. v. Heller*, 2020 SCC 16, [2020] 2 S.C.R. 118; *Douez v. Facebook, Inc.*, 2017 SCC 33, [2017] 1 S.C.R. 751; *Mustapha v. Culligan of Canada Ltd.*, 2008 SCC 27, [2008] 2 S.C.R. 114; *Athey v. Leonati*, [1996] 3 S.C.R. 458; *Janiak v. Ippolito*, [1985] 1 S.C.R. 146; *British Columbia v. Canadian Forest Products Ltd.*, 2004 SCC 38, [2004] 2 S.C.R. 74.

Statutes and Regulations Cited

Arthur Wishart Act (Franchise Disclosure), 2000, S.O. 2000, c. 3, s. 3(1).
Canadian Food Inspection Agency Act, S.C. 1997, c. 6, s. 19.
Safe Food for Canadians Regulations, SOR/2018-108, s. 84.

Authors Cited

Awad, Michelle C., and John D. Rice. "When is a Negligent Party Liable for Pure Economic Loss? A Practical Guide to an Impractical Area of Law", in Todd Archibald and Michael Cochrane, eds., *Annual Review of Civil Litigation 2004*. Toronto: Thomson Carswell, 2005, 253.

Citée par la juge Karakatsanis (dissidente)

Anns c. Merton London Borough Council, [1978] A.C. 728; *Deloitte & Touche c. Livent Inc. (Séquestre de)*, 2017 CSC 63, [2017] 2 R.C.S. 855; *Cattle c. Stockton Waterworks (1875)*, L.R. 10 Q.B. 453; *Hedley Byrne & Co. Ltd. c. Heller & Partners Ltd.*, [1964] A.C. 465; *Rivtow Marine Ltd. c. Washington Iron Works*, [1974] R.C.S. 1189; *Agnew-Surpass Shoe Stores Ltd. c. Cummer-Yonge Investments Ltd.*, [1976] 2 R.C.S. 221; *B.D.C. Ltd. c. Hofstrand Farms Ltd.*, [1986] 1 R.C.S. 228; *Cie des chemins de fer nationaux du Canada c. Norsk Pacific Steamship Co.*, [1992] 1 R.C.S. 1021; *Winnipeg Condominium Corporation No. 36 c. Bird Construction Co.*, [1995] 1 R.C.S. 85; *D'Amato c. Badger*, [1996] 2 R.C.S. 1071; *Martel Building Ltd. c. Canada*, 2000 CSC 60, [2000] 2 R.C.S. 860; *Cooper c. Hobart*, 2001 CSC 79, [2001] 3 R.C.S. 537; *Design Services Ltd. c. Canada*, 2008 CSC 22, [2008] 1 R.C.S. 737; *Donoghue c. Stevenson*, [1932] A.C. 562; *Rankin (Rankin's Garage & Sales) c. J.J.*, 2018 CSC 19, [2018] 1 R.C.S. 587; *Childs c. Desormeaux*, 2006 CSC 18, [2006] 1 R.C.S. 643; *Hercules Managements Ltd. c. Ernst & Young*, [1997] 2 R.C.S. 165; *Bow Valley Husky (Bermuda) Ltd. c. Saint John Shipbuilding Ltd.*, [1997] 3 R.C.S. 1210; *Addison Chevrolet Buick GMC Ltd. c. General Motors of Canada Ltd.*, 2016 ONCA 324, 130 O.R. (3d) 161; *Shelanu Inc. c. Print Three Franchising Corp.* (2003), 64 O.R. (3d) 533; 2176693 Ontario Ltd. c. Cora Franchise Group Inc., 2015 ONCA 152, 124 O.R. (3d) 776; *Uber Technologies Inc. c. Heller*, 2020 CSC 16, [2020] 2 R.C.S. 118; *Douez c. Facebook, Inc.*, 2017 CSC 33, [2017] 1 R.C.S. 751; *Mustapha c. Culligan du Canada Ltée*, 2008 CSC 27, [2008] 2 R.C.S. 114; *Athey c. Leonati*, [1996] 3 R.C.S. 458; *Janiak c. Ippolito*, [1985] 1 R.C.S. 146; *Colombie-Britannique c. Canadian Forest Products Ltd.*, 2004 CSC 38, [2004] 2 R.C.S. 74.

Lois et règlements cités

Loi Arthur Wishart de 2000 sur la divulgation relative aux franchises, L.O. 2000, c. 3, art 3(1).
Loi sur l'Agence canadienne d'inspection des aliments, L.C. 1997, c. 6, art. 19.
Règlement sur la salubrité des aliments au Canada, DORS/2018-108, art. 84.

Doctrine et autres documents cités

Awad, Michelle C., and John D. Rice. « When is a Negligent Party Liable for Pure Economic Loss? A Practical Guide to an Impractical Area of Law », in Todd Archibald and Michael Cochrane, eds., *Annual Review of Civil Litigation 2004*, Toronto, Thomson Carswell, 2005, 253.

- Benson, Peter. “Should *White v Jones* Represent Canadian Law: A Return to First Principles”, in Jason W. Neyers, Erika Chamberlain and Stephen G. A. Pitel, eds., *Emerging Issues in Tort Law*. Portland, Or.: Hart Publishing, 2007, 141.
- Benson, Peter. “The Basis for Excluding Liability for Economic Loss in Tort Law”, in David G. Owen, ed., *Philosophical Foundations of Tort Law*. Oxford: Clarendon Press, 1995, 427.
- Canada. Canadian Food Inspection Agency. *How we decide to recall a food product*, last updated December 6, 2019 (online: <https://www.inspection.gc.ca/about-cfia/newsroom/food-safety-system/how-we-decide-to-recall-a-food-product/eng/1332206599275/1332207914673>; archived version: https://www.scc-csc.ca/cso-dce/2020SCC-CSC35_1_eng.pdf).
- Canada. Canadian Food Inspection Agency. *Recall procedure: A guide for food businesses*, last updated September 25, 2018 (online: <https://www.inspection.gc.ca/food-safety-for-industry/recall-procedure/eng/1535516097375/1535516168226>; archived version: https://www.scc-csc.ca/cso-dce/2020SCC-CSC35_2_eng.pdf).
- Canada. *Report of the Independent Investigator into the 2008 Listeriosis Outbreak*, July 2009 (online: <https://central.bac-lac.gc.ca/.item?id=A22-508-2009E&op=pdf&app=Library>; archived version: https://www.scc-csc.ca/cso-dce/2020SCC-CSC35_3_eng.pdf).
- Feldthusen, Bruce. “*Winnipeg Condominium Corporation No. 36 v. Bird Construction Co.*: Who Needs Contract Anymore?” (1995), 25 *Can. Bus. L.J.* 143.
- Klar, Lewis. “Duty of Care for Negligent Misrepresentation — And Beyond?” (2018), 48 *Adv. Q.* 235.
- Klar, Lewis N., and Cameron S. G. Jefferies. *Tort Law*, 6th ed. Toronto: Thomson Reuters, 2017.
- Linden, Allen M., et al. *Canadian Tort Law*, 11th ed. Toronto: LexisNexis, 2018.
- Linden, Allen M., and Bruce Feldthusen. *Canadian Tort Law*, 10th ed. Toronto: LexisNexis, 2015.
- Lisus, Jonathan C., and Adam Ship. “Restrictions on Unilateral Termination of Franchise Agreements” (2010), 49 *Can. Bus. L.J.* 113.
- Nolan, D. “Rights, Damage and Loss” (2017), 37 *Oxf. J. Leg. Stud.* 255.
- Ontario. Department of Financial and Commercial Affairs. *Report of the Minister’s Committee on Franchising*. Toronto, 1971.
- Sotos, John, and Frank Zaid. “Status Report on National Franchise Law Project”, presented to the Uniform Law Conference of Canada Annual Meeting, Yellowknife, August 2002 (online: <https://www.ulcc.ca/en/annual-meetings/306-2002-yellowknife-nt/civil-section-doc>).
- Benson, Peter. « Should *White v Jones* Represent Canadian Law : A Return to First Principles », in Jason W. Neyers, Erika Chamberlain and Stephen G. A. Pitel, eds., *Emerging Issues in Tort Law*, Portland (Or.), Hart Publishing, 2007, 141.
- Benson, Peter. « The Basis for Excluding Liability for Economic Loss in Tort Law », in David G. Owen, ed., *Philosophical Foundations of Tort Law*, Oxford, Clarendon Press, 1995, 427.
- Canada. Agence canadienne d’inspection des aliments. *Comment nous décidons de procéder au rappel d’un produit alimentaire*, dernière mise à jour 6 décembre 2019 (en ligne : <https://www.inspection.gc.ca/a-propos-de-l-acia/salle-de-nouvelles/systeme-de-salubrite-des-aliments/comment-nous-decidons-de-proceder-au-rappel-d-un-p/fra/1332206599275/1332207914673>; version archivée : https://www.scc-csc.ca/cso-dce/2020SCC-CSC35_1_fra.pdf).
- Canada. Agence canadienne d’inspection des aliments. *Procédure de rappel : Guide à l’intention des entreprises alimentaires*, dernière mise à jour 25 septembre 2018 (en ligne : <https://www.inspection.gc.ca/salubrite-alimentaire-pour-l-industrie/procedure-de-rappel/fra/1535516097375/1535516168226>; version archivée : https://www.scc-csc.ca/cso-dce/2020SCC-CSC35_2_fra.pdf).
- Canada. *Rapport de l’Enquêteuse indépendante sur l’éclosion de listériose de 2008*, juillet 2009 (en ligne : <https://central.bac-lac.gc.ca/.item?id=A22-508-2009F&op=pdf&app=Library>; version archivée : https://www.scc-csc.ca/cso-dce/2020SCC-CSC35_3_fra.pdf).
- Feldthusen, Bruce. « *Winnipeg Condominium Corporation No. 36 v. Bird Construction Co.* : Who Needs Contract Anymore? » (1995), 25 *Rev. can. dr. comm.* 143.
- Klar, Lewis. « Duty of Care for Negligent Misrepresentation — And Beyond? » (2018), 48 *Adv. Q.* 235.
- Klar, Lewis N., and Cameron S. G. Jefferies. *Tort Law*, 6th ed., Toronto, Thomson Reuters, 2017.
- Linden, Allen M., et al. *Canadian Tort Law*, 11th ed., Toronto, LexisNexis, 2018.
- Linden, Allen M., and Bruce Feldthusen. *Canadian Tort Law*, 10th ed., Toronto, LexisNexis, 2015.
- Lisus, Jonathan C., and Adam Ship. « Restrictions on Unilateral Termination of Franchise Agreements » (2010), 49 *Rev. can. dr. comm.* 113.
- Nolan, D. « Rights, Damage and Loss » (2017), 37 *Oxf. J. Leg. Stud.* 255.
- Ontario. Department of Financial and Commercial Affairs. *Report of the Minister’s Committee on Franchising*, Toronto, 1971.
- Sotos, John, et Frank Zaid. « État d’avancement du projet national sur le droit des franchises », présentation à la

uments/128-status-report-on-national-franchise-law-project-2002; archived version: https://www.scc-csc.ca/cso-dce/2020SCC-CSC35_4_eng.pdf).

Stapleton, Jane. “Duty of Care and Economic Loss: a Wider Agenda” (1991), 107 *Law Q. Rev.* 249.

Stevens, Robert. *Torts and Rights*. Oxford: Oxford University Press, 2007.

Stychin, Carl F. “The Vulnerable Subject of Negligence Law” (2012), 8 *Intl. J. L. Context* 337.

Waddams, Stephen. “Review Essay: The Problem of Standard Form Contracts: A Retreat to Formalism” (2012), 53 *Can. Bus. L.J.* 475.

Weinrib, Ernest J. “The Disintegration of Duty” (2006), 31 *Adv. Q.* 212.

Zaid, Frank. “Manitoba’s New Franchises Act — Something Old, Something New — What to Expect” (2013), 13 *Asper Rev. Int’l Bus. & Trade L.* 77.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (Sharpe, Rouleau and Fairburn JJ.A.), 2018 ONCA 407, 140 O.R. (3d) 481, 425 D.L.R. (4th) 674, 49 C.C.L.T. (4th) 28, [2018] O.J. No. 2417 (QL), 2018 CarswellOnt 12558 (WL Can.), setting aside a decision of Leitch J. Appeal dismissed, Wagner C.J. and Abella, Karakatsanis and Kasirer JJ. dissenting.

Earl A. Cherniak, Q.C., Peter W. Kryworuk and Jacob R. W. Damstra, for the appellant.

Elizabeth Bowker, Steven Stieber and Nicola Brankley, for the respondents.

The judgment of Moldaver, Côté, Brown, Rowe and Martin was delivered by

BROWN AND MARTIN JJ. —

I. Introduction

[1] This appeal is brought by 1688782 Ontario Inc., a former franchisee of Mr. Submarine Limited (“Mr. Sub”) and the class representative of 424 other Mr. Sub franchisees (“appellant” or “Mr. Sub franchisees”). The appellant says that class members

réunion annuelle de la Conférence pour l’harmonisation des lois au Canada, Yellowknife, août 2002 (en ligne : <https://www.ulcc.ca/fr/reunions-annuelles/307-2002-yellowknife-nt-reunions-annuelles/documents-de-la-section-civil-2002/129-etat-davancement-du-projet-national-sur-le-droit-franchises-2002>; version archivée : https://www.scc-csc.ca/cso-dce/2020SCC-CSC35_4_fra.pdf).

Stapleton, Jane. « Duty of Care and Economic Loss : a Wider Agenda » (1991), 107 *Law Q. Rev.* 249.

Stevens, Robert. *Torts and Rights*, Oxford, Oxford University Press, 2007.

Stychin, Carl F. « The Vulnerable Subject of Negligence Law » (2012), 8 *Intl. J. L. Context* 337.

Waddams, Stephen. « Review Essay : The Problem of Standard Form Contracts : A Retreat to Formalism » (2012), 53 *Rev. can. dr. comm.* 475.

Weinrib, Ernest J. « The Disintegration of Duty » (2006), 31 *Adv. Q.* 212.

Zaid, Frank. « Manitoba’s New Franchises Act — Something Old, Something New — What to Expect » (2013), 13 *Asper Rev. Int’l Bus. & Trade L.* 77.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d’appel de l’Ontario (les juges Sharpe, Rouleau et Fairburn), 2018 ONCA 407, 140 O.R. (3d) 481, 425 D.L.R. (4th) 674, 49 C.C.L.T. (4th) 28, [2018] O.J. No. 2417 (QL), 2018 CarswellOnt 12558 (WL Can.), qui a infirmé une décision de la juge Leitch. Pourvoi rejeté, le juge en chef Wagner et les juges Abella, Karakatsanis et Kasirer sont dissidents.

Earl A. Cherniak, c.r., Peter W. Kryworuk et Jacob R. W. Damstra, pour l’appelante.

Elizabeth Bowker, Steven Stieber et Nicola Brankley, pour les intimées.

Version française du jugement des juges Moldaver, Côté, Brown, Rowe et Martin rendu par

LES JUGES BROWN ET MARTIN —

I. Introduction

[1] Le présent pourvoi a été interjeté par 1688782 Ontario Inc., qui est une ancienne franchisee de Mr. Submarine Limited (« Mr. Sub ») et la représentante d’un groupe composé des 424 autres franchisés de Mr. Sub (« appelante » ou « franchisés

were affected by the decision of the respondents (collectively, “Maple Leaf Foods”) to recall meat products that had been processed in a Maple Leaf Foods factory in which a listeria outbreak had occurred. Specifically, it says that they experienced a shortage of product for six to eight weeks causing economic loss and reputational injury due to their association with contaminated meat products. By this class proceeding, the appellant advances claims in tort law against Maple Leaf Foods, seeking compensation for lost past and future sales, past and future profits, capital value of the franchises and goodwill.

[2] The question for this Court to decide is whether Maple Leaf Foods (with which neither the appellant nor any other franchisee was in contractual privity, but rather linked indirectly through a chain of contracts) owed Mr. Sub franchisees a duty of care, enforceable under the Canadian law of negligence. The appellant says that Maple Leaf Foods, as a manufacturer, owed a duty to Mr. Sub franchisees to supply a product fit for human consumption. More specifically, the appellant says that the circumstances of its claim fall within two categories of proximity that have been recognized in respect of two forms of pure economic loss: negligent misrepresentation or performance of a service, and the negligent supply of shoddy goods or structures. Further, the appellant says that the relationship between Maple Leaf Foods and Mr. Sub franchisees is analogous to an established category of proximity that has been previously recognized in the caselaw. Finally, and while it is unclear whether the appellant actually advances a novel duty argument before us, we note that Maple Leaf Foods takes the appellant as having done so, and that both the motion judge and our colleague Karakatsanis J. would recognize a novel duty in this case. In order to take the appellant’s claim at its strongest, we therefore proceed on the basis that it also advances such an argument.

de Mr. Sub »). L’appelante affirme que les membres du groupe ont été lésés par la décision des intimées (collectivement, « Aliments Maple Leaf ») de rappeler des produits de viande transformés dans une de leurs usines touchées par une éclosion de listeria. Plus précisément, elle affirme que les membres du groupe ont subi une perte financière par suite d’une pénurie de produits qui a duré de six à huit semaines ainsi qu’une atteinte à leur réputation pour avoir été associés à des produits de viande contaminés. Par le présent recours collectif, l’appelante fait valoir des prétentions fondées sur le droit de la responsabilité délictuelle contre Aliments Maple Leaf et demande une indemnisation pour la perte de ventes et de profits passés et futurs, ainsi que pour la perte de la valeur en capital des franchises et de la clientèle.

[2] La question à laquelle notre Cour doit répondre est de savoir si Aliments Maple Leaf (avec qui ni l’appelante, ni aucun autre franchisé n’avaient de lien contractuel, mais à qui ils étaient plutôt liés indirectement au moyen d’une chaîne de contrats) avait à l’égard des franchisés de Mr. Sub une obligation de diligence, susceptible d’exécution en vertu du droit canadien de la négligence. L’appelante affirme qu’Aliments Maple Leaf, en tant que fabricante, avait envers les franchisés de Mr. Sub l’obligation de fournir un produit propre à la consommation humaine. Plus précisément, l’appelante fait valoir que les circonstances de sa réclamation relèvent de deux catégories de lien de proximité qui ont été reconnues relativement à deux formes de perte purement financière : la déclaration inexacte faite par négligence ou la prestation négligente d’un service, et la fourniture négligente de marchandises ou de structures de mauvaise qualité. De plus, l’appelante affirme que le lien entre Aliments Maple Leaf et les franchisés de Mr. Sub est analogue à une catégorie établie de lien de proximité qui a déjà été reconnue par la jurisprudence. Enfin, et bien qu’il ne soit pas clair si l’appelante avance effectivement un argument relatif à une nouvelle obligation devant notre Cour, nous soulignons qu’Aliments Maple Leaf considère que c’est le cas, et que tant la juge des motions que notre collègue la juge Karakatsanis reconnaîtraient une nouvelle obligation dans la présente affaire. Afin d’examiner la thèse la plus solide de l’appelante, nous tenons donc pour acquis qu’elle avance également un tel argument.

[3] Maple Leaf Foods says it owed no duty of care to Mr. Sub franchisees, and brought a motion for summary judgment dismissing these claims.

[4] The appellant successfully resisted summary judgment before the motion judge at the Ontario Superior Court of Justice, but failed before the Court of Appeal for Ontario. In the Court of Appeal's view, the motion judge's decision to allow these claims to proceed could not stand in light of this Court's decision in *Deloitte & Touche v. Livent Inc. (Receiver of)*, 2017 SCC 63, [2017] 2 S.C.R. 855, which had been decided since the motion judge's judgment in the appellant's favour. The Court of Appeal held that this disposed not only of the negligent misrepresentation claim, but also of the claim for negligent supply of dangerous or shoddy goods, since it followed from *Livent* "that the motion judge erred in her duty of care analysis" (2018 ONCA 407, 140 O.R. (3d) 481, at para. 87).

[5] For the reasons that follow, we would dismiss the appeal. Maple Leaf Foods does not owe a duty of care to Mr. Sub franchisees in respect of these matters.

II. Background

[6] As Clarke J. (as he then was) explained in *Cromane Seafoods Ltd. v. Minister for Agriculture*, [2016] IESC 6, [2017] 1 I.R. 119, at para. 66, like "chaos theory" in mathematics, "the true underlying difficulty [in the law of negligence] stems from the fact that we live in a highly interactive world where each of our fortunes are constantly affected, sometimes trivially, sometimes significantly, by decisions made or actions taken or avoided [by others]". So it is in this case. As in most modern commercial arrangements of even modest complexity, the parties here operated through a multipartite arrangement comprising a chain of contracts — in this case a contract between Mr. Sub and Mr. Sub franchisees that was typical of franchisor-franchisee relationships, and a contract of supply between Mr. Sub and Maple Leaf

[3] Aliments Maple Leaf soutient qu'elle n'avait aucune obligation de diligence envers les franchisés de Mr. Sub, et a déposé une motion en jugement sommaire rejetant ces prétentions.

[4] L'appelante s'est opposée avec succès à l'octroi d'un jugement sommaire devant la juge des motions de la Cour supérieure de justice de l'Ontario, mais elle a été déboutée devant la Cour d'appel de l'Ontario. De l'avis de cette dernière, la décision de la juge des motions, qui a permis l'instruction des prétentions, ne pouvait être maintenue compte tenu de l'arrêt de notre Cour *Deloitte & Touche c. Livent Inc. (Séquestre de)*, 2017 CSC 63, [2017] 2 R.C.S. 855, qui a été rendu après que la juge eut tranché en faveur de l'appelante. La Cour d'appel a conclu que cela permettait de statuer non seulement sur l'allégation de déclaration inexacte faite par négligence, mais aussi sur celle de fourniture négligente de marchandises dangereuses ou de mauvaise qualité, car il se dégageait de l'arrêt *Livent* [TRADUCTION] « que la juge des motions [avait] commis une erreur dans son analyse de l'obligation de diligence » (2018 ONCA 407, 140 O.R. (3d) 481, par. 87).

[5] Pour les motifs qui suivent, nous rejeterions le pourvoi. Aliments Maple Leaf n'a pas d'obligation de diligence envers les franchisés de Mr. Sub à l'égard de ces questions.

II. Contexte

[6] Comme l'a expliqué le juge Clarke (maintenant juge en chef) dans l'arrêt *Cromane Seafoods Ltd. c. Minister for Agriculture*, [2016] IESC 6, [2017] 1 I.R. 119, au par. 66, tout comme la [TRADUCTION] « théorie du chaos » en mathématiques, « la véritable difficulté sous-jacente [en droit de la négligence] découle du fait que nous vivons dans un monde hautement interactif, où la fortune de chacun est constamment touchée, parfois de manière anodine, parfois de manière significative, par des décisions prises ou des actes accomplis ou évités [par d'autres] ». C'est le cas en l'espèce. Comme pour la plupart des ententes commerciales modernes, même de complexité modeste, les parties en l'espèce exerçaient leurs activités en vertu d'une entente multipartite comprenant une chaîne de contrats, en l'espèce

Foods. As we explain below, in the context of a claim brought in tort law as opposed to the law of contract, these are significant considerations.

[7] More particularly, at the material time, the relationship between Mr. Sub and its franchisees was governed by the Franchisee Renewal Agreement, dated February 1, 2006 (“franchise agreement”) (A.R., vol. II, p. 89).

[8] The relationship between Mr. Sub and Maple Leaf Foods was governed by an exclusive supply agreement — pursuant to which Maple Leaf Foods was made the exclusive supplier of 14 core Mr. Sub menu items: ready-to-eat (“RTE”) meats served in all Mr. Sub restaurants (“partnership agreement”, signed December 12, 2005, A.R., vol. II, at p. 12). In order to give effect to this exclusive supply arrangement, the franchise agreement between Mr. Sub and its franchisees required them to purchase RTE meats produced exclusively by Maple Leaf Foods (franchise agreement, art. 6.2). This was done *not* by way of direct dealings between Mr. Sub franchisees and Maple Leaf Foods; instead, the franchisees placed an order with a distributor, which would in turn place an order with Maple Leaf Foods. No contractual relationship ever existed between the franchisees and Maple Leaf Foods. Rather, each was linked to the other indirectly, through separate contracts with Mr. Sub.

[9] It is worth noting that, while their franchise agreement with Mr. Sub required Mr. Sub franchisees to purchase RTE meats exclusively from Maple Leaf Foods, the latter was under no obligation by the terms of its contract with Mr. Sub to *supply*. Further, the franchise agreement also provided that the franchisees could not sue Mr. Sub for delays in supply of RTE meats. Nor could they look to alternative sources of supply without first seeking Mr. Sub’s permission (franchise agreement, art. 6.2).

un contrat entre Mr. Sub et les franchisés de Mr. Sub qui était caractéristique d’une relation de franchisage et un contrat d’approvisionnement entre Mr. Sub et Aliments Maple Leaf. Comme nous l’expliquons plus loin, dans le contexte d’un recours en droit de la responsabilité délictuelle plutôt qu’en droit des contrats, il s’agit de considérations importantes.

[7] Plus particulièrement, à l’époque pertinente, la relation entre Mr. Sub et ses franchisés était régie par le contrat de renouvellement de franchisage daté du 1^{er} février 2006 (« contrat de franchisage ») (d.a., vol. II, p. 89).

[8] La relation entre Mr. Sub et Aliments Maple Leaf était régie par un contrat d’approvisionnement exclusif — qui faisait d’Aliments Maple Leaf le fournisseur exclusif des 14 éléments principaux du menu de Mr. Sub : les viandes prêtes à manger (« PAM ») servies dans tous les restaurants Mr. Sub (« contrat d’association », signé le 12 décembre 2005, d.a., vol. II, p. 12). Pour donner effet à cette entente d’approvisionnement exclusif, le contrat de franchisage entre Mr. Sub et ses franchisés exigeait de ces derniers qu’ils achètent les viandes PAM produites exclusivement par Aliments Maple Leaf (contrat de franchisage, art. 6.2). Ce *n’est pas* par relations d’affaires directes entre les franchisés de Mr. Sub et Aliments Maple Leaf que cela se faisait; les franchisés passaient plutôt une commande auprès d’un distributeur qui à son tour passait une commande auprès d’Aliments Maple Leaf. Aucun lien contractuel n’a jamais existé entre les franchisés et Aliments Maple Leaf. En fait, chacun était indirectement lié à l’autre par l’entremise de contrats distincts avec Mr. Sub.

[9] Il convient de souligner que, même si le contrat de franchisage avec Mr. Sub exigeait que les franchisés achètent les viandes PAM exclusivement d’Aliments Maple Leaf, cette dernière n’était aucunement tenue par son contrat avec Mr. Sub de les *approvisionner*. De plus, le contrat de franchisage prévoyait aussi que les franchisés ne pouvaient poursuivre Mr. Sub pour tout retard dans l’approvisionnement en viandes PAM. Ils ne pouvaient pas non plus se tourner vers d’autres sources d’approvisionnement sans d’abord obtenir la permission de Mr. Sub (contrat de franchisage, art. 6.2).

[10] On August 16, 2008, Maple Leaf Foods learned that one of its products had been found to contain listeria. It was required to recall that product, along with another. Several days later, it voluntarily recalled additional products, including two of the RTE meat products used by Mr. Sub franchisees. (These products were immediately destroyed, and it is unknown whether they were actually contaminated.) In early September 2008, Maple Leaf Foods released Mr. Sub from the exclusive supply arrangement. By mid-September 2008, an alternate supplier had been selected.

[11] There is no suggestion of wrongfulness in the decision to issue this voluntary recall. That said, it interrupted an important source of supply to the franchisees, leaving them without those products for a period of six to eight weeks. During that period, the franchisees did not take advantage of the clause in the franchise agreement allowing them to seek Mr. Sub's permission to find a different supplier.

A. *Ontario Superior Court of Justice, No. 60680CP (November 18, 2016), Leitch J.*

[12] The motion judge held that Maple Leaf Foods owed Mr. Sub franchisees a duty to supply a product fit for human consumption. In doing so, she accepted the appellant's argument that she should be guided by decisions in which other courts had recognized this duty, citing *Plas-Tex Canada Ltd. v. Dow Chemical of Canada Ltd.*, 2004 ABCA 309, 357 A.R. 139; *376599 Alberta Inc. v. Tanshaw Products Inc.*, 2005 ABQB 300, 379 A.R. 1, and *Country Style Food Services Inc. v. 1304271 Ontario Ltd.* (2005), 200 O.A.C. 172 (S.C.J. reasons, at para. 40 (A.R., vol. I, at p. 54)). Further, she found that the contaminated RTE meats posed a "real and substantial danger", described by this Court as grounding a duty of care in *Winnipeg Condominium Corporation No. 36 v. Bird Construction Co.*, [1995] 1 S.C.R. 85 (para. 53 (A.R., vol. I, at p. 58)). She also concluded that a "special relationship" existed between the appellant and Maple Leaf Foods, grounded on foreseeability of reasonable reliance upon a representation (here,

[10] Le 16 août 2008, Aliments Maple Leaf a appris qu'on avait découvert qu'un de ses produits contenait la listeria. Elle a donc dû rappeler ce produit, ainsi qu'un autre. Plusieurs jours plus tard, elle a retiré volontairement du marché d'autres produits, dont deux des produits de viande PAM utilisés par les franchisés de Mr. Sub. (Ces produits ont immédiatement été détruits, sans que l'on sache s'ils étaient vraiment contaminés.) Au début du mois de septembre 2008, Aliments Maple Leaf a libéré Mr. Sub de l'entente d'approvisionnement exclusif. À la mi-septembre 2008, un autre fournisseur avait été sélectionné.

[11] Rien ne tend à indiquer que l'entreprise ait agi de façon répréhensible en décidant de procéder à ce rappel volontaire. Cela dit, elle a interrompu une source d'approvisionnement importante pour les franchisés, qui ont été privés de ces produits pendant six à huit semaines. Durant cette période, les franchisés ne se sont pas prévalus de la clause du contrat de franchisage qui leur permettait de demander à Mr. Sub la permission de s'approvisionner auprès d'un fournisseur différent.

A. *Cour supérieure de justice de l'Ontario, No. 60680CP (18 novembre 2016), la juge Leitch*

[12] La juge des motions a conclu qu'Aliments Maple Leaf était tenue envers les franchisés de Mr. Sub à une obligation de fournir un produit propre à la consommation humaine. Elle a ainsi retenu l'argument de l'appelante qui soutenait qu'elle devait s'inspirer des décisions dans lesquelles d'autres tribunaux avaient reconnu cette obligation, citant *Plas-Tex Canada Ltd. c. Dow Chemical of Canada Ltd.*, 2004 ABCA 309, 357 A.R. 139; *376599 Alberta Inc. c. Tanshaw Products Inc.*, 2005 ABQB 300, 379 A.R. 1, et *Country Style Food Services Inc. c. 1304271 Ontario Ltd.* (2005), 200 O.A.C. 172 (motifs de la C.S.J., par. 40 (d.a., vol. I, p. 54)). De plus, elle a statué que les viandes PAM contaminées présentaient un [TRADUCTION] « danger réel et important », ce critère ayant été décrit par notre Cour comme fondant l'existence d'une obligation de diligence dans l'arrêt *Winnipeg Condominium Corporation No. 36 c. Bird Construction Co.*, [1995] 1 R.C.S. 85 (par. 53 (d.a., vol. I, p. 58)). Elle a également conclu à l'existence

that the RTE meats were fit for human consumption), so as to ground a viable cause of action in negligent misrepresentation (para. 49 (A.R., vol. I, at p. 56)).

[13] In an abundance of caution, however, in adjudicating the accompanying certification motion (2016 ONSC 4233), the motion judge conducted her own duty of care analysis as if this were a novel claim. She recognized that this required her to apply the traditional foreseeability-based test from *Anns v. London Borough of Merton*, [1977] 2 All E.R. 492 (H.L.), as refined by this Court in *Cooper v. Hobart*, 2001 SCC 79, [2001] 3 S.C.R. 537, so as to give greater prominence to the proximity, or “closeness and directness” of the relationship between the parties — a point which this Court has since confirmed in *Livent*, at paras. 25-31. Doing so led her to conclude the *Anns/Cooper* test was satisfied here. Mr. Sub franchisees’ losses were foreseeable (S.C.J. certification reasons, at para. 61), and it was not plain and obvious that their relationship to Maple Leaf Foods was insufficiently proximate: “[the appellant and other Mr. Sub franchisees are] within a known and readily identifiable category of persons. [Maple Leaf Foods] supplied to [the appellant], an entity it had a close and direct relationship with as an exclusive supplier, a defective product dangerous to public health, knowing that the product would be offered for sale to consumers who could be injured from consuming the product thereby causing economic losses to [the franchisees]” (S.C.J. certification reasons, at para. 70). No policy considerations negated or militated against liability.

B. *Court of Appeal for Ontario, 2018 ONCA 407, 140 O.R. (3d) 481, Sharpe, Rouleau and Fairburn JJA.*

[14] The Court of Appeal allowed Maple Leaf Foods’ appeal, and granted it summary judgment.

d’une « relation spéciale » entre l’appelante et Aliment Maple Leaf, compte tenu de la prévisibilité qu’une confiance raisonnable soit accordée à une déclaration (en l’espèce, que les viandes PAM étaient propres à la consommation humaine), de manière à fonder une cause d’action viable pour déclaration inexacte faite par négligence (par. 49 (d.a., vol. I, p. 56)).

[13] C’est toutefois avec la plus grande prudence que, pour statuer sur la motion connexe en vue de la certification (2016 ONSC 4233), la juge saisie des motions s’est livrée à sa propre analyse de l’obligation de diligence comme si elle était saisie d’une nouvelle demande. Elle a reconnu que pour ce faire, elle devait appliquer le critère traditionnel de la prévisibilité établi dans l’arrêt *Anns c. London Borough of Merton*, [1977] 2 All E.R. 492 (H.L.), critère précisé par notre Cour dans l’arrêt *Cooper c. Hobart*, 2001 CSC 79, [2001] 3 R.C.S. 537, afin de donner une importance plus grande au lien de proximité, ou au caractère « étroit et direct » de la relation entre les parties, point qui a depuis été confirmé par la Cour dans l’arrêt *Livent*, par. 25-31. Cela l’a amenée à conclure que le critère établi dans les arrêts *Anns* et *Cooper* a été respecté dans la présente affaire. Les pertes subies par les franchisés de Mr. Sub étaient prévisibles (motifs de la C.S.J. sur la certification, par. 61), et il n’était pas manifeste et évident que leur lien de proximité avec Aliments Maple Leaf était insuffisant : [TRADUCTION] « [l’appelante et les autres franchisés de Mr. Sub font] partie d’une catégorie de personnes connues et facilement identifiables. [Aliments Maple Leaf] a fourni à [l’appelante], une entité avec qui elle avait un lien étroit et direct en tant que fournisseur exclusif, un produit défectueux représentant un danger pour la santé publique, sachant que ce produit serait offert en vente aux consommateurs et que sa consommation pourrait nuire à leur santé, ce qui ferait ainsi subir des pertes financières [aux franchisés] » (motifs de la C.S.J. sur la certification, par. 70). Aucune considération de politique n’écartait ni ne militait contre la responsabilité.

B. *Cour d’appel de l’Ontario, 2018 ONCA 407, 140 O.R. (3d) 481, les juges Sharpe, Rouleau et Fairburn*

[14] La Cour d’appel a accueilli l’appel d’Aliments Maple Leaf et lui a accordé un jugement sommaire.

The case authorities relied upon by the motion judge — *Plas-Tex*, *Tanshaw* and *Country Style* — were not truly analogous to the Mr. Sub franchisees’ claims (paras. 49 and 59), and the motion judge erred in finding that the facts in this case fell within a well-established category of duty to supply a product fit for human consumption. It was therefore necessary to review her conclusion under the *Anns/Cooper* framework regarding a novel duty of care (para. 59).

[15] The Court of Appeal noted that the alleged damages are substantially the result of the recall and the consequent publicity, including publicity of the illness and death of people who had eaten tainted meat (albeit not at a Mr. Sub restaurant) (para. 65). To recognize a duty here “would constitute an unwarranted expansion of a duty owed to one class of plaintiffs”, the consumers, and “bootstrap” it so as to “extend it to the fundamentally different claim advanced by the franchisees” (para. 66). The motion judge’s conclusion regarding negligent misrepresentation is similarly unfounded. In concluding that the franchisees reasonably relied on Maple Leaf Foods’ representation that its meats were safe for human consumption, the motion judge failed to consider the *scope* of the proximate relationship between the parties (para. 80). The purpose of Maple Leaf Foods’ undertaking of responsibility was not to protect the business or reputational interests of the franchisees, but “to ensure that Mr. Sub customers who ate RTE meats would not become ill or die as [a] result of eating the meats” (*ibid.*). Accordingly, the loss suffered by the franchisees was not reasonably foreseeable (para. 84).

[16] Owing to what it saw as the motion judge’s erroneous duty of care analysis, the Court of Appeal did not consider whether the losses were recoverable as a consequence of the negligent supply of a dangerous or shoddy product (para. 87).

Les décisions sur lesquelles la juge des motions s’est appuyée — *Plas-Tex*, *Tanshaw* et *Country Style* — ne portaient pas vraiment sur une situation analogue à celle visée par les prétentions des franchisés de Mr. Sub (par. 49 et 59), et la juge des motions a commis une erreur en concluant que les faits de la présente affaire entraient dans la catégorie bien établie de l’obligation de fournir un produit propre à la consommation humaine. Sa conclusion devait donc être examinée en fonction du cadre d’analyse établi dans les arrêts *Anns* et *Cooper* en matière de nouvelle obligation de diligence (par. 59).

