

**COUR SUPRÊME DU CANADA**

|  |  |
| --- | --- |
| **Référence :** 1688782 Ontario Inc. *c.* Aliments Maple Leaf Inc., 2020 CSC 35, [2020] 3 R.C.S. 504 | **Appel entendu :** 15 octobre 2019**Jugement rendu :** 6 novembre 2020 **Dossier :** 38187 |

**Entre :**

**1688782 Ontario Inc.**

Appelante

et

**Aliments Maple Leaf Inc. et**

**Aliments de consommation Maple Leaf Inc.**

Intimées

**Traduction française officielle**

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

|  |  |
| --- | --- |
| **Motifs de jugement conjoints :**(par. 1 à 96)**Motifs dissidents :**(par. 97 à 168) | Les juges Brown et Martin (avec l’accord des juges Moldaver, Côté et Rowe)La juge Karakatsanis (avec l’accord du juge en chef Wagner et des juges Abella et Kasirer) |

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

No 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’éclosion 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 éclosion 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 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 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 sile 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.

 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 leursintérêts 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 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 quedes structures d’immeuble, mais, dans de tels cas, l’obligation est de portée restreinte. L’indemnisation que peut obtenir le demandeursera 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 pourle 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, 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* jugeen 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 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 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 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’Altantique c. Babstock*, 2020 CSC 19, [2020] 2 R.C.S. 420; *Clements c. Clements*, 2012 CSC 32, [2012] 2 R.C.S. 181; *Ratych 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.

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. 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’Enquêteure 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 réunion annuelle de la Conférence pour l’harmonisation des lois au Canda, 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 —

1. Introduction
2. Le présent pourvoi a été interjeté par 1688782 Ontario Inc., qui est une ancienne franchisée de Mr. Submarine Limited (« Mr. Sub ») et la représentante d’un groupe composé des 424 autres franchisés de Mr. Sub (« appelante » ou « franchisés 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.
3. 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.
4. 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.
5. 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).
6. Pour les motifs qui suivent, nous rejetterions le pourvoi. Aliments Maple Leaf n’a pas d’obligation de diligence envers les franchisés de Mr. Sub à l’égard de ces questions.
7. Contexte
8. 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 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.
9. 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 1er février 2006 (« contrat de franchisage ») (d.a., vol. II, p. 89).
10. 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.
11. 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).
12. 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.
13. 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.
	1. Cour supérieure de justice de l’Ontario, No. 60680CP (18 novembre 2016), la juge Leitch
14. 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 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)).
15. 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.
	1. Cour d’appel de l’Ontario, 2018 ONCA 407, 140 O.R. (3d) 481, les juges Sharpe, Rouleau et Fairburn
16. La Cour d’appel a accueilli l’appel d’Aliments Maple Leaf et lui a accordé un jugement sommaire. 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).
17. 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).
18. 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).
19. Analyse
20. Perte purement financière en droit de la négligence
21. 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.
22. 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 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.).
23. 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.

1. 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* (2e 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]](#footnote-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.
2. Voici donc les catégories actuelles de perte purement financière subie entre parties privées :
3. la déclaration inexacte faite par négligence ou la prestation négligente d’un service;
4. la fourniture négligente de marchandises ou de structures de mauvaise qualité;
5. 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), 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).

1. 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 indemnisable[[2]](#footnote-2). 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 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*.
2. 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 aussi *Childs*, par. 15; *Mustapha*, par. 5).
3. Norme de contrôle
4. 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* (6e éd. 2017), p. 210‑211 et note 60; A. M. Linden et autres, *Canadian Tort Law* (11e 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* (10e 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).
5. 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* (8e éd. 1992), aux pp. 105 et 106 :

 [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 fabriquant 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.]

1. 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.
2. Les prétentions de l’appelante
3. 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.
4. 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, 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.
5. Déclaration inexacte faite par négligence ou prestation négligente d’un service
6. 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).
7. 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.
8. 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).
9. 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).
10. 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 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.
11. 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).
12. 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 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).
13. 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.
14. 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).
15. 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 pouvaient avoir confiance que les franchisés avaient recours [. . .] à un fournisseur dont la devise publique est “Toujours de notre mieux” » (m.a., par. 60).
16. 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.
17. 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 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.
18. Fourniture négligente de marchandises ou de structures de mauvaise qualité
	* + 1. Le droit et l’obligation de diligence corrélatifs dans Winnipeg Condominium
19. 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 corrélative 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.
20. Dans *Winnipeg Condominium*, la société condominiale demanderesse a poursuivi l’entreprise de construction défenderesse pour les frais de réparation du revêtement de pierre extérieur — 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 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).
21. 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 dangereuse » (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 [. . .] 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).

1. 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; *Ratych c. Bloomer*, [1990] 1 R.C.S. 940, p. 964).
2. 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]](#footnote-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 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).
3. 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 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.

1. 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.
2. 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 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.
3. 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).
4. 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 [traduction] « [qu’il] est difficile d’établir une distinction de principe entre un article inutile ou sans valeur 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.]

1. 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. 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.
2. 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 demanderesses 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 demanderesses (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.
3. 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.
4. Ce type de biens se distingue de deux autres types de biens. Premièrement, et plus fréquemment, 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).
5. 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.
6. 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 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’affréteur 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.
	* + 1. La question de savoir si les viandes PAM présentaient un danger réel et important pour l’appelante
7. 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 siles 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 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.
8. 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’étayaient 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.
	* + 1. La question de savoir s’il y avait un lien de proximité entre les parties
9. 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 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).
10. 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*.
11. 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.
	* + - 1. Lien de proximité
12. 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 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.)
13. 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.
14. 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.
15. 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) àquellesfins et relativement à quelsactes 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.*).
16. 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).
17. 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).
18. 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 anticontournement 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)).
19. 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 demanderesses 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.
20. S’exprimant au nom de la Cour, le juge Rothstein a refusé d’imposer une obligation de diligence parce que les demanderesses 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 demanderesses 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.
21. 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 anticontournement particulier joue [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* (3e 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.]

1. 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.
2. 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 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 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.
	* + - 1. Application
3. 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.

Catégorie analogue de lien de proximité

1. 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 [traduction] « 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).
2. Rappelons que dans l’affaire *Plas‑Tex*, la défenderesse a sciemment fourni de la résine dangereuse aux demanderesses. 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).
3. 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.
4. 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.
5. 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.
6. 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 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)).
7. 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 etl’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*.
8. Enfin, l’affaire *Country Style* concerne des déclarations inexactes faites par une locatrice au sujet d’un espace commercial loué par la franchiseuse qui a pour sa part loué celui‑ci à la demanderesse franchisée 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.
9. 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.

Analyse exhaustive du lien de proximité

1. 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 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).
2. 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 [. . .] éloign[é] 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 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.
3. 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, équipement, fournitures, services et autres articles que le franchiseur peut, à l’occasion, utiliser, développer, commanditer 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 1er 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 :

 ‑un accès à un numéro 1‑800 offert aux franchisés à l’échelle nationale,

 ‑un service de représentation des ventes nationales dans tout le pays,

 ‑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,

 ‑un contact direct avec le franchisé.

1. 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.
2. 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 reconnaissions que le contrat de franchisage a eu pour effet de placer l’appelante dans un « état de vulnérabilité », nous n’accordons 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 franchisage ([traduction] « Achats de groupe et rabais »), qui leur donnait accès au programme d’achats de groupe de Mr. Sub.
3. 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 franchisage, soit, en l’espèce, les conditions du contrat de franchisage qui assujettissent les franchisés à l’obligation de respecter ces systèmes opérationnels et ces ententes d’approvisionnement. Les conditions du contrat de franchisage ne sont pas extraordinaires; comme le dit l’appelante, il s’agit d’un « contrat type de franchisage ». L’appelante affirme aussi que le contrat de franchisage rend les franchisés [traduction] « vulnérables » aux ruptures d’approvisionnement résultant de la négligence des fournisseurs, observation 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.
4. 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.
5. 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 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.

1. Il n’est pas contesté que l’appelante ne s’est pas prévalue de cette possibilité de recourir à d’autres sources d’approvisionnement, même après l’éclosion de listeria et le rappel volontaire des viandes PAM (contre‑interrogatoire de Mitropoulos, d.i., p. 90).
2. 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 contrevenir 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.
3. 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 demanderesses 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.