[15] La Cour d’appel a souligné que les dommages allégués découlaient essentiellement du rappel et de la publicité qui s’en était suivie, notamment celle qui avait entouré la maladie et le décès de gens ayant consommé de la viande contaminée (quoique pas dans un restaurant de Mr. Sub) (par. 65). Reconnaître une obligation en l’espèce [TRADUCTION] « reviendrait à élargir de façon injustifiée une obligation existant en faveur d’une catégorie de demandeurs », les consommateurs, et à « greffer » celle-ci à « la réclamation fondamentalement différente des franchisés » (par. 66). La conclusion de la juge des motions concernant l’allégation de déclaration inexacte faite par négligence est tout aussi non fondée. En concluant que les franchisés s’étaient raisonnablement fiés à la déclaration d’Aliments Maple Leaf que ses viandes étaient sans danger pour la consommation humaine, la juge n’a pas pris en considération le *cadre* (ou autrement dit, l’étendue) du lien de proximité entre les parties (par. 80). La responsabilité assumée par Aliments Maple Leaf visait non pas à protéger les activités commerciales des franchisés ou leurs intérêts en matière de réputation, mais à « s’assurer que les clients de Mr. Sub qui ont consommé des viandes PAM ne tombent pas malades ou ne meurent pas après en avoir mangé » (*ibid.*) Par conséquent, la perte subie par les franchisés n’était pas raisonnablement prévisible (par. 84).

[16] Considérant comme erronée l’analyse de l’obligation de diligence faite par la juge des motions, la Cour d’appel ne s’est pas demandé si les pertes pouvaient donner lieu à indemnisation pour cause de fourniture négligente d’un produit dangereux ou de mauvaise qualité (par. 87).

III. Analysis

A. *Pure Economic Loss in Negligence Law*

[17] As the lower courts recognized, the claims of the appellant and other Mr. Sub franchisees are for pure economic loss, in the form of lost profits, sales, capital value and goodwill. Pure economic loss is economic loss that is unconnected to a physical or mental injury to the plaintiff's person, or to physical damage to property (*Martel Building Ltd. v. Canada*, 2000 SCC 60, [2000] 2 S.C.R. 860, at para. 34; *D'Amato v. Badger*, [1996] 2 S.C.R. 1071, at para. 13; *Saadati v. Moorhead*, 2017 SCC 28, [2017] 1 S.C.R. 543, at para. 23). It is distinct, therefore, from *consequential* economic loss, being economic loss that results from damage to the plaintiff's rights, such as wage losses or costs of care incurred by someone physically or mentally injured, or the value of lost production caused by damage to machinery, or lost sales caused by damage to delivery vehicles.

[18] To recover for negligently caused loss, irrespective of the type of loss alleged, a plaintiff must prove all the elements of the tort of negligence: (1) that the defendant owed the plaintiff a duty of care; (2) that the defendant's conduct 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. To satisfy the element of damage, the loss sought to be recovered must be the result of an interference with a legally cognizable right. As Cardozo C.J. explained in *Palsgraf v. Long Island Railroad Co.*, 162 N.E. 99 (N.Y. 1928), "[n]egligence is not actionable unless it involves the invasion of a legally protected interest, the violation of a right" (p. 99; see also *Odhavji Estate v. Woodhouse*, 2003 SCC 69, [2003] 3 S.C.R. 263, at para. 45; *Livent*, at para. 30; R. Stevens, *Torts and Rights* (2007), at p. 24). It is well established that the law imposes liability for negligent interference with and injury to the rights in bodily integrity, mental health and property (*Saadati*, at para. 23, citing A. Ripstein, *Private Wrongs* (2016), at pp. 87

III. Analyse

A. *Perte purement financière en droit de la négligence*

[17] Comme les tribunaux de juridiction inférieure l'ont reconnu, les prétentions de l'appelante et des autres franchisés de Mr. Sub concernent une perte purement financière, constituée de pertes de profits, de ventes, de valeur en capital et de clientèle. La perte purement financière est une perte financière sans lien avec le préjudice corporel ou psychologique subi par le demandeur, ou le dommage matériel causé à un bien (*Martel Building Ltd. c. Canada*, 2000 CSC 60, [2000] 2 R.C.S. 860, par. 34; *D'Amato c. Badger*, [1996] 2 R.C.S. 1071, par. 13; *Saadati c. Moorhead*, 2017 CSC 28, [2017] 1 R.C.S. 543, par. 23). Elle est donc distincte de la perte financière *indirecte*, qui est la perte financière qui résulte d'un préjudice porté aux droits du demandeur, comme la perte de salaire ou le coût des soins engagé par la personne qui a subi un préjudice corporel ou psychologique, ou la valeur de la perte de production résultant de dommages à la machinerie ou encore la perte de ventes résultant de dommages aux véhicules de livraison.

[18] Pour être indemnisé d'une perte causée par la négligence, quel que soit le type de perte alléguée, le demandeur doit faire la preuve de tous les éléments constitutifs du délit de négligence, à savoir que : (1) le défendeur avait une obligation de diligence envers le demandeur; (2) le comportement du défendeur a contrevenu à la norme de diligence; (3) le demandeur a subi un préjudice; et (4) le préjudice a été causé, en fait et en droit, par le manquement du défendeur. Pour satisfaire à l'élément de préjudice, la perte à l'égard de laquelle une indemnisation est demandée doit résulter d'une atteinte à un droit susceptible d'être reconnu juridiquement. Comme le juge en chef Cardozo l'a expliqué dans l'arrêt *Palsgraf c. Long Island Railroad Co.*, 162 N.E. 99 (N.Y. 1928), [TRADUCTION] « [l]a négligence n'est susceptible d'action que si elle comporte une atteinte à un intérêt protégé en droit, la violation d'un droit » (p. 99; voir aussi *Succession Odhavji c. Woodhouse*, 2003 CSC 69, [2003] 3 R.C.S. 263, par. 45; *Livent*, par. 30; R. Stevens, *Torts and Rights* (2007), p. 24). Il est bien établi que le droit impose une responsabilité en cas

and 252-53). Recovery for injuries to these rights is grounded in the duty of care recognized in *Donoghue v. Stevenson*, [1932] A.C. 562 (H.L.).

[19] This explains why the common law has been slow to accord protection to purely economic interests. While this Court has recognized that pure economic loss may be recoverable in certain circumstances, there is no general right, in tort, protecting against the negligent or intentional infliction of pure economic loss. For example, economic loss caused by ordinary marketplace competition is not, without something more, actionable in negligence (*A.I. Enterprises Ltd. v. Bram Enterprises Ltd.*, 2014 SCC 12, [2014] 1 S.C.R. 177, at para. 31, citing *Mogul Steamship Company v. McGregor, Gow & Co.* (1889), 23 Q.B.D. 598 (C.A.), at p. 614, aff'd [1892] A.C. 25 (H.L.)). Such loss falls outside the scope of a plaintiff's legal rights — the loss is *damnum absque injuria* and unrecoverable (E. J. Weinrib, “The Disintegration of Duty” (2006), 31 *Adv. Q.* 212, at p. 226; D. Nolan, “Rights, Damage and Loss” (2017), 37 *Oxf. J. Leg. Stud.* 255, at pp. 262-68). Indeed, the essential goal of competition is to attract more business, which may mean taking business away from others. Absent a contractual or statutory entitlement, there is no right to a customer or to the quality of a bargain, let alone to a market share. As Taylor J.A. wrote for the British Columbia Court of Appeal in *Kripps v. Touche Ross & Co.* (1992), 94 D.L.R. (4th) 284, at p. 297:

It seems possible that pure economic loss *simpliciter* accounts for the overwhelming majority of all loss suffered by one person as a foreseeable and proximate result of the acts or omissions of another . . . This must necessarily be so in a free market for goods and services, employment and investment, and the continuing struggle for property, promotion and profit.

d'atteinte et de préjudice portés par négligence aux droits sur l'intégrité corporelle, la santé mentale et la propriété (*Saadati*, par. 23, citant A. Ripstein, *Private Wrongs* (2016), p. 87 et 252-253). L'indemnisation pour un préjudice porté à ces droits repose sur l'obligation de diligence reconnue dans l'arrêt *Donoghue c. Stevenson*, [1932] A.C. 562 (H.L.).

[19] Cela explique pourquoi la common law a mis du temps à accorder une protection aux intérêts purement financiers. Bien que notre Cour ait reconnu que la perte purement financière peut être indemnisable dans certaines circonstances, il n'existe aucun droit général, en responsabilité délictuelle, à une protection contre la perte purement financière causée par négligence ou de façon intentionnelle. Par exemple, la perte financière causée par la concurrence qui s'exerce normalement dans le marché n'est pas, à elle seule, susceptible d'action en négligence (*A.I. Enterprises Ltd. c. Bram Enterprises Ltd.*, 2014 CSC 12, [2014] 1 R.C.S. 177, par. 31, citant *Mogul Steamship Company c. McGregor, Gow & Co.* (1889), 23 Q.B.D. 598 (C.A.), p. 614, conf. par [1892] A.C. 25 (H.L.)). Une telle perte n'entre pas dans le cadre des droits juridiques du demandeur — la perte est donc *damnum absque injuria* et non indemnisable (E. J. Weinrib, « The Disintegration of Duty » (2006), 31 *Adv. Q.* 212, p. 226; D. Nolan, « Rights, Damage and Loss » (2017), 37 *Oxf. J. Leg. Stud.* 255, p. 262-268). D'ailleurs, l'objectif essentiel de la concurrence est d'accroître ses activités commerciales, ce qui peut vouloir dire de s'approprier celles d'autres. En l'absence de droit établi par contrat ou par la loi, il n'existe aucun droit à un client ou à la qualité d'une affaire, et encore moins à une part de marché. Comme l'écrivait le juge Taylor de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique, dans l'arrêt *Kripps c. Touche Ross & Co.* (1992), 94 D.L.R. (4th) 284, p. 297 :

[TRADUCTION] Il semble possible qu'une perte purement financière *simpliciter* représente la très grande majorité des pertes subies par une personne en ce qu'elle résulte de façon prévisible et immédiate des actes ou omissions d'une autre personne [. . .] Il faut nécessairement qu'il en soit ainsi dans le contexte d'un libre marché des biens et des services, de l'emploi et de l'investissement, et de la lutte permanente pour la propriété, la promotion et le profit.

[20] Citing the work of Professor Feldthusen (B. Feldthusen, “Economic Loss in the Supreme Court of Canada: Yesterday and Tomorrow” (1991), 17 *Can. Bus. L.J.* 356, at pp. 357-58; B. Feldthusen, *Economic Negligence: The Recovery of Pure Economic Loss* (2nd ed. 1989), at para. 200 (currently in its sixth edition)), this Court has applied a classificatory scheme that identifies four categories of pure economic loss that can arise between private parties (*Canadian National Railway Co. v. Norsk Pacific Steamship Co.*, [1992] 1 S.C.R. 1021, at p. 1049; *Winnipeg Condominium*, at para. 12).¹ In *Livent*, the Court effectively reduced the categories to three, by its treatment of two of the previously stated categories — negligent misrepresentation, and negligent performance of a service — as a single kind of pure economic loss. This made sense, because the considerations that inform the proximity analysis are identical for both. In particular, the same two factors — the defendant’s undertaking, and the plaintiff’s reliance — are in such cases determinative of the proximity analysis (para. 30), upon which we will elaborate below.

[21] The current categories of pure economic loss incurred between private parties are, therefore:

- (1) negligent misrepresentation or performance of a service;
- (2) negligent supply of shoddy goods or structures; and
- (3) relational economic loss.

The distinguishing feature among each of these categories is that they describe how the loss occurred. Focussing exclusively upon how the loss occurs can, however, put strain on the analysis by obfuscating both fundamental differences and similarities among cases of pure economic loss (J. Stapleton, “Duty of Care and Economic Loss: A Wider Agenda” (1991), 107 *Law Q. Rev.* 249, at pp. 262 and 284). Further,

¹ A fifth category, “the independent liability of statutory public authorities”, as the name makes clear, arises not between private parties but between a statutory public authority and private parties.

[20] Citant les travaux du professeur Feldthusen (B. Feldthusen, « Economic Loss in the Supreme Court of Canada : Yesterday and Tomorrow » (1991), 17 *Rev. can. dr. comm.* 356, p. 357-358; B. Feldthusen, *Economic Negligence : The Recovery of Pure Economic Loss* (2^e éd. 1989), par. 200 (actuellement en sa sixième édition)), notre Cour a appliqué un régime de classification établissant quatre catégories de perte purement financière susceptible d’être subie entre des parties privées (*Cie des chemins de fer nationaux du Canada c. Norsk Pacific Steamship Co.*, [1992] 1 R.C.S. 1021, p. 1049; *Winnipeg Condominium*, par. 12)¹. Dans l’arrêt *Livent*, la Cour a de fait ramené à trois ces catégories, en traitant deux d’entre elles — la déclaration inexacte faite par négligence et la prestation négligente d’un service — comme un seul type de perte purement financière. Cela était logique parce que les considérations qui éclairent l’analyse du lien de proximité sont les mêmes pour ces deux catégories. En particulier, les deux mêmes facteurs — l’engagement pris par le défendeur et le fait pour le demandeur de s’y fier — sont dans de tels cas déterminants pour l’analyse du lien de proximité (par. 30), sur laquelle nous nous attarderons plus loin.

[21] Voici donc les catégories actuelles de perte purement financière subie entre parties privées :

- (1) la déclaration inexacte faite par négligence ou la prestation négligente d’un service;
- (2) la fourniture négligente de marchandises ou de structures de mauvaise qualité;
- (3) la perte financière relationnelle.

Ce qui distingue ces catégories est que chacune d’elles décrit comment la perte a eu lieu. Le fait de se concentrer exclusivement sur la façon dont la perte se produit peut toutefois nuire à l’analyse en ce que les différences et les similitudes fondamentales des affaires de perte purement financière pourraient s’en trouver obscurcies (J. Stapleton, « Duty of Care and Economic Loss : A Wider Agenda » (1991),

¹ Une cinquième catégorie, « la responsabilité indépendante des autorités publiques légales », vise le cas où, comme son nom l’indique clairement, la perte est subie non pas entre parties privées, mais entre une autorité publique légale et des parties privées.

it obscures the starting point in a principled analysis of an action in negligence, which is to identify what rights are at stake and whether a reciprocal duty of care exists (*Livent*, at para. 30). It is proximity, and not a template of how a loss factually occurred, that remains a “controlling concept” and a “foundation of the modern law of negligence” (*Norsk*, at p. 1152; *Design Services Ltd. v. Canada*, 2008 SCC 22, [2008] 1 S.C.R. 737, at para. 25).

[22] Properly understood, then, these categories are simply “analytical tools” that “provide greater structure to a diverse range of factual situations . . . that raise similar . . . concerns” (*Martel*, at para. 45; *Design Services*, at para. 31). Organizing cases in this way was and is therefore done for ease of analysis in ensuring that courts treat like cases alike. The fact that a claim arises from a particular kind of pure economic loss does not necessarily signify that such loss is recoverable.² Where the loss *is* recoverable, however, this Court has clarified that the decided cases within these categories should be regarded as reflecting particular kinds of proximate relationships (*Cooper*, at para. 36; *Livent*, at paras. 26-27). But to be clear, the invocation of a category, *by itself*, offers no substitute for the necessary examination that must take place “of the particular relationship at issue in each case” between the plaintiff and the defendant (*Livent*, at para. 28; see also *Dorset Yacht Co. v. Home Office*, [1970] A.C. 1004 (H.L.), at p. 1038). In other words, what matters is whether the requirements for imposing a duty of care are satisfied — and, in particular, whether the parties were at the time of the loss in a sufficiently proximate relationship. Where they are, it may be because the relationship falls within a previously established

² Indeed, this Court has said that relational economic loss is recoverable only in “exceptional” circumstances (*Bow Valley Husky (Bermuda) Ltd. v. Saint John Shipbuilding Ltd.*, [1997] 3 S.C.R. 1210, at para. 44). And, as we make clear below, merely “shoddy” construction does not support recovery under tort law. Rather, the limited nature of the duty of care in such circumstances operates to confine recovery to the cost of removing *only* such defects that pose a *real and substantial danger* to persons or property.

107 *Law Q. Rev.* 249, p. 262 et 284). De plus, cela embrouille le point de départ d’une analyse raisonnée d’une action en négligence, lequel consiste à déterminer quels droits sont en jeu et s’il existe une obligation réciproque de diligence (*Livent*, par. 30). C’est le lien de proximité, et non un modèle de la manière dont une perte s’est produite dans les faits, qui demeure une « notion déterminante » et un « fondement du droit moderne de la négligence » (*Norsk*, p. 1152; *Design Services Ltd. c. Canada*, 2008 CSC 22, [2008] 1 R.C.S. 737, par. 25).

[22] Interprétées correctement, ces catégories constituent donc simplement des « outils d’analyse » qui « prévoi[ent] un cadre plus large adapté à une gamme variée de situations factuelles [. . .] qui soulèvent des questions [. . .] semblables » (*Martel*, par. 45; *Design Services*, par. 31). Organiser ainsi les affaires était et est donc destiné à faciliter l’analyse en faisant en sorte que les tribunaux traitent les affaires semblables de façon semblable. Le fait qu’une réclamation découle d’un type particulier de perte purement financière ne signifie pas nécessairement que cette perte est indemnisable². Cependant, lorsque la perte *est* indemnisable, la Cour a précisé que les affaires déjà jugées qui relèvent de ces catégories devraient être considérées comme reflétant des types particuliers de liens de proximité (*Cooper*, par. 36; *Livent*, par. 26-27). Toutefois, pour être clair, le fait d’invoquer une catégorie ne saurait *en soi* remplacer l’examen nécessaire, « dans chaque cas, [. . .] du lien particulier en cause » entre le demandeur et le défendeur (*Livent*, par. 28; voir aussi *Dorset Yacht Co. c. Home Office*, [1970] A.C. 1004 (H.L.), p. 1038). Autrement dit, ce qui importe est de savoir si les conditions pour imposer une obligation de diligence sont remplies — et, en particulier, s’il existait, au moment de la perte, un lien de proximité suffisant

² En fait, notre Cour a dit que la perte financière relationnelle n’est indemnisable que dans des circonstances « exceptionnelles » (*Bow Valley Husky (Bermuda) Ltd. c. Saint John Shipbuilding Ltd.*, [1997] 3 R.C.S. 1210, par. 44). De plus, comme nous l’expliquerons clairement plus loin, la simple construction « de mauvaise qualité » ne justifie pas une indemnisation en droit de la responsabilité délictuelle. La nature limitée de l’obligation de diligence en pareilles circonstances fait plutôt en sorte que l’indemnité se limite au coût que représente l’enlèvement des seuls vices qui présentent un *danger réel et important* pour les personnes ou les biens.

category of relationship in which the requisite qualities of closeness and directness were found, or is analogous thereto (*Livent*, at para. 26; see also *Childs v. Desormeaux*, 2006 SCC 18, [2006] 1 S.C.R. 643, at para. 15; *Mustapha v. Culligan of Canada Ltd.*, 2008 SCC 27, [2008] 2 S.C.R. 114, at para. 5). Or, a plaintiff may seek to establish a “novel” duty of care after undertaking a full *Anns/Cooper* analysis.

[23] With respect, the appellant’s submissions reflect a misunderstanding of the significance of the categories of pure economic loss. The appellant argues that a duty of care in this case “is established through the application of two well-established categories of recovery for pure economic loss [of] negligent misrepresentation or negligent performance of a service, and negligent supply of dangerous goods” (A.F., at para. 50). Again, a duty of care cannot be established by showing that a claim fits within a category of *pure economic loss*. It is necessary to determine whether the appellant’s alleged loss represents an injury to a right that can be the subject of recovery in tort law and possesses the requisite factors to support a finding of *proximity* under that category. We repeat: the manner in which pure economic loss is said to have occurred or how that loss has been catalogued within the categories of pure economic loss does not signify that the defendant whose negligence caused that loss owes the plaintiff a duty of care. The relevant “category” for the purpose of supporting a duty of care is that of *proximity of relationship*. Meaning, what is necessary to support a duty of care is that the relationship between a plaintiff and a defendant bear the requisite closeness and directness, such that it falls within a previously established category of *proximity* or is analogous to one (*Livent*, at para. 26; see also *Childs*, at para. 15; *Mustapha*, at para. 5).

entre les parties. Si tel est le cas, c’est peut-être parce que la relation en cause relève d’une catégorie de lien déjà établie, dont le caractère étroit et direct requis a été constaté, ou présente une analogie avec celle-ci (*Livent*, par. 26; voir aussi *Childs c. Desormeaux*, 2006 CSC 18, [2006] 1 R.C.S. 643, par. 15; *Mustapha c. Culligan du Canada Ltée*, 2008 CSC 27, [2008] 2 R.C.S. 114, par. 5). Sinon, un demandeur peut essayer d’établir une « nouvelle » obligation de diligence après avoir procédé à l’analyse exhaustive exposée dans les arrêts *Anns* et *Cooper*.

[23] Soit dit en tout respect, les observations de l’appelante reflètent une conception erronée de l’importance des catégories de perte purement financière. L’appelante soutient que l’existence d’une obligation de diligence en l’espèce [TRADUCTION] « est établie par l’application de deux catégories bien établies d’indemnisation pour perte purement financière [que sont] la déclaration inexacte faite par négligence ou la prestation négligente d’un service, et la fourniture négligente de marchandises dangereuses » (m.a, par. 50). Encore une fois, il n’est pas possible d’établir l’existence d’une obligation de diligence en démontrant qu’une réclamation relève d’une catégorie de *perte purement financière*. Il est nécessaire de déterminer si la perte alléguée par l’appelante représente un préjudice porté à un droit pouvant faire l’objet d’une indemnisation en droit de la responsabilité délictuelle et possède les éléments requis pour justifier une conclusion de *lien de proximité* au titre de cette catégorie. Nous le répétons : la manière dont la perte purement financière se serait produite ou dont cette perte a été classée dans les catégories de perte purement financière ne signifie pas que le défendeur dont la négligence a causé cette perte a une obligation de diligence envers le demandeur. La « catégorie » pertinente lorsqu’il s’agit d’étayer une obligation de diligence est celle de la *proximité du lien*. En d’autres termes, pour étayer une obligation de diligence, il faut que le lien entre le demandeur et le défendeur présente le caractère étroit et direct requis, de sorte qu’il relève d’une catégorie déjà établie de *lien de proximité* ou présente une analogie avec celle-ci (*Livent*, par. 26; voir également *Childs*, par. 15; *Mustapha*, par. 5).

B. Standard of Review

[24] Maple Leaf Foods argues that the standard of review to be applied to a motion judge’s decision on duty of care is that of correctness. As the question of whether Maple Leaf Foods owed the appellant a duty of care is a question of law, we agree (*Galaske v. O’Donnell*, [1994] 1 S.C.R. 670, at p. 690; *Rankin (Rankin’s Garage & Sales) v. J.J.*, 2018 SCC 19, [2018] 1 S.C.R. 587, at para. 19; L. N. Klar and C. S. G. Jefferies, *Tort Law* (6th ed. 2017), at pp. 210-11 and fn. 60; A. M. Linden et al., *Canadian Tort Law* (11th ed. 2018), at §6.2). Duty in tort law is “a general notion describing a class or type of case, not a particular fact situation” (A. M. Linden and B. Feldthusen, *Canadian Tort Law* (10th ed. 2015), at §9.57). That this is so becomes readily apparent when one considers that the existence of a duty of care is a preliminary question, typically answered when “the facts are not yet known to a sufficiently specific degree because breach of the standard of care and causation have not been addressed” (Linden et al., at §7.3). It follows that *each* component of the *Anns/Cooper* analysis supporting a *prima facie* duty — proximity of relationship and reasonable foreseeability of injury (*Livent*, at paras. 20 and 23) — raises questions of law (Klar and Jefferies, at pp. 210-11 and fn. 60).

[25] The implications of this standard of review for the duty analysis, and particularly for its constituent inquiry into reasonable foreseeability of injury, was considered by this Court in *Stewart v. Pettie*, [1995] 1 S.C.R. 131:

The question of whether a duty of care exists is a question of the relationship between the parties, not a question of conduct. . . . The point is made by Fleming, in his book *The Law of Torts* (8th ed. 1992), at pp. 105-6:

B. Norme de contrôle

[24] Aliments Maple Leaf soutient que la norme de contrôle applicable à la décision d’un juge des motions sur l’obligation de diligence est celle de la décision correcte. Comme la question de savoir si Aliments Maple Leaf avait une obligation de diligence envers l’appelante est une question de droit, nous sommes d’accord (*Galaske c. O’Donnell*, [1994] 1 R.C.S. 670, p. 690; *Rankin (Rankin’s Garage & Sales) c. J.J.*, 2018 CSC 19, [2018] 1 R.C.S. 587, par. 19; L. N. Klar et C. S. G. Jefferies, *Tort Law* (6^e éd. 2017), p. 210-211 et note 60; A. M. Linden et autres, *Canadian Tort Law* (11^e éd. 2018), §6.2). En droit de la responsabilité délictuelle, l’obligation de diligence est [TRADUCTION] « une notion générale qui renvoie à une catégorie ou à un type de causes, et non à une situation de fait particulière » (A. M. Linden et B. Feldthusen, *Canadian Tort Law* (10^e éd. 2015), §9.57). Cela devient clairement évident lorsque l’on considère que l’existence d’une obligation de diligence est une question préliminaire, à laquelle on peut généralement répondre lorsque [TRADUCTION] « les faits ne sont pas encore connus à un degré suffisamment précis parce que le manquement à la norme de diligence et le lien de causalité n’ont pas été examinés » (Linden et autres, §7.3). Il s’ensuit que *chaque* élément de l’analyse issue des arrêts *Anns* et *Cooper* qui étaye l’existence d’une obligation *prima facie* — proximité du lien et prévisibilité raisonnable du préjudice (*Livent*, par. 20 et 23) — soulève des questions de droit (Klar et Jefferies, p. 210-211 et note 60).

[25] Dans l’arrêt *Stewart c. Pettie*, [1995] 1 R.C.S. 131, la Cour s’est penchée sur les incidences de cette norme de contrôle sur l’analyse de l’obligation de diligence, et plus particulièrement sur son examen fondamental de la prévisibilité raisonnable du préjudice :

La question de savoir s’il existe une obligation de diligence relève de la relation entre les parties, et non d’un comportement. [. . .] C’est ce que Fleming indique dans son ouvrage intitulé *The Law of Torts* (8^e éd. 1992), aux pp. 105 et 106 :

. . . In the first place, the duty issue is already sufficiently complex without fragmenting it further to cover an endless series of details of conduct. “Duty” is more appropriately reserved for the problem of whether the relation between the parties (like manufacturer and consumer or occupier and trespasser) warrants the imposition upon one of an obligation of care for the benefit of the other, and it is more convenient to deal with individual conduct in terms of the legal standard of what is required to meet that obligation. . . . It is for the court to determine the existence of a duty relationship and to lay down in general terms the standard of care by which to measure the defendant’s conduct [Emphasis added; para. 32.]

[26] The proper inquiry is therefore *not* into whether *the loss* suffered by *a particular plaintiff* could have been foreseen, but whether *the type of injury* to *a class of persons, within which the plaintiff falls*, could have been foreseen (*Hill v. Hamilton-Wentworth Regional Police Services Board*, 2007 SCC 41, [2007] 3 S.C.R. 129, at paras. 32-33; *Livent*, at para. 78; *Linden et al.*, at §7.4; *Galaske*, at p. 691). And again, *this* question is a question of law.

C. *The Appellant’s Claims*

[27] As we have already recounted, the appellant says that it and other Mr. Sub franchisees are owed a duty of care by the manufacturer Maple Leaf to provide RTE meats fit for consumption, such that they may recover lost profits, sales, capital value and goodwill when their supply is disrupted by the recall of the meat products.

[28] Respectfully, we have found it somewhat difficult to pinpoint with precision the legal bases on which the appellant grounds this duty. In the circumstances, and to treat as fairly as possible the appellant’s claim, we first of all assume that its arguments are concerned with categories of *proximate relationships* and not categories of *pure economic loss*. The appellant appears to propose, as we have also recounted, three different pathways to impressing

[TRADUCTION] . . . Premièrement, la question de l’obligation est déjà suffisamment complexe sans qu’on la fractionne encore plus pour viser une série sans fin de détails relatifs au comportement. L’« obligation » est plus justement réservée à la question de savoir si la relation entre les parties (comme le fabricant et le consommateur ou l’occupant et l’intrus) justifie l’imposition à l’une de l’obligation de diligence au profit de l’autre. En outre, il convient davantage de considérer le comportement individuel en fonction de la norme juridique de ce qui est requis pour satisfaire à cette obligation. [. . .] Il appartient à la cour de déterminer l’existence d’une relation découlant d’une obligation et de définir en termes généraux la norme de diligence qui servira à apprécier le comportement du défendeur . . . [Nous soulignons; par. 32.]

[26] Il convient de se demander *non pas* si la *perte* subie par *un demandeur donné* aurait pu être prévue, mais bien si *le type de préjudice* causé à une *catégorie de personnes, dont fait partie le demandeur*, aurait pu être prévu (*Hill c. Commission des services policiers de la municipalité régionale de Hamilton-Wentworth*, 2007 CSC 41, [2007] 3 R.C.S. 129, par. 32-33; *Livent*, par. 78; *Linden et autres*, §7.4; *Galaske*, p. 691). Encore une fois, *cette* question est une question de droit.

C. *Les prétentions de l’appelante*

[27] Comme nous l’avons déjà souligné, l’appelante soutient que la fabricante Aliments Maple Leaf a une obligation de diligence envers elle et les autres franchisés de Mr. Sub consistant à fournir des viandes PAM propres à la consommation, et que pour cette raison, ils peuvent être indemnisés des pertes de profits, de ventes, de valeur en capital et de clientèle qu’ils subissent lorsque leur approvisionnement est interrompu par le rappel des produits de viande.

[28] En toute déférence, nous avons trouvé quelque peu difficile de cerner avec précision les fondements juridiques sur lesquels l’appelante fonde cette obligation. Dans les circonstances, et afin de traiter le plus équitablement possible le recours de l’appelante, nous supposons tout d’abord que ses arguments portent sur des catégories de *liens de proximité* et non pas sur des catégories de *perte purement financière*. L’appelante semble proposer,

Maple Leaf Foods with a duty of care: first, under the principles of *Livent* governing negligent misrepresentation and negligent performance of a service; secondly, under the parameters of the duty of care recognized in *Winnipeg Condominium* — and subsequent cases — involving the negligent supply of shoddy goods or structures; and thirdly, based on the recognition of a novel duty of care.

(1) Negligent Misrepresentation or Performance of a Service

[29] In *Livent*, this Court restated the analytical framework governing cases of negligent misrepresentation or performance of a service. In doing so, it brought the analytical approach in such cases into accord with the refined *Anns/Cooper* framework laid out in *Cooper*. Previously, the duty analysis had been stated in *Hercules Managements Ltd. v. Ernst & Young*, [1997] 2 S.C.R. 165, which grounded a *prima facie* duty of care on mere foreseeability of injury. *Cooper*, however, “signalled a shift from th[at] test” (*Livent*, at para. 22; see also para. 23).

[30] Under the *Anns/Cooper* framework, a *prima facie* duty of care is established by the conjunction of proximity of relationship and foreseeability of injury. As this Court affirmed, “foreseeability alone” is insufficient to ground the existence of a duty of care. Rather, a duty arises only where a relationship of “proximity” obtains (*Cooper*, at paras. 22 and 30-32; see also *Livent*, at para. 23). Whether a proximate relationship exists between two parties at large, or inheres only for particular purposes or in relation to particular actions, will depend on the nature of the relationships at issue (*Livent*, at para. 27). It may also depend on the nature of the particular kind of pure economic loss alleged.

comme nous l’avons également mentionné, trois voies différentes pour imputer à Aliments Maple Leaf une obligation de diligence : premièrement, en vertu des principes établis dans l’arrêt *Livent* en matière de déclaration inexacte faite par négligence et de prestation négligente d’un service; deuxièmement, en vertu des paramètres relatifs à l’obligation de diligence reconnus dans l’arrêt *Winnipeg Condominium* — et les jugements subséquents — en cas de fourniture négligente de marchandises ou de structures de mauvaise qualité; et troisièmement, en fonction de la reconnaissance d’une nouvelle obligation de diligence.

(1) Déclaration inexacte faite par négligence ou prestation négligente d’un service

[29] Dans l’arrêt *Livent*, la Cour a reformulé le cadre d’analyse régissant les affaires de déclaration inexacte faite par négligence ou de prestation négligente d’un service. Ce faisant, elle a arrimé la méthode d’analyse appliquée dans de tels cas avec le cadre d’analyse précisé des arrêts *Anns* et *Cooper* ayant été exposé dans *Cooper*. L’analyse de l’obligation de diligence avait auparavant été énoncée dans l’arrêt *Hercules Managements Ltd. c. Ernst & Young*, [1997] 2 R.C.S. 165, lequel fondait une obligation de diligence *prima facie* sur la simple prévisibilité du préjudice. L’arrêt *Cooper* s’est toutefois « éloign[é] [de ce] critère » (*Livent*, par. 22; voir aussi par. 23).

[30] Suivant le cadre d’analyse des arrêts *Anns* et *Cooper*, une obligation de diligence *prima facie* est établie par la combinaison de deux éléments : la proximité du lien et la prévisibilité du préjudice. Comme l’a affirmé notre Cour, la « prévisibilité ne suffit pas à elle seule » pour fonder l’existence d’une obligation de diligence. Il n’y a obligation que s’il existe un lien de « proximité » (*Cooper*, par. 22 et 30-32; voir aussi *Livent*, par. 23). La réponse à la question de savoir si un lien de proximité existe entre deux parties en général ou seulement à des fins particulières, ou relativement à des actes en particulier, dépendra de la nature des relations en cause (*Livent*, par. 27). Elle peut aussi dépendre de la nature du type particulier de perte purement financière alléguée.

[31] A party may seek “to base a finding of proximity upon a previously established or analogous category” (*Livent*, at para. 28). But where no established proximate relationship can be identified, courts must undertake a full proximity analysis in order to determine whether the *close and direct* relationship — which this Court has repeatedly affirmed to be the hallmark of the common law duty of care — exists in the circumstances of the case (*ibid.*, at para. 29; *Saadati*, at para. 24; *Cooper*, at para. 32).

[32] In cases of negligent misrepresentation or performance of a service, two factors are *determinative* of whether proximity is established: the defendant’s undertaking, and the plaintiff’s reliance (*Livent*, at para. 30). Specifically, “[w]here the defendant undertakes to provide a representation or service in circumstances that invite the plaintiff’s reasonable reliance, the defendant becomes obligated to take reasonable care”, and “the plaintiff has a right to rely on the defendant’s undertaking to do so” (*ibid.*). “These corollary rights and obligations”, the Court added, “create a relationship of proximity” (*ibid.*). In other words, the proximate relationship is formed when the defendant undertakes responsibility which invites reasonable and detrimental reliance by the plaintiff upon the defendant for that purpose (P. Benson, “Should *White v Jones* Represent Canadian Law: A Return to First Principles”, in J. W. Neyers, E. Chamberlain and S. G. A. Pitel, eds., *Emerging Issues in Tort Law* (2007), 141, at p. 166).

[33] Taking *Cooper* and *Livent* together, then, this Court has emphasized the requirement of proximity within the duty analysis, and has tied that requirement in cases of negligent misrepresentation or performance of a service to the defendant’s undertaking of responsibility and its inducement of reasonable and detrimental reliance in the plaintiff. Framing the analysis in this manner also illuminates the legal interest being protected and, therefore, the right sought to be vindicated by such claims. When a defendant undertakes to represent a state of affairs or to otherwise do something, it assumes the task of doing so reasonably, thereby manifesting an intention to induce the plaintiff’s reliance upon the defendant’s exercise of reasonable care in carrying out the task.

[31] Une partie peut chercher « à fonder l’existence d’un lien de proximité sur une catégorie déjà établie ou analogue » (*Livent*, par. 28). Cependant, si aucun lien de proximité établi ne peut être constaté, le tribunal doit se livrer à une analyse exhaustive du lien de proximité afin de déterminer si le lien *étroit et direct* — dont la Cour a dit à maintes reprises qu’il caractérise l’obligation de diligence en common law — existe dans les circonstances de l’affaire (*ibid.*, par. 29; *Saadati*, par. 24; *Cooper*, par. 32).

[32] En cas de déclaration inexacte faite par négligence ou de prestation négligente de service, deux facteurs sont *déterminants* quant à savoir si un lien de proximité est établi : l’engagement pris par le défendeur et le fait pour le demandeur de s’y fier (*Livent*, par. 30). Plus précisément, « [l]orsqu’il s’engage à fournir une déclaration ou un service dans des circonstances qui invitent à la confiance raisonnable du demandeur, le défendeur est tenu d’agir avec diligence raisonnable, et le demandeur a le droit de se fier à l’engagement pris par le défendeur » (*ibid.*). « Ce sont ces droits et ces obligations corollaires qui créent un lien de proximité », a ajouté la Cour (*ibid.*). En d’autres mots, le lien de proximité se forme lorsque le défendeur assume une responsabilité qui invite le demandeur à lui accorder raisonnablement et à son détriment sa confiance à cette fin (P. Benson, « Should *White v Jones* Represent Canadian Law : A Return to First Principles », dans J. W. Neyers, E. Chamberlain et S. G. A. Pitel, dir., *Emerging Issues in Tort Law* (2007), 141, p. 166).

[33] Ainsi, considérant ensemble les arrêts *Cooper* et *Livent*, la Cour a mis l’accent sur l’exigence du lien de proximité dans le cadre de l’analyse de l’obligation de diligence, et elle a, dans les cas de déclaration inexacte faite par négligence ou de prestation négligente de service, rattaché cette exigence à la responsabilité assumée par le défendeur et au fait que celle-ci incite le demandeur à accorder raisonnablement et à son détriment sa confiance. Articuler l’analyse de cette façon permet aussi de mettre en lumière l’intérêt juridique qui est protégé et, partant, le droit que l’on cherche à faire valoir dans de telles affaires. Lorsqu’un défendeur s’engage à présenter un état des lieux ou à autrement faire quelque chose, il s’engage à le faire raisonnablement et

And where the inducement has that intended effect — that is, where the plaintiff reasonably relies, it alters its position, possibly foregoing alternative and more beneficial courses of action that were available at the time of the inducement. That is, the plaintiff may show that the defendant’s inducement caused the plaintiff to relinquish its pre-reliance position and suffer economic detriment as a consequence.