Nouvelle obligation de diligence

1. 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*.
2. Conclusion
3. 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) —

1. Introduction
2. Le présent pourvoi porte sur la question de savoir si des franchisés, tenus par leur franchiseur 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.
3. L’appelante, 1688782 Ontario Inc., est une ancienne franchisée 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 franchisés qu’ils achètent certaines viandes exclusivement de Maple Leaf.
4. En 2008, Maple Leaf a lancé un rappel national de plusieurs produits, dont deux étaient utilisés par les franchisés 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 franchisés ont diminué. L’appelante a demandé avec succès la certification d’un recours collectif contre Maple Leaf au nom des franchisés de Mr. Sub, alléguant que ceux‑ci avaient subi des pertes financières en raison de la négligence de Maple Leaf.
5. 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 franchisés de Mr. Sub. La question de savoir si les franchisés ont réussi à établir le bien‑fondé de leur action en négligence n’est pas en cause devant la Cour.
6. Je suis d’accord avec les juges Brown et Martin pour dire que l’objet principal de 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, 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.
7. Faits
8. 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).
9. L’appelante, une franchisée 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).
10. 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 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.
11. 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 utilisé 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.
12. 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.
13. 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 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).
14. 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

1. 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.
2. 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.).
3. Cour supérieure de justice de l’Ontario, No. 60680CP (18 novembre 2016), la juge Leitch
4. La juge Leitch a rejeté la motion en jugement sommaire de Maple Leaf et rendu une décision 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.
5. Cour d’appel de l’Ontario, 2018 ONCA 407, 140 O.R. (3d) 481, les juges Sharpe, Rouleau et Fairburn
6. 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.
7. 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.
8. Analyse
9. 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?
10. Indemnisation des pertes financières causées par négligence
11. 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.
12. 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.
13. 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. 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).
14. 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 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).
15. 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 dépendr[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 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.
16. 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.
17. 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 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.
18. Catégories existantes de perte financière
19. 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.
20. 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.
21. 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 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*.
22. 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).
23. 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.
24. Comme l’a conclu la juge Leitch, les viandes Maple Leaf contaminées présentaient un [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 recouvrés. 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 recouvrés, 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.
25. 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 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.
26. 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.
27. Nouvelle obligation de diligence
28. 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*
	1. Prévisibilité
29. 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. 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 ».
30. 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.
31. 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*.
32. 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 [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.
	1. Lien de proximité
33. 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).
34. 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 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.
35. 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.
36. 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).
37. 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.
38. 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.
39. 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).
40. Dans l’affaire qui nous occupe, toutefois, je ne vois aucune disposition du cadre contractuel qui envisage les types de pertes financières que les 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.
41. 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. Quoi qu’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.
42. 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 » (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).
43. 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?
44. Je conclurais que la réponse à cette question est clairement « non » dans la présente affaire.
45. 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 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 franchiseur » (*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).
46. 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.
47. 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] « 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 franchisé 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 franchisés, et influent profondément sur le succès de leur entreprise (*2176693 Ontario Ltd.*, par. 38; *Shelanu*, par. 66).
48. 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 franchisés de Mr. Sub, et son renouvellement n’était précédé d’aucune négociation. Les franchisés 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.
49. 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 franchisés étaient, en pratique, incapables de se protéger contre la perte même qu’ils allèguent avoir subie. Que le 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.
50. Je conclurais donc que, loin d’écarter 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.
	* + 1. c) Étendue de l’obligation de diligence prima facie
51. 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 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.
52. 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.
53. 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 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.
54. 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*.
	* 1. Deuxième étape : considérations de politique résiduelles
55. 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.
56. 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 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.
57. 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*.
58. 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 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.
59. 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.
60. 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 aussi 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 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 aussi Canada, *Rapport de l’Enquêteure indépendante sur l’éclosion 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.
61. 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.
62. 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.
63. 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 classifier 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

1. 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.
2. 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.
3. 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.

 Pourvoi rejeté avec dépens, le juge en chef Wagner et les juges Abella, Karakatsanis et Kasirer sont dissidents.

 Procureurs de l’appelante : Lerners, Toronto.

 Procureurs des intimées : Stieber Berlach, Toronto.

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. [↑](#footnote-ref-1)
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. [↑](#footnote-ref-2)
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). [↑](#footnote-ref-3)