[34] In other words, it is *the intended effect* of the defendant’s undertaking upon the plaintiff’s autonomy that brings the defendant into a relationship of proximity, and therefore of duty, with the plaintiff. Where that effect works to the plaintiff’s detriment, it is a wrong to the plaintiff. Having deliberately solicited the plaintiff’s reliance as a reasonable response, the defendant cannot in justice disclaim responsibility for any economic loss that the plaintiff can show was caused by such reliance. The plaintiff’s pre-reliance circumstance has become “an entitlement that runs against the defendant” (Weinrib, at p. 230).

[35] That entitlement, however, operates only so far as the undertaking goes. As this Court cautioned in *Livent*, “[r]ights, like duties, are . . . not limitless. Any reliance on the part of the plaintiff which falls outside of the scope of the defendant’s undertaking of responsibility — that is, of the purpose for which the representation was made or the service was undertaken — necessarily falls outside the scope of the proximate relationship and, therefore, of the defendant’s duty of care” (para. 31, citing Weinrib, and A. Beever, *Rediscovering the Law of Negligence* (2007), at pp. 293-94). This “end and aim” rule precludes imposing liability upon a defendant for loss arising where the plaintiff’s reliance falls outside the purpose of the defendant’s undertaking. *Livent* makes clear, then, that considerations of undertaking and reliance furnish not only a principled basis for drawing the line in cases of negligent misrepresentation or

exprime ainsi son intention d’inciter le demandeur à se fier au fait qu’il s’acquittera de cette tâche avec diligence raisonnable. Et lorsque l’incitation a cet effet recherché — soit lorsque, de manière raisonnable, le demandeur accorde sa confiance, sa situation change en ce qu’il renonce possiblement aux autres moyens d’action, plus avantageux, s’offrant à lui au moment de l’incitation. Ce qui veut dire que le demandeur peut démontrer qu’en l’incitant à lui faire confiance, le défendeur l’a amené à renoncer à la situation dans laquelle il se trouvait avant qu’il ne lui accorde sa confiance et qu’il a de ce fait subi un préjudice financier.

[34] En d’autres mots, c’est *l’effet recherché* de l’engagement pris par le défendeur sur l’autonomie du demandeur qui fait en sorte que le défendeur a un lien de proximité avec le demandeur et qu’il a donc une obligation envers lui. Lorsque cet effet joue au détriment du demandeur, c’est un tort causé à ce dernier. Comme il a délibérément invité le demandeur à lui accorder raisonnablement sa confiance, le défendeur ne saurait en toute justice décliner toute responsabilité pour la perte financière dont le demandeur peut prouver qu’elle a été causée par cette confiance. La situation dans laquelle le demandeur se trouvait avant de faire confiance au défendeur est devenue un [TRADUCTION] « droit qui joue contre le défendeur » (Weinrib, p. 230).

[35] Ce droit ne va toutefois pas plus loin que l’engagement. Comme l’a précisé la Cour dans l’arrêt *Livent*, « tout comme les obligations, les droits ne sont pas illimités. Toute décision de la part du demandeur de se fier à l’engagement qui excède la portée de la responsabilité assumée par le défendeur — à savoir, qui est étrangère à l’objet de la déclaration ou du service qu’il s’est engagé à fournir — excède nécessairement le cadre du lien de proximité et, par conséquent, celui de l’obligation de diligence qui incombe au défendeur » (par. 31, citant Weinrib, et A. Beever, *Rediscovering the Law of Negligence* (2007), p. 293-294). Cette règle de « l’objet » ne permet pas d’imposer au défendeur la responsabilité d’une perte qui se produit lorsque la confiance du demandeur excède l’objet de l’engagement pris par le défendeur. Il ressort donc clairement de l’arrêt *Livent* que les considérations relatives à l’engagement et au fait de

performance of a service between duty and no-duty, but also for delineating the scope of the duty in particular cases, based upon the purpose for which the defendant undertakes responsibility. Reliance that exceeds the purpose of the defendant's undertaking is not reasonable, and therefore not foreseeable (para. 35).

[36] It follows from the foregoing that the allegations advanced on behalf of Mr. Sub franchisees of negligent misrepresentation require us to direct our attention to whether an undertaking of responsibility on the part of Maple Leaf Foods had the effect of inducing foreseeable, reasonable and detrimental reliance on the part of Mr. Sub franchisees.

[37] The appellant says that Maple Leaf Foods undertook to provide RTE meats fit for human consumption (and, relatedly, that these meats were safe). That this is so is supported, it says, by Maple Leaf Foods' reputation for product quality and safety, and by its public motto "We Take Care" (A.F., at para. 60; see also paras. 53 and 59).

[38] But as we have also canvassed (at paras. 32-34), it is not enough to show that a defendant made an undertaking. Again, an undertaking of responsibility, where it induces foreseeable and reasonable reliance, is formative of *a relationship* of proximity between two parties. We must therefore consider whether this undertaking, if made, was made *to Mr. Sub franchisees*, and *for what purpose*. Reliance on the part of the franchisees which falls outside the scope and purpose of that representation is neither foreseeable nor reasonable (*Livent*, at para. 31) and therefore does not connote a proximate relationship. The appellant attempts to address this requirement by pointing *not* to Mr. Sub franchisees' *reliance*, but instead back to *the undertaking*, saying that the franchisees' reliance was "on the basis that customers could trust that [the]

se fier à cet engagement fournissent un fondement rationnel pour l'établissement d'une ligne de démarcation dans les affaires de déclaration inexacte faite par négligence ou de prestation négligente d'un service entre les cas où il existe une obligation et ceux où il n'en existe pas, mais aussi pour la délimitation de la portée de l'obligation dans certains cas particuliers, selon l'objet de la responsabilité assumée par le défendeur. La confiance qui excède l'objet de l'engagement du défendeur n'est pas raisonnable et elle n'est donc pas prévisible (par. 35).

[36] Il découle de ce qui précède que les allégations de déclaration inexacte faite par négligence formulées pour le compte des franchisés de Mr. Sub nous obligent à nous demander si la responsabilité assumée par Aliments Maple Leaf a eu pour effet d'inciter les franchisés de Mr. Sub à accorder de façon prévisible, raisonnable et à leur détriment leur confiance.

[37] L'appelante affirme qu'Aliments Maple Leaf s'est engagée à fournir des viandes PAM qui soient propres à la consommation humaine (et, dans le même ordre d'idées, à ce que ces viandes soient sûres). Cette affirmation trouve appui, dit-elle, dans la réputation dont jouit Aliments Maple Leaf quant à la qualité et à l'innocuité de ses produits, et dans sa devise publique « Toujours de notre mieux » (m.a., par. 60; voir aussi par. 53 et 59).

[38] Or, comme nous l'avons vu aussi (par. 32-34), il ne suffit pas de prouver que le défendeur a pris un engagement. Rappelons que le fait d'assumer une responsabilité, qui incite à une confiance prévisible et raisonnable, crée *un lien* de proximité entre deux parties. Nous devons donc déterminer si cet engagement, s'il a été pris, a été pris *envers les franchisés de Mr. Sub*, et *à quelle fin*. Une confiance de la part des franchisés qui excède la portée et l'objet de cette déclaration n'est ni prévisible ni raisonnable (*Livent*, par. 31) et ne saurait donc évoquer un lien de proximité. L'appelante tente d'aborder cette exigence *non pas* en insistant sur la *confiance* des franchisés de Mr. Sub, mais en renvoyant plutôt à *l'engagement*, affirmant que la confiance des franchisés était [TRADUCTION] « fondée sur le fait que les clients

franchisees used . . . a supplier whose public motto is ‘We take care’” (A.F., at para. 60).

[39] The reference to “customers” and a “public motto” is, in our view, telling, and supports the Court of Appeal’s identification of the scope and purpose of Maple Leaf Foods’ undertaking as being “to ensure that Mr. Sub customers who ate RTE meats would not become ill or die as [a] result of eating the meats” (C.A. reasons, at para. 80). That is, the undertaking, properly construed, was made *to consumers*, with the purpose of assuring *them* that *their* interests were being kept in mind, and not to commercial intermediaries such as Mr. Sub or Mr. Sub franchisees. Their business interests lie outside the scope and purpose of the undertaking.

[40] Further, and in any event, the appellant has failed to establish that Mr. Sub franchisees relied reasonably, or at all, on the undertaking that it says they received from Maple Leaf Foods. Bear in mind that detrimental reliance is manifested by the plaintiff altering its position, thereby foregoing more beneficial courses of action that it would have taken, absent the defendant’s inducement. The appellant offers no evidence of such a change in position by Mr. Sub franchisees, and indeed the evidence affirms that changing their position would not have been possible. As recalled earlier (at paras. 8-9), Mr. Sub franchisees were bound by their franchise agreement with Mr. Sub to purchase RTE meats produced exclusively by Maple Leaf Foods. While they were able to seek Mr. Sub’s permission to find alternative sources of supply, there is no evidence that they did so. It follows that no undertaking on the part of Maple Leaf Foods, even had one been made to Mr. Sub franchisees, caused the franchisees to alter their position in reliance thereon. Generally, they were bound, and had no alternative courses of action to pursue; and, to the extent they had a course of action that was contingent upon the permission of Mr. Sub, they did not seek it. At bottom, there was no interference with the autonomy of Mr. Sub franchisees. Like many franchising arrangements, theirs had already restricted their autonomy in ways

pouvaient avoir confiance que les franchisés avaient recours [. . .] à un fournisseur dont la devise publique est “Toujours de notre mieux” » (m.a., par. 60).

[39] À notre avis, la mention des [TRADUCTION] « clients » et de la « devise *publique* » est révélatrice et appuie la définition donnée par la Cour d’appel de la portée et de l’objet de l’engagement d’Aliments Maple Leaf : [TRADUCTION] « s’assurer que les clients de Mr. Sub qui ont consommé des viandes PAM ne tombent pas malades ou ne meurent pas après en avoir mangé » (motifs de la C.A., par. 80). C’est donc dire que l’engagement, correctement interprété, a été pris *envers les consommateurs*, dans l’intention d’assurer à *ceux-ci* que *leurs* intérêts n’étaient pas oubliés, et non pas envers des intermédiaires commerciaux tels que Mr. Sub ou les franchisés de Mr. Sub. Leurs intérêts commerciaux excèdent la portée et l’objet de l’engagement.

[40] De plus, et de toute façon, l’appelante n’a pas établi que les franchisés de Mr. Sub se sont fiés raisonnablement, ou d’une quelconque façon, à l’engagement qu’elle prétend qu’Aliments Maple Leaf a pris à leur égard. N’oublions pas que le fait de se fier à son détriment à un engagement s’exprime chez le demandeur par un changement de situation, par lequel il renonce aux moyens d’action plus avantageux qu’il aurait pris si le défendeur ne l’avait pas incité à lui faire confiance. L’appelante ne présente aucune preuve que les franchisés de Mr. Sub ont ainsi changé de situation, et de fait, la preuve confirme qu’ils n’auraient pas pu le faire. Comme nous l’avons expliqué précédemment (par. 8-9), les franchisés de Mr. Sub étaient tenus par leur contrat de franchisage avec Mr. Sub d’acheter les viandes PAM produites exclusivement par Aliments Maple Leaf. Même s’ils pouvaient demander à Mr. Sub la permission de se tourner vers d’autres sources d’approvisionnement, rien ne prouve qu’ils l’aient fait. Il s’ensuit qu’aucun engagement pris par Aliments Maple Leaf, même si elle en avait pris un envers les franchisés de Mr. Sub, n’a eu pour effet de modifier la situation des franchisés parce qu’ils s’y seraient fiés. De façon générale, ils étaient liés et n’avaient aucun autre moyen d’action et, dans la mesure où celui qu’ils avaient était conditionnel à ce qu’ils obtiennent la permission de Mr. Sub, ils ne s’en sont pas prévalus. Au fond, il

that foreclose their ability to sue for negligent misrepresentation.

(2) Negligent Supply of Shoddy Goods or Structures

(a) *The Correlative Right and Duty of Care in Winnipeg Condominium*

[41] Until this appeal, the sole occasion on which this Court has considered a claim for pure economic loss arising from the negligent supply of shoddy goods or structures is its judgment in *Winnipeg Condominium*. It is therefore worth carefully reviewing the liability rule that it established, with attention to the nature of the legal right and correlative duty of care on which it is founded. Further, and as we will explain, subsequent developments to the law of negligence in *Cooper* and *Livent* signify that claims under *Winnipeg Condominium* must now account for the requisite element of proximity.

[42] In *Winnipeg Condominium*, the plaintiff condominium corporation sued the defendant builder for the cost of repairing exterior four-inch thick stone cladding on its 15-storey building. Approximately eight years after construction, the board of directors of the condominium corporation observed that some of the cladding had broken away and that cracks were developing in the remaining cladding. They retained engineers, who recommended minor remedial work, which was done. Seven years later, a storey-high section of the cladding fell from the ninth-storey level of the building to the ground below. Again, engineers were retained and they recommended removal and replacement of the cladding at substantial cost, for which the condominium corporation sued the builder. Not being in privity, the claim was brought in tort, raising the issue of whether the builder owed a duty to the condominium owners, as “subsequent

n’y a pas eu d’atteinte à l’autonomie des franchisés de Mr. Sub. À l’instar de nombreuses ententes de ce type, leur entente de franchisage avait déjà limité leur autonomie de telle sorte qu’ils avaient renoncé à la possibilité de poursuivre pour déclaration inexacte faite par négligence.

(2) Fourniture négligente de marchandises ou de structures de mauvaise qualité

a) *Le droit et l’obligation de diligence corrélatifs dans Winnipeg Condominium*

[41] Jusqu’au présent pourvoi, la seule fois où la Cour s’est penchée sur une action pour perte purement financière découlant de la fourniture négligente de marchandises ou de structures de mauvaise qualité, c’est dans le jugement *Winnipeg Condominium*. Il convient donc d’examiner attentivement la règle de responsabilité établie dans cet arrêt, en s’attachant à la nature du droit juridique et de l’obligation de diligence corrélatrice sur laquelle il se fonde. De plus, et comme nous l’expliquerons plus loin, l’évolution ultérieure du droit de la négligence dans les arrêts *Cooper* et *Livent* signifie que les prétentions fondées sur l’arrêt *Winnipeg Condominium* doivent maintenant prendre en considération l’élément du lien de proximité requis.

[42] Dans *Winnipeg Condominium*, la société condominiale demanderesse a poursuivi l’entreprise de construction défenderesse pour les frais de réparation du revêtement de pierre extérieure — de quatre pouces d’épaisseur — de l’immeuble de 15 étages dont elle était propriétaire. Environ huit ans après la construction de l’immeuble, le conseil d’administration de la société condominiale a constaté qu’une partie du revêtement s’était détachée et que le reste commençait à se fissurer. Il a retenu les services d’ingénieurs qui ont recommandé certaines réparations mineures, lesquelles ont été effectuées. Sept ans plus tard, une partie du revêtement, d’une hauteur d’un étage, s’est détachée du neuvième étage de l’immeuble pour tomber au sol. Les services d’ingénieurs ont encore une fois été retenus, lesquels ont recommandé l’enlèvement et le remplacement du revêtement à un coût considérable, pour lequel la

purchasers” (meaning that they came *after* the original purchaser on the distributive chain).

[43] On that question, and for the Court, La Forest J. recognized a duty of care based on the reasonable foreseeability of injury to “other persons and property in the community” (para. 21). In doing so, he posited that the presence of *danger* was the linchpin of the analysis. As he emphasized, the building structure in this case was “not merely shoddy; it was dangerous” (para. 12 (emphasis added)). Further, he added that “the degree of danger to persons and other property” created by the negligent construction is “a cornerstone” of the analysis that must be undertaken in determining whether the cost of repair is recoverable in tort (*ibid.* (emphasis added)). As opposed to merely substandard construction, only those defects that posed “a real and substantial danger to the occupants of the building” and had “the capacity to cause serious damage to other persons and property in the community” were actionable (para. 21). Returning to this point later in his reasons, he reiterated:

... the facts of the present case ... fall squarely within the category of what I would define as a “real and substantial danger”. It is clear from the available facts that the masonry work ... was in a sufficiently poor state to constitute a real and substantial danger to inhabitants of the building and to passers-by. The piece of cladding that fell from the building was a storey high, was made of 4” thick Tyndall stone, and dropped nine storeys. Had this cladding landed on a person or on other property, it would unquestionably have caused serious injury or damage. [Emphasis added; para. 38.]

Given the “reasonable likelihood that a defect in a building will cause injury to its inhabitants, ... if it

société condominiale a poursuivi le constructeur. En l’absence de lien contractuel, elle a intenté une action en responsabilité délictuelle et soulevé la question de savoir si l’entreprise de construction était tenue à une obligation envers les propriétaires en tant qu’« acquéreurs subséquents » (c’est-à-dire qu’ils sont arrivés *après* l’acquéreur initial dans la chaîne de distribution).

[43] Sur cette question, et au nom de la Cour, le juge La Forest a reconnu une obligation de diligence fondée sur la prévisibilité raisonnable qu’un préjudice soit causé « à d’autres personnes et à d’autres biens dans la collectivité » (par. 21). Ce faisant, il a postulé que la présence d’un *danger* était l’élément clé de l’analyse. Comme il l’a souligné, la structure de l’immeuble dans cette affaire était « non seulement de mauvaise qualité, mais encore dangerouse » (par. 12 (nous soulignons)). De plus, il a ajouté que « la gravité du danger pour les personnes et d’autres biens » résultant de la construction négligente est « une pierre angulaire » de l’analyse qui doit être effectuée pour déterminer si les frais de réparation peuvent faire l’objet d’une indemnisation fondée sur la responsabilité délictuelle (*ibid.* (nous soulignons)). Contrairement au cas où une construction était simplement non conforme aux normes, seuls les vices qui présentaient « un danger réel et important pour les occupants de l’immeuble » et risquaient « de causer un préjudice grave à d’autres personnes et à d’autres biens dans la collectivité » étaient susceptibles d’action (par. 21). Revenant sur ce point plus loin dans ses motifs, il a rappelé ce qui suit :

... les faits de la présente affaire [...] tombent carrément dans la catégorie de ce que j’appellerais un « danger réel et important ». Il est évident, d’après les faits qui nous ont été soumis, que la maçonnerie [...] était en assez piètre état pour constituer un danger réel et important pour les occupants de cet immeuble et pour les passants. Le morceau de revêtement qui s’est détaché de l’immeuble était une plaque de pierre de Tyndall de quatre pouces d’épaisseur, d’une hauteur d’un étage, qui est tombée neuf étages plus bas. Nul doute que, si ce morceau de revêtement était tombé sur une personne ou sur un autre bien, il aurait causé un préjudice grave. [Nous soulignons; par. 38.]

Vu la « probabilité raisonnable qu’un vice dans un immeuble causera un préjudice à ses occupants [...]

poses a real and substantial danger”, the Court held that a builder owed a duty to take reasonable care in the design or construction of building structures to avoid creating a real and substantial danger to health and safety (para. 36).

[44] At first glance, the liability rule in *Winnipeg Condominium* may appear curious, since it appears as though liability is imposed *not* in respect of damage that *has* occurred to the plaintiff’s rights, but in respect of a real and substantial *danger* thereto. As a general principle, there is no liability for negligence “in the air”, for “[t]here is no right to be free from the *prospect* of damage” but “only a right not to *suffer* damage that results from exposure to unreasonable risk” (*Atlantic Lottery Corp. Inc. v. Babstock*, 2020 SCC 19, [2020] 2 S.C.R. 420, at para. 33 (emphasis in original); *Clements v. Clements*, 2012 SCC 32, [2012] 2 S.C.R. 181, at para. 16; *Ratyck v. Bloomer*, [1990] 1 S.C.R. 940, at p. 964).

[45] We maintain, however, that, properly understood, the liability rule in *Winnipeg Condominium* is consonant with that principle. In that case, the Court was clear about the source of the right to which the duty of care corresponds: *the plaintiff’s rights in person or property* (paras. 21, 36 and 42).³ Where a design or construction defect poses a real and substantial danger — that is, what Fraser C.J.A. and Côté J.A. described in *Blacklaws v. 470433 Alberta Ltd.*, 2000 ABCA 175, 261 A.R. 28, at para. 62, as “imminent risk” of “physical harm to the plaintiffs or their chattels” or property — *and* the danger “would unquestionably have caused serious injury or damage” if realized, given the “reasonable likelihood that a defect . . . will cause injury to its inhabitants”, it makes little difference whether the plaintiff recovers

³ While the plaintiff in *Winnipeg Condominium* was the condominium corporation itself, La Forest J. conceived of its position as akin to that of an occupier of a building. He reasoned that the defendant contractor’s negligence had “the capacity to cause serious damage to other persons and property in the community”, including potential damage to the corporation (para. 21).

s’il présente un danger réel et important », la Cour a conclu que le constructeur devait faire preuve de diligence raisonnable dans la conception ou la construction des structures d’un immeuble de manière à éviter de créer un danger réel et important pour la santé et la sécurité (par. 36).

[44] À première vue, la règle de responsabilité établie dans *Winnipeg Condominium* peut paraître étrange, puisqu’il semble que la responsabilité est imposée *non pas* pour le préjudice qui *a été* causé aux droits du demandeur, mais pour le *danger* réel et important qu’un tel préjudice soit causé. En règle générale, il n’y a pas de responsabilité pour de « simples rumeurs » de négligence; en effet, « [l]e droit d’être à l’abri de l’*éventualité* d’un préjudice n’existe pas », mais « il existe seulement un droit de ne pas *subir* de préjudice découlant de l’exposition à un risque déraisonnable » (*Société des loteries de l’Atlantique c. Babstock*, 2020 CSC 19, [2020] 2 R.C.S. 420, par. 33 (en italique dans l’original); *Clements c. Clements*, 2012 CSC 32, [2012] 2 R.C.S. 181, par. 16; *Ratyck c. Bloomer*, [1990] 1 R.C.S. 940, p. 964).

[45] Nous confirmons, cependant, que selon une interprétation correcte, la règle de responsabilité établie dans l’arrêt *Winnipeg Condominium* s’accorde avec ce principe. Dans cette affaire, la Cour a clairement précisé la source du droit auquel l’obligation de diligence correspond : *les droits du demandeur sur la personne ou les biens* (par. 21, 36 et 42)³. Lorsqu’un vice de conception ou de construction présente un danger réel et important — c’est-à-dire ce que la juge en chef Fraser et le juge Côté ont décrit dans l’arrêt *Blacklaws c. 470433 Alberta Ltd.*, 2000 ABCA 175, 261 A.R. 28, par. 62, comme [TRADUCTION] le « risque imminent » qu’un « préjudice corporel soit causé aux demandeurs ou qu’un dommage matériel soit causé à leurs chatels » ou à leur biens — *et* qu’il n’y a « nul doute » que ce danger « aurait causé un

³ Même si la demanderesse dans *Winnipeg Condominium* était la société condominiale elle-même, le juge La Forest a considéré qu’elle avait un statut semblable à celui de l’occupant d’un immeuble. Selon lui, la négligence de l’entrepreneur défendeur « risqu[ait] de causer un préjudice grave à d’autres personnes et à d’autres biens dans la collectivité », et notamment de porter un préjudice à la société (par. 21).

for an injury actually suffered or for expenditures incurred in preventing the injury from occurring (*Winnipeg Condominium*, at paras. 36 and 38; see also *Morrison Steamship Co. v. Greystoke Castle (Cargo Owners)*, [1947] A.C. 265 (H.L.), at p. 280; *Murphy v. Brentwood District Council*, [1991] 1 A.C. 398 (H.L.), at p. 488, per Lord Oliver of Aylmerton). Thus, the economic loss incurred to avert the danger “is analogized to physical injury to the plaintiff’s person or property” (P. Benson, “The Basis for Excluding Liability for Economic Loss in Tort Law”, in D. G. Owen, ed., *Philosophical Foundations of Tort Law* (1995), 427, at p. 429). The point is that the law views the plaintiff as having sustained actual injury to its right in person or property because of the necessity of taking measures to put itself or its other property “outside the ambit of perceived danger” (*ibid.*, at p. 440; see also *Aktieselskabet Cuzco v. The Sucarseco*, 294 U.S. 394 (1935), at p. 404).

[46] As we see it, then, recovery for the economic loss sustained in *Winnipeg Condominium* was founded upon the idea that, in the eyes of the law, the defendant negligently interfered with rights in person or property. We see this as having been La Forest J.’s point in *Winnipeg Condominium* where he explained:

If a contractor can be held liable in tort where he or she constructs a building negligently and, as a result of that negligence, the building causes damage to persons or property, it follows that the contractor should also be held liable in cases where the dangerous defect is discovered and the owner of the building wishes to mitigate the danger In both cases, the duty in tort serves to protect the bodily integrity and property interests of the inhabitants of the building. [Emphasis added; para. 36.]

In our view, this normative basis for the duty’s recognition — that it protects a right to be free from injury to one’s person or property — also delimits

préjudice grave » s’il avait été découvert, étant donné la « probabilité raisonnable qu’un vice [. . .] causera un préjudice à ses occupants », il importe peu que le demandeur soit indemnisé pour un préjudice effectivement subi ou pour les dépenses engagées pour empêcher que le préjudice ne se produise (*Winnipeg Condominium*, par. 36 et 38; voir aussi *Morrison Steamship Co. c. Greystoke Castle (Cargo Owners)*, [1947] A.C. 265 (H.L.), p. 280; *Murphy c. Brentwood District Council*, [1991] 1 A.C. 398 (H.L.), p. 488, le lord Oliver of Aylmerton). En conséquence, la perte financière subie pour éviter le danger [TRADUCTION] « est comparée par analogie au préjudice corporel à la personne du demandeur ou au dommage matériel à ses biens » (P. Benson, « The Basis for Excluding Liability for Economic Loss in Tort Law », dans D. G. Owen, dir., *Philosophical Foundations of Tort Law* (1995), 427, p. 429). Le fait est qu’en droit, le demandeur a subi un préjudice réel à son droit sur la personne ou les biens parce qu’il a dû prendre des mesures pour se placer ou placer ses autres biens [TRADUCTION] « hors de la portée du danger perçu » (*ibid.*, p. 440; voir aussi *Aktieselskabet Cuzco c. The Sucarseco*, 294 U.S. 394 (1935), p. 404).

[46] Selon nous, l’indemnisation pour la perte financière subie dans *Winnipeg Condominium* était donc fondée sur l’idée qu’aux yeux du droit, la défenderesse avait par négligence porté atteinte aux droits sur la personne ou les biens. C’est, selon nous, ce que voulait dire le juge La Forest dans l’arrêt *Winnipeg Condominium* lorsqu’il a expliqué ce qui suit :

Si un entrepreneur peut voir engager sa responsabilité en matière délictuelle s’il fait preuve de négligence dans la construction d’un immeuble et que, par suite de cette négligence, l’immeuble cause des lésions corporelles ou des dommages matériels, il s’ensuit que sa responsabilité devrait également être engagée dans un cas où le vice dangereux est découvert et où le propriétaire de l’immeuble souhaite atténuer le danger [. . .] Dans l’un et l’autre cas, l’obligation en matière délictuelle sert à protéger l’intégrité physique ainsi que les intérêts matériels des occupants de l’immeuble. [Nous soulignons; par. 36.]

À notre avis, ce fondement normatif de la reconnaissance de l’obligation — qu’elle protège le droit d’une personne d’être à l’abri de tout préjudice porté à sa

its scope. This is because this basis vanishes where the defect presents no imminent threat.

[47] The appellant urges us to extend the liability rule in *Winnipeg Condominium* so as to recognize what La Forest J. refrained from recognizing (para. 41), which is a duty owed to subsequent purchasers for the cost of repairing *non-dangerous* defects in building structures and products. But merely shoddy products, as opposed to *dangerous* products, raise different questions pertaining to issues such as implied conditions and warranties as to quality and fitness for purpose, and not of real and substantial threats to person or property (*Winnipeg Condominium*, at para. 42). In our view, those claims are better channelled through the law of contract, which is the typical vehicle for allocating risks where the only complaint is of defective quality (*Hasegawa & Co. v. Pepsi Bottling Group (Canada) Co.*, 2002 BCCA 324, 169 B.C.A.C. 261, at paras. 57-61). Further, and even more fundamentally, such concerns do not implicate a right protected under tort law. As Laskin J.A. explained in *Hughes v. Sunbeam Corp. (Canada) Ltd.* (2002), 61 O.R. (3d) 433 (C.A.), at para. 26, in identifying the limits of the duty, “compensation to repair a defective but not dangerous product will improve the product’s quality but not its safety”. Again, we observe that, absent a contractual or statutory entitlement, there is no right to the quality of a bargain.

[48] It follows that the normative basis for the duty not only limits *its* scope, but in doing so also furnishes a principled basis for limiting *the scope of recovery*. As La Forest J. explained, the potential injury to persons or property grounds not only the duty but also one’s entitlement to “the cost of repairing the defect”, that is, the cost of mitigating the danger by “fixing the defect and putting the building back into a non-dangerous state” (para. 36). In other words,

personne ou à ses biens — délimite aussi sa portée. Il en est ainsi parce que ce fondement disparaît lorsque le vice ne pose aucune menace imminente.

[47] L’appelante nous exhorte à étendre la portée de la règle de responsabilité énoncée dans l’arrêt *Winnipeg Condominium* de façon à reconnaître ce que le juge La Forest s’est abstenu de reconnaître (par. 41), c’est-à-dire l’existence d’une obligation à l’égard des acquéreurs subséquents pour les frais de réparation des vices *non dangereux* dans les structures d’un immeuble et les produits. Or, les produits qui sont simplement de mauvaise qualité, par opposition à ceux qui sont *dangereux*, soulèvent des questions différentes s’attachant à des considérations telles que les conditions et garanties implicites de qualité et d’adaptation à la destination, et non pas des questions de danger réel et important pour une personne ou des biens (*Winnipeg Condominium*, par. 42). À notre avis, il est préférable que ces allégations soient examinées sous l’angle du droit des contrats, qui est le moyen habituel de répartir les risques lorsqu’on se plaint uniquement de qualité déficiente (*Hasegawa & Co. c. Pepsi Bottling Group (Canada) Co.*, 2002 BCCA 324, 169 B.C.A.C. 261, par. 57-61). Qui plus est, et plus fondamentalement encore, de telles préoccupations ne mettent pas en cause un droit protégé par le droit de la responsabilité délictuelle. Comme le juge Laskin l’a expliqué dans l’arrêt *Hughes c. Sunbeam Corp. (Canada) Ltd.* (2002), 61 O.R. (3d) 433 (C.A.), par. 26, alors qu’il établissait les limites de l’obligation, [TRADUCTION] « l’indemnité versée en vue de réparer un produit défectueux, mais non dangereux, améliorera la qualité, mais non la sécurité, du produit ». Là encore, nous constatons qu’en l’absence de droit établi par contrat ou par la loi, il n’existe aucun droit à la qualité d’une affaire.

[48] Le fondement normatif de l’obligation ne limite donc pas seulement *sa* portée, mais, ce faisant, il offre également un fondement rationnel qui permet de limiter la *portée de l’indemnisation*. Comme l’a expliqué le juge La Forest, la possibilité qu’un préjudice soit porté à une personne ou à des biens sert de fondement non seulement à l’obligation, mais aussi au droit à une indemnisation pour les « frais de réparation du vice », c’est-à-dire les frais engagés

allowing recovery exceeding the costs associated with removing the danger goes beyond what is necessary to safeguard the right to be free from injury caused to one's person or property (see *Winnipeg Condominium*, at para. 49). Like our colleague at para. 125, we note that, in making this point, La Forest J. relied on the dissenting reasons of Laskin J. (as he then was) in *Rivtow Marine Ltd. v. Washington Iron Works*, [1974] S.C.R. 1189.

[49] We do agree with the appellant, however, that this same normative force of protecting physical integrity in the face of a real and substantial danger can apply to products *other than* building structures — that is, to goods. That said, in applying the *Winnipeg Condominium* liability rule to goods, it must be borne in mind that, properly understood, it states a narrow duty. While, therefore, there is no principled reason for confining its application to dangerously defective *building structures*, what a plaintiff can recover, irrespective of whether the claim is in respect of a building structure or a good, *will* be confined by the duty's concern for averting danger. The point is not to preserve the plaintiff's continued use of a product; rather, recovery is for the cost of *averting a real and substantial danger* of “personal injury or damage to other property” (*Winnipeg Condominium*, at para. 35).

[50] It follows that where it is feasible for the plaintiff to simply discard the defective product, the danger to the plaintiff's rights, along with the basis for recovery, falls away. The significance of this point is perhaps best appreciated by recalling that, in *Winnipeg Condominium*, La Forest J. cited an argument made by Lord Keith of Kinkel at the House of Lords in *Murphy*, at p. 465, that “[i]t is difficult to draw a distinction in principle between an article which is useless or valueless and one which suffers from a defect which would render it dangerous in

pour atténuer le danger « en réparant ce vice et en remettant l'immeuble dans un état où il ne présente plus de danger » (par. 36). En d'autres termes, permettre une indemnisation qui excède les frais liés à la suppression du danger va au-delà de ce qui est nécessaire pour sauvegarder le droit d'une personne d'être à l'abri de tout préjudice porté à sa personne ou à ses biens (voir *Winnipeg Condominium*, par. 49). À l'instar de notre collègue, au par. 125, nous soulignons qu'en faisant cette remarque, le juge La Forest s'est appuyé sur les motifs dissidents du juge Laskin (plus tard juge en chef) dans l'arrêt *Rivtow Marine Ltd. c. Washington Iron Works*, [1974] R.C.S. 1189.

[49] Nous *convenons* cependant avec l'appelante que cette même force normative de protection de l'intégrité physique devant un danger réel et important *peut* s'appliquer à des produits *autres que* des structures d'immeuble — c'est-à-dire à des marchandises (aussi appelés biens). Cela dit, en appliquant la règle de responsabilité de l'arrêt *Winnipeg Condominium* à des marchandises, il faut garder à l'esprit que, correctement interprétée, elle impose une obligation de portée restreinte. Quoiqu'il n'existe donc aucune raison de principe justifiant de limiter son application aux *structures d'immeuble* comportant un vice dangereux, l'indemnisation que peut obtenir le demandeur, peu importe que sa demande porte sur la structure d'un immeuble ou sur un bien, *sera* limitée par le souci d'éviter un danger qui anime cette obligation. Il ne s'agit pas de faire en sorte que le demandeur puisse continuer à utiliser un produit; l'indemnisation vise plutôt les frais engagés pour *éviter un danger réel et important* de « lésions corporelles ou [. . .] d[e] dommages [. . .] à d'autres biens » (*Winnipeg Condominium*, par. 35).

[50] Il s'ensuit que, lorsqu'il est possible pour le demandeur de simplement se défaire du produit défectueux, le danger pour les droits du demandeur, de même que le fondement de l'indemnisation, disparaît. L'importance de ce point se comprend peut-être mieux en rappelant que, dans l'arrêt *Winnipeg Condominium*, le juge La Forest a cité un argument formulé par lord Keith of Kinkel de la Chambre des lords dans l'arrêt *Murphy*, à la p. 465, à savoir [TRA-DUCTION] « [qu'il] est difficile d'établir une distinction de principe entre un article inutile ou sans valeur

use but which is discovered by the purchaser in time to avert any possibility of injury. The purchaser may incur expense in putting right the defect, or, more probably, discard the article” (para. 39). On the facts of *Winnipeg Condominium*, which involved a residential structure, La Forest J. did not accept that this argument should apply:

... it is based upon an unrealistic view of the choice faced by home owners in deciding whether to repair a dangerous defect in their home. In fact, a choice to “discard” a home instead of repairing the dangerous defect is no choice at all: most home owners buy a home as a long term investment and few home owners, upon discovering a dangerous defect in the home, will choose to abandon or sell the building rather than to repair the defect. Indeed, in most cases, the cost of fixing a defect in a house or building, within the reasonable life of that house or building, will be far outweighed by the cost of replacing the house or buying a new one. This was certainly demonstrated in this case by the fact that the Condominium Corporation incurred costs of over \$1.5 million in repairing the building rather than choosing to abandon or sell the building. [Emphasis added; para. 40.]

[51] Whether, then, one is considering defects in a building structure or a good, it is the feasibility of discarding the thing as the means of averting the danger which will determine whether the plaintiff’s loss is recoverable. We agree that few homeowners or owners of other kinds of building structures can reasonably remove the real and substantial danger posed by a defect by walking away from the building structure. And we accept that, in *Winnipeg Condominium*, this Court held that, in such circumstances, no legally significant distinction could be drawn between the cost of removing the danger and the cost of repairing the defect or replacing the defective component. No party has asked us to reconsider that holding and, in the absence of full submissions, we would not risk clarity and certainty in the law by doing so here (*R. v. Bernard*, [1988] 2 S.C.R. 833, at pp. 858-59; *Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Vavilov*, 2019 SCC 65, [2019] 4 S.C.R. 653, at para. 20). In our view, however, Lord Keith of Kinkel’s argument

et un article ayant une défectuosité qui le rendrait dangereux à utiliser mais que l’acheteur découvre à temps pour éviter toute possibilité de blessure. L’acheteur peut engager des frais pour réparer le défaut ou, plus vraisemblablement, il peut se défaire de l’article en question » (par. 39). Eu égard aux faits de l’affaire *Winnipeg Condominium*, où une structure résidentielle était en cause, le juge La Forest n’a pas accepté l’idée selon laquelle cet argument devrait s’appliquer :

... il se fonde sur une conception irréaliste du choix qu’ont à faire les propriétaires de maison en décidant s’ils répareront un vice dangereux dans leur maison. En fait, le choix de « se défaire » d’une maison au lieu de la réparer n’est absolument pas un choix : la plupart des propriétaires acquièrent leur maison à titre de placement à long terme et rares sont ceux qui, après avoir découvert que leur maison comporte un vice dangereux, choisiront de l’abandonner ou de la vendre plutôt que de réparer le vice en question. Dans la plupart des cas, en effet, il en coûte moins — et de loin — de réparer le vice d’une maison ou d’un immeuble pendant sa vie utile raisonnable que de remplacer ce bâtiment ou d’en acheter un autre. C’est ce qu’a certainement démontré, en l’espèce, le fait que la société condominiale a engagé des frais de plus de 1,5 million de dollars pour réparer l’immeuble en cause plutôt que de l’abandonner ou de le vendre. [Nous soulignons; par. 40.]

[51] Ainsi, qu’il soit question de vices dans la structure d’un immeuble ou dans un bien, c’est la possibilité de se défaire de la chose comme moyen d’éviter le danger qui déterminera si la perte du demandeur est indemnisable. Nous convenons que rares sont les propriétaires de maison ou d’autres types de structures d’immeuble qui peuvent raisonnablement supprimer le danger réel et important que présente un vice en abandonnant la structure d’immeuble. De plus, nous reconnaissons que, dans l’arrêt *Winnipeg Condominium*, notre Cour a conclu qu’en pareilles circonstances, aucune distinction importante sur le plan juridique ne pouvait être établie entre les frais engagés pour supprimer le danger et les frais de réparation du vice ou de remplacement de la composante défectueuse. Aucune des parties ne nous demande de revenir sur cette conclusion et, en l’absence d’observations complètes à cet égard, nous ne saurions compromettre la clarté et la certitude du droit en le faisant en l’espèce (*R. c. Bernard*, [1988] 2 R.C.S.

is more readily applicable in dealing with *goods*, and courts must be alive to this possibility. We reiterate that a breach of the duty recognized in *Winnipeg Condominium* exposes the defendant to liability for the cost of *averting a real and substantial danger*, and *not* of repairing a defect *per se*.

[52] An instructive example of a dangerously defective *good* which could not be feasibly discarded is provided by *Plas-Tex*, where the defendant Dow Chemical sold polyethylene resin to the plaintiffs, knowing that it would be used in the construction of 3,000 miles of pipeline (1,700 miles of which was buried underground) used to transport natural gas, and knowing that it was dangerously defective (the resin tended to crack, allowing natural gas to escape, creating the risk of an explosion, and indeed had already caused an explosion). This dangerously defective product was so integrated with the plaintiffs' pipeline operation (and with the pipeline itself) that repair was the only feasible option. Indeed, discarding the pipeline without undertaking mitigation might well have *increased* the already real and substantial danger which Picard J.A. identified.

[53] There will, of course, be other goods containing defects which present real and substantial dangers, and to which La Forest J.'s observations in *Winnipeg Condominium* about the impossibility of discarding homes and other building structures may apply. To be clear, this is a high threshold that we do not anticipate will be regularly met. The plaintiff must, like most homeowners faced with a dangerously defective home, be shown to be effectively bereft of reasonable options. When applied to goods, this describes the rare case.

[54] The foregoing kind of good stands in contrast to two other kinds of goods. First, and more

833, p. 858-859; *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Vavilov*, 2019 CSC 65, [2019] 4 R.C.S. 653, par. 20). À notre avis, cependant, l'argument soulevé par lord Keith of Kinkel trouve plus facilement application lorsqu'il est question de *biens*, et les tribunaux doivent être conscients de cette possibilité. Rappelons que le manquement à l'obligation reconnue dans l'arrêt *Winnipeg Condominium* expose le défendeur à une responsabilité pour les frais engagés en vue d'*éviter un danger réel et important*, et *non* de réparer un vice en tant que tel.

[52] L'affaire *Plas-Tex* offre un exemple instructif d'un cas où il n'est pas possible de se défaire d'un *bien* comportant un vice dangereux. La défenderesse Dow Chemical avait vendu de la résine de polyéthylène aux demanderesse tout en sachant que le produit servirait à la construction d'un pipeline d'une longueur de 3 000 milles (dont 1 700 milles enfouis sous terre) destiné au transport de gaz naturel, et qu'il comportait un vice dangereux (la résine avait tendance à se fissurer de sorte que du gaz naturel pouvait s'échapper, ce qui créait un risque d'explosion et avait, en fait, déjà causé une explosion). Ce produit comportant un vice dangereux était tellement intégré à l'exploitation du pipeline par les demanderesse (et au pipeline lui-même) que la réparation était la seule option possible. En fait, se défaire du pipeline sans prendre de mesures d'atténuation aurait très bien pu *accroître* le danger déjà réel et important constaté par la juge Picard.

[53] Il y aura, bien sûr, d'autres biens comportant des vices qui présentent des dangers réels et importants, et auxquels les observations formulées par le juge La Forest dans l'arrêt *Winnipeg Condominium* — au sujet de l'impossibilité de se défaire de maisons et d'autres structures d'immeuble — pourront s'appliquer. En termes clairs, il s'agit d'un seuil élevé qui, à notre avis, ne sera pas régulièrement atteint. Il faut établir que le demandeur, comme la plupart des propriétaires de maison comportant un vice dangereux, ne dispose effectivement d'aucune option raisonnable. Lorsqu'il s'agit de biens, c'est rarement le cas.

[54] Ce type de biens se distingue de deux autres types de biens. Premièrement, et plus fréquemment,

commonly, there is the good whose dangerous defect *can* realistically be addressed by discarding it. This will, we expect, apply to most defective consumer goods. Again, the liability rule in *Winnipeg Condominium* protects a right to be free of a negligently caused real and substantial danger, not to the continued use of a product. If the danger can be removed without repair, the right is no less vindicated. (To be clear, if the plaintiff incurs a reasonably foreseeable cost in discarding the product — such as a regulatory disposal fee — that is recoverable as a cost of removing the danger).

[55] Secondly, there is the kind of good like the RTE meats, for which “repair” is simply not possible. The good must, therefore, also be discarded. While in such circumstances the plaintiff may recover any costs of disposal, that is the extent of its possible recovery under this liability rule. It must be remembered that, because the right protected by this liability rule is that in the physical integrity of person or property, recovery is confined to the cost of removing a real and substantial danger *to that right* — by, where possible, discarding it. Conversely, it does not extend to the diminution or loss of *other interests* that the appellant invokes here, such as business goodwill, business reputation, sales, profits, capital value or replacement of the RTE meats.

[56] We add this. We find ourselves in respectful disagreement with our colleague’s view that Laskin J.’s dissenting reasons in *Rivtow*, “which were explicitly adopted in *Winnipeg Condominium*, at para. 36, suggest that additional economic losses may be recoverable under this class of duty” (para. 125). This is significant, she explains, because it suggests that courts ought not to restrict recovery to that which was allowed in *Winnipeg Condominium*, since “the absence of a claim for lost profits or other direct economic losses should not be read to preclude recovery of those losses in future cases” (para. 124 (emphasis in original)). In our respectful view, this overstates

il y a le bien dont le vice dangereux *peut*, de façon réaliste, être corrigé en se défaisant du bien. Nous nous attendons à ce que ce soit le cas de la plupart des biens de consommation défectueux. Encore une fois, la règle de responsabilité énoncée dans l’arrêt *Winnipeg Condominium* protège le droit d’être à l’abri de tout danger réel et important causé par la négligence, et non le droit à l’usage continu d’un produit. Si le danger peut être supprimé sans réparation, le droit n’est pas moins défendu. (En clair, si le demandeur engage des frais raisonnablement prévisibles pour se défaire du produit — par exemple des frais d’élimination réglementaires — ceux-ci sont recouvrables en tant que frais de suppression du danger).

[55] Deuxièmement, il existe un type de biens, comme les viandes PAM, qu’il n’est tout simplement pas possible de « réparer ». Il faut donc également se défaire du bien. Quoiqu’en pareilles circonstances, le demandeur puisse recouvrer les frais d’élimination, c’est là tout ce qu’il peut recouvrer en vertu de cette règle de responsabilité. Il faut se rappeler que, parce que le droit protégé par cette règle est celui qui s’attache à l’intégrité physique d’une personne ou à ses biens, l’indemnisation se limite aux frais engagés pour supprimer le danger réel et important *pour ce droit* — en se défaisant du bien en cause, dans la mesure du possible. À l’inverse, elle ne s’étend pas à la diminution ou à la perte d’autres intérêts que l’appelante invoque en l’espèce, notamment la clientèle commerciale, la réputation commerciale, les ventes, les profits, la valeur en capital ou le remplacement des viandes PAM.

[56] Nous ajouterions ceci. En tout respect, nous ne partageons pas le point de vue de notre collègue selon lequel les motifs dissidents du juge Laskin dans *Rivtow*, « qui ont été explicitement adoptés dans l’arrêt *Winnipeg Condominium*, par. 36, suggèrent que d’autres pertes financières pourraient être indemnisables au titre de cette catégorie d’obligation » (par. 125). C’est important, explique-t-elle, car cela tend à indiquer que les tribunaux ne devraient pas restreindre l’indemnisation à ce qui a été autorisé dans *Winnipeg Condominium*, car « il ne faudrait pas considérer que l’absence de réclamation visant la perte de profits ou d’autres pertes financières directes

the breadth of Laskin J.'s dissent and of this Court's adoption thereof in *Winnipeg Condominium*. In *Rivtow*, the Court was unanimously of the view that the lost profits of the charterer by demise of the defective cranes were recoverable due to the manufacturer's breach of its duty to warn. Laskin J. dissented on one narrow issue: whether the cost of repairing the cranes was also recoverable. The reasoning of Laskin J., therefore, was directed — and applied by this Court in *Winnipeg Condominium* (at para. 36) — *only* to support the plaintiff's claim for *those* costs. There is simply no suggestion, either in *Rivtow*, including Laskin J.'s dissent, or in *Winnipeg Condominium*, that “additional economic losses may be recoverable”. Rather, they suggest the opposite.

(b) *Whether the RTE Meats Created a Real and Substantial Danger to the Appellant*

[57] In our view, the appellant's claim based on negligent supply of goods must fail for two reasons. First, a duty of care in respect of the negligent supply of shoddy goods or structures is predicated, as we have explained, upon a defect posing a real and substantial danger to the plaintiff's rights in person or property. In this case, any danger posed by the supply of RTE meats — which arose from the possibility that they were actually contaminated with listeria — could be a danger only to *the ultimate consumer*. No such danger was posed to the Mr. Sub franchisees. Even if the RTE meats posed a real and substantial danger to *consumers*, this offers no support for the franchisees' claim that the alleged loss of past and future sales, past and future profits, capital value and goodwill was the result of interference with *their* rights. Effectively, the Mr. Sub franchisees are seeking to bootstrap their claim to the rights of *consumers*. Further, *even if* the franchisees could have established an imminent risk to their own rights in person or property, the most they

empêche l'indemnisation de ces pertes dans de futures causes » (par. 124 (en italique dans l'original)). À notre humble avis, cela exagère la portée de la dissidence du juge Laskin et de l'adoption de celle-ci par notre Cour dans *Winnipeg Condominium*. Dans l'arrêt *Rivtow*, la Cour était unanimement d'avis que la perte de profits de l'affrètement en coque nue des grues défectueuses était indemnisable parce que le fabricant avait manqué à son obligation d'avertissement. Le juge Laskin était dissident sur une question précise, à savoir si le coût de réparation des grues pouvait également être recouvré. Le raisonnement du juge Laskin — et son application par notre Cour dans *Winnipeg Condominium* (par. 36) — visaient donc *uniquement* à soutenir la réclamation de *ces* frais par la demanderesse. Il n'y a tout simplement rien dans *Rivtow*, y compris dans les motifs dissidents du juge Laskin, ou dans *Winnipeg Condominium*, qui suggère que « d'autres pertes financières pourraient être indemnisables ». Ces arrêts suggèrent plutôt le contraire.

b) *La question de savoir si les viandes PAM présentaient un danger réel et important pour l'appelante*

[57] À notre avis, la prétention de l'appelante fondée sur la fourniture négligente de marchandises doit échouer pour deux raisons. D'abord et comme nous l'avons expliqué, il ne peut y avoir obligation de diligence pour la fourniture négligente de marchandises ou de structures de mauvaise qualité que si un vice présente un danger réel et important pour les droits du demandeur sur la personne ou les biens. En l'espèce, tout danger posé par la fourniture de viandes PAM — qui découlait de la possibilité que celles-ci soient en fait contaminées par la listeria — ne pouvait constituer un danger que pour *le dernier consommateur*. Les franchisés de Mr. Sub n'ont été exposés à aucun danger de la sorte. Même si les viandes PAM constituaient un danger réel et important pour les *consommateurs*, cela n'étaye aucunement l'allégation des franchisés selon laquelle la perte de ventes passées et futures, de profits passés et futurs, de valeur en capital et de clientèle qui aurait été subie résultait d'une atteinte à *leurs* droits. En effet, les franchisés de Mr. Sub cherchent à greffer leur

could have recovered would have been the cost of averting this danger.

[58] This leads us to our second reason why the appellant’s claim must fail. While the RTE meats may have posed a real and substantial danger to consumers when they were manufactured, any such danger evaporated when they were recalled and destroyed. In other words, their dangerousness was in their latency (*Cardwell v. Perthen*, 2007 BCCA 313, 243 B.C.A.C. 135, at paras. 34-35). It bears repeating that removing a danger — whether in a product like the RTE meats that cannot be repaired, or in the case of goods that can — will in many (and, indeed, in most) cases be achieved by simply discarding the good at little or no expense. We therefore agree that, once that was accomplished in this case by way of the recall, the facts would not support a finding that the RTE meats posed a real and substantial danger thereafter to anyone — not to consumers, and certainly not to Mr. Sub franchisees, who can therefore show no injury to a relevant right protected under tort law.

(c) *Whether the Parties Were in a Relationship of Proximity*

[59] Nonetheless, even if the RTE meats *had* posed a real and substantial danger within the meaning of *Winnipeg Condominium* to Mr. Sub franchisees’ rights and had not been discarded, our analysis would not end here. In *Winnipeg Condominium*, the duty of care analysis was undertaken in accordance with the then-prevailing test for recognizing a duty of care in Canadian negligence law: the *Anns* test, under which a duty of care would, *prima facie*, arise where injury to the plaintiff is a reasonably foreseeable consequence of the defendant’s negligence. And so, La Forest J. concluded that a *prima facie* duty of care existed on the basis of foreseeability of “personal injury or damage to other property”, without inquiring

demande aux droits des *consommateurs*. De plus, *même si* les franchisés avaient pu établir l’existence d’un risque imminent pour leurs propres droits sur la personne ou les biens, ils auraient pu tout au plus recouvrer les frais engagés pour *éviter* ce danger.

[58] Cela nous amène à la deuxième raison pour laquelle la prétention de l’appelante doit échouer. Bien que les viandes PAM puissent avoir posé un danger réel et important pour les consommateurs lorsqu’elles ont été fabriquées, tout danger de ce genre a disparu lorsqu’elles ont été rappelées et détruites. En d’autres mots, leur caractère dangereux était latent (*Cardwell c. Perthen*, 2007 BCCA 313, 243 B.C.A.C. 135, par. 34-35). Il convient de rappeler que, dans bien des cas (et, en fait, dans la plupart des cas), on supprimera un danger — que ce soit dans un produit comme les viandes PAM qui ne peut être réparé, ou dans un bien qui peut l’être — en se défaisant simplement du bien à peu ou pas de frais. Nous convenons donc qu’une fois que cela a été fait en l’espèce par voie du rappel, les faits n’étaient pas une conclusion selon laquelle les viandes PAM présentaient un danger réel et important pour quiconque par la suite — pas pour les consommateurs et certainement pas pour les franchisés de Mr. Sub, qui ne peuvent donc démontrer aucun préjudice à un droit pertinent protégé par le droit de la responsabilité délictuelle.

c) *La question de savoir s’il y avait un lien de proximité entre les parties*

[59] Néanmoins, même si les viandes PAM *avaient* présenté un danger réel et important au sens de l’arrêt *Winnipeg Condominium* pour les droits des franchisés de Mr. Sub, et qu’on ne s’en était pas défait, notre analyse ne s’arrêterait pas ici. Dans *Winnipeg Condominium*, l’analyse de l’obligation de diligence a été effectuée en conformité avec le critère de reconnaissance de l’obligation de diligence qui existait alors en droit canadien de la négligence : le critère de l’arrêt *Anns* selon lequel il existe une obligation de diligence *prima facie* lorsque le préjudice subi par le demandeur est une conséquence raisonnablement prévisible de la négligence du défendeur. Ainsi, le juge La Forest a conclu à l’existence d’une

into whether the parties were in a relationship of proximity (para. 35).

[60] But just as the duty analysis to be applied in cases of alleged negligent misrepresentation and performance of a service had to be adjusted in *Livent* to account for its refinement in *Cooper* in the form of the *Anns/Cooper* framework, so too must the duty analysis in cases of negligent supply of shoddy goods or structures conform to that framework. As Professor Klar has observed, the Court’s judgment in *Livent* “has implications for the application of the *Anns/Cooper* duty of care formula to all negligence actions and should not be confined merely to negligent misrepresentation cases” (L. Klar, “Duty of Care for Negligent Misrepresentation — And Beyond?” (2018), 48 *Adv. Q.* 235, at p. 238). While, therefore, *Winnipeg Condominium* remains binding authority governing the duty of care in respect of shoddy goods or structures, the framework by which that duty is imposed must now distinguish more clearly between foreseeability and *proximity*.

[61] As we will explain, this provides a further reason to dispose not only of the appellant’s claim under *Winnipeg Condominium*, but also of the arguments favouring recognition of a novel duty of care.

(i) Proximity

[62] As the Court explained in *Livent* (albeit in the context of negligent misrepresentation or performance of a service), proximity — which is “a distinct and more demanding hurdle than reasonable foreseeability” (para. 34) — informs the foreseeability inquiry, and should therefore be considered prior

obligation de diligence *prima facie* sur le fondement de la prévisibilité de « lésions corporelles ou [. . .] d[e] dommages [. . .] à d’autres biens », sans se demander s’il y avait un lien de proximité entre les parties (par. 35).

[60] Cependant, tout comme dans l’arrêt *Livent*, où il a fallu adapter l’analyse de l’obligation de diligence à appliquer en cas d’allégations de déclaration inexacte faite par négligence et de prestation négligente d’un service pour tenir compte des précisions apportées dans l’arrêt *Cooper*, soit le cadre d’analyse des arrêts *Anns* et *Cooper*, l’analyse de l’obligation de diligence en cas de fourniture négligente de marchandises ou de structures de mauvaise qualité doit également se conformer à ce cadre. Comme l’a fait remarquer le professeur Klar, le jugement de notre Cour dans l’affaire *Livent* [TRADUCTION] « a des incidences sur l’application de la formule relative à l’obligation de diligence énoncée dans les arrêts *Anns* et *Cooper* à toutes les actions en négligence, et ne devrait pas s’appliquer simplement aux affaires de déclaration inexacte faite par négligence » (L. Klar, « Duty of Care for Negligent Misrepresentation — And Beyond? » (2018), 48 *Adv. Q.* 235, p. 238). Bien que l’arrêt *Winnipeg Condominium* continue donc à faire autorité en ce qui a trait à l’obligation de diligence à l’égard des marchandises ou des structures de mauvaise qualité, le cadre d’analyse qui permet d’imposer cette obligation doit maintenant établir une distinction plus claire entre la prévisibilité et le *lien de proximité*.

[61] Comme nous l’expliquerons, cela fournit une autre raison de trancher la prétention formulée par l’appelante sur le fondement de l’arrêt *Winnipeg Condominium*, mais également les arguments en faveur de la reconnaissance d’une nouvelle obligation de diligence.

(i) Lien de proximité

[62] Comme la Cour l’a expliqué dans l’arrêt *Livent* (quoique dans le contexte d’une déclaration inexacte faite par négligence ou de la prestation négligente d’un service), le lien de proximité — qui est « un obstacle distinct et plus exigeant que la prévisibilité raisonnable » (par. 34) — sert à guider l’analyse de

to assessing foreseeability of injury. As Professor Klar has explained, “[t]he existence of proximity depend[s] upon the nature of the relationship between the parties [which] in turn dictate[s] the type of injury which could flow from this relationship and hence the losses which could be considered to have been reasonably foreseeable” (p. 242). We agree: in *all* claims, including claims of dangerous goods or structures, the considerations that support a finding of proximity also limit the type of injury that may be reasonably foreseen to result from the defendant’s negligence. (The result of doing so in this case is to render a foreseeability analysis unnecessary since, as we shall explain, the appellant cannot demonstrate a proximate relationship between itself and Maple Leaf Foods.)

[63] Assessing proximity requires asking whether, in light of the nature of the relationship at issue (*Livent*, at para. 25), the parties are in such a “close and direct” relationship that it would be “just and fair having regard to that relationship to impose a duty of care in law” (*Livent*, at para. 25, citing *Cooper*, at paras. 32 and 34). This assessment proceeds in two steps.

[64] First, the court must ask whether proximity can be made out by reference to an established or analogous category of proximate relationship (*Livent*, at paras. 26-28). This question comes first because “[i]f a relationship falls within a previously established category, or is analogous to one, then the requisite close and direct relationship is shown” (*Livent*, at para. 26). Analogous categories of proximity step into a prior and continuing stream of legal development. They are, in other words, just that: *analogous*, in the sense of being *like* an established category, although different in scope. Applying an established category of proximity so as to recognize another is simply an instance of the inductive reasoning whereby the common law is developed and a duty recognized in one set of cases is applied to a similar set of cases.

la prévisibilité et l’examen de ce facteur devrait précéder celui de la prévisibilité du préjudice. Comme l’a expliqué le professeur Klar, [TRADUCTION] « [l]’existence d’un lien de proximité dépen[d] de la nature de la relation entre les parties, [qui] en retour dict[e] le type de préjudice susceptible de découler de cette relation et, partant, les pertes pouvant être considérées comme étant raisonnablement prévisibles » (p. 242). Nous sommes d’accord : dans *toute* allégation, y compris celles relatives au caractère dangereux de marchandises ou de structures, les considérations étayant une conclusion selon laquelle il existe un lien de proximité limitent également le type de préjudice dont on peut raisonnablement prévoir qu’il découlera de la négligence du défendeur. (Ce qui fait que, dans la présente affaire, l’analyse de la prévisibilité est inutile puisque, comme nous allons l’expliquer, l’appelante ne peut démontrer qu’il existe un lien de proximité entre elle et Aliments Maple Leaf.)

[63] L’examen du lien de proximité appelle à se demander si, compte tenu de la nature de la relation en cause (*Livent*, par. 25), le lien entre les parties est à ce point « étroit et direct » qu’il serait, « vu ce lien, [. . .] juste et équitable en droit d’imposer une obligation de diligence » (*Livent*, par. 25, citant *Cooper*, par. 32 et 34). Cet examen comporte deux étapes.

[64] Premièrement, le tribunal doit se demander si le lien de proximité peut être établi en fonction d’une catégorie établie ou analogue de lien de proximité (*Livent*, par. 26-28). C’est la question qui se pose en premier parce que « [s]i un rapport relève d’une catégorie déjà établie, ou s’il s’agit d’un rapport analogue, l’existence du lien étroit et direct requis est établie » (*Livent*, par. 26). Les catégories analogues de lien de proximité s’inscrivent dans un courant antérieur et continu d’évolution jurisprudentielle. Elles sont, autrement dit, précisément ce que leur nom indique : *analogues*, c’est-à-dire qu’elles sont *comme* une catégorie établie, mais que leur portée est différente. Appliquer une catégorie établie de lien de proximité pour en reconnaître une autre n’est qu’un exemple de raisonnement par induction propre à l’élaboration de la common law où une obligation reconnue dans une série d’affaires est appliquée à une série d’affaires similaires.

[65] In determining whether proximity can be established on the basis of an existing or analogous category, “a court should be attentive to the particular factors which justified recognizing that prior category in order to determine whether the relationship at issue is, in fact, truly the same as or analogous to that which was previously recognized” (*Livent*, at para. 28). This is because, as between parties to a relationship, some acts or omissions might amount to a breach of duty, while other acts or omissions within that same relationship will not. Merely because particular factors will support a finding of proximity and recognition of a duty within one aspect of a relationship and for one purpose to compensate for one kind of loss does not mean a duty will apply to all aspects of that relationship and for all purposes and to compensate for all forms of loss. While, therefore, proximity may inhere between two parties at large, it may inhere only for particular purposes or for particular actions; whether it is one or the other, and (if the other) for which purposes and which actions, will depend, as we have already recounted, upon the nature of the particular relationship at issue (*Livent*, at para. 27) or the type of pure economic loss alleged. Ultimately, then, to ground an analogous duty, the case authorities relied upon by the appellant must be shown to arise from an analogous relationship and analogous circumstances (*ibid.*).

[66] Secondly, if the court determines that proximity cannot be based on an established or analogous category of proximate relationship, then it must conduct a full proximity analysis (*Livent*, at para. 29). In making this assessment, courts must examine all relevant factors present in the relationship between the plaintiff and the defendant — which, while “diverse and depend[ent] on the circumstances of each case” (*Livent*, at para. 29), include “expectations, representations, reliance, and the property or other interests involved” (*Cooper*, at para. 34).

[65] Pour déterminer si un lien de proximité peut être établi sur le fondement d’une catégorie existante ou analogue, « le tribunal doit être attentif aux facteurs particuliers qui ont permis d’établir cette catégorie pour déterminer si la relation en cause est en fait vraiment la même que celle établie auparavant ou si elle est analogue » (*Livent*, par. 28). Cela s’explique par le fait qu’entre parties à une relation, certains actes ou omissions peuvent constituer un manquement à une obligation, alors que d’autres actes ou omissions entre parties à la même relation n’en constitueront pas un. Ce n’est pas simplement parce que certains facteurs particuliers permettront de conclure à l’existence d’un lien de proximité et de reconnaître une obligation quant à un aspect de la relation et à une fin donnée de manière à permettre d’indemniser un type de perte qu’il y aura obligation quant à tous les aspects de cette relation et à toutes les fins, et qu’il sera possible d’indemniser toutes les formes de perte. Ainsi, il se peut qu’un lien de proximité existe entre deux parties en général, mais il se peut aussi que ce lien n’existe qu’à des fins particulières ou relativement à des actes en particulier; la réponse à la question de savoir si c’est l’un ou l’autre cas, et (si c’est l’autre) à quelles fins et relativement à quels actes ce lien existe, dépendra, comme nous l’avons déjà dit, de la nature de la relation particulière en cause (*Livent*, par. 27) ou du type de perte purement financière alléguée. En fin de compte, pour justifier l’existence d’une obligation analogue, il faut donc démontrer que les décisions invoquées par l’appelante découlent d’une relation analogue et de circonstances analogues (*ibid.*).

[66] Deuxièmement, si le tribunal détermine que le lien de proximité ne peut reposer sur une catégorie établie ou analogue de lien de proximité, il doit alors procéder à une analyse exhaustive du lien de proximité (*Livent*, par. 29). Dans le cadre de cette appréciation, les tribunaux doivent examiner tous les facteurs pertinents présents dans la relation entre le demandeur et le défendeur — facteurs qui, bien qu’ils soient « variés et qu’ils dépendent des circonstances de l’affaire » (*Livent*, par. 29), sont composés « des attentes, des déclarations, de la confiance, des biens en cause et d’autres intérêts en jeu » (*Cooper*, par. 34).

[67] In a case of negligent supply of shoddy goods or structures, the claim may arise in circumstances in which the parties could have protected their interests under contract. Even without being in privity of contract, the parties may nonetheless be “linked by way of contracts with a middle party”, as Maple Leaf Foods and the Mr. Sub franchisees are linked by way of contracts with Mr. Sub (Stapleton, at p. 287). This is particularly the case in commercial transactions (as opposed to consumer purchases: *Arora v. Whirlpool Canada LP*, 2013 ONCA 657, 118 O.R. (3d) 113, at para. 106). Taken together, those contracts may reflect a “clear tripartite understanding of where the risk is to lie” (Stapleton, at p. 287). We see this consideration as crucial here when considering the “expectations [and] other interests involved” that must be accounted for in analysing the nature of the relationship (*Cooper*, at para. 34).

[68] Given the possibility of an existing allocation of risk by contract, a proximity analysis must account for two concerns. First, the reasonable availability of adequate contractual protection within a commercial relationship, even a multipartite relationship, from the risk of loss is an “eminently sensible anti-circumvention argument” that militates strongly against the recognition of a duty of care (Stapleton, at p. 287; see also p. 286). As La Forest J., dissenting, recognized in *Norsk*, at p. 1116, “the plaintiff’s ability to foresee and provide for the particular damage in question is a key factor in the proximity analysis”. For example, a plaintiff may have been able to anticipate risk and remove, confine, minimize or otherwise address it by way of a contractual term (Linden et al., at §9.87). We agree with Professor Stapleton that the boundaries of tort liability should respect that “the principal alternative paths of protection which are theoretically available . . . are by way of contracts made directly with th[e] responsible party or indirectly with a middle party” (p. 271 (emphasis added)).

[67] En cas de fourniture négligente de marchandises ou de structures de mauvaise qualité, la réclamation peut être présentée dans des circonstances où les parties auraient pu protéger leurs intérêts par contrat. Même sans être liées par contrat, les parties peuvent néanmoins [TRADUCTION] « être liées par contrats à une partie intermédiaire », tout comme Maple Leaf et les franchisés de Mr. Sub sont liés par contrats à Mr. Sub (Stapleton, p. 287). C’est le cas en particulier pour les opérations commerciales (contrairement aux achats de consommation : *Arora c. Whirlpool Canada LP*, 2013 ONCA 657, 118 O.R. (3d) 113, par. 106). Considérés ensemble, ces contrats peuvent refléter une « entente tripartite claire quant aux risques encourus » (Stapleton, p. 287). Cette considération est selon nous cruciale en l’espèce eu égard aux « attentes [et] autres intérêts en jeu » dont il faut tenir compte dans l’analyse de la nature de la relation (*Cooper*, par. 34).

[68] Vu qu’il existe peut-être une répartition du risque établie par contrat, l’analyse du lien de proximité doit prendre en compte deux considérations. Premièrement, le fait de pouvoir raisonnablement avoir accès à une protection contractuelle adéquate contre le risque de perte dans le cadre d’une relation commerciale, même d’une relation multipartite, est un [TRADUCTION] « argument anticourtournement éminemment sensé » qui milite fortement contre la reconnaissance d’une obligation de diligence (Stapleton, p. 287; voir aussi p. 286). Comme le juge La Forest, dissident, l’a reconnu dans *Norsk*, p. 1116, « la capacité du demandeur de prévoir le dommage particulier et d’y parer est un facteur clé dans l’analyse du lien étroit ». Par exemple, le demandeur aurait pu être en mesure d’anticiper le risque et de l’éliminer, le limiter, le minimiser ou autrement y parer par une clause contractuelle (Linden et autres, §9.87). Nous sommes d’accord avec la professeure Stapleton pour dire que les limites de la responsabilité délictuelle devraient respecter le fait que « les principaux autres moyens de protection qui sont en théorie disponibles [. . .] sont les contrats conclus directement avec [la] partie responsable ou indirectement avec une partie intermédiaire » (p. 271 (nous soulignons)).

[69] This Court recognized as much in *Design Services*, where the defendant had launched a design-build tendering process for the construction of a building. The plaintiff subcontractors and the defendant were not in privity of contract, but each were linked to the other through a bid submitted by Olympic Construction Ltd., a prime contractor. Olympic's bid was unsuccessful, and the subcontractors sued alleging, *inter alia*, that they were in a relationship of proximity with the defendant and were owed a duty of care originating by reason of the defendant's "Contract A" obligations to Olympic that arose at the tendering stage.

[70] For this Court, Rothstein J. declined to impose a duty of care, because the plaintiffs could have arranged their affairs so as to submit a joint bid with Olympic (thereby making them a party to "Contract A" and entitling them to sue the defendant in contract for irregularities in the tendering process), yet had chosen not to do so. He considered that the plaintiffs' voluntary choice to forego this contractual protection was an "overriding" proximity factor that was fatal to the claim (paras. 54-56). Thus courts will not lightly impose a duty in tort to insure against pure economic loss, in circumstances where the parties could have but chose not to provide for such insurance in contract.

[71] The second concern is related to the first. If the *possibility* of reasonably addressing risk through a contractual term, even within a chain of contracts, presents a compelling argument against allowing a plaintiff to circumvent a contractual arrangement by seeking recognition of a duty of care in tort law, it follows that where the parties *have done so*, this consideration weighs even more heavily against such recognition. As Professor Stapleton explains, this particular anti-circumvention argument arises "not only [where] alternative protection by way of an arrangement with [the middle] party [was] available,

[69] La Cour l'a reconnu dans l'arrêt *Design Services*, où la défenderesse avait lancé un appel d'offres de type conception-construction pour la construction d'un immeuble. Les sous-traitantes demanderesse et la défenderesse n'étaient pas liées contractuellement, mais chacune d'elles était liée à l'autre par la soumission présentée par Olympic Construction Ltd., un entrepreneur principal. La soumission d'Olympic n'a pas été retenue et les sous-traitantes ont intenté une poursuite, alléguant entre autres qu'elles avaient un lien de proximité avec la défenderesse et que cette dernière avait envers elles une obligation de diligence découlant des obligations que la défenderesse avait envers Olympic en vertu du « contrat A » et qui ont pris naissance à l'étape de l'appel d'offres.

[70] S'exprimant au nom de la Cour, le juge Rothstein a refusé d'imposer une obligation de diligence parce que les demanderesse auraient pu organiser leurs affaires pour présenter une soumission conjointe avec Olympic (ce qui aurait fait d'elles une partie au « contrat A » et les aurait autorisées à poursuivre la défenderesse en responsabilité contractuelle pour des irrégularités dans le processus d'appel d'offres), mais qu'elles avaient décidé de ne pas le faire. Selon lui, le fait que les demanderesse aient décidé volontairement de renoncer à cette protection contractuelle était un facteur « prédominant » dans l'analyse du lien de proximité, lequel portait un coup fatal à la demande (par. 54-56). En conséquence, les tribunaux n'imposeront pas à la légère une obligation en matière délictuelle de se protéger contre les pertes purement financières dans des circonstances où les parties auraient pu prévoir une telle protection dans le contrat, mais ont décidé de ne pas le faire.

[71] La deuxième considération est liée à la première. Si la *possibilité* de parer raisonnablement à un risque au moyen d'une clause contractuelle, même dans le cadre d'une chaîne de contrats, est un argument convaincant qui milite contre l'idée de permettre au demandeur de contourner une entente contractuelle en cherchant à faire reconnaître une obligation de diligence en matière délictuelle, il s'ensuit que, lorsque les parties *le font*, ce facteur pèse encore plus lourdement contre une telle reconnaissance. Comme l'explique la professeure Stapleton, cet argument anticcontournement particulier joue

but was obtained” (Stapleton, at p. 287 (emphasis added)). Again, this Court’s decision in *Design Services* is instructive:

In my view, the observation of Professor Lewis N. Klar (*Tort Law* (3rd ed. 2003), at p. 201) — that the ordering of commercial relationships is usually in the bailiwick of the law of contract — is particularly apt in this type of case. To conclude that an action in tort is appropriate when commercial parties have deliberately arranged their affairs in contract would be to allow for an unjustifiable encroachment of tort law into the realm of contract. [Emphasis added; para. 56.]

[72] All this is not to say that contractual silence on a matter will automatically foreclose the imposition of a duty of care. Contractual silence on certain matters is inevitable, since it is impractical for even the most sophisticated parties to bargain about every foreseeable risk (Stapleton, at p. 287). Our point, rather, is that, in the case of defective goods and structures, commercial parties between or among whom the product is transferred before it reaches the consumer will have had a chance to allocate risk and order their relationship *via* contract. And in assessing the proximity of relations among those parties — that is, in evaluating “expectations, representations, reliance, and the property or other interests involved” — courts must be careful not to disrupt the allocations of risk reflected, even if only implicitly, in relevant contractual arrangements.

[73] In sum, under the *Anns/Cooper* framework and its rigorous proximity analysis, the determination of whether a claim of negligent supply of shoddy goods or structures is supported by a duty of care between the plaintiff and the defendant requires consideration of “expectations, representations, reliance, and the property or other interests involved”, as well as any other considerations going to whether it would be “just and fair”, having regard to the relationship

[TRADUCTION] « non seulement s’il était possible d’être autrement protégé par la conclusion d’une entente avec [la partie intermédiaire], mais aussi si cette protection a été obtenue » (Stapleton, p. 287 (nous soulignons)). Encore une fois, l’arrêt de notre Cour dans l’affaire *Design Services* est instructif :

À mon avis, la remarque du professeur Lewis N. Klar (*Tort Law* (3^e éd. 2003), p. 201) — selon laquelle la régulation des relations commerciales relève normalement du droit des contrats — est particulièrement pertinente dans ce genre d’affaire. Conclure qu’une action en responsabilité délictuelle est le recours approprié lorsque des parties commerciales ont volontairement organisé leurs affaires par contrat reviendrait à permettre un empiétement injustifié du droit de la responsabilité délictuelle sur le droit des contrats. [Nous soulignons; par. 56.]

[72] Tout cela ne revient pas à dire que le silence du contrat sur une question empêchera automatiquement l’imposition d’une obligation de diligence. Le silence contractuel sur certaines questions est inévitable, car il est irréaliste même pour les parties les plus averties de s’entendre à propos de tous les risques prévisibles (Stapleton, p. 287). Nous soutenons plutôt que, dans le cas de marchandises et de structures comportant un vice, les parties commerciales entre lesquelles le produit est transféré avant de parvenir au consommateur auront eu l’occasion de répartir le risque et de régler les détails de leur relation *par* contrat. De plus, en appréciant la proximité des relations entre ces parties — c’est-à-dire en procédant à l’évaluation « des attentes, des déclarations, de la confiance, des biens en cause et d’autres intérêts en jeu » —, les tribunaux doivent prendre garde de ne pas perturber la répartition du risque reflété, même si ce n’est que de façon implicite, dans les ententes contractuelles pertinentes.

[73] En somme, selon le cadre des arrêts *Anns* et *Cooper* et son analyse rigoureuse du lien de proximité, pour déterminer si une allégation de fourniture négligente de marchandises ou de structures de mauvaise qualité prend appui sur une obligation de diligence entre le demandeur et le défendeur, il faut tenir compte « des attentes, des déclarations, de la confiance, des biens en cause et d’autres intérêts en jeu » ainsi que de tout autre facteur permettant

between the parties, to impose a duty of care. In particular, where the parties are linked by way of contracts with a middle party that, taken together, reflect a multipartite allocation of risk, courts must be cautious about allowing parties to circumvent that allocation by way of tort claims. Courts must ask: is a party using tort law so as to circumvent the strictures of a contractual arrangement? *Could* the parties have addressed risk through a contractual term? And, *did* they? In our view, and as we will explain, these considerations loom large here.

(ii) Application

[74] As indicated in our review of *Livent*, the question of whether the parties were in a proximate relationship follows a two-step analysis. Accordingly, we first address the appellant’s arguments regarding an analogous category of proximity.

1. *Analogous Category of Proximity*

[75] The appellant argues that appellate and trial level case law support recognition of a duty of care owed by Maple Leaf Foods to Mr. Sub franchisees “for economic losses arising out of negligent manufacture and supply of a dangerous product” — a duty that, as we have already explained, is grounded in the liability rule recognized in *Winnipeg Condominium* (A.F., at para. 51; see also para. 79). To establish that this duty is owed in its case, the appellant argues that the relationships of proximity recognized in those authorities — in particular, *Plas-Tex*, *Tanshaw* and *Country Style* — “are analogous to [the relationship between Maple Leaf Foods and] the franchisees” (A.F., at para. 51).

de déterminer s’il serait « juste et équitable », eu égard à la relation entre les parties, d’imposer une obligation de diligence. En particulier, si les parties sont liées à une partie intermédiaire par des contrats qui, considérés ensemble, indiquent qu’il y a une répartition multipartite du risque, les tribunaux doivent se montrer prudents avant de permettre aux parties de contourner cette répartition par des réclamations en responsabilité délictuelle. Ils doivent se poser la question suivante : une partie recourt-elle au droit de la responsabilité délictuelle pour contourner les restrictions imposées par une entente contractuelle? Les parties *auraient-elles pu* parer au risque au moyen d’une clause contractuelle? Et, *l’ont-elles fait*? À notre avis, et comme nous allons l’expliquer, ces considérations revêtent une grande importance en l’espèce.

(ii) Application

[74] Comme nous l’avons indiqué dans notre examen de l’arrêt *Livent*, pour répondre à la question de savoir s’il y avait un lien de proximité entre les parties, il faut procéder à une analyse à deux volets. Par conséquent, nous traiterons tout d’abord des arguments de l’appelante concernant la catégorie analogue de lien de proximité.

1. *Catégorie analogue de lien de proximité*

[75] L’appelante soutient que des décisions d’appel et de première instance appuient la reconnaissance d’une obligation de diligence qu’aurait Aliments Maple Leaf envers les franchisés de Mr. Sub [TRANSLATION] « pour les pertes financières découlant de la fabrication et de la fourniture négligentes d’un produit dangereux » — une obligation qui, comme nous l’avons déjà expliqué, est fondée sur la règle de responsabilité reconnue dans l’arrêt *Winnipeg Condominium* (m.a., par. 51; voir aussi par. 79). Pour établir l’existence de cette obligation en l’espèce, l’appelante fait valoir que les liens de proximité qui ont été reconnus dans ces décisions — en particulier *Plas-Tex*, *Tanshaw* et *Country Style* — « sont analogues [au lien qui existe entre Aliments Maple Leaf] et les franchisés » (m.a., par. 51).

[76] In *Plas-Tex*, as already recounted, dangerously defective resin was knowingly supplied by the defendant to the plaintiffs. The pipes exploded, necessitating repairs and causing the plaintiff to suffer significant business losses. The Court of Appeal of Alberta held that Dow owed a duty “to take reasonable care not to manufacture and distribute a product that is dangerous” (*Plas-Tex*, at para. 90).

[77] This is not analogous to the basis for the duty which the appellant says was owed by Maple Leaf Foods to Mr. Sub franchisees. The post-delivery circumstances of *Plas-Tex* are entirely different than the circumstances of the appellant’s claim of interrupted supply. Specifically, the defect in the resin created actual physical damage, such that the resulting economic losses were not, as a matter of law, pure economic loss but consequential economic loss. Finally, and most significantly, the resin was not intended for human consumption — a central plank in the appellant’s posited analogous category.

[78] Nor is *Tanshaw* of assistance to the appellant. There, the “Back Alley” night club, owned by the plaintiff numbered company, held a “foam party”, an event at which bubbles were dispersed onto the dancefloor so that patrons could dance in the foam. When an altered chemical composition of the product used by the manufacturer Tanshaw to produce the foam resulted in some patrons suffering physical injury, the nightclub owner successfully sued Tanshaw and others for, *inter alia*, negligence.

[79] As in *Plas-Tex*, the fact that a dangerous product was actually supplied and that it caused physical injury, albeit to third parties, tends to undermine the appellant’s position that this case is analogous.

[80] Further, and in our respectful view, the trial judge in *Tanshaw* erred in her conclusion that the manufacturer owed a duty of care to the nightclub, or

[76] Rappelons que dans l’affaire *Plas-Tex*, la défenderesse a sciemment fourni de la résine dangereuse aux demanderesse. Les tuyaux ont explosé de sorte qu’il a fallu les réparer et que ces dernières ont subi d’importantes pertes d’entreprise. La Cour d’appel de l’Alberta a conclu que Dow avait l’obligation [TRADUCTION] « de faire preuve de diligence raisonnable afin de ne pas fabriquer et distribuer un produit dangereux » (*Plas-Tex*, par. 90).

[77] Il ne s’agit pas d’un fondement analogue à celui sur lequel repose l’obligation à laquelle, selon l’appelante, était tenue Aliments Maple Leaf envers les franchisés de Mr. Sub. Les circonstances postérieures à la livraison dans *Plas-Tex* sont tout à fait différentes de celles dans lesquelles l’appelante prétend que l’approvisionnement a été interrompu. Plus particulièrement, le vice dans la résine a causé un véritable dommage matériel, de sorte que la perte financière en résultant n’était pas, en droit, une perte purement financière, mais une perte financière indirecte. Enfin, et surtout, la résine n’était pas destinée à la consommation humaine — un élément central de la catégorie analogue que l’appelante a fait valoir.

[78] La décision *Tanshaw* n’est pas non plus utile à l’appelante. Dans cette affaire, la boîte de nuit « Back Alley », qui appartenait à la société à numéro demanderesse, avait organisé une « soirée mousse », un événement où des bulles avaient été dispersées sur la piste de danse afin que les clients puissent danser dans la mousse. Lorsque certains clients ont subi un préjudice corporel en raison d’une modification dans la composition chimique du produit utilisé par la fabricante Tanshaw pour produire la mousse, la propriétaire de la boîte de nuit a poursuivi avec succès Tanshaw et d’autres parties, entre autres pour négligence.

[79] Comme dans *Plas-Tex*, le fait qu’un produit dangereux ait effectivement été fourni et qu’il ait causé un préjudice corporel, quoiqu’à des tiers, tend à miner la thèse de l’appelante quant au caractère analogue de la présente affaire.

[80] De plus, à notre humble avis, la juge de première instance dans *Tanshaw* a commis une erreur en concluant que la fabricante avait une obligation de

at least in relying upon the basis she identified for doing so. Correctly noting that *Donoghue v. Stevenson* stands for the proposition that “the manufacturer or distributor of a product that is defective or unfit for its intended use and the end user of the product is a relationship of sufficient proximity to found a duty of care”, she then held that it followed that Tanshaw was under an obligation to be “mindful of the interests of the Back Alley and its patrons” and therefore stood in sufficient proximity to *both* “the Back Alley and its patrons” and owed a “duty of care to the Back Alley and its patrons” (para. 148 (emphasis added)).

[81] The liability rule in *Donoghue v. Stevenson*, however, governs the relationship between manufacturers and the ultimate consumer who is physically injured by the manufacturer’s negligence; it does not speak to whether a manufacturer owes a duty to an intermediary for economic losses, even where those losses are alleged to arise from that same act of negligence. We say, again respectfully, that the trial judge erred by failing to conduct separate analyses of each duty alleged in that case — that is, the duty owed to the patrons, and the duty owed to the night-club. As we have stressed at para. 66, determining whether proximity is established requires examining all relevant factors arising from the relationship between the plaintiff and the defendant — which examination may entail highly case-specific factors including expectations, representations, reliance and other considerations. In failing to do so with respect to the specific relationship between Tanshaw and the night club, the trial judge effectively bootstrapped Tanshaw’s liability *to the night club* to the duty which Tanshaw owed *to the patrons*.

[82] Finally, *Country Style* is a case concerning misrepresentations made by a landlord about a commercial space leased by the franchisor who in

diligence envers la boîte de nuit, ou à tout le moins en s’appuyant sur les motifs qu’elle a exposés pour conclure ainsi. Après avoir souligné à juste titre que l’arrêt *Donoghue c. Stevenson* appuie la proposition selon laquelle [TRADUCTION] « le lien de proximité entre le fabricant ou le distributeur d’un produit qui est défectueux ou qui ne convient pas à l’usage auquel il est destiné, et l’utilisateur final du produit, est suffisant pour permettre de conclure à l’existence d’une obligation de diligence », elle a conclu qu’il s’ensuivait que Tanshaw avait l’obligation de « tenir compte des intérêts de Back Alley et de ses clients », que l’entreprise avait donc un lien de proximité suffisant *tant avec* « Back Alley qu’avec ses clients » et qu’elle était tenue « à une obligation de diligence à l’égard de Back Alley et de ses clients » (par. 148 (nous soulignons)).

[81] La règle de responsabilité énoncée dans l’arrêt *Donoghue c. Stevenson* régit cependant la relation entre le fabricant et le consommateur ultime qui a subi un préjudice corporel à cause de la négligence du fabricant; elle ne permet pas de savoir si un fabricant a une obligation envers un intermédiaire pour les pertes financières subies, même s’il est allégué que ces pertes découlent du même acte de négligence. Soit dit en tout respect, encore une fois, la juge de première instance a commis une erreur en ne procédant pas à une analyse distincte de chacune des obligations alléguées dans cette affaire — c’est-à-dire l’obligation envers les clients et l’obligation envers la boîte de nuit. Comme nous l’avons souligné au par. 66, pour déterminer si un lien de proximité est établi, il faut examiner tous les facteurs pertinents découlant de la relation entre le demandeur et le défendeur — ce qui peut supposer l’examen de facteurs particulièrement propres au dossier, notamment les attentes, les déclarations, la confiance et d’autres considérations. En ne procédant pas à cet examen en ce qui a trait au lien particulier existant entre Tanshaw et la boîte de nuit, la juge de première instance a en fait greffé la responsabilité de Tanshaw *envers la boîte de nuit* à l’obligation à laquelle Tanshaw était tenue *envers les clients*.

[82] Enfin, l’affaire *Country Style* concerne des déclarations inexactes faites par une locatrice au sujet d’un espace commercial loué par la franchiseuse qui

turn leased to the plaintiff franchisee in anticipation of using the space to house a donut franchise. The landlord held out that it would build according to a specific site plan and then proceeded to make changes to the plan. The imposition of liability by the Court of Appeal for Ontario on the landlord was simply in conformity with this Court's decisions in *Queen v. Cognos Inc.*, [1993] 1 S.C.R. 87, *Hercules and Kamloops v. Nielson*, [1984] 2 S.C.R. 2. It has nothing to do with, and is not remotely analogous to, the duty of care posited here to provide products fit for human consumption.

[83] Having concluded that proximity cannot be established by reference to a recognized category of proximate relationship, we must now conduct a full proximity analysis.

2. Full Proximity Analysis

[84] It follows — not only from *Cooper's* emphasis upon proximity as a distinct inquiry from foreseeability, but also from *Livent's* direction that proximity is to be assessed by examining the nature of the relationship itself — that the defendant's ability to reasonably foresee injury to a plaintiff is insufficient to ground a finding of proximity. We stress this, in view of the appellant's submissions on proximity. In describing Maple Leaf Foods' "proximate relationship with [Mr. Sub] franchisees" (A.F., at p. 8), it points to Maple Leaf Foods' knowledge, *inter alia*, that the franchisees "were prohibited from procuring RTE meats from another supplier because of the exclusive supplier arrangement"; of the importance of product supply to the franchisees' operations; and of the losses that would flow from an interruption of supply, including goodwill, reputation, sales and profits (A.F., at para. 21). Such knowledge would be unsurprising, given the particulars the appellant alleges of direct communications between Maple Leaf Foods and the franchisees to support their operations. For example, Maple Leaf Foods operated a dedicated toll free hotline available to the franchisees, and dispatched representatives to discuss with franchisees any concerns with its product (A.F., at para. 22). The appellant also points to evidence that Maple Leaf

a pour sa part loué celui-ci à la demanderesse franchisee en vue d'y établir une franchise de beignes. La locatrice avait laissé entendre que la construction se ferait selon un plan d'emplacement précis auquel elle a par la suite apporté des modifications. La responsabilité imposée par la Cour d'appel de l'Ontario à la locatrice était tout simplement conforme aux arrêts rendus par notre Cour dans *Queen c. Cognos Inc.*, [1993] 1 R.C.S. 87, *Hercules et Kamloops c. Nielsen*, [1984] 2 R.C.S. 2. Elle n'avait rien à voir avec l'obligation de diligence invoquée en l'espèce, selon laquelle les produits fournis devaient être propres à la consommation humaine, ni rien d'analogue à cette obligation.

[83] Ayant conclu qu'un lien de proximité ne peut être établi en fonction d'une catégorie reconnue de lien de proximité, nous devons maintenant procéder à une analyse exhaustive à cet égard.

2. Analyse exhaustive du lien de proximité

[84] Il découle — non seulement de l'importance que l'arrêt *Cooper* accorde au lien de proximité en tant qu'examen distinct de celui de la prévisibilité, mais aussi de l'orientation donnée dans l'arrêt *Livent* selon laquelle le lien de proximité doit être apprécié en fonction de la nature de la relation elle-même — que la capacité du défendeur de prévoir raisonnablement le préjudice qui sera causé au demandeur ne suffit pas pour conclure à l'existence d'un lien de proximité. Nous insistons sur ce point, étant donné les observations présentées par l'appelante sur le lien de proximité. Lorsqu'elle décrit le [TRADUCTION] « lien de proximité d'Aliments Maple Leaf avec les franchisés [de Mr. Sub] » (m.a., p. 8), elle souligne qu'Aliments Maple Leaf savait, entre autres, qu'« en raison de l'entente d'approvisionnement exclusif, il était interdit aux franchisés de se procurer des viandes PAM auprès d'un autre fournisseur », que l'approvisionnement jouait un rôle important dans les activités des franchisés et qu'une interruption de l'approvisionnement occasionnerait des pertes, notamment quant à l'achalandage, à la réputation, aux ventes et aux profits (m.a., par. 21). Le fait qu'Aliments Maple Leaf en ait su autant n'est pas surprenant, compte tenu des précisions fournies par l'appelante au sujet des communications

Foods not only *could* have foreseen, but *did* foresee the detrimental impact of its voluntary recall of RTE meats and “took direct measures to assist [the franchisees]” (A.F., at para. 23).

[85] To the extent that these considerations are possibly relevant to the duty analysis, they go not to proximity, but to reasonable foreseeability of injury. But even when they are so considered, it bears recalling that, in *Livent*, this Court clarified that an injury or loss will be considered to be “reasonably foreseeable” only where it falls within the *scope* of a proximate relationship between the parties (*Livent*, at para. 34; see also Klar, at p. 242). This was, the Court explained, the effect of *Cooper* at its restoration of proximity to the duty analysis. *Cooper* “signalled a shift from the *Anns* test, which had grounded the recognition of a *prima facie* duty upon mere foreseeability of injury” (*Livent*, at para. 23 (emphasis added)). Henceforward, it would no longer be sufficient for the appellant to point to evidence that tends to show that Maple Leaf Foods could have *merely foreseen* the economic loss sustained by Mr. Sub franchisees, or even that Maple Leaf Foods’ representatives supported Mr. Sub in its operations, whether before or after the voluntary recall. The scope of reasonable foreseeability is “far narrower” than that: “[w]hat the defendant reasonably foresees as flowing from his or her negligence depends upon the characteristics of his or her relationship with the plaintiff” (*Livent*, at paras. 24 and 36). Regard must therefore be had to whether they were in a *proximate* relationship. And deciding that requires examining and accounting for *the nature* of that relationship, which informs the types of injury that could be reasonably foreseen. In our view, the pure economic losses the appellant seeks to recover do not fall within the scope of a proximate relationship and cannot be considered a

directes qu’il y aurait eu entre Aliments Maple Leaf et les franchisés au soutien de leurs activités. À titre d’exemple, Aliments Maple Leaf assurait un service d’assistance téléphonique sans frais à l’intention des franchisés et envoyait des représentants pour que ceux-ci puissent discuter avec les franchisés de toute préoccupation qu’ils pouvaient avoir au sujet de son produit (m.a., par. 22). L’appelante fait aussi état d’éléments de preuve établissant non seulement qu’Aliments Maple Leaf *aurait pu* prévoir, mais *avait effectivement* prévu l’effet préjudiciable de son rappel volontaire de viandes PAM et qu’elle avait « pris des mesures directes pour aider [les franchisés] » (m.a., par. 23).

[85] Dans la mesure où elles sont peut-être pertinentes pour l’analyse de l’obligation de diligence, ces considérations ont trait non pas au lien de proximité, mais à la prévisibilité raisonnable du préjudice. Cependant, même lorsqu’elles sont considérées ainsi, il importe de rappeler que, dans *Livent*, notre Cour a précisé qu’un préjudice ou une perte ne sera considéré « raisonnablement prévisible » que si ce préjudice ou cette perte entre dans le *cadre* d’un lien de proximité entre les parties (*Livent*, par. 34; voir aussi Klar, p. 242). La Cour a expliqué qu’il s’agissait là de l’effet de l’arrêt *Cooper* lorsqu’il a rétabli le lien de proximité dans l’analyse de l’obligation de diligence. L’arrêt *Cooper* « s’est [. . .] éloigné du critère de l’arrêt *Anns*, qui avait fondé la reconnaissance d’une obligation *prima facie* sur la simple prévisibilité du préjudice » (*Livent*, par. 23 (nous soulignons)). Désormais, il ne suffirait plus pour l’appelante de faire ressortir des éléments de preuve tendant à démontrer qu’Aliments Maple Leaf aurait pu *simplement prévoir* la perte financière subie par les franchisés de Mr. Sub, ou même que les représentants d’Aliments Maple Leaf appuyaient Mr. Sub dans ses activités, que ce soit avant ou après le rappel volontaire. La prévisibilité raisonnable est « beaucoup plus restreinte » que cela : « [L]es conséquences auxquelles le défendeur peut raisonnablement s’attendre en raison de sa négligence dépendent des caractéristiques de ses liens avec le demandeur » (*Livent*, par. 24 et 36). Il faut donc se demander s’il y avait entre eux un lien de *proximité*. Et pour se prononcer sur cette question, il faut examiner et prendre en considération *la nature* de ce lien, qui sert

reasonably foreseeable consequence of Maple Leaf Foods' alleged negligence in supplying potentially contaminated RTE meats.

[86] Here, then, we recall that the appellant is a corporation that entered into a franchise agreement with Mr. Sub, which in turn was party to an exclusive supply agreement with Maple Leaf Foods. Taken together, these agreements required the appellant, and all Mr. Sub franchisees, to purchase *only* such RTE meats as were manufactured by Maple Leaf Foods. The relevant terms of the franchise agreement state:

6.2 Authorized Products and Services

The Franchisee acknowledges that it is in the interest of the Franchisee, the Franchisor and all other Mr. Sub Restaurant Franchisees that the uniform standards, methods, procedures, techniques and specifications of the System be fully adhered to by the Franchisee. Accordingly, the Franchisee shall offer for sale from the Premises only such Products and Services as may be authorized from time to time in writing by Franchisor in the Manual or otherwise.

The Franchisee further agrees to purchase or lease, as applicable, all Products, Ingredients, Equipment, Supplies and other items exclusively from the Franchisor or from sources or suppliers approved or designated in writing by the Franchisor (which sources or suppliers may include Affiliates of the Franchisor) at prices and charges, and upon the terms and conditions of sale in effect at the date of shipment, plus taxes and reasonable shipping and transportation charges. The Franchisor will not be liable for any direct or indirect loss or damage due to any delay in delivery, or inaccurate or incomplete shipments.

6.4 Group Purchasing and Rebates

The Franchisee shall have the right to participate, on the same basis as other Mr. Sub Restaurant franchisees, in any group purchasing programs for Products, Ingredients,

à déterminer les types de préjudice qui pouvaient raisonnablement être prévus. À notre avis, les pertes purement financières dont l'appelante cherche à être indemnisée n'entrent pas dans le cadre d'un lien de proximité et ne peuvent être considérées comme une conséquence raisonnablement prévisible de la négligence dont aurait fait preuve Aliments Maple Leaf en fournissant des viandes PAM susceptibles d'être contaminées.

[86] En l'espèce, donc, rappelons-nous que l'appelante est une société qui a conclu un contrat de franchisage avec Mr. Sub, qui, pour sa part, était partie à un contrat d'approvisionnement exclusif avec Aliments Maple Leaf. Ensemble, ces contrats exigeaient de l'appelante et de tous les franchisés de Mr. Sub qu'ils achètent *uniquement* les viandes PAM fabriquées par Aliments Maple Leaf. Les clauses pertinentes du contrat de franchisage sont les suivantes :

[TRADUCTION]

6.2 Produits et services autorisés

Le franchisé reconnaît qu'il est dans l'intérêt du franchisé, du franchiseur et de tous les autres franchisés de Mr. Sub Restaurant qu'il adhère pleinement aux normes, méthodes, procédures, techniques et spécifications uniformes du système. Par conséquent, le franchisé n'offrira en vente, sur les lieux, que les produits et services autorisés par écrit par le franchiseur dans le manuel ou autrement.

Le franchisé consent en outre à acheter ou à louer, le cas échéant, tous les produits, ingrédients, équipement, fournitures et autres articles, exclusivement du franchiseur ou de sources ou fournisseurs approuvés ou désignés par écrit par le franchiseur (notamment des sociétés affiliées du franchiseur) aux prix et frais et aux conditions générales de vente qui sont en vigueur à la date d'expédition, plus taxes et frais raisonnables d'envoi et de transport. Le franchiseur ne sera pas responsable de toute perte ou de tout dommage découlant directement ou indirectement d'un retard de livraison ou d'une livraison inexacte ou incomplète.

6.4 Achats de groupe et rabais

Le franchisé a le droit de participer, au même titre que les autres franchisés de Mr. Sub Restaurant, à tout programme d'achats de groupe concernant des produits, ingrédients,

Equipment, Supplies, services and other items which the Franchisor may from time to time use, develop, sponsor or provide.

In short, franchisees were contractually restricted to using and selling only products authorized by Mr. Sub and supplied exclusively by Mr. Sub or by sources approved by Mr. Sub. As to those sources, the exclusive supply agreement between Maple Leaf Foods and Mr. Sub provided:

Product Listing

MR. SUB agrees to honor the exclusive supplier status of Maple Leaf Foodservice on the 14 core menu items for the 3 year period – January 1, 2006 to December 31, 2008. Maple Leaf Foodservice obligations hereunder shall be dependent upon maintaining the exclusive supply status.

List of Core Menu Items

...

The foregoing Menu items shall be exclusively supplied by Maple Leaf Foodservice.

...

Maple Leaf Foodservice will ensure that Mr. Sub will be offered “best pricing” on any exclusive products. For the purposes hereof “best pricing” shall be determined with reference to third parties acquiring similar goods (including similar quality and mix of goods) in similar quantities, for direct re-sale by them to consumers by means of a fast food format.

...

Continued Superior Customer Services

Maple Leaf Foodservice will continue to provide MR. SUB with the following elements of superior Customer Service:

équipement, fournitures, services et autres articles que le franchiseur peut, à l’occasion, utiliser, développer, commander ou offrir.

Bref, aux termes du contrat, les franchisés ne pouvaient utiliser et vendre que les produits autorisés par Mr. Sub et fournis exclusivement par Mr. Sub ou par des sources approuvées par Mr. Sub. En ce qui concerne ces sources, le contrat d’approvisionnement exclusif intervenu entre Aliments Maple Leaf et Mr. Sub prévoit ce qui suit :

[TRADUCTION]

Liste des produits

MR. SUB s’engage à respecter le statut de fournisseur exclusif de Service alimentaire Maple Leaf en ce qui concerne les 14 éléments principaux inscrits au menu pendant une période de 3 ans — du 1^{er} janvier 2006 au 31 décembre 2008. Les obligations de Service alimentaire Maple Leaf aux termes du présent contrat sont conditionnelles au maintien de ce statut de fournisseur exclusif.

Liste des éléments principaux inscrits au menu

...

Les éléments inscrits au menu suivants seront exclusivement fournis par Service alimentaire Maple Leaf

...

Service alimentaire Maple Leaf s’assurera que Mr. Sub bénéficie du « meilleur prix » pour tout produit exclusif. Pour les besoins du présent contrat, le « meilleur prix » sera établi en fonction du prix payé par un tiers qui achète des biens semblables (y compris de qualité semblable et en combinaison avec d’autres biens) en quantités semblables pour les revendre directement aux consommateurs selon une formule de restauration rapide.

...

Service à la clientèle de qualité supérieure continu

Service alimentaire Maple Leaf continuera de fournir à MR. SUB un service à la clientèle de qualité supérieure, dont :

- 1-800 line available to Franchisees on a National scale.
- un accès à un numéro 1-800 offert aux franchisés à l'échelle nationale,
- National Sales representation country wide.
- un service de représentation des ventes nationales dans tout le pays,
- Fast, accurate and timely handling of inquiries regarding product ingredients, handling, storage and quality.
- un traitement rapide, précis et en temps opportun des demandes de renseignements au sujet des ingrédients, de la manutention, de l'entreposage et de la qualité d'un produit,
- Direct Franchisee contact.
- un contact direct avec le franchisé.

[87] Our colleague relies on such terms to support a finding of proximity between Maple Leaf Foods and the Mr. Sub Franchisees (para. 138). But a finding of proximity does not depend on the existence of certain contractual terms that make specific reference to one party or another. In a multipartite commercial relationship such as this, the relevant contractual terms ought to be considered as a whole so as not to defeat the expectations of all parties as to their obligations and entitlements. Here, the Mr. Sub franchisees' relevant obligation to Mr. Sub under the franchise agreement was to purchase product only as it directed, and Maple Leaf Foods' relevant right as against Mr. Sub under the exclusive supply agreement was to be the exclusive supplier of RTE meats. Taken together, this arrangement operated to bind the franchisees to obtain and sell only RTE meats produced by Maple Leaf Foods.

[88] The appellant says that, as a result of the terms of the franchise agreement, it and the other franchisees were "vulnerable" and unable to protect themselves from Maple Leaf Foods' negligence. "In the franchisee-franchisor context governed by a standard form franchise agreement", it argues, it could not protect itself by negotiation, or at least not "on an equal footing" (A.F., at paras. 91-92). While we agree that the franchising agreement worked a "vulnerability" upon the appellant, we do not see its significance as the appellant does. It is this simple: instead of operating as an independent restaurant,

[87] Notre collègue se fonde sur ces clauses pour étayer une conclusion selon laquelle il y avait un lien de proximité entre Aliments Maple Leaf et les franchisés de Mr. Sub (par. 138). Cependant, une telle conclusion ne dépend pas de l'existence de certaines clauses contractuelles faisant expressément référence à une partie ou à une autre. Dans une relation commerciale multipartite telle que celle qui nous occupe, les conditions contractuelles pertinentes devraient être examinées dans leur ensemble de façon à ne pas frustrer les attentes de l'ensemble des parties quant à leurs obligations et droits. En l'espèce, l'obligation pertinente imposée aux franchisés de Mr. Sub à l'égard de Mr. Sub par le contrat de franchisage est celle de n'acheter les produits que conformément aux conditions prescrites, et le droit pertinent que le contrat d'approvisionnement exclusif accorde à Aliments Maple Leaf à l'égard de Mr. Sub est celui d'être le fournisseur exclusif des viandes PAM. Globalement, cette entente a pour effet d'obliger les franchisés à se procurer et à vendre seulement les viandes PAM produites par Aliments Maple Leaf.

[88] L'appelante affirme que les conditions du contrat de franchisage font qu'elle et les autres franchisés étaient [TRADUCTION] « vulnérables » et qu'ils n'étaient pas en mesure de se protéger contre la négligence d'Aliments Maple Leaf. « Dans le contexte de rapports franchisé-franchiseur, régis par un contrat type de franchisage », soutient-elle, elle ne pouvait se protéger en négociant ou à tout le moins pas « sur un pied d'égalité » (m.a., par. 91-92). Bien que nous reconnaissons que le contrat de franchisage a eu pour effet de placer l'appelante dans un « état de vulnérabilité », nous n'accordons

the appellant chose to operate its business through a franchise. In doing so, like any franchisee it secured advantages that it could not have obtained on its own, including the use of the franchisor's trademark (and the benefit of associated goodwill), an established and proven system of operation, training, co-operative advertising and marketing, and — significantly — the benefit of the franchisor's buying power to secure better pricing for supplies. This last benefit is precisely what Mr. Sub franchisees secured under art. 6.4 of the franchise agreement ("Group Purchasing and Rebates"), which provided them with the benefit of Mr. Sub's group purchasing program.

[89] Of course, like any franchisee, the appellant also assumed certain disadvantages by operating through a franchise, all of which are typically necessary to securing the advantages. For example, the success of the system of operations and the benefit of the franchisor's buying power depend upon maintaining a degree — and, depending upon the franchise, sometimes an *exceedingly high* degree — of consistency among all franchisees in all aspects of their operations. Operating systems must be followed, the same suppliers of products must be used, and employees must take the same training. This near-total loss of control by a franchisee over its business operations, including its suppliers, is enforced by another inevitable constraint that comes with entering into a franchise arrangement, which is, in this case, the terms of the franchise agreement which bound the franchisees to those operational systems and supply arrangements. Its terms are not extraordinary; as the appellant says, it is a "standard form franchise agreement". The appellant also says the franchise agreement leaves franchisees "vulnerable" to interruptions in supply caused by the negligence of suppliers, an observation echoed by our colleague (at paras. 147-51). As already indicated, we agree that it does. But this is not a basis for a tort law duty, but rather an unremarkable incident of the franchise model of business in which the franchisees operated.

pas à cette conséquence l'importance que l'appelante lui accorde. C'est simple : plutôt que d'exploiter un restaurant indépendant, l'appelante a décidé de mener ses activités par l'entremise d'une franchise. Ce faisant, comme tout franchisé, elle a obtenu des avantages qu'elle n'aurait pas pu obtenir si elle avait agi seule, notamment les suivants : utiliser la marque de commerce du franchiseur (et bénéficier de l'achalandage associé à cette marque), profiter d'un mode de fonctionnement établi et ayant fait ses preuves, recevoir une formation, faire de la publicité et du marketing coopératifs, et — fait important — bénéficier du pouvoir d'achat du franchiseur pour s'approvisionner à meilleur prix. Ce dernier avantage est précisément celui que les franchisés de Mr. Sub ont obtenu par l'art. 6.4 du contrat de franchiseage ([TRADUCTION] « Achats de groupe et rabais »), qui leur donnait accès au programme d'achats de groupe de Mr. Sub.

[89] Certes, comme tout franchisé, l'appelante a également subi certains inconvénients en exploitant son entreprise par l'entremise d'une franchise, lesquels sont tous généralement nécessaires pour pouvoir obtenir les avantages. Par exemple, le succès du mode de fonctionnement et l'avantage que procure le pouvoir d'achat du franchiseur sont conditionnels au maintien d'un certain degré — et parfois, selon la franchise, d'un degré *extrêmement élevé* — de cohérence parmi l'ensemble des franchisés dans tous les aspects de leurs activités. Les systèmes opérationnels doivent être suivis, il faut recourir aux mêmes fournisseurs de produits et les employés doivent suivre la même formation. Cette perte quasi totale de contrôle des franchisés sur leurs activités, y compris leurs fournisseurs, se concrétise par une autre contrainte qui vient inévitablement avec la conclusion d'une entente de franchiseage, soit, en l'espèce, les conditions du contrat de franchiseage qui assujettissent les franchisés à l'obligation de respecter ces systèmes opérationnels et ces ententes d'approvisionnement. Les conditions du contrat de franchiseage ne sont pas extraordinaires; comme le dit l'appelante, il s'agit d'un « contrat type de franchiseage ». L'appelante affirme aussi que le contrat de franchiseage rend les franchisés [TRADUCTION] « vulnérables » aux ruptures d'approvisionnement résultant de la négligence des fournisseurs, observation

Further, such “vulnerability”, if sufficiently serious, could have been addressed by the appellant obtaining insurance — an option which, as confirmed to us at the hearing of this appeal, was not pursued.

[90] A finding of proximity between Mr. Sub franchisees and Maple Leaf Foods would sit uneasily with this state of affairs, linked as these parties were through Mr. Sub by a chain of contracts that reflected the typical arrangement between franchisee, franchisor and exclusive supplier. The appellant was not a consumer, but a commercial actor whose vulnerability was entirely the product of its choice to enter into that arrangement, and whose choice substantially informed the expectations of that relationship to which the proximity analysis must have regard. To allow the appellant to circumvent the strictures of that contractual relationship by alleging a duty of care in tort in a manner that undermines and even contradicts those strictures (in that the proposed duty would impose an obligation to supply upon Maple Leaf Foods whereas its agreement with Mr. Sub imposed no such obligation) would not only undermine the stability of such arrangements, but also of *the appellant’s* particular arrangement, which was predicated upon an exclusive source of supply.

[91] While this is sufficient for us to conclude that the Mr. Sub franchisees and Maple Leaf Foods were not in a relationship of proximity, a related consideration also furnishes an answer to our colleague’s concern for vulnerability arising from the commercial arrangement linking Maple Leaf Foods, Mr. Sub and its franchisees. As already mentioned, under the terms of the franchise agreement, the appellant and other Mr. Sub franchisees *did* have means, albeit

qu’a également exprimée notre collègue (par. 147-151). Comme nous l’avons déjà dit, nous admettons que c’est le cas, mais ce n’est pas une raison pour conclure à l’existence d’une obligation en matière de responsabilité délictuelle. C’est plutôt un aspect accessoire anodin du modèle de franchisage utilisé par les franchisés pour exploiter leur entreprise. De plus, pour parer à pareille « vulnérabilité », si elle était suffisamment sérieuse, l’appelante aurait pu souscrire une assurance — une option qui, comme cela nous a été confirmé lors de l’audition du présent pourvoi, n’a pas été retenue.

[90] Conclure à l’existence d’un lien de proximité entre les franchisés de Mr. Sub et Aliments Maple Leaf cadrerait mal avec la présente situation, alors que les parties étaient liées entre elles, par l’entremise de Mr. Sub, au moyen d’une chaîne de contrats qui reflétait l’arrangement type entre un franchisé, un franchiseur et un fournisseur exclusif. L’appelante n’était pas une consommatrice, mais une actrice commerciale dont la vulnérabilité découlait entièrement de sa décision de conclure cette entente, laquelle décision apportait un éclairage important sur les attentes à l’égard de cette relation, attentes dont il faut tenir compte dans l’analyse du lien de proximité. Permettre à l’appelante de contourner les restrictions imposées par ce lien contractuel en faisant valoir une obligation de diligence en matière délictuelle et d’ainsi affaiblir, et même contredire ces restrictions (en ce que l’obligation proposée imposerait à Aliments Maple Leaf une obligation d’approvisionnement alors que son contrat avec Mr. Sub ne lui impose pas une telle obligation), aurait pour effet de compromettre la stabilité non seulement de ce type d’entente, mais aussi de l’entente particulière conclue par *l’appelante*, qui reposait sur une source exclusive d’approvisionnement.

[91] Bien que cela soit suffisant pour nous permettre de conclure à l’absence de lien de proximité entre les franchisés de Mr. Sub et Aliments Maple Leaf, un facteur connexe apporte aussi une réponse à la préoccupation de notre collègue concernant la vulnérabilité découlant de l’entente commerciale liant Aliments Maple Leaf, Mr. Sub et ses franchisés. Comme nous l’avons mentionné, suivant les conditions du contrat de franchisage, l’appelante et

conditional upon obtaining Mr. Sub's permission, to avoid the risk of interrupted supply or to avoid actual interrupted supply where it occurred by seeking out alternative sources of supply. Specifically, art. 6.2 provided:

If the Franchisee wishes to purchase Products, Ingredients, Equipment or Supplies from sources or suppliers other than those approved or designated in writing by the Franchisor, or wishes to offer for sale products or services that have not been previously authorized in writing by the Franchisor, the Franchisee shall give Notice to the Franchisor that it is requesting the Franchisor's approval of such other source, supplier, product or service, as the case may be, and the Franchisor shall give its approval, or reasons for refusing such approval, within thirty (30) days of such Notice but in any event the Franchisor shall have the absolute right to disapprove of any such other source, supplier, product or service.

[92] It is not disputed that the appellant did not avail itself of this option for obtaining alternative supply sources, even after the listeria outbreak and the voluntary recall of RTE meats (Mitropoulos Cross-Examination, R.R., at p. 90).

[93] We acknowledge that Mr. Sub retained discretion to deny any such request, but we simply cannot infer that Mr. Sub would likely have done so (Karakatsanis J.'s reasons, at paras. 103 and 143). Having been entirely released from its obligations towards Maple Leaf Foods in September 2008 some two weeks after the recall, Mr. Sub was no longer under any obligation to Maple Leaf Foods to observe any such minimum purchase requirements until 2010, when its partnership was renewed. In any event, Mr. Sub having itself found a new supplier, it does not seem as likely to us as it does to our colleague that Mr. Sub would have denied the franchisees' request to do the same. Nor would we assume that Mr. Sub would have exercised its discretion in a manner that would violate its obligation, under the *Arthur Wishart Act (Franchise Disclosure), 2000*, S.O. 2000, c. 3, s. 3(1), of fair dealing in the performance and enforcement of a franchise agreement.

les autres franchisés de Mr. Sub avaient *effectivement* un moyen, quoique conditionnel à l'obtention de la permission de Mr. Sub, d'éviter le risque de rupture d'approvisionnement ou d'éviter celle qui s'est produite en se tournant vers d'autres sources d'approvisionnement. L'article 6.2 prévoit plus particulièrement ce qui suit :

[TRADUCTION] Si le franchisé souhaite acheter des produits, des ingrédients, de l'équipement ou des fournitures auprès de sources ou de fournisseurs autres que ceux autorisés ou désignés par écrit par le franchiseur, ou s'il souhaite offrir en vente des produits ou des services qui n'ont pas été préalablement autorisés par écrit par le franchiseur, il donne au franchiseur un avis par lequel il lui demande d'approuver l'autre source, fournisseur, produit ou service, selon le cas, et le franchiseur donne son autorisation, ou les motifs pour lesquels il refuse telle autorisation, dans les trente (30) jours de cet avis, mais dans tous les cas, le franchiseur dispose du droit absolu de ne pas approuver l'autre source, fournisseur, produit ou service.

[92] Il n'est pas contesté que l'appelante ne s'est pas prévalu de cette possibilité de recourir à d'autres sources d'approvisionnement, même après l'écllosion de listeria et le rappel volontaire des viandes PAM (contre-interrogatoire de Mitropoulos, d.i., p. 90).

[93] Nous reconnaissons que Mr. Sub avait le pouvoir discrétionnaire de refuser pareille demande, mais nous ne pouvons simplement pas inférer que Mr. Sub aurait probablement refusé (motifs de la juge Karakatsanis, par. 103 et 143). Ayant été complètement libéré de ses obligations à l'égard d'Aliments Maple Leaf en septembre 2008, soit deux semaines environ après le rappel, Mr. Sub n'était plus tenu envers Aliments Maple Leaf de respecter ces exigences d'achat minimum, et ce, jusqu'en 2010, lorsque son contrat d'association a été renouvelé. Quoi qu'il en soit, puisque Mr. Sub s'est trouvé un autre fournisseur, il ne nous semble pas aussi probable qu'il peut le sembler à notre collègue que Mr. Sub aurait refusé la demande des franchisés de faire de même. Nous ne supposerions pas non plus que Mr. Sub aurait exercé son pouvoir discrétionnaire de manière à contrevirer à l'obligation que lui impose la *Loi Arthur Wishart de 2000 sur la divulgation relative aux franchises*, L.O. 2000, c. 3, par. 3(1), d'agir équitablement dans l'exécution d'un contrat de franchisage.

[94] If the vulnerability that is typical in a multipartite contractual arrangement such as this is insufficient to ground a duty of care, it is *a fortiori* inadequate where an available means under the terms of that arrangement for avoiding or mitigating that vulnerability was not pursued. In this regard, the appellant's position is comparable to that of the plaintiffs in *Design Services*, whose failure to pursue the option under "Contract A" for a joint venture with Olympic was fatal to their tort claim.

3. *Novel Duty of Care*

[95] In any event, and as we have explained, the appellant cannot show that it and other Mr. Sub franchisees were in a relationship of proximity with Maple Leaf Foods. That is fatal not only to its argument under *Winnipeg Condominium*, but also to the argument for recognition of a novel duty in these circumstances, since the novel duty also depends, *inter alia*, on the appellant showing that requisite proximate relationship with Maple Leaf Foods. This is because, while a novel duty, being *novel*, starts with a blank slate, that slate is filled by applying the same *Anns/Cooper* framework that, as we have just explained, operates to preclude recovery here under the liability rule in *Winnipeg Condominium*.

IV. Conclusion

[96] We would dismiss the appeal, with costs.

The reasons of Wagner C.J. and Abella, Karakatsanis and Kasirer J.J. were delivered by

KARAKATSANIS J. (dissenting) —

I. Introduction

[97] This appeal asks whether franchisees, bound by their franchisor to use an exclusive supplier for

[94] Si la vulnérabilité qui découle habituellement d'une entente contractuelle multipartite telle que celle qui nous occupe ne suffit pas pour justifier une obligation de diligence, elle constitue à plus forte raison une considération inadéquate lorsque cette entente prévoit un moyen d'éviter ou d'atténuer cette vulnérabilité et que celui-ci n'est pas utilisé. À cet égard, la position de l'appelante est comparable à celle des demanderessees dans *Design Services*, dont le fait de ne pas se prévaloir de l'option prévue au « contrat A » de former une coentreprise avec Olympic a porté un coup fatal à leur action en responsabilité délictuelle.

3. *Nouvelle obligation de diligence*

[95] De toute façon, et comme nous l'avons expliqué, l'appelante ne peut pas démontrer qu'elle et les autres franchisés de Mr. Sub avaient un lien de proximité avec Aliments Maple Leaf. Cela est fatal non seulement à son argument fondé sur l'arrêt *Winnipeg Condominium*, mais également à l'argument visant à reconnaître une nouvelle obligation de diligence dans les présentes circonstances, car pour établir l'existence d'une nouvelle obligation de diligence, l'appelante doit, entre autres, démontrer l'existence du lien de proximité requis entre elle et Aliments Maple Leaf. En effet, si une nouvelle obligation, par son caractère *nouveau*, part de zéro, ce vide est rempli par l'application du même cadre d'analyse issu des arrêts *Anns* et *Cooper*, lequel, comme nous venons de l'expliquer, a pour effet d'empêcher une indemnisation en l'espèce en vertu de la règle de responsabilité établie dans l'arrêt *Winnipeg Condominium*.

IV. Conclusion

[96] Nous rejetterions le pourvoi avec dépens.

Version française des motifs du juge en chef Wagner et des juges Abella, Karakatsanis et Kasirer rendus par

LA JUGE KARAKATSANIS (dissidente) —

I. Introduction

[97] Le présent pourvoi porte sur la question de savoir si des franchisés, tenus par leur franchiseur

products that are integral to their business, are able to recover the economic losses they suffered as a result of that supplier putting unsafe goods into the market.

[98] The appellant, 1688782 Ontario Inc., is a former franchisee of the Mr. Submarine sandwich restaurant chain. The franchisor, Mr. Sub, entered into an agreement with Maple Leaf Consumer Foods Inc. (together, with Maple Leaf Foods Inc., the respondents), making Maple Leaf the exclusive supplier of certain menu items. At the relevant time, Mr. Sub required its franchisees to purchase certain meats exclusively from Maple Leaf.

[99] In 2008, Maple Leaf issued a nation-wide recall of several products, including two used by Mr. Sub franchisees, after some of its products and production lines tested positive for listeria. During the recall, Mr. Sub was publicly associated with Maple Leaf and the franchisees' businesses declined. The appellant filed and obtained certification for a class action against Maple Leaf on behalf of the Mr. Sub franchisees, alleging that the franchisees had suffered economic losses due to Maple Leaf's negligence.

[100] This is an appeal from a summary judgment motion to determine whether a duty of care existed between Maple Leaf and the Mr. Sub franchisees. The ultimate success of the franchisees in proving their claim in negligence is not at issue before this Court.

[101] I agree with Brown and Martin JJ. that the main thrust of the franchisees' claim does not fall within an existing category of economic loss or an established or analogous relationship of proximity. However, I would find that it is just and fair to impose a novel duty of care on Maple Leaf in these circumstances and would, accordingly, allow the appeal.

de s'approvisionner auprès d'un fournisseur exclusif pour des produits qui font partie intégrante de leurs activités, peuvent être indemnisés des pertes financières qu'ils ont subies parce que ce fournisseur a mis sur le marché des produits dangereux.

[98] L'appelante, 1688782 Ontario Inc., est une ancienne franchisee de la chaîne de restaurants de sandwiches Mr. Submarine. Le franchiseur, Mr. Sub, a conclu un contrat avec Aliments de consommation Maple Leaf Inc. (collectivement, avec Aliments Maple Leaf Inc., les intimées), qui faisait de Maple Leaf le fournisseur exclusif de certains éléments inscrits au menu. À l'époque pertinente, Mr. Sub exigeait de ses franchisees qu'ils achètent certaines viandes exclusivement de Maple Leaf.

[99] En 2008, Maple Leaf a lancé un rappel national de plusieurs produits, dont deux étaient utilisés par les franchisees de Mr. Sub, après que la présence de listeria eut été détectée dans certains de ses produits et certaines de ses chaînes de production. Pendant ce rappel, Mr. Sub a été publiquement associé à Maple Leaf et les activités des franchisees ont diminué. L'appelante a demandé avec succès la certification d'un recours collectif contre Maple Leaf au nom des franchisees de Mr. Sub, alléguant que ceux-ci avaient subi des pertes financières en raison de la négligence de Maple Leaf.

[100] Le présent pourvoi porte sur une motion en jugement sommaire visant à déterminer s'il existait une obligation de diligence entre Maple Leaf et les franchisees de Mr. Sub. La question de savoir si les franchisees ont réussi à établir le bien-fondé de leur action en négligence n'est pas en cause devant la Cour.

[101] Je suis d'accord avec les juges Brown et Martin pour dire que l'objet principal de la réclamation des franchisees n'entre pas dans l'une des catégories existantes de perte financière ou dans l'une des catégories établies ou analogues de lien de proximité. Cependant, j'estime qu'il est juste et équitable d'imposer une nouvelle obligation de diligence à Maple Leaf dans les circonstances et j'accueillerais donc le pourvoi.

II. Facts

[102] Maple Leaf is a manufacturer and processor of food products, including “ready-to-eat” sliced meats and deli meats produced for national distribution in retail and food service operations. In late 2005, Maple Leaf entered into a foodservice partnership agreement with Mr. Sub in which Mr. Sub agreed to purchase 14 core menu items, including sliced corned beef and sliced roast beef, exclusively from Maple Leaf until the end of 2008. Mr. Sub also agreed to purchase an annual minimum volume of Maple Leaf products. Maple Leaf, in turn, agreed to offer Mr. Sub “best pricing” on exclusive products, a signing bonus and “superior” customer service, which included a dedicated phone hotline for Mr. Sub franchisees and “Direct Franchisee contact” (A.R., vol. II, at pp. 14-15).

[103] The appellant was a franchisee of Mr. Sub and ran a family-operated location selling sandwiches and other items. In 2006, it renewed its franchise agreement with Mr. Sub for a five-year term. The franchise agreement was a standard form agreement used for all Mr. Sub franchisees. The agreement required the franchisees to purchase all products and ingredients “exclusively from the Franchisor or from sources or suppliers approved or designated in writing by the Franchisor” (A.R., vol. II, at pp. 109-10). The franchisees had the option of requesting to purchase ingredients from another source, but this was subject to Mr. Sub’s “absolute right to disapprove” of any proposed alternative, as well as a 30-day timeline and the franchisees paying the costs associated with Mr. Sub’s approval (p. 110).

[104] Mr. Sub specified to the franchisees that Maple Leaf would be the exclusive provider of certain ready-to-eat meats for their restaurants. The franchisees purchased their meats through a distributor and thus lacked contractual privity with Maple

II. Faits

[102] Maple Leaf fabrique et transforme des produits alimentaires, y compris des viandes tranchées « prêtes à manger » et des charcuteries produites en vue d’être distribuées à l’échelle nationale dans des établissements de vente au détail et de restauration. À la fin de l’année 2005, Maple Leaf a conclu avec Mr. Sub un contrat d’association en matière de service alimentaire aux termes duquel Mr. Sub consentait à acheter exclusivement de Maple Leaf, jusqu’à la fin de l’année 2008, 14 éléments principaux inscrits au menu, notamment du bœuf salé tranché et du rosbif tranché. Mr. Sub acceptait aussi d’acheter annuellement une quantité minimale de produits Maple Leaf. Maple Leaf s’engageait pour sa part à offrir à Mr. Sub le [TRADUCTION] « meilleur prix » pour ses produits exclusifs, une prime à la signature et un service à la clientèle « de qualité supérieure », ce qui comprenait un service d’assistance téléphonique à l’intention des franchisés de Mr. Sub et un « contact direct avec le franchisé » (d.a., vol. II, p. 14-15).

[103] L’appelante, une franchisee de Mr. Sub, exploitait une entreprise familiale de vente de sandwiches et d’autres produits. En 2006, elle a renouvelé pour une durée de cinq ans son contrat de franchisage qui l’unissait à Mr. Sub. Il s’agissait d’un contrat type utilisé pour tous les franchisés de Mr. Sub. Ce contrat prévoyait que les franchisés devaient acheter tous les produits et ingrédients [TRADUCTION] « exclusivement du franchiseur ou de sources ou fournisseurs approuvés ou désignés par écrit par le franchiseur » (d.a., vol. II, p. 109-110). Les franchisés pouvaient demander à acheter des ingrédients auprès d’une autre source, mais Mr. Sub disposait du « droit absolu de ne pas approuver » la source proposée ainsi que d’un délai de 30 jours pour répondre à la demande d’approbation, alors que les franchisés devaient assumer les frais liés à l’approbation par Mr. Sub (p. 110).

[104] Mr. Sub précisait aux franchisés que Maple Leaf serait le fournisseur exclusif de certaines viandes prêtes à manger pour leurs restaurants. Les franchisés achetaient leurs viandes par l’entremise d’un distributeur de sorte qu’ils n’avaient aucun lien

Leaf. While they were linked indirectly through separate contracts, Maple Leaf and the franchisees had direct contact through a dedicated phone hotline to deal with product inquiries and concerns.

[105] On August 16, 2008, the Canadian Food Inspection Agency (CFIA) informed Maple Leaf that one of its products had tested positive for listeria. On August 17, a “Health Hazard Alert” was issued by the CFIA and Maple Leaf issued a nation-wide press release and recall of two products (neither used by the franchisees). On August 19, the CFIA informed Maple Leaf of more positive tests for listeria on certain production lines and issued another “Health Hazard Alert” (A.R., vol. IV, at pp. 72-75). That day, Maple Leaf recalled all products produced on the affected lines since June, including the roast beef and corned beef used by Mr. Sub. On August 23, the CFIA and Public Health Agency of Canada concluded that the strain of listeria matching that in Maple Leaf’s products was linked to widespread illness and several deaths.

[106] In the days following the expanded recall, Maple Leaf instructed distributors to visit Mr. Sub franchisee locations to remove and destroy the potentially contaminated meats. Six to eight weeks passed before the roast beef and corned beef were replaced by a different supplier, with the help of Maple Leaf.

[107] During the recall, Mr. Sub and other restaurants were publicly associated with Maple Leaf in news stories and in the CFIA’s “Health Hazard Alerts”, but Mr. Sub was unique among submarine sandwich restaurants for being identified as a purveyor of Maple Leaf products. Eventually, the franchisor Mr. Sub and Maple Leaf entered into a Supply and Settlement Agreement in which the exclusivity arrangement was relaxed in certain situations and Maple Leaf paid Mr. Sub “a one-time payment of \$250,000.00 to cover, among other things,

contractuel avec Maple Leaf. Même s’ils étaient indirectement liés au moyen de contrats distincts, Maple Leaf et les franchisés étaient en contact direct grâce à un service d’assistance téléphonique réservé visant à répondre aux questions et aux préoccupations sur les produits.

[105] Le 16 août 2008, l’Agence canadienne d’inspection des aliments (ACIA) a informé Maple Leaf que la présence de listeria avait été détectée dans un de ses produits. Le 17 août, l’ACIA a diffusé un avis de « danger pour la santé », et Maple Leaf a publié un communiqué de presse à l’échelle du pays et a rappelé deux produits (ni l’un ni l’autre n’étant utilisés par les franchisés). Le 19 août, l’ACIA a informé Maple Leaf que d’autres tests avaient révélé la présence de listeria dans certaines chaînes de production et elle a diffusé un autre avis de « danger pour la santé » (d.a., vol. IV, p. 72-75). Le même jour, Maple Leaf a rappelé tous les produits fabriqués depuis le mois de juin sur les chaînes touchées, dont le rosbif et le bœuf salé utilisés par Mr. Sub. Le 23 août, l’ACIA et l’Agence de la santé publique du Canada ont conclu que la souche de listeria correspondant à celle décelée dans les produits de Maple Leaf était liée à beaucoup de cas de maladie et à plusieurs décès.

[106] Dans les jours qui ont suivi le rappel général, Maple Leaf a ordonné aux distributeurs de se rendre dans les établissements des franchisés de Mr. Sub et d’enlever et détruire les viandes susceptibles d’être contaminées. Il a fallu entre six et huit semaines pour que, avec l’aide de Maple Leaf, un autre fournisseur remplace le rosbif et le bœuf salé.

[107] Durant le rappel, Mr. Sub et d’autres restaurants ont été publiquement associés à Maple Leaf dans les reportages et dans les avis de « danger pour la santé » publiés par l’ACIA, mais de tous les restaurants de sous-marins, seuls les restaurants Mr. Sub étaient désignés comme étant des fournisseurs des produits Maple Leaf. Ultérieurement, le franchiseur Mr. Sub et Maple Leaf ont conclu une entente d’approvisionnement et de règlement qui prévoyait un assouplissement des modalités de l’entente d’exclusivité dans certaines circonstances, et le versement

the inconvenience caused to Mr. Sub by the recall” (A.R., vol. II, at p. 10).

[108] None of the appellant’s patrons or employees were harmed by the affected products, but the appellant alleges that a significant decrease in sales and profits began during and continued after the listeria outbreak. The appellant closed its business in 2010.

III. Procedural History

[109] The appellant commenced a class action against Maple Leaf on behalf of the franchisees of the other 424 Mr. Sub restaurants across Canada. The action claims damages for disposal and destruction of the “ready-to-eat” meats; clean-up and mitigation costs; loss of past and future sales and profits, goodwill and capital value of their franchises and businesses; and special damages to dispose, destroy and replace the meats. The appellant brought a motion for certification of the action as a class proceeding, while Maple Leaf brought a motion for summary judgment seeking dismissal of the appellant’s claim on the basis that it owed no duty of care to the appellant. The appellant responded seeking an order for summary judgment in its favour.

[110] Leitch J. certified the action as a class proceeding with the appellant as the representative plaintiff (2016 ONSC 4233). In these reasons, Leitch J. concluded that it was not plain and obvious that the claim did not fall within a recognized duty of care or that it could not meet the requirements of the test in *Anns v. Merton London Borough Council*, [1978] A.C. 728 (H.L.).

A. *Ontario Superior Court of Justice, No. 60680CP (November 18, 2016), Leitch J.*

[111] Leitch J. dismissed Maple Leaf’s motion for summary judgment and held in the franchisees’

par Maple Leaf à Mr. Sub [TRADUCTION] « d’un paiement unique de 250 000 \$ pour, entre autres choses, les inconvénients causés à Mr. Sub par le rappel » (d.a., vol. II, p. 10).

[108] Aucun des clients ou employés de l’appelante n’a été victime des produits contaminés, mais celle-ci allègue que ses ventes et profits ont commencé à diminuer considérablement pendant l’éclosion de listeria et que cette diminution s’est poursuivie après celle-ci. L’appelante a fermé son entreprise en 2010.

III. Historique des procédures

[109] L’appelante a intenté un recours collectif contre Maple Leaf pour le compte des franchisés des 424 autres restaurants Mr. Sub au Canada. Elle y réclame des dommages-intérêts pour l’élimination et la destruction des viandes « prêtes à manger », les frais de décontamination et d’atténuation, la perte de ventes et profits passés et futurs, de clientèle et de valeur en capital de leurs franchises et entreprises, ainsi que des dommages-intérêts spéciaux pour l’élimination, la destruction et le remplacement des viandes. L’appelante a présenté une motion en certification de l’action en tant que recours collectif, tandis que Maple Leaf a présenté une motion en jugement sommaire visant à faire rejeter la demande de l’appelante au motif qu’elle n’était tenue à aucune obligation de diligence à l’égard de l’appelante. Cette dernière a répondu en demandant qu’une ordonnance de jugement sommaire soit rendue en sa faveur.

[110] La juge Leitch a certifié l’action en tant que recours collectif, et elle a désigné l’appelante comme représentante des demandeurs (2016 ONSC 4233). Dans ses motifs, la juge Leitch a conclu qu’il n’était pas évident et manifeste que l’action ne relevait pas d’une obligation de diligence reconnue ou qu’elle ne pouvait satisfaire aux exigences du critère énoncé dans l’arrêt *Anns c. Merton London Borough Council*, [1978] A.C. 728 (H.L.).

A. *Cour supérieure de justice de l’Ontario, No. 60680CP (18 novembre 2016), la juge Leitch*

[111] La juge Leitch a rejeté la motion en jugement sommaire de Maple Leaf et rendu une décision

favour (S.C.J. reasons (A.R., vol. I, at p. 45)). She found that Maple Leaf owed a duty of care to the franchisees in relation to the production, processing, sale and distribution of the meats, and that Maple Leaf further owed a duty of care with respect to any representations that the meats were fit for human consumption. She rejected Maple Leaf's argument that the franchisees' claim was based on a narrow duty on Maple Leaf's part to continuously supply its products. Leitch J. further found that Maple Leaf was under an obligation to be mindful of the franchisees' legitimate interests and that it was reasonable, appropriate and foreseeable for consumers to avoid buying food from a restaurant whose supplier was under a recall due to problems that were not resolved for a significant period of time.

B. *Court of Appeal for Ontario, 2018 ONCA 407, 140 O.R. (3d) 481, Sharpe, Rouleau and Fairburn J.J.A.*

[112] The Court of Appeal allowed Maple Leaf's appeal. With regard to the alleged duty to supply a product fit for human consumption, Fairburn J.A., writing for the court, held that any duty aimed at public health was owed to the franchisees' customers, not the franchisees, and that the franchisees and Maple Leaf did not have the requisite proximity to ground a duty. Regarding the duty of care in relation to negligent misrepresentation, the Court of Appeal concluded that Leitch J. had erred in failing to consider the scope of the proximate relationship between the parties, as required under *Deloitte & Touche v. Livent Inc. (Receiver of)*, 2017 SCC 63, [2017] 2 S.C.R. 855.

[113] Fairburn J.A. noted Maple Leaf's acknowledgment that the franchisees had a *de minimis* claim for disposal, destruction and clean-up costs and that it did not contest that portion of Leitch J.'s order. She therefore set aside Leitch J.'s order finding a duty of care, except as it related to those costs.

favorable aux franchisés (motifs de la C.S.J. (d.a., vol. I, p. 45)). Elle a conclu que Maple Leaf avait une obligation de diligence envers les franchisés en ce qui a trait à la production, à la transformation, à la vente et à la distribution des viandes, et qu'elle avait aussi une obligation de diligence quant à toute déclaration voulant que les viandes soient propres à la consommation humaine. Elle a rejeté l'argument de Maple Leaf portant que l'action des franchisés repose sur l'obligation restreinte d'approvisionnement continu à laquelle l'entreprise est tenue relativement à ses produits. La juge Leitch a par ailleurs conclu que Maple Leaf devait tenir compte des intérêts légitimes des franchisés et qu'il était raisonnable, justifié et prévisible que les consommateurs évitent d'acheter de la nourriture d'un restaurant dont le fournisseur était visé par un rappel en raison de problèmes qui n'ont pas été réglés pendant une longue période.

B. *Cour d'appel de l'Ontario, 2018 ONCA 407, 140 O.R. (3d) 481, les juges Sharpe, Rouleau et Fairburn*

[112] La Cour d'appel a accueilli l'appel de Maple Leaf. S'agissant de l'allégation selon laquelle il faut fournir un produit propre à la consommation humaine, la juge Fairburn, au nom de la cour, a conclu que toute obligation visant la santé publique est une obligation envers les clients des franchisés, et non les franchisés, et que ces derniers et Maple Leaf n'avaient pas le lien de proximité requis pour fonder une telle obligation. Quant à l'obligation de diligence en ce qui a trait à la déclaration inexacte faite par négligence, la Cour d'appel a conclu que la juge Leitch avait commis une erreur en ne prenant pas en considération l'étendue du lien de proximité entre les parties, contrairement à ce qu'exige l'arrêt *Deloitte & Touche c. Livent Inc. (Séquestre de)*, 2017 CSC 63, [2017] 2 R.C.S. 855.

[113] La juge Fairburn a souligné que Maple Leaf avait reconnu que les franchisés avaient un droit d'action *de minimis* pour ce qui est des frais d'élimination, de destruction et de décontamination et que l'entreprise n'avait pas contesté cette partie de l'ordonnance de la juge Leitch. Elle a donc annulé l'ordonnance de la juge Leitch concluant à l'existence d'une obligation de diligence, sauf en ce qui concerne ces frais.

IV. Analysis

[114] In these reasons, I consider one issue: did Maple Leaf owe a duty of care to the franchisees such that some or all of their economic losses are recoverable in tort?

A. *Recovery of Economic Losses in Negligence*

[115] The franchisees do not allege that they suffered any physical injury or damage to their property due to Maple Leaf's negligence. Their claim is thus for recovery of their "pure" economic loss.

[116] Historically, the common law did not allow for recovery of losses in negligence that were not consequent to physical injury or property damage. This so-called "exclusionary rule" against economic loss is often traced to *Cattle v. Stockton Waterworks* (1875), L.R. 10 Q.B. 453, in which the plaintiff contracted with a landowner to build a tunnel and then was denied recovery against a third-party defendant who negligently flooded the tunnel, thereby increasing the cost of performing the contract. Over time, the narrow rule established in *Stockton* was widened and was soon said to preclude recovery of all types of pure economic loss in negligence. It was not until the House of Lords decision of *Hedley Byrne & Co. Ltd. v. Heller & Partners Ltd.*, [1964] A.C. 465, that recovery for certain forms of pure economic loss in negligence was recognized, in that case for negligent misrepresentation.

[117] Since *Hedley Byrne*, Canadian courts have repeatedly affirmed that there is no bar or broad exclusionary rule against recovery of economic loss for negligence in Canada (see, e.g., *Rivtow Marine Ltd. v. Washington Iron Works*, [1974] S.C.R. 1189; *Agnew-Surpass Shoe Stores Ltd. v. Cummer-Yonge*

IV. Analyse

[114] Dans les présents motifs, je me penche sur une question : Maple Leaf avait-elle une obligation de diligence envers les franchisés de sorte qu'une partie ou l'ensemble des pertes financières qu'ils ont subies sont susceptibles d'indemnisation sur le fondement de la responsabilité délictuelle?

A. *Indemnisation des pertes financières causées par négligence*

[115] Les franchisés n'allèguent pas qu'ils ont subi un préjudice physique ou un dommage à leurs biens à cause de la négligence de Maple Leaf. Ils demandent donc d'être indemnisés de leurs pertes « purement » financières.

[116] Autrefois, la common law ne permettait pas l'indemnisation des pertes causées par négligence qui ne découlaient pas d'un préjudice corporel ou d'un dommage aux biens. On fait souvent remonter cette règle dite « d'exclusion » qui interdit l'indemnisation des pertes financières à l'affaire *Cattle c. Stockton Waterworks* (1875), L.R. 10 Q.B. 453, dans laquelle le demandeur avait conclu un contrat avec un propriétaire foncier pour la construction d'un tunnel et avait été débouté de l'action en indemnisation qu'il avait intentée contre une tiers défenderesse qui avait par négligence inondé le tunnel, ce qui avait eu pour effet d'accroître le coût d'exécution du contrat. Au fil du temps, la règle stricte établie dans l'arrêt *Stockton* a été élargie et l'on a vite dit d'elle qu'elle empêchait l'indemnisation de tous les types de perte purement financière découlant d'une négligence. Ce n'est que lorsque la Chambre des lords a rendu l'arrêt *Hedley Byrne & Co. Ltd. c. Heller & Partners Ltd.*, [1964] A.C. 465, que l'indemnisation de certaines formes de perte purement financière causée par négligence a été reconnue, perte qui, dans cette affaire, découlait d'une déclaration inexacte faite par négligence.

[117] Depuis l'arrêt *Hedley Byrne*, les tribunaux canadiens ont maintes fois répété qu'il n'existe aucune interdiction ni aucune règle d'exclusion générale qui empêche l'indemnisation des pertes financières causées par négligence au Canada (voir, p. ex., *Rivtow Marine Ltd. c. Washington Iron Works*, [1974] R.C.S.

Investments Ltd., [1976] 2 S.C.R. 221, at p. 252; *B.D.C. Ltd. v. Hofstrand Farms Ltd.*, [1986] 1 S.C.R. 228, at p. 239; *Canadian National Railway Co. v. Norsk Pacific Steamship Co.*, [1992] 1 S.C.R. 1021, at pp. 1046-48 and 1054, per La Forest J., dissenting, and pp. 1144-45 and 1155, per McLachlin J.; *Winnipeg Condominium Corporation No. 36 v. Bird Construction Co.*, [1995] 1 S.C.R. 85, at paras. 28 and 32; *D'Amato v. Badger*, [1996] 2 S.C.R. 1071, at paras. 27 and 39; *Martel Building Ltd. v. Canada*, 2000 SCC 60, [2000] 2 S.C.R. 860, at para. 40). Over the years, various tests or limitations were proposed to deal with economic loss cases, “on the theory that, left to itself, recovery for pure economic loss would extend liability in the field of negligence beyond traditional limits” (*Hofstrand Farms*, at p. 235). Recovery for pure economic loss in negligence soon grew to be “perceived as complicated and ever-changing” (M. C. Awad and J. D. Rice, “When is a Negligent Party Liable for Pure Economic Loss? A Practical Guide to an Impractical Area of Law”, in T. Archibald and M. Cochrane, eds., *Annual Review of Civil Litigation 2004* (2005), 253, at p. 253).

[118] Nonetheless, this Court has affirmed that, “[a]s a cause of action, claims concerning the recovery of economic loss are identical to any other claim in negligence in that the plaintiff must establish a duty, a breach, damage and causation” (*Martel Building*, at para. 35). The proper approach to assessing whether a duty of care exists is, as in all cases of negligence, to follow the two-step inquiry established in *Anns* and adjusted in *Cooper v. Hobart*, 2001 SCC 79, [2001] 3 S.C.R. 537 (see, e.g., *Martel Building*, at paras. 46-47; *Design Services Ltd. v. Canada*, 2008 SCC 22, [2008] 1 S.C.R. 737, at paras. 26-27; *Livent*, at para. 16). “If foreseeability and proximity are established at the first stage, a *prima facie* duty of care arises” (*Cooper*, at para. 30), and the court considers whether any residual policy considerations negate that duty at the second stage. However, where a case falls within or is analogous to a previously recognized category of proximity, and reasonable

1189; *Agnew-Surpass Shoe Stores Ltd. c. Cummer-Yonge Investments Ltd.*, [1976] 2 R.C.S. 221, p. 252; *B.D.C. Ltd. c. Hofstrand Farms Ltd.*, [1986] 1 R.C.S. 228, p. 239; *Cie des chemins de fer nationaux du Canada c. Norsk Pacific Steamship Co.*, [1992] 1 R.C.S. 1021, p. 1046-1048 et 1054, le juge La Forest, dissident, et p. 1144-1145 et 1155, la juge McLachlin; *Winnipeg Condominium Corporation No. 36 c. Bird Construction Co.*, [1995] 1 R.C.S. 85, par. 28 et 32; *D'Amato c. Badger*, [1996] 2 R.C.S. 1071, par. 27 et 39; *Martel Building Ltd. c. Canada*, 2000 CSC 60, [2000] 2 R.C.S. 860, par. 40). Au fil des ans, divers critères ou restrictions ont été proposés pour permettre de statuer sur les affaires de perte financière, « à l'égard de la théorie selon laquelle, livré à lui-même, le recouvrement en matière de préjudice purement financier étendrait la responsabilité en matière de négligence au-delà des limites traditionnelles » (*Hofstrand Farms*, p. 235). L'indemnisation d'une perte purement financière découlant d'une négligence a vite été [TRADUCTION] « perçue comme étant compliquée et en constante évolution » (M. C. Awad et J. D. Rice, « When is a Negligent Party Liable for Pure Economic Loss? A Practical Guide to an Impractical Area of Law », dans T. Archibald et M. Cochrane, dir., *Annual Review of Civil Litigation 2004* (2005), 253, p. 253).

[118] Néanmoins, notre Cour a affirmé que, « [p]our établir son droit d'action, la personne qui réclame des dommages-intérêts relativement à une perte économique doit, à l'instar de toute personne qui invoque la négligence, faire la preuve d'une obligation, d'un manquement, d'un préjudice et d'un lien de causalité » (*Martel Building*, par. 35). Pour déterminer s'il existe une obligation de diligence, il convient, comme dans tous les cas de négligence, de procéder à l'analyse en deux étapes exposée dans l'arrêt *Anns*, puis adaptée dans l'arrêt *Cooper c. Hobart*, 2001 CSC 79, [2001] 3 R.C.S. 537 (voir, p. ex., *Martel Building*, par. 46-47; *Design Services Ltd. c. Canada*, 2008 CSC 22, [2008] 1 R.C.S. 737, par. 26-27; *Livent*, par. 16). « Si l'on fait la preuve de la prévisibilité et de la proximité à la première étape, il y a une obligation de diligence *prima facie* » (*Cooper*, par. 30), et le tribunal doit se demander à la deuxième étape si cette obligation est écartée par des

foreseeability is also established, then a *prima facie* duty may be found without a full analysis (para. 36).

[119] While many harms may be reasonably foreseeable to someone in the defendant's position, what is ultimately recoverable will be determined by the content of the duty, taking into account *both* foreseeability and proximity. *Cooper* did not, however, specify which of foreseeability and proximity must be assessed first. While this Court found that assessing proximity first was helpful in cases of negligent misrepresentation because "[w]hat the defendant reasonably foresees as flowing from his or her negligence [will depend in part] upon . . . the purpose of the defendant's undertaking" (*Livent*, at para. 24), this will not always be the case for other types of economic loss or for other claims in negligence more generally. For example, in *Design Services*, an economic loss case, Rothstein J. began by assessing reasonable foreseeability and explained that "[t]he usual indication of proximity is foreseeability" (para. 49). More broadly, I am not convinced that the approach in *Livent* must dictate the *Anns/Cooper* duty of care formula in all cases of negligence engaging economic loss. For instance, although the nature of the relationship is key to limiting the risk of indeterminate liability in negligent misrepresentation cases, in cases engaging the negligent supply of shoddy goods, the particular features of the relationship between the manufacturer or builder and their end-user may not be as pressing as the connection between the manufacturer or builder and the product they have negligently put into the marketplace. The *Anns/Cooper* analysis is meant to be responsive to different factual scenarios, and I see no reason to remove these elements of flexibility from the analysis in all cases.

considérations de politique résiduelles. Toutefois, si une affaire appartient ou est analogue à une catégorie déjà reconnue de lien de proximité, et que la prévisibilité raisonnable est aussi établie, il est alors possible de conclure à l'existence d'une obligation *prima facie* sans procéder à une analyse complète (par. 36).

[119] Même si une personne se trouvant dans la situation du défendeur peut raisonnablement prévoir bon nombre de préjudices, ce qui pourra ultimement être indemnisé dépendra du contenu de l'obligation, eu égard à la prévisibilité *et* au lien de proximité. L'arrêt *Cooper* ne précise cependant pas si c'est la prévisibilité ou le lien de proximité qui doit être évalué en premier. Bien que notre Cour ait conclu qu'il était utile de commencer par l'examen du lien de proximité dans les affaires de déclaration inexacte faite par négligence parce que « [l]es conséquences auxquelles le défendeur peut raisonnablement s'attendre en raison de sa négligence dépend[ont en partie] de l'objet de l'engagement du défendeur » (*Livent*, par. 24), ce ne sera pas toujours le cas pour d'autres types de perte financière ou, plus généralement, pour d'autres actions fondées sur la négligence. À titre d'exemple, dans *Design Services*, une affaire de perte financière, le juge Rothstein a commencé par apprécier la prévisibilité raisonnable et a expliqué que « [l]'indice habituel du lien de proximité est la prévisibilité » (par. 49). Plus généralement, je ne suis pas convaincue que l'approche adoptée dans *Livent* impose d'appliquer la formule de l'obligation de diligence énoncée dans les arrêts *Anns* et *Cooper* à tous les cas de négligence où il y a une perte financière. Par exemple, même si la nature de la relation joue un rôle clé pour limiter le risque de responsabilité indéterminée dans les affaires de déclaration inexacte faite par négligence, dans les cas de fourniture négligente de marchandises de mauvaise qualité, les caractéristiques particulières de la relation qui unit le fabricant ou le constructeur à l'utilisateur final ne sont peut-être pas aussi pressantes que celles du rapport entre le fabricant ou le constructeur et le produit que celui-ci a négligemment mis sur le marché. L'analyse préconisée par les arrêts *Anns* et *Cooper* est censée pouvoir s'adapter à différentes situations factuelles, et je ne vois aucune raison de lui retirer ces éléments de souplesse dans tous les cas.

[120] I agree with Brown and Martin JJ. that while this Court has identified specific types of economic losses in negligence, it is the duty of care — and not the category of economic loss — that dictates whether economic loss may be recoverable in negligence in a given case. The case law surrounding each of the categories has helped to work through the policy considerations associated with the economic loss arising in a given category, thereby grouping the policy concerns that often arise in similar factual situations, alerting the parties and courts to those considerations and, in some cases, adopting a slightly modified analysis to account for the particular form of loss. I would emphasize, however, that since there is no longer a general bar to recovery of economic loss in negligence, the categories should not be viewed as being closed or otherwise have the effect of acting as additional hurdles for claims that meet the rigours of the *Anns/Cooper* analysis, which demands a careful consideration of the implications of allowing recovery for that economic loss. While the existing categories can act as analytical tools in the duty analysis (*Martel Building*, at para. 45), the scope of allowable economic loss in Canadian law is not limited to them.

[121] In cases engaging a novel relationship and requiring a full *Anns/Cooper* analysis, courts should look to decided cases for guidance but should be cautious of reflexively relying on oft-repeated policy considerations as conventional wisdom without examining the specific circumstances of the case. Much as not all economic loss cases are the same, these traditional policy concerns may not arise in every case (*Awad and Rice*, at p. 255). For example, indeterminate liability can often be addressed by a robust stage one analysis (*Livent*, at para. 42); a plaintiff's commercial sophistication or ability to allocate risk by contract depends on the facts of the case (see *Norsk*, at p. 1125, per La Forest J., dissenting, and p. 1159, per McLachlin J.); and a plaintiff's ability to obtain insurance for the particular loss at issue must

[120] Je conviens avec les juges Brown et Martin que, bien que notre Cour ait établi les types particuliers de pertes financières découlant de la négligence, c'est l'obligation de diligence — et non la catégorie de perte financière — qui détermine si une perte financière est susceptible d'indemnisation pour négligence dans un cas donné. La jurisprudence relative à chacune des catégories a aidé à traiter des considérations de politique liées à la perte financière relevant d'une catégorie donnée, et, ce faisant, a regroupé les considérations de politique qui se présentent souvent dans des situations factuelles semblables, a attiré l'attention des parties et des tribunaux sur ces considérations, et a, dans certains cas, modifié légèrement l'analyse pour tenir compte du type particulier de la perte. J'aimerais cependant souligner que, comme il n'existe plus d'interdiction générale empêchant l'indemnisation d'une perte financière découlant d'une négligence, les catégories ne devraient pas être considérées comme étant fermées ou avoir par ailleurs pour effet de servir d'obstacle supplémentaire aux réclamations qui satisfont aux exigences de l'analyse préconisée par les arrêts *Anns* et *Cooper*, qui commande un examen attentif des conséquences qu'il y a à permettre l'indemnisation de cette perte financière. Bien que les catégories existantes puissent servir d'outils d'analyse dans l'analyse de l'obligation de diligence (*Martel Building*, par. 45), l'étendue des pertes financières admises en droit canadien ne se limite pas à ces catégories.

[121] Dans les affaires mettant en cause un nouveau type de relation et exigeant une analyse exhaustive fondée sur les arrêts *Anns* et *Cooper*, les tribunaux devraient s'inspirer des décisions rendues tout en prenant garde de ne pas automatiquement s'appuyer sur des considérations de politique souvent répétées comme la sagesse populaire sans d'abord examiner les circonstances particulières de l'affaire. Dans la mesure où toutes les affaires de perte financière ne sont pas pareilles, ces considérations de politique traditionnelles pourraient ne pas se soulever dans tous les cas (*Awad et Rice*, p. 255). Par exemple, les préoccupations liées à la responsabilité indéterminée peuvent souvent être écartées par une application rigoureuse du premier volet du cadre d'analyse (*Livent*, par. 42), l'expérience commerciale

be viewed realistically (p. 1123). The core inquiry is the two-step analysis, responsive to the facts at hand.

B. *Existing Categories of Economic Loss*

[122] I agree with Brown and Martin JJ. that the appellant has not identified an undertaking that could form the basis for a duty to the franchisees within the category of negligent misrepresentation that encompasses the losses they are claiming. That said, I accept that, as a general proposition, an undertaking may be made concurrently to multiple recipients for different purposes. I would also disagree with my colleagues that the franchise agreement between the franchisees and Mr. Sub necessarily restricted the franchisees' ability to sue for negligent misrepresentation. As I will explain below, I take a different view of the contractual matrix in this case and the impact it has on the duty of care analysis.

[123] With regard to the negligent supply of shoddy or unsafe goods, I would find that the nature and scope of the franchisees' main allegations are not well-suited to this category of economic loss and that this category has limited value as an analytical tool.

[124] While *Winnipeg Condominium* offers this Court's most recent discussion of economic loss arising from the negligent supply of shoddy goods and structures, I would caution against collapsing the entirety of this type of economic loss into the specific duty that was found on the facts of that case. In *Winnipeg Condominium*, the plaintiff claimed only for the costs of repair — but the *absence* of a claim for lost profits or other direct economic losses should

du demandeur ou sa capacité à répartir contractuellement le risque dépend des faits de l'affaire (voir *Norsk*, p. 1125, le juge La Forest, dissident, et p. 1159, la juge McLachlin), et la capacité du demandeur de souscrire une assurance couvrant la perte en question doit être envisagée de façon réaliste (p. 1123). L'analyse à deux volets, adaptée aux faits de l'espèce, constitue l'analyse fondamentale.

B. *Catégories existantes de perte financière*

[122] Je partage l'opinion des juges Brown et Martin selon laquelle l'appelante n'a fait état d'aucun engagement susceptible de fonder une obligation, en faveur des franchisés, relevant de la catégorie des déclarations inexactes faites par négligence qui englobe les pertes qu'ils invoquent. Cela dit, je reconnais qu'en règle générale, un engagement peut être pris simultanément à l'égard de plusieurs bénéficiaires à des fins différentes. De plus, je ne partage pas l'avis de mes collègues portant que le contrat de franchisage entre les franchisés et Mr. Sub limitait nécessairement la capacité des franchisés d'intenter une action pour déclaration inexacte faite par négligence. Comme je l'expliquerai ci-après, j'ai une conception différente du cadre contractuel de la présente affaire et de son incidence sur l'analyse de l'obligation de diligence.

[123] En ce qui concerne la fourniture négligente de marchandises de mauvaise qualité ou dangereuses, je suis d'avis que la nature et la portée des principales allégations faites par les franchisés ne s'inscrivent pas bien dans cette catégorie de perte financière et que celle-ci a une valeur limitée en tant qu'outil d'analyse.

[124] Bien que l'arrêt *Winnipeg Condominium* offre la plus récente analyse de notre Cour sur la perte financière découlant de la fourniture négligente de marchandises et structures de mauvaise qualité, il ne faudrait pas ramener toutes les pertes financières de ce type à l'obligation particulière qui a été constatée eu égard aux faits de cette affaire. Dans *Winnipeg Condominium*, la demanderesse ne réclamait que les frais de réparation — mais il ne faudrait

not be read to preclude recovery of those losses in future cases that satisfy the *Anns/Cooper* analysis.

[125] Indeed, Laskin J.'s dissenting reasons in *Rivtow*, which were explicitly adopted in *Winnipeg Condominium*, at para. 36, suggest that additional economic losses may be recoverable under this class of duty. In *Rivtow*, Laskin J. explained that the rationale for *manufacturer's liability*, like that established in *Donoghue v. Stevenson*, [1932] A.C. 562 (H.L.), is what supports extending recovery for pure economic loss where physical injury or property damage has not yet occurred but is instead prevented (pp. 1218 and 1221). Laskin J. would have found that the defendant, who had negligently manufactured defective cranes, was liable for the plaintiff's economic loss from the "down time" of repairing the usually profit-generating cranes (at p. 1222) and that, liability for those lost profits "being established", the costs of the plaintiff's repairs could also be recovered (p. 1223; see also B. Feldthusen, "Winnipeg Condominium Corporation No. 36 v. Bird Construction Co.: Who Needs Contract Anymore?" (1995), 25 *Can. Bus. L.J.* 143, at p. 145).

[126] I agree with Brown and Martin JJ. that the foundation of this class of duty is a manufacturer or builder's duty to avoid *danger* towards the users of their product or inhabitants of their building. This was the driving force animating both *Winnipeg Condominium*, at paras. 12, 20-21 and 50, and Laskin J.'s reasons in *Rivtow*, at pp. 1219 and 1221-22; it was also found to significantly limit the class of plaintiffs to those who were foreseeably threatened by the dangerous product or structure.

[127] As Leitch J. found, the contaminated Maple Leaf meats posed a "foreseeable real and substantial

pas considérer que l'*absence* de réclamation visant la perte de profits ou d'autres pertes financières directes empêche l'indemnisation de ces pertes dans de futures causes qui satisfont aux exigences de l'analyse préconisée dans les arrêts *Anns* et *Cooper*.

[125] D'ailleurs, les motifs dissidents rédigés par le juge Laskin dans l'arrêt *Rivtow*, qui ont été explicitement adoptés dans l'arrêt *Winnipeg Condominium*, par. 36, suggèrent que d'autres pertes financières pourraient être indemnisables au titre de cette catégorie d'obligation. Dans l'arrêt *Rivtow*, le juge Laskin explique que la raison d'être de la *responsabilité du fabricant*, telle que celle établie dans l'arrêt *Donoghue c. Stevenson*, [1932] A.C. 562 (H.L.), est ce qui justifie d'étendre l'indemnisation de la perte purement financière aux cas où le préjudice corporel ou le dommage aux biens ne s'est pas encore produit, mais où on a plutôt empêché qu'il se produise (p. 1218 et 1221). Le juge Laskin aurait conclu que la défenderesse, qui avait par négligence fabriqué des grues défectueuses, était responsable de la perte financière subie par la demanderesse en raison du temps d'arrêt nécessaire pour réparer les grues dont l'exploitation était normalement lucrative (p. 1222), et que la responsabilité de cette perte de profits « étant établie », le coût des réparations assumé par la demanderesse pouvait également être recouvré (p. 1223; voir aussi B. Feldthusen, « *Winnipeg Condominium Corporation No. 36 v. Bird Construction Co. : Who Needs Contract Anymore?* » (1995), 25 *Rev. can. dr. comm.* 143, p. 145).

[126] Je conviens avec les juges Brown et Martin que le fondement de cette catégorie d'obligation est que le fabricant ou le constructeur est tenu d'éviter tout *danger* pour les utilisateurs de son produit ou les occupants de son immeuble. C'est là l'élément déterminant de l'arrêt *Winnipeg Condominium*, par. 12, 20-21 et 50, ainsi que des motifs du juge Laskin dans l'arrêt *Rivtow*, p. 1219 et 1221-1222; on a aussi constaté que cela limitait sensiblement la catégorie des demandeurs à ceux dont il était prévisible qu'ils soient menacés par la structure ou le produit dangereux.

[127] Comme l'a conclu la juge Leitch, les viandes Maple Leaf contaminées présentaient un

danger” to the health and safety of consumers (S.C.J. reasons, at para. 53 (A.R., vol. I, at p. 58)). And, as the Court of Appeal noted, “there was a *risk* that the two core menu items [supplied to the franchisees] *could* compromise human health, given that they had been produced at the same plant as the tainted products” (para. 38). With respect to the costs of removing those potentially unsafe products incurred by the franchisees in this case, I would find that the rationale of protecting an end-user from the danger of a manufacturer’s negligence can also capture those intermediary actors who incurred economic losses in pursuit of that same goal. That is, an intermediary who incurs expenses in repairing or removing a dangerous item from the marketplace to protect the end-user, and who may be best-placed to take steps to avoid that danger, should similarly be able to recover from a negligent manufacturer. Tort law should not require that the danger be passed on to the end-user before the costs of eliminating the danger can be recovered. The franchisees in this case would not themselves have been directly exposed to the danger of Maple Leaf’s goods, but any clean-up or disposal costs that they incurred to protect consumers from the danger should be recoverable, being supported by a similar safety rationale as that in *Winnipeg Condominium* and Laskin J.’s reasons in *Rivtow*. Indeed, the duty that is extant under the Court of Appeal’s order, uncontested by Maple Leaf — covering the franchisees’ clean-up and disposal costs — is supported by this logic.

[128] However, while the franchisees’ costs in eliminating the danger could fall within a duty under this category of economic loss, the category does not capture the thrust of their claim. The economic losses claimed in this case flowed largely from the franchisees’ continued association with dangerous products. These losses engage a different set

[TRADUCTION] « danger prévisible réel et important » pour la santé et la sécurité des consommateurs (motifs de la C.S.J., par. 53 (d.a., vol. I, p. 58)). Par ailleurs, comme l’a souligné la Cour d’appel, « il y avait un *risque* que les deux éléments principaux du menu [ayant été fournis aux franchisés] *puissent* compromettre la santé humaine, étant donné qu’ils avaient été fabriqués dans la même usine que les produits contaminés » (par. 38). S’agissant des frais engagés par les franchisés en l’espèce pour enlever ces produits susceptibles d’être dangereux, je suis d’avis que la raison pour laquelle il convient de protéger l’utilisateur final contre le danger que représente la négligence du fabricant peut aussi s’appliquer aux acteurs intermédiaires qui ont subi des pertes financières en cherchant à atteindre le même but. Autrement dit, l’intermédiaire qui a engagé des dépenses pour réparer un objet dangereux ou pour le retirer du marché afin de protéger l’utilisateur final, et qui est peut-être le mieux placé pour prendre les mesures nécessaires pour éviter ce danger, devrait pouvoir tout autant être indemnisé par le fabricant négligent. Le droit de la responsabilité délictuelle ne devrait pas exiger que le danger soit transmis à l’utilisateur final pour que les frais associés à son élimination puissent être recouverts. En l’espèce, les franchisés n’ont pas été eux-mêmes directement exposés au danger que représentaient les produits de Maple Leaf, mais les frais de décontamination ou d’élimination qu’ils ont engagés pour protéger les consommateurs du danger devraient pouvoir être recouverts, et ce, pour une raison de sécurité semblable à celle exposée dans l’arrêt *Winnipeg Condominium* et dans les motifs du juge Laskin dans *Rivtow*. D’ailleurs, l’obligation que Maple Leaf n’a pas contestée et à laquelle elle est toujours tenue en vertu de l’ordonnance de la Cour d’appel — et qui vise les frais de décontamination et d’élimination engagés par les franchisés — trouve appui dans cette logique.

[128] Or, s’il est vrai que les frais engagés par les franchisés pour éliminer le danger pourraient relever d’une obligation au titre de cette catégorie de perte financière, l’essentiel de leur réclamation n’est pas visé par la catégorie. Les pertes financières réclamées en l’espèce découlent en grande partie du fait que les franchisés ont longtemps été associés à des produits

of policy considerations that has not been worked through in the case law dealing with this category of economic loss.

[129] I therefore find that the category of negligent supply of shoddy goods has little value as an analytical tool. But the fact that there are differences between the franchisees' circumstances and those in *Rivtow* and *Winnipeg Condominium* does not erect a barrier to the franchisees establishing a duty. Instead, it is more constructive to recognize that the franchisees' claim engages novel issues that should be considered through a novel duty of care analysis.

C. *Novel Duty of Care*

[130] As discussed above, "Canadian law recognizes that new categories where a duty of care is recognized may be established" by applying the analysis set out in *Anns* and *Cooper (Design Services)*, at para. 26). Here, Maple Leaf knowingly acted as an exclusive supplier of products integral to and closely associated with the franchisees' businesses. Under these circumstances, Maple Leaf owed the franchisees a duty to take reasonable care not to place unsafe goods into the market that could cause economic loss to the franchisees as a result of reasonable consumer response to the health risk posed by those goods.

(1) Stage One: Prima Facie Duty of Care

(a) *Foreseeability*

[131] As mentioned, "[t]he usual indication of proximity is foreseeability" (*Design Services*, at para. 49), and foreseeability can therefore be a useful starting point in assessing whether a novel duty of care exists. The reasonable foreseeability inquiry

dangereux. Ces pertes font appel à des considérations de politique différentes dont il n'a pas été traité dans la jurisprudence relative à cette catégorie de perte financière.

[129] Je conclus donc que la catégorie de la fourniture négligente de marchandises de mauvaise qualité a peu de valeur en tant qu'outil d'analyse. Cependant, les différences qu'il y a entre la situation des franchisés et celle en cause dans les affaires *Rivtow* et *Winnipeg Condominium* n'empêchent pas les franchisés d'établir l'existence d'une obligation. Au contraire, il est plus constructif de reconnaître que l'action des franchisés soulève de nouvelles questions qui devraient être examinées dans le cadre d'une analyse concernant une nouvelle obligation de diligence.

C. *Nouvelle obligation de diligence*

[130] Comme nous l'avons vu précédemment, « le droit canadien reconnaît la possibilité d'établir de nouvelles catégories donnant naissance à une obligation de diligence » en appliquant l'analyse exposée dans les arrêts *Anns* et *Cooper (Design Services)*, par. 26). Dans la présente affaire, Maple Leaf a en toute connaissance de cause agi en tant que fournisseur exclusif de produits qui faisaient partie intégrante des activités des franchisés et étaient étroitement associés à celles-ci. Dans les circonstances, Maple Leaf avait envers les franchisés l'obligation d'agir avec diligence raisonnable afin de ne pas mettre sur le marché des produits dangereux susceptibles de causer aux franchisés une perte financière en raison de la réaction qu'aurait le consommateur raisonnable devant le risque pour la santé posé par ces produits.

(1) Première étape : obligation de diligence prima facie

a) *Prévisibilité*

[131] Comme nous l'avons vu, « [l]'indice habituel du lien de proximité est la prévisibilité » (*Design Services*, par. 49), et la prévisibilité peut donc constituer un point de départ utile lorsqu'il s'agit de déterminer s'il existe une nouvelle obligation de diligence.

requires the court to ask whether the type of injury to the plaintiff, or to a class of persons to which the plaintiff belongs, was reasonably foreseeable to someone in the defendant's position (*Rankin (Rankin's Garage & Sales) v. J.J.*, 2018 SCC 19, [2018] 1 S.C.R. 587, at paras. 24, 26 and 53, per Karakatsanis J., and para. 77, per Brown J., dissenting). The question is thus whether someone in Maple Leaf's position would reasonably have foreseen economic loss to the franchisees, or the class of plaintiffs to which they belong, as a result of their negligence. In my view, the answer is "yes".

[132] Maple Leaf had been in a commercial relationship with Mr. Sub since 1989. When it entered into the 2005 food service partnership agreement as an exclusive supplier for Mr. Sub, it knew that Mr. Sub operated in a franchise structure. The partnership agreement made multiple references to Maple Leaf providing its "superior" customer service to Mr. Sub's franchisees and Maple Leaf knew that it was the *franchisees* that would actually use the product and put it into the market for consumption.

[133] Importantly, Maple Leaf also knew about the centrality of its products to the franchisees' business: the national account manager was aware that these meats were an integral and essential part of the franchisees' business and that the quality of the meats supplied by Maple Leaf was essential to maintaining the franchisees' goodwill and reputation. Indeed, the importance of such meats to the franchisees' business is evident given that a Mr. Sub restaurant was primarily known as a place to purchase deli-style submarine sandwiches *with ready-to-eat meats*.

[134] It was thus foreseeable that the franchisees would be identified as a public-facing retailer of potentially tainted meats while the meats posed a real danger to public health. I agree with Leitch J. that it was "reasonable, appropriate, and foreseeable for consumers to avoid buying food from a

L'examen de la prévisibilité raisonnable exige que le tribunal se demande si le type de préjudice subi par le demandeur, ou par la catégorie de personnes à laquelle il appartient, était raisonnablement prévisible pour une personne se trouvant dans la situation du défendeur (*Rankin (Rankin's Garage & Sales) c. J.J.*, 2018 CSC 19, [2018] 1 R.C.S. 587, par. 24, 26 et 53, la juge Karakatsanis, et par. 77, le juge Brown, dissident). La question est donc de savoir si une personne se trouvant dans la situation de Maple Leaf aurait pu raisonnablement prévoir la perte financière subie par les franchisés, ou par la catégorie de demandeurs à laquelle ils appartiennent, en raison de sa négligence. À mon avis, la réponse est « oui ».

[132] Maple Leaf était engagée dans une relation commerciale avec Mr. Sub depuis 1989. En 2005, lorsqu'elle a conclu le contrat d'association en matière de service alimentaire en tant que fournisseur exclusif de Mr. Sub, elle savait que ce dernier exerçait ses activités dans une structure de franchise. Le contrat d'association faisait plusieurs fois mention du service à la clientèle [TRADUCTION] « de qualité supérieure » que Maple Leaf offrait aux franchisés de Mr. Sub, et Maple Leaf savait que c'étaient les *franchisés* qui utiliseraient en fait le produit et le mettraient en vente pour consommation.

[133] Fait important, Maple Leaf savait aussi que ses produits étaient au cœur des activités des franchisés : le responsable de la gestion nationale des comptes savait que ces viandes faisaient partie intégrante et constituaient un élément essentiel des activités des franchisés, et que la qualité des viandes fournies par Maple Leaf était essentielle au maintien de l'achalandage et de la réputation des franchisés. D'ailleurs, l'importance de ces viandes pour l'entreprise des franchisés est évidente, car les restaurants Mr. Sub étaient surtout connus comme un endroit où acheter des sous-marins style-déli *garnis de viandes prêtes à manger*.

[134] Il était donc prévisible que les franchisés seraient considérés comme des détaillants qui vendaient au grand public des viandes susceptibles d'être contaminées alors que ces viandes posaient un véritable danger pour la santé publique. Je suis d'accord avec la juge Leitch pour dire qu'il était

restaurant where there had been a food recall arising from problems in the plant of its meat supplier which were not ‘resolved’ for a relatively significant period of time” (S.C.J. reasons, at para. 48 (A.R., vol. I, at p. 56)). In my view, it was reasonably foreseeable to someone in Maple Leaf’s position that negligence in producing its meats would inflict economic harm on the Mr. Sub franchisees or the class of plaintiffs to which they belong — franchisees who were required to exclusively use some of the meats for products essential to their business.

(b) *Proximity*

[135] Reasonable foreseeability of harm “must be supplemented by proximity” (*Cooper*, at para. 31). In assessing proximity, the overarching question is whether the parties are in such a “‘close and direct’ relationship that it would be ‘just and fair having regard to that relationship to impose a duty of care in law’” (*Livent*, at para. 25, quoting *Cooper*, at paras. 32 and 34; see also *Childs v. Desormeaux*, 2006 SCC 18, [2006] 1 S.C.R. 643, at para. 25). The factors to assess that relationship “are diverse and depend on the circumstances of each case” (*Livent*, at para. 29), but include the “expectations, representations, reliance, and the property or other interests involved” (*Rankin’s Garage*, at para. 23, quoting *Cooper*, at para. 34). In my view, there was a proximate relationship between Maple Leaf and the franchisees such that Maple Leaf “may be said to [have been] under an obligation to be mindful” of the franchisees’ interests (*Hercules Managements Ltd. v. Ernst & Young*, [1997] 2 S.C.R. 165, at para. 24).

[136] Many products reach Canadian consumers through supply chains with multiple participants, which may be far-reaching and involve little to no contact between the suppliers and sellers down the line. However, when a manufacturer knows that it is the exclusive supplier of a product that is integral to and identified with its recipient, a franchisee whose relationship with the supplier is dictated by

[TRADUCTION] « raisonnable, justifié et prévisible que les consommateurs évitent d’acheter de la nourriture d’un restaurant visé par un rappel d’aliments en raison de problèmes dans l’usine de son fournisseur de viandes qui n’ont pas été “réglés” pendant une assez longue période » (motifs de la C.S.J., par. 48 (d.a., vol. I, p. 56)). À mon avis, il était raisonnablement prévisible pour une personne dans la situation de Maple Leaf qu’une négligence dans la production de ses viandes entraînerait un préjudice financier pour les franchisés de Mr. Sub, ou la catégorie de demandeurs à laquelle ils appartiennent — des franchisés qui étaient tenus d’utiliser exclusivement certaines de ces viandes pour des produits essentiels à leur entreprise.

b) *Lien de proximité*

[135] La prévisibilité raisonnable du préjudice « doit se doubler de la proximité » (*Cooper*, par. 31). Dans l’examen du lien de proximité, la question primordiale est de savoir si le lien entre les parties est à ce point « “étroit et direct” qu’il serait, “vu ce lien, [. . .] juste et équitable en droit d’imposer une obligation de diligence” » (*Livent*, par. 25, citant *Cooper*, par. 32 et 34; voir aussi *Childs c. Desormeaux*, 2006 CSC 18, [2006] 1 R.C.S. 643, par. 25). Les facteurs servant à évaluer ce lien sont « variés et [. . .] dépendent des circonstances de l’affaire » (*Livent*, par. 29), mais incluent « [l]es attentes, [l]es déclarations, [. . .] la confiance, [l]es biens en cause et [l]es autres intérêts en jeu » (*Rankin’s Garage*, par. 23, citant *Cooper*, par. 34). À mon avis, il existait un lien de proximité entre Maple Leaf et les franchisés, si bien qu’on « peut affirmer que [Maple Leaf] [était] tenu[e] de se soucier » des intérêts des franchisés (*Hercules Managements Ltd. c. Ernst & Young*, [1997] 2 R.C.S. 165, par. 24).

[136] De nombreux produits se retrouvent entre les mains des consommateurs canadiens par l’entremise de chaînes d’approvisionnement aux multiples participants, qui peuvent être très étendues et comporter peu ou pas de contacts entre les fournisseurs et les vendeurs qui sont au bout de la chaîne. Toutefois, lorsqu’un fabricant sait qu’il est le fournisseur exclusif d’un produit qui est indispensable à son

its franchisor, the expectations and the dependency between the parties shift.

[137] As discussed above, Maple Leaf entered into its foodservice partnership agreement with almost two decades of experience working with Mr. Sub, knowing that Mr. Sub operated in a franchise structure. By contracting with Mr. Sub, Maple Leaf also entered into a relationship with the franchisees. Indeed, the central purpose of this partnership agreement was to provide franchisees with Maple Leaf meats.

[138] Various features of the partnership agreement point towards a proximate relationship between Maple Leaf and the franchisees. First, with Maple Leaf acting as Mr. Sub's exclusive supplier for 14 core menu items under the agreement, Mr. Sub's franchisees were bound to rely on Maple Leaf for a number of these meats. Second, the partnership agreement required Mr. Sub to purchase at least 5,000,000 lbs of Maple Leaf product annually, and this target could only be met by having the franchisees purchase Maple Leaf products. The Mr. Sub account was large enough that some of Maple Leaf's meats were delivered in boxes specifically labelled as a "Mr. Sub" product. Third, under the agreement Maple Leaf agreed to provide equipment support for panini grills, which Maple Leaf understood would be used by the franchisees in their restaurants. Finally, in outlining Maple Leaf's obligation to provide Mr. Sub with "superior" customer service, the partnership agreement made several references to supporting franchisees directly. This included a dedicated phone hotline for franchisees and "Direct Franchisee contact", which would allow the franchisees to communicate their concerns and inquiries about product ingredients, handling, storage and quality with Maple Leaf directly in order to receive a "[f]ast, accurate and timely" response (A.R., vol. II, at p. 15).

destinataire et qui est associé à son nom — un franchisé dont le lien avec le fournisseur est imposé par son franchiseur —, les attentes et la dépendance entre les parties changent.

[137] Comme nous l'avons vu, Maple Leaf a conclu son contrat d'association en matière de service alimentaire après avoir travaillé pendant près de deux décennies avec Mr. Sub, tout en sachant que cette entreprise exerçait ses activités dans une structure de franchise. En signant un contrat avec Mr. Sub, Maple Leaf a aussi établi un lien avec les franchisés. D'ailleurs, le principal objectif de ce contrat d'association était de fournir des viandes Maple Leaf aux franchisés.

[138] Différents éléments du contrat d'association dénotent un lien de proximité entre Maple Leaf et les franchisés. Premièrement, comme Maple Leaf était le fournisseur exclusif de Mr. Sub pour ce qui est de 14 éléments principaux inscrits au menu, les franchisés de Mr. Sub étaient obligés de s'en remettre à elle pour plusieurs de ces viandes. Deuxièmement, Mr. Sub devait acheter annuellement au moins 5 000 000 de livres de produits Maple Leaf et ne pouvait atteindre cet objectif qu'en faisant en sorte que les franchisés achètent des produits Maple Leaf. Le compte de Mr. Sub était assez important pour que certaines des viandes Maple Leaf soient livrées dans des boîtes portant une étiquette de produits « Mr. Sub ». Troisièmement, Maple Leaf consentait à offrir une aide financière pour permettre aux franchisés de s'équiper de grils à paninis qui, selon ce qu'elle avait compris, seraient utilisés par ceux-ci dans leur restaurant. Enfin, afin de souligner l'obligation qu'avait Maple Leaf de fournir à Mr. Sub un service à la clientèle [TRADUCTION] « de qualité supérieure », il était fait plusieurs fois mention de l'appui que l'entreprise offrait directement aux franchisés. Maple Leaf offrait notamment un service d'assistance téléphonique à l'intention des franchisés et un « contact direct avec le franchisé », ce qui permettait aux franchisés de communiquer directement à Maple Leaf leurs préoccupations et demandes de renseignements au sujet des ingrédients, de la manutention, de l'entreposage et de la qualité d'un produit, et de pouvoir ainsi obtenir une réponse « rapide, précis[e] et en temps opportun » (d.a., vol. II, p. 15).

[139] The franchisees were clearly the actors that would be using and selling Maple Leaf's products, and were at the heart of Maple Leaf and Mr. Sub's contemplation in entering into the partnership agreement and providing for direct franchisee contact. In this context, Maple Leaf established a close relationship with the franchisees. And, unlike other retailers of Maple Leaf products who may have been at liberty to carry multiple brands of ready-to-eat meats, Mr. Sub franchisees were bound to use Maple Leaf meats exclusively *and* in a business that centred on such meats — placing them in a particularly dependent relationship with Maple Leaf. The effect of this arrangement was that Maple Leaf, as an approved supplier, and the franchisees, bound to use that supplier through an exclusivity agreement, were in a proximate relationship.

[140] My colleagues, however, suggest that proximity cannot be found between Maple Leaf and the franchisees because the franchisees could have foreseen and addressed their risk by contract, and in fact did. I disagree. The three-way contractual matrix between Maple Leaf, Mr. Sub and the franchisees only strengthens my conclusion that there is proximity.

[141] I agree that in cases involving pure economic loss, the contractual matrix linking the parties, if any, can be an important factor in finding a lack of proximity — either because the parties have already ordered their affairs in contract and are attempting to circumvent that ordering through tort law, or because the plaintiff could have, but failed to, protect itself in contract (see, e.g., *Norsk*, at pp. 1125-26, per La Forest J., dissenting, and pp. 1158-59, per McLachlin J.; *Bow Valley Husky (Bermuda) Ltd. v. Saint John Shipbuilding Ltd.*, [1997] 3 S.C.R. 1210, at paras. 26-27, per McLachlin J., dissenting in part, and paras. 114-23, per Iacobucci J.; *Martel Building*, at para. 106; *Design Services*, at paras. 54-56).

[142] In this case, however, I see no provision within the contractual matrix contemplating the types of economic losses that the franchisees claim

[139] Les franchisés étaient de toute évidence ceux qui utiliseraient et vendraient les produits Maple Leaf, et ceux à qui songeaient essentiellement Maple Leaf et Mr. Sub en concluant le contrat d'association et en offrant la possibilité d'un contact direct avec le franchisé. Dans ce contexte, Maple Leaf a établi un lien étroit avec les franchisés. De plus, contrairement à d'autres détaillants de produits Maple Leaf, qui avaient peut-être la liberté de vendre de nombreuses marques de viandes prêtes à manger, les franchisés de Mr. Sub étaient tenus d'utiliser exclusivement les viandes Maple Leaf *et* celles-ci étaient au centre de leur entreprise, ce qui les plaçait dans un rapport de dépendance particulière avec Maple Leaf. En raison de cette entente, il y avait un lien de proximité entre Maple Leaf, en tant que fournisseur approuvé, et les franchisés, tenus de s'approvisionner auprès de ce fournisseur aux termes d'un contrat d'exclusivité.

[140] Mes collègues, toutefois, suggèrent qu'il ne saurait y avoir de lien de proximité entre Maple Leaf et les franchisés parce que ces derniers auraient pu prévoir le risque auquel ils étaient exposés et y parer par contrat, et qu'effectivement, ils l'ont fait. Je ne suis pas d'accord. Le cadre contractuel tripartite qui unit Maple Leaf, Mr. Sub et les franchisés vient seulement renforcer ma conclusion qu'il y a un lien de proximité.

[141] Je reconnais que dans les affaires de perte purement financière, le cadre contractuel qui unit les parties, s'il en existe un, peut être un facteur important pour conclure à l'absence de lien de proximité — soit parce que les parties ont déjà organisé leurs affaires par contrat et tentent de contourner cette organisation au moyen de la responsabilité délictuelle, soit parce que le demandeur aurait pu, mais ne l'a pas fait, se protéger par contrat (voir, p. ex., *Norsk*, p. 1125-1126, le juge La Forest, dissident, et p. 1158-1159, la juge McLachlin; *Bow Valley Husky (Bermuda) Ltd. c. Saint John Shipbuilding Ltd.*, [1997] 3 R.C.S. 1210, par. 26-27, la juge McLachlin, dissidente en partie, et par. 114-123, le juge Iacobucci; *Martel Building*, par. 106; *Design Services*, par. 54-56).

[142] Dans l'affaire qui nous occupe, toutefois, je ne vois aucune disposition du cadre contractuel qui envisage les types de pertes financières que les

or suggesting that the parties had already allocated the risk of those losses. The question is “what the plaintiff has accepted as limits on [their] tort rights”, since a contractual matrix that is genuinely silent on the specific issue at hand would not preclude finding a duty of care (J. Stapleton, “Duty of Care and Economic Loss: a Wider Agenda” (1991), 107 *Law Q. Rev.* 249, at p. 287). Under the franchise agreement, Mr. Sub was explicitly not liable to the franchisees for “any direct or indirect loss or damage due to any delay in delivery, or inaccurate or incomplete shipments” of its mandatory products (A.R., vol. II, at p. 110). No provision addressed recovery for losses or damages arising from unfit or unsafe shipments.

[143] The franchisees did have the option to request to purchase ingredients from another source, subject to Mr. Sub’s “absolute right to disapprove” within a 30-day timeline and the franchisees paying the costs for that approval process. I would note that, in light of the minimum supply requirement agreed to by Mr. Sub, approval of such requests would likely not have been commonplace. In any event, Leitch J. found that the franchisees are not claiming damages for the non-supply of Maple Leaf product — rather, their claim is based on a duty relating to their association with unsafe products.

[144] When considering whether the franchisees were able to, and should have, contractually protected themselves from the types of economic loss they claim, a realistic approach must be taken. In *Norsk*, for example, McLachlin J. considered various arguments to restrict recovery of economic loss and explained that “[t]he ‘contractual allocation of risk’ argument rests on a number of important, but questionable assumptions”, including that “all parties to a transaction share an equality of bargaining power which will result in the effective allocation of risk” (p. 1159). She later noted that the terms of a

franchisés réclament ou qui tend à indiquer que les parties ont déjà réparti le risque associé à ces pertes. La question est de savoir [TRADUCTION] « quelles sont les limites acceptées par le demandeur quant à ses droits en matière délictuelle », étant donné qu’un cadre contractuel qui est véritablement muet sur la question précise qui est en cause ne peut empêcher de conclure à l’existence d’une obligation de diligence (J. Stapleton, « Duty of Care and Economic Loss : a Wider Agenda » (1991), 107 *Law Q. Rev.* 249, p. 287). Le contrat de franchisage prévoit expressément que Mr. Sub n’est pas responsable [TRADUCTION] « de toute perte ou de tout dommage découlant directement ou indirectement d’un retard de livraison ou d’une livraison inexacte ou incomplète » de ses produits obligatoires (d.a., vol. II, p. 110). Aucune disposition ne porte sur l’indemnisation des pertes ou des dommages découlant d’une livraison de produits inadéquats ou dangereux.

[143] Les franchisés pouvaient demander à acheter des ingrédients auprès d’une autre source, sous réserve du [TRADUCTION] « droit absolu [de Mr. Sub] de ne pas approuver » l’autre source dans un délai de 30 jours et du paiement par les franchisés des frais liés à ce processus d’approbation. Je ferai remarquer que, compte tenu de la condition d’approvisionnement minimal à laquelle Mr. Sub avait consenti, l’approbation de telles demandes n’aurait probablement pas été monnaie courante. Quoiqu’il en soit, la juge Leitch a conclu que ce n’est pas pour la non-fourniture d’un produit Maple Leaf que les franchisés réclament des dommages-intérêts — leur action est plutôt fondée sur une obligation liée au fait qu’ils ont été associés à des produits dangereux.

[144] Pour déterminer si les franchisés pouvaient, et auraient dû, se protéger contractuellement contre les types de perte financière qu’ils réclament, une approche réaliste doit être adoptée. Dans l’arrêt *Norsk*, par exemple, la juge McLachlin a examiné différents arguments visant à restreindre l’indemnisation des pertes financières et a expliqué que « [l]’argument de la “répartition contractuelle du risque” repose sur un certain nombre d’hypothèses importantes, mais contestables », notamment que « toutes les parties à une opération partagent un pouvoir de négociation égal qui entraînera la répartition réelle du risque »

contract are an important consideration in determining whether economic loss is recoverable but that “the contract may tell only part of the story between the parties” (p. 1164). While La Forest J. dissented in the result in that case, he nevertheless agreed that “[i]nequality of bargaining power is in fact only one of a number of reasons why contract may not be a real alternative in a given case” (p. 1125; see also *Bow Valley Husky*, at para. 69, per McLachlin J., dissenting in part).

[145] An overly formalistic appeal to protection through contract therefore risks failing to take into account the parties’ actual circumstances, including their commercial sophistication and bargaining power. There is a “rational distinction . . . between plaintiffs who do have *reasonably available* avenues of protection and those who do not” — a distinction that “is more likely to hinge on issues of bargaining power than on privity” (Stapleton, at p. 292 (emphasis in original); see also C. F. Stychin, “The Vulnerable Subject of Negligence Law” (2012), 8 *Intl. J. L. Context* 337, at pp. 346-48). If a plaintiff’s contractual “ability” to allocate risk is illusory, relief in tort may be arbitrarily and unfairly foreclosed. Thus, if the contractual allocation of risk is to be relied on to find that proximity does not exist, courts must ask: was the plaintiff *actually able* to allocate for *this* risk?

[146] I would conclude that the answer to that question is clearly “no” in this case.

[147] With no access to contractual privity with Maple Leaf, the franchisees contracted with their franchisor, Mr. Sub. Importantly, “the relationship between a franchisor and franchisee is one of vulnerability for the franchisee”, stemming from a fundamental power imbalance (*Addison Chevrolet Buick GMC Ltd. v. General Motors of Canada Ltd.*, 2016

(p. 1159). Elle a plus loin souligné que les modalités d’un contrat constituent un facteur important lorsqu’il s’agit de déterminer si une perte financière est indemnisable, mais qu’« il se peut que le contrat ne révèle qu’une fraction de ce qui s’est passé entre les parties » (p. 1164). Bien que le juge La Forest ait exprimé sa dissidence quant au résultat dans cette affaire, il a néanmoins convenu que « [l]’inégalité du pouvoir de négociation est, en fait, une seule parmi un certain nombre de raisons pour lesquelles le contrat ne peut pas constituer une véritable solution de rechange dans une affaire donnée » (p. 1125; voir aussi *Bow Valley Husky*, par. 69, la juge McLachlin, dissidente en partie).

[145] En appeler de façon trop formaliste à la protection contractuelle risque donc de ne pas tenir compte de la situation véritable des parties, notamment leur expérience commerciale et leur pouvoir de négociation. Il existe une [TRADUCTION] « distinction rationnelle [. . .] entre les demandeurs qui ont des moyens de protection *raisonnablement accessibles* et ceux qui n’en ont pas » — une distinction qui « est plus susceptible de dépendre de questions de pouvoir de négociation que d’un lien contractuel » (Stapleton, p. 292 (en italique dans l’original); voir aussi C. F. Stychin, « The Vulnerable Subject of Negligence Law » (2012), 8 *Intl. J. L. Context* 337, p. 346-348). Si la « capacité » du demandeur de répartir contractuellement le risque est illusoire, il pourrait être privé de façon arbitraire et injuste d’une réparation fondée sur la responsabilité délictuelle. En conséquence, s’il faut s’appuyer sur la répartition contractuelle du risque pour conclure à l’absence de lien de proximité, les tribunaux doivent se poser la question suivante : le demandeur était-il *vraiment capable* de répartir *ce* risque?

[146] Je conclurais que la réponse à cette question est clairement « non » dans la présente affaire.

[147] Sans bénéficier d’un lien contractuel avec Maple Leaf, les franchisés ont conclu un contrat avec leur franchiseur, Mr. Sub. Il importe de rappeler que [TRADUCTION] « la relation entre un franchiseur et un franchisé est une relation de vulnérabilité pour le franchisé », en raison du déséquilibre fondamental des forces en présence (*Addison Chevrolet Buick*

ONCA 324, 130 O.R. (3d) 161, at para. 64). Put simply, “it is unusual for a franchisee to be in the position of being equal in bargaining power to the franchisor” (*Shelanu Inc. v. Print Three Franchising Corp.* (2003), 64 O.R. (3d) 533 (C.A.), at para. 66; see also *2176693 Ontario Ltd. v. Cora Franchise Group Inc.*, 2015 ONCA 152, 124 O.R. (3d) 776, at paras. 38 and 56).

[148] Under a franchise arrangement, the franchisor grants the franchisee the right to sell, offer for sale or distribute goods or services that are associated with the franchisor. Given their unique and typically well-established brand or operating structure, franchisors like Mr. Sub tend to already be in a position of power when encountering those who are seeking to operate one of their franchises, who are also often entering business for the first time (J. Sotos and F. Zaid, “Status Report on National Franchise Law Project”, August 2002 (online)); F. Zaid, “Manitoba’s New Franchises Act — Something Old, Something New — What to Expect” (2013), 13 *Asper Rev. Int’l Bus. & Trade L.* 77, at p. 98). This inequality has been of concern for some time, with the Ontario government commissioning a report approximately 50 years ago detailing the implications of the franchisee-franchisor relationship and identifying potential areas for regulation to attenuate the effects of this inequality (see Department of Financial and Commercial Affairs, *Report of the Minister’s Committee on Franchising* (1971)). In light of this power imbalance, franchise legislation across most of Canada now entitles franchisees to greater financial disclosure during the contracting process (including Ontario’s *Arthur Wishart Act (Franchise Disclosure)*, 2000, S.O. 2000, c. 3), thereby alleviating some of the informational disparity between the franchisee and franchisor.

[149] The fact remains, however, that franchisees are generally unable to negotiate more favourable terms to govern their relationship with the franchisor. The franchise agreement is usually a contract of adhesion, drafted by the stronger party and “whose main provisions are presented on a ‘take it or leave it

GMC Ltd. c. General Motors of Canada Ltd., 2016 ONCA 324, 130 O.R. (3d) 161, par. 64). En termes simples, [TRADUCTION] « il est rare qu’un franchisé ait un pouvoir de négociation égal à celui du franchisseur » (*Shelanu Inc. c. Print Three Franchising Corp.* (2003), 64 O.R. (3d) 533 (C.A.), par. 66; voir aussi *2176693 Ontario Ltd. c. Cora Franchise Group Inc.*, 2015 ONCA 152, 124 O.R. (3d) 776, par. 38 et 56).

[148] Dans une entente de franchisage, le franchiseur accorde au franchisé le droit de vendre, d’offrir en vente ou de distribuer des biens ou des services qui sont associés au franchiseur. À cause de sa marque ou de sa structure opérationnelle particulière et habituellement bien établie, un franchiseur comme Mr. Sub est généralement déjà dans une position de force lorsqu’il rencontre ceux qui souhaitent exploiter une de ses franchises et qui, souvent, se lancent en affaires pour la première fois (J. Sotos et F. Zaid, « État d’avancement du projet national sur le droit des franchises », août 2002 (en ligne); F. Zaid, « Manitoba’s New Franchises Act — Something Old, Something New — What to Expect » (2013), 13 *Asper Rev. Int’l Bus. & Trade L.* 77, p. 98). Cette inégalité soulève des inquiétudes depuis un certain temps, le gouvernement de l’Ontario ayant d’ailleurs commandé, il y a environ 50 ans, un rapport exposant les conséquences de la relation de franchisage et cernant les domaines possibles de réglementation de façon à pouvoir atténuer les effets de cette inégalité (voir Department of Financial and Commercial Affairs, *Report of the Minister’s Committee on Franchising* (1971)). En raison de ce déséquilibre des forces en présence, les lois en matière de franchise de presque partout au Canada donnent maintenant aux franchisés le droit à une plus grande divulgation de renseignements financiers durant le processus contractuel (dont la *Loi Arthur Wishart de 2000 sur la divulgation relative aux franchises*, L.O. 2000, c. 3), ce qui permet de réduire une partie de l’écart informationnel entre le franchisé le franchiseur.

[149] Le fait demeure, cependant, que les franchisés sont en général incapables de négocier des conditions plus favorables régissant leur relation avec le franchiseur. Le contrat de franchisage est habituellement un contrat d’adhésion, rédigé par la partie qui est en position de force et [TRADUCTION]

basis” with no prospect for negotiation (*Shelanu*, at para. 58; see also J. C. Lisus and A. Ship, “Restrictions on Unilateral Termination of Franchise Agreements” (2010), 49 *Can. Bus. L.J.* 113; S. Waddams, “Review Essay: The Problem of Standard Form Contracts: A Retreat to Formalism” (2012), 53 *Can. Bus. L.J.* 475). Indeed, this Court has highlighted the manner in which contracts of adhesion can exacerbate vulnerability and inequality of bargaining power in other contexts (see *Uber Technologies Inc. v. Heller*, 2020 SCC 16, [2020] 2 S.C.R. 118, at para. 89; *Douez v. Facebook, Inc.*, 2017 SCC 33, [2017] 1 S.C.R. 751, at paras. 52-57, per Karakatsanis, Wagner and Gascon JJ., and paras. 98 and 114-16, per Abella J.). Further, the power imbalance that characterizes the start of the franchisor-franchisee contractual relationship continues to affect the relationship long after. Franchisors demand and exercise significant control over the operation and decisions of the franchisees, and thereby deeply affect the success of their businesses (2176693 *Ontario Ltd.*, at para. 38; *Shelanu*, at para. 66).

[150] These trends, well-known for decades, are borne out in this case: the appellant’s franchise agreement was a standard form agreement that was common to all Mr. Sub franchisees and no negotiations were held when the agreement was renewed. The franchisees’ vulnerability was sustained throughout their relationship with Mr. Sub. The prospect of protecting themselves by contract was essentially illusory for the franchisees and placed them in a particularly dependent and vulnerable relationship with Maple Leaf, their franchisor’s longstanding, exclusive business partner who supplied products integral to the identity and operation of their business.

[151] In my view, the fact that this power imbalance and loss of control is widespread in the franchise context does not make it any less acute or justify dismissing it. Nor does it change that the franchisees were, for all intents and purposes, unable to protect themselves from the very loss they allege. The fact that there was a mutual exchange of

« dont les principales clauses sont présentées comme étant “à prendre ou à laisser” », sans possibilité de négociation (*Shelanu*, par. 58; voir aussi J. C. Lisus et A. Ship, « Restrictions on Unilateral Termination of Franchise Agreements » (2010), 49 *Rev. can. dr. comm.* 113; S. Waddams, « Review Essay : The Problem of Standard Form Contracts : A Retreat to Formalism » (2012), 53 *Rev. can. dr. comm.* 475). D’ailleurs, notre Cour a souligné de quelle manière les contrats d’adhésion pouvaient exacerber la vulnérabilité et l’inégalité du pouvoir de négociation dans d’autres contextes (voir *Uber Technologies Inc. c. Heller*, 2020 CSC 16, [2020] 2 R.C.S. 118, par. 89; *Douez c. Facebook, Inc.*, 2017 CSC 33, [2017] 1 R.C.S. 751, par. 52-57, les juges Karakatsanis, Wagner et Gascon, et par. 98 et 114-116, la juge Abella). En outre, le déséquilibre des forces qui caractérise le début de la relation contractuelle entre le franchiseur et le franchiseé continue de faire sentir ses effets pendant longtemps sur la relation. Les franchiseurs exigent et exercent un contrôle important sur les activités et les décisions des franchiseés, et influent profondément sur le succès de leur entreprise (2176693 *Ontario Ltd.*, par. 38; *Shelanu*, par. 66).

[150] Ces tendances, bien connues depuis des décennies, sont confirmées en l’espèce : le contrat de franchisage de l’appelante était un contrat type utilisé pour tous les franchiseés de Mr. Sub, et son renouvellement n’était précédé d’aucune négociation. Les franchiseés étaient maintenus dans une position de vulnérabilité tout au long de leur relation avec Mr. Sub. La possibilité de se protéger par contrat était pour eux essentiellement illusoire, ce qui les plaçait dans un rapport de dépendance et de vulnérabilité particulières avec Maple Leaf, le partenaire commercial exclusif et de longue date de leur franchiseur, qui leur fournissait les produits qui faisaient partie intégrante de l’identité et de l’exploitation de leur entreprise.

[151] À mon avis, ce n’est pas parce que ce déséquilibre des forces et cette perte de contrôle sont très répandus dans le contexte du franchisage qu’ils sont moins graves ou qu’il est justifié de les ignorer. Cela ne change rien non plus au fait que les franchiseés étaient, en pratique, incapables de se protéger contre la perte même qu’ils allèguent avoir subie. Que le

other benefits in the franchise agreement, including a favourable pricing scheme for the franchisees, does not change that the franchise agreement was silent on the risk at issue in this case. I therefore cannot interpret the franchise agreement to mean that the franchisees accepted a limit to their rights in tort for the loss at issue in this case.

[152] I would therefore find that, far from negating the proximity that I have already found to exist between Maple Leaf and the franchisees, this contractual matrix points to a particular dependency and proximity in their relationship. In the context of an almost twenty-year relationship, Maple Leaf knowingly operated as an exclusive supplier to a restaurant operating as a franchise — a business arrangement in which the franchisee typically has almost no power to bargain for contractual protection, either with the supplier or the franchisor. Compounding this vulnerability, the franchisees' businesses were unusually dependent on Maple Leaf because Mr. Sub is known for selling submarine sandwiches with ready-to-eat meats. This contractual matrix, the history between Maple Leaf and Mr. Sub, the franchisees' vulnerability and Maple Leaf's direct line of contact with the franchisees establish that Maple Leaf and the franchisees were in a close and direct relationship.

(c) *Scope of Prima Facie Duty of Care*

[153] The recoverable losses in this case depend on the content of the duty between Maple Leaf and the franchisees, taking into account both foreseeability and proximity. Leitch J. found that the contaminated meats posed a “foreseeable real and substantial danger” to consumer health and safety and that it was reasonably foreseeable for consumers to avoid purchasing from a restaurant where there had been a food recall arising from unresolved problems in its meat supplier's plant. The arrangement between Maple Leaf and the franchisees contemplated exclusive provision of safe products, a minimum purchase requirement and a close relationship and line of communication to deal with the franchisees' product

contrat de franchisage comporte un échange mutuel d'*autres* avantages, notamment un régime de prix favorable aux franchisés, ne change rien au fait que celui-ci est muet sur le risque en cause en l'espèce. Je ne puis donc l'interpréter comme signifiant que les franchisés ont accepté de limiter leurs droits en matière délictuelle pour la perte en cause en l'espèce.

[152] Je conclurais donc que, loin d'écartier le lien de proximité qui existe, comme je l'ai déjà conclu, entre Maple Leaf et les franchisés, ce cadre contractuel révèle l'existence d'un lien particulier de dépendance et de proximité dans leur relation. Dans le contexte d'une relation entretenue depuis près de vingt ans, Maple Leaf a en toute connaissance de cause agi comme fournisseur exclusif d'un restaurant exerçant ses activités dans une structure de franchise — une entente commerciale où le franchisé n'a habituellement presque aucun pouvoir de négocier une protection contractuelle, que ce soit avec le fournisseur ou avec le franchiseur. Cette vulnérabilité est exacerbée par le fait que les entreprises franchisées dépendaient de façon inhabituelle de Maple Leaf étant donné que Mr. Sub est connu pour vendre des sous-marins garnis de viandes prêtes à manger. Ce cadre contractuel, les antécédents de Maple Leaf et de Mr. Sub, la vulnérabilité des franchisés et la ligne de communication directe de Maple Leaf avec les franchisés montrent que Maple Leaf et les franchisés avaient entre eux un lien étroit et direct.

c) *Étendue de l'obligation de diligence prima facie*

[153] Les pertes susceptibles d'être indemnisées en l'espèce dépendent du contenu de l'obligation qui existe entre Maple Leaf et les franchisés, eu égard à la prévisibilité et au lien de proximité. La juge Leitch a conclu que les viandes contaminées présentaient un [TRADUCTION] « danger prévisible réel et important » pour la santé et la sécurité des consommateurs et qu'il était raisonnablement prévisible que ceux-ci évitent d'acheter des produits d'un restaurant qui était visé par un rappel d'aliments en raison de problèmes non réglés à l'usine de son fournisseur de viandes. L'entente liant Maple Leaf et les franchisés prévoyait un approvisionnement exclusif de produits sûrs, une condition d'achat minimal, ainsi

safety concerns directly instead of through the franchisor or the distributor. Since the proximity between Maple Leaf and the franchisees focused on the safety, handling and storage of specific products, so did Maple Leaf's duty: there was no duty on Maple Leaf's part to continuously supply its products, nor any expectation that Maple Leaf would take care to protect every aspect of the franchisees' short and long-term economic success. Maple Leaf's relationship of proximity to the franchisees did, however, contemplate the exclusive provision of a safe product that the parties understood to be integral to the franchisees' operations and identity.

[154] As a manufacturer, Maple Leaf already owed consumers the well-established duty to take care to produce safe products — a duty which in my view is aligned with its duty to the franchisees. Here, the exclusivity arrangement and the franchisees' unusually heightened dependence on Maple Leaf products set the franchisees apart from other retailers of Maple Leaf products, making them particularly susceptible to consumer concerns about product safety. In the context of this close and direct relationship, Maple Leaf, as manufacturer, was under a duty to take reasonable care not to place unsafe goods into the market that could cause economic loss to the franchisees as a result of reasonable consumer response to the health risk posed by those goods.

[155] I would therefore conclude that, subject to the other requirements of negligence being met, it is fair and just to hold Maple Leaf responsible for the franchisees' direct economic consequences of being associated with unsafe Maple Leaf products while they posed a danger to consumer health. The duty is tied to losses resulting from reasonable consumer responses to an identifiable public safety risk, so the franchisees should be able to recover losses that

qu'un rapport étroit et une ligne de communication permettant de répondre directement, plutôt que par l'entremise du franchiseur ou du distributeur, aux préoccupations des franchisés quant à l'innocuité des produits. Comme le lien de proximité entre Maple Leaf et les franchisés était axé sur l'innocuité, la manutention et l'entreposage de certains produits, il en allait de même de l'obligation de Maple Leaf : Maple Leaf n'avait pas d'obligation d'approvisionnement continu quant à ses produits, pas plus qu'on ne s'attendait d'elle qu'elle veille à protéger chacun des aspects du succès financier, à court et à long terme, des franchisés. Le lien de proximité entre Maple Leaf et les franchisés visait, toutefois, la fourniture exclusive d'un produit sûr qui, selon la compréhension des parties, faisait partie intégrante des activités et de l'identité des franchisés.

[154] En tant que fabricante, Maple Leaf avait déjà à l'égard des consommateurs l'obligation bien établie de veiller à l'innocuité de ses produits — une obligation qui, selon moi, correspond à celle à laquelle elle est tenue envers les franchisés. En l'espèce, l'entente d'exclusivité et la situation de dépendance exceptionnelle dans laquelle les franchisés se trouvaient par rapport aux produits de Maple Leaf font que les franchisés se distinguent des autres détaillants de produits Maple Leaf et qu'ils étaient donc plus particulièrement vulnérables aux préoccupations des consommateurs quant à l'innocuité des produits. Compte tenu de ce lien étroit et direct, Maple Leaf, en tant que fabricante, avait l'obligation d'agir avec diligence raisonnable afin de ne pas mettre sur le marché des produits dangereux susceptibles de causer aux franchisés une perte financière en raison de la réaction qu'aurait le consommateur raisonnable devant le risque pour la santé posé par ces produits.

[155] Je conclurais donc que, pour autant qu'il soit satisfait aux autres exigences en matière de négligence, il est juste et équitable de tenir Maple Leaf responsable des conséquences financières directes qu'ont subies les franchisés pour avoir été associés aux produits dangereux de Maple Leaf alors qu'ils présentaient un danger pour la santé des consommateurs. Cette obligation étant liée aux pertes découlant de la réaction qu'aurait le consommateur

they experienced as a result of consumers reasonably avoiding a restaurant whose essential ingredients were potentially unsafe. In particular, Maple Leaf should be liable to compensate for the lost profits, sales, goodwill and capital value that the franchisees can prove were caused by reasonable consumer reaction to the risk Maple Leaf products posed to consumer health. Maple Leaf's liability should also extend to any special damages relating to clean up and disposal of the meats that the franchisees had to incur to safely handle the tainted products and mitigate the effects of Maple Leaf's breach.

[156] Having found that Maple Leaf owed the franchisees a *prima facie* duty of care, I turn to stage two of the *Anns/Cooper* test.

(2) Stage Two: Residual Policy Considerations

[157] In the second stage, the court considers residual policy considerations. These are not concerned with the relationship between the parties, “but with the effect of recognizing a duty of care on other legal obligations, the legal system and society more generally” (*Cooper*, at para. 37). I do not believe that the policy considerations in this case should negate the *prima facie* duty of care I have concluded exists.

[158] Maple Leaf submits that imposing a tortious duty of care in this case would have a negative impact on the Canadian marketplace, in that manufacturers would be liable for the economic losses of anyone in their supply chain upon a recall and thereby risk indeterminate potential loss. I disagree that this duty would so disrupt the marketplace and raise the spectre of indeterminate liability for manufacturers. The value and temporal scopes of the franchisees' damages are limited to economic

raisonnable devant un risque discernable pour la sécurité du public, les franchisés devraient pouvoir être indemnisés des pertes qu'ils ont subies parce que les consommateurs se sont raisonnablement abstenus de fréquenter un restaurant où les ingrédients essentiels des produits servis étaient susceptibles d'être dangereux. En particulier, Maple Leaf devrait être tenue d'indemniser les pertes de profits, de ventes, de clientèle et de valeur en capital dont les franchisés sont capables de prouver qu'elles ont été causées par la réaction du consommateur raisonnable devant le risque que présentaient les produits Maple Leaf pour sa santé. La responsabilité de Maple Leaf devrait aussi s'étendre à tout dommage spécial lié à la décontamination et à l'élimination des viandes que les franchisés ont dû subir pour manipuler de façon sécuritaire les produits contaminés et atténuer les effets du manquement commis par Maple Leaf.

[156] Ayant conclu que Maple Leaf avait envers les franchisés une obligation de diligence *prima facie*, je passe à la deuxième étape du critère établi dans les arrêts *Anns* et *Cooper*.

(2) Deuxième étape : considérations de politique résiduelles

[157] À la deuxième étape, le tribunal se penche sur les considérations de politique résiduelles. Ces considérations ne portent pas sur le lien existant entre les parties, « mais sur l'effet que la reconnaissance d'une obligation de diligence aurait sur les autres obligations légales, sur le système juridique et sur la société en général » (*Cooper*, par. 37). Je ne crois pas que, dans la présente affaire, les considérations de politique devraient écarter l'obligation de diligence *prima facie* qui, ai-je conclu, existe.

[158] Maple Leaf soutient que d'imposer une obligation de diligence en matière délictuelle en l'espèce aurait une incidence négative sur le marché canadien, en ce que les fabricants seraient responsables des pertes financières subies par quiconque fait partie de leur chaîne d'approvisionnement lors d'un rappel, et qu'ils seraient de ce fait exposés au risque d'être tenus responsables d'une perte indéterminée. Je ne suis pas d'accord pour dire que cette obligation perturberait ainsi le marché et soulèverait le spectre d'une

losses caused by reasonably foreseeable consumer responses to an identifiable safety concern about a particular type of product during a particular period of time. In my view, such a narrowly defined duty of care would remove the time and value indeterminacy that might otherwise arise for this type of claim. And, importantly, the class indeterminacy here is virtually eliminated. The duty does not capture any down-the-line merchant of Maple Leaf products, but rather a branded Mr. Sub restaurant in a context where Maple Leaf contracted with Mr. Sub. Put more generally, it captures franchisees bound to use an exclusive supplier for a product on which their business and identity is predicated.

[159] Maple Leaf suggests that the extent of a plaintiff's losses under a duty of care found on these facts would depend on media coverage or on how a particular product recall publicly unfolds. However, concerns about possible intervening causes or the "unusual or extreme reactions" of consumers in the face of a potentially unsafe product that are not already dealt with by the duty's internal limits are properly considered as issues of causation or remoteness (*Mustapha v. Culligan of Canada Ltd.*, 2008 SCC 27, [2008] 2 S.C.R. 114, at para. 15). They are not convincing reasons to negate a *prima facie* duty of care.

[160] Indeed, finding a duty of care in these circumstances should not be conflated with a guarantee that every possible economic loss being claimed will survive the rigours of the remaining requirements of a negligence claim. A franchisee's claim that its business has collapsed due to an isolated and contained instance of manufacturer negligence will be met with proper scrutiny. Any award of damages will still be guided by the standard principles of negligence, such as the principle that a defendant need not

responsabilité indéterminée pour les fabricants. La valeur et la portée temporelle des dommages dont peuvent être indemnisés les franchisés se limitent aux pertes financières causées par la réaction raisonnablement prévisible des consommateurs devant une préoccupation discernable en ce qui a trait à l'innocuité d'un certain type de produit pendant une certaine période. À mon avis, une définition aussi étroite de l'obligation de diligence permet d'éliminer l'indétermination relative au temps et à la valeur qui pourrait autrement découler de ce type de réclamation. De plus, fait important, l'indétermination quant à la catégorie de demandeurs est ici pratiquement éliminée. L'obligation ne vise pas tout marchand qui au bout du compte vend les produits Maple Leaf, mais plutôt un restaurant Mr. Sub dans un contexte où Maple Leaf a conclu un contrat avec Mr. Sub. De façon plus générale, elle vise les franchisés qui sont liés à un fournisseur exclusif pour un produit sur lequel reposent leur entreprise et leur identité.

[159] Maple Leaf fait valoir que l'étendue des pertes subies par un demandeur au titre d'une obligation de diligence fondée sur ces faits dépendrait de la couverture médiatique ou de la façon dont le rappel d'un produit en particulier est rendu public. Cependant, les préoccupations soulevées quant à d'éventuelles causes intermédiaires ou aux « réactions inhabituelles ou extrêmes » des consommateurs devant un produit susceptible d'être dangereux que les limites intrinsèques de l'obligation n'ont pas encore dissipées sont à juste titre considérées comme des questions de causalité ou d'éloignement (*Mustapha c. Culligan du Canada Ltée*, 2008 CSC 27, [2008] 2 R.C.S. 114, par. 15). Ce ne sont pas des raisons convaincantes d'écarter une obligation de diligence *prima facie*.

[160] En fait, la conclusion qu'il existe en l'espèce une obligation de diligence ne saurait être considérée comme garantissant que chacune des pertes financières possibles qui sont réclamées résistera aux rigueurs des autres exigences d'une action en négligence. L'allégation d'un franchisé selon laquelle son entreprise s'est effondrée à cause d'un cas isolé et maîtrisé de négligence d'un fabricant fera l'objet d'un examen approprié. Toute décision d'accorder des dommages-intérêts reposera toujours

place a plaintiff in a position better than its original position (*Athey v. Leonati*, [1996] 3 S.C.R. 458, at paras. 32 and 35); that the plaintiff has an obligation to mitigate its losses (*Janiak v. Ippolito*, [1985] 1 S.C.R. 146, at p. 163; *British Columbia v. Canadian Forest Products Ltd.*, 2004 SCC 38, [2004] 2 S.C.R. 74, at paras. 106-7); and that some losses that are factually caused by the defendant's negligence will be "too remote to be viewed as legally caused" by the defendant's negligence (*Mustapha*, at para. 18). What can ultimately be proven at trial will depend on the franchisees meeting these causal, mitigation and remoteness requirements.

[161] An additional policy consideration, raised by both Maple Leaf and the Court of Appeal, is the risk that imposing a duty of care will result in a chilling effect on manufacturers issuing voluntary recalls, and thus conflict with duties owed to consumers or with public health objectives more generally. I do not find this argument compelling.

[162] First, food recalls are highly regulated in Canada. Food operators are already obligated to notify the Minister of Agriculture and Agri-Food when their food presents a risk of injury to human health, and a voluntary recall may be initiated by a food operator or when the CFIA requests that the company "initiate a voluntary recall" (Canadian Food Inspection Agency, *How we decide to recall a food product* (online); see also Canadian Food Inspection Agency, *Recall procedure: A guide for food businesses* (online); *Safe Food for Canadians Regulations*, SOR/2018-108, s. 84). In defining the scope of the recall, the food operator must determine whether, in addition to the food that is directly affected, any other food is affected; if so, the food operator is directed by the CFIA to include that food in their recall as well (Canadian Food Inspection Agency (2018)). In exceptional cases, food operators can also be subject to mandatory recalls by the Minister where they are unwilling or unable to recall their product (*Canadian Food Inspection Agency*

sur les principes habituels de la négligence, comme ceux portant que le défendeur n'a pas à placer le demandeur dans une meilleure situation que celle dans laquelle il se trouvait au départ (*Athey c. Leonati*, [1996] 3 R.C.S. 458, par. 32 et 35), que le demandeur a l'obligation d'atténuer ses pertes (*Janiak c. Ippolito*, [1985] 1 R.C.S. 146, p. 163; *Colombie-Britannique c. Canadian Forest Products Ltd.*, 2004 CSC 38, [2004] 2 R.C.S. 74, par. 106-107), et que certaines pertes qui sont dans les faits causées par la négligence du défendeur seront « trop éloigné[es] pour être considéré[es], en droit, comme ayant été causé[es] » par la négligence du défendeur (*Mustapha*, par. 18). Ce qu'il sera possible de prouver en définitive au procès dépendra de la capacité des franchisés à satisfaire à ces conditions de causalité, d'atténuation et d'éloignement.

[161] Une autre considération de politique, soulevée à la fois par Maple Leaf et par la Cour d'appel, est le risque que l'imposition d'une obligation de diligence ait un effet paralysant sur les fabricants qui procèdent à des rappels volontaires, et que cette obligation entre ainsi en conflit avec les obligations envers les consommateurs ou, plus généralement, avec les objectifs de santé publique. Cet argument ne me convainc pas.

[162] Premièrement, les rappels d'aliments sont très réglementés au Canada. Les exploitants d'entreprises alimentaires sont déjà tenus d'aviser le ministre de l'Agriculture et de l'Agroalimentaire lorsque leurs aliments présentent un risque de préjudice pour la santé humaine, et un exploitant d'entreprise alimentaire peut procéder à un rappel volontaire ou il peut y avoir un tel rappel lorsque l'ACIA demande à l'entreprise « de procéder à un rappel volontaire » (Agence canadienne d'inspection des aliments, *Comment nous décidons de procéder au rappel d'un produit alimentaire* (en ligne); voir également Agence canadienne d'inspection des aliments, *Procédure de rappel : Guide à l'intention des entreprises alimentaires* (en ligne); *Règlement sur la salubrité des aliments au Canada*, DORS/2018-108, art. 84). En définissant la portée du rappel, l'exploitant d'entreprise alimentaire doit déterminer si, en plus des aliments qui sont directement touchés, d'autres aliments sont touchés; dans l'affirmative, l'ACIA exige que l'exploitant d'entreprise

Act, S.C. 1997, c. 6, s. 19). In light of this scheme, it is inaccurate to suggest that a manufacturer independently determines the need for, or scope of, a recall. Indeed, even when a recall is voluntary, the CFIA exercises oversight over the recall to “ensure that recall activities are sufficient to the risk posed to consumers” (Canadian Food Inspection Agency (2018); see also Canada, *Report of the Independent Investigator into the 2008 Listeriosis Outbreak* (online)). Imposing a duty will not result in a chilling effect on voluntary recalls, nor will it result in manufacturers issuing recalls that do not fully protect the health and safety of consumers.

[163] Second, voluntary recalls actually *help* negligent manufacturers to mitigate losses caused by risky products. If a negligent manufacturer declined to recall its products and obscured their potential danger, for example, and a franchisee’s customer suffered an injury or died as a result, then the manufacturer’s liability to both that customer and the franchisees for their economic losses would presumably be *more* extensive than its liability had it issued the recall. The notion that a duty would pull manufacturers in different directions here is not convincing.

[164] As a result, none of these residual policy considerations are sufficiently persuasive to oust or negate the *prima facie* duty of care on Maple Leaf in this case. I therefore find that Maple Leaf owed the franchisees a duty to take reasonable care not to place unsafe goods into the market that could cause economic loss to the franchisees as a result of reasonable consumer response to the health risk posed by those goods.

alimentaire inclue également ces aliments dans son rappel (Agence canadienne d’inspection des aliments (2018)). Dans des cas exceptionnels, le ministre peut ordonner un rappel obligatoire lorsque l’exploitant d’entreprise alimentaire refuse ou n’est pas en mesure de rappeler son produit (*Loi sur l’Agence canadienne d’inspection des aliments*, L.C. 1997, c. 6, art. 19). Compte tenu de ce régime, il est inexact de suggérer qu’un fabricant détermine de façon indépendante la nécessité, ou la portée, d’un rappel. D’ailleurs, même dans les cas de rappel volontaire, l’ACIA exerce une surveillance sur le rappel afin de « veiller à ce que les activités de rappel soient au minimum proportionnelles aux risques encourus par les consommateurs » (Agence canadienne d’inspection des aliments (2018); voir également Canada, *Rapport de l’Enquêteur indépendante sur l’écllosion de listériose de 2008* (en ligne)). L’imposition d’une obligation n’aura pas d’effet paralysant sur les rappels volontaires, et n’entraînera pas non plus de rappels par les fabricants qui ne protègent pas pleinement la santé et la sécurité des consommateurs.

[163] Deuxièmement, les rappels volontaires *aident* en fait les fabricants négligents à atténuer les pertes causées par les produits dangereux. Si, par exemple, un fabricant négligent refusait de rappeler ses produits et en dissimulait le danger potentiel, et que de ce fait le client d’un franchisé subissait un préjudice ou mourait, alors la responsabilité du fabricant envers ce client et envers les franchisés pour les pertes financières qui en découleraient serait probablement *plus* grande que celle qu’il aurait eue s’il avait lancé un rappel. L’idée que l’imposition d’une obligation pourrait amener les fabricants à agir autrement n’est pas en l’espèce convaincante.

[164] Par conséquent, aucune de ces considérations de politique résiduelles n’est suffisamment convaincante pour écarter l’obligation de diligence *prima facie* incombant à Maple Leaf dans la présente affaire. Je conclus donc que Maple Leaf avait envers les franchisés l’obligation d’agir avec diligence raisonnable afin de ne pas mettre sur le marché des produits dangereux susceptibles de causer aux franchisés une perte financière en raison de la réaction qu’aurait le consommateur raisonnable devant le risque pour la santé posé par ces produits.

[165] In my view, there is minimal utility at this time in labelling the category of recovery for pure economic loss in negligence under which this duty falls. The existing categories originated from an attempt to classify cases in which courts had previously addressed the question of recovery for pure economic loss in negligence, and to consider whether certain situations “may invite different [analytical] approaches” to recovery for pure economic loss (*Norsk*, at pp. 1048-49, per La Forest J., dissenting). Such an exercise is better taken retrospectively than prospectively.

V. Conclusion

[166] There was no appeal from the Court of Appeal’s order that the franchisees were owed a duty of care by Maple Leaf with respect to their claim for clean-up costs and other costs related to the disposal, destruction and replacement of ready-to-eat meats.

[167] I find that Maple Leaf owed the franchisees a duty to take reasonable care not to place unsafe goods into the market that could cause economic loss to the franchisees as a result of reasonable consumer response to the health risk posed by those goods. The franchisees’ economic losses, including lost profits, sales, goodwill and capital value, as well as any special damages related to removing those potentially unsafe goods, may be recoverable upon proving the other requirements of their claim in negligence.

[168] I would therefore allow the appeal, set aside the order of the Court of Appeal, and reinstate the summary judgment order of the Superior Court regarding the duty of care owed by Maple Leaf to the franchisees, with costs throughout.

[165] À mon avis, il n’est guère utile à l’heure actuelle d’étiqueter la catégorie d’indemnisation pour perte purement financière causée par négligence dont relève cette obligation. Les catégories existantes sont issues d’une tentative en vue de classer les affaires où les tribunaux se sont déjà penchés sur la question de l’indemnisation d’une perte purement financière causée par négligence, et de se demander si certaines situations « peuvent commander différentes [méthodes d’analyse] » en ce qui a trait à l’indemnisation d’une perte purement financière (*Norsk*, p. 1049, le juge La Forest, dissident). Il est préférable d’adopter une approche rétrospective plutôt que prospective dans le cadre d’un tel exercice.

V. Conclusion

[166] Il n’a pas été interjeté appel de l’ordonnance de la Cour d’appel selon laquelle Maple Leaf avait envers les franchisés une obligation de diligence pour ce qui est de leur réclamation visant les frais de décontamination et autres frais liés à l’élimination, à la destruction et au remplacement des viandes prêtes à manger.

[167] J’estime que Maple Leaf avait envers les franchisés l’obligation d’agir avec diligence raisonnable afin de ne pas mettre sur le marché des produits dangereux susceptibles de causer aux franchisés une perte financière en raison de la réaction qu’aurait le consommateur raisonnable devant le risque pour la santé posé par ces produits. Les pertes financières subies par les franchisés, incluant la perte de profits, de ventes, de clientèle et de valeur en capital, ainsi que tout dommage spécial lié à l’élimination de ces produits susceptibles d’être dangereux, peuvent donner lieu à indemnisation dans la mesure où les autres éléments requis de leur action en négligence sont établis.

[168] J’accueillerais donc le pourvoi, j’annulerais l’ordonnance de la Cour d’appel et je rétablirais l’ordonnance de jugement sommaire de la Cour supérieure en ce qui a trait à l’obligation de diligence qu’avait Maple Leaf envers les franchisés, le tout avec dépens devant toutes les cours.

Appeal dismissed with costs, WAGNER C.J. and ABELLA, KARAKATSANIS and KASIRER JJ. dissenting.

Solicitors for the appellant: Lerner, Toronto.

Solicitors for the respondents: Stieber Berlach, Toronto.

Pourvoi rejeté avec dépens, le juge en chef WAGNER et les juges ABELLA, KARAKATSANIS et KASIRER sont dissidents.

Procureurs de l'appelante : Lerner, Toronto.

Procureurs des intimées : Stieber Berlach, Toronto.