COURT OF APPEAL OF
NEW BRUNSWICK

COUR D'APPEL DU
NOUVEAU-BRUNSWICK

85-16-CA

CROPVISE INC. and WOLF & WOLF SEEDS INC.

APPELLANTS

- and -

CANADIAN FOOD INSPECTION AGENCY

RESPONDENT

Cropvise Inc. and Wolf & Wolf Seeds Inc. v. Canadian Food Inspection Agency, 2018 NBCA 28

CORAM:
The Honourable Justice Richard
The Honourable Justice Baird
The Honourable Justice French

Appeal from a decision of the Court of Queen's Bench:
October 18, 2016

History of case:

Decision under appeal:
2016 NBQB 186

Preliminary or incidental proceedings:

Appeal heard:
October 10, 2017

Judgment rendered:
May 24, 2018

Reasons for judgment by:
The Honourable Justice French

Concurred in by:
The Honourable Justice Richard
The Honourable Justice Baird

CROPVISE INC. and WOLF & WOLF SEEDS INC.

APPELANTES

- et -

AGENCE CANADIENNE D'INSPECTION DES ALIMENTS

INTIMÉE

Cropvise Inc. and Wolf & Wolf Seeds Inc. c. Agence Canadienne d'inspection des aliments, 2018 NBCA 28

CORAM :
l'honorable juge Richard
l'honorable juge Baird
l'honorable juge French

Appel d'une décision de la Cour du Banc de la Reine :
le 18 octobre 2016

Historique de la cause :

Décision frappée d'appel :
2016 NBBR 186

Procédures préliminaires ou accessoires :

Appel entendu :
le 10 octobre 2017

Jugement rendu :
le mai 24 2018

Motifs de jugement :
l'honorable juge French

Souscrivent aux motifs :
l'honorable juge Richard
l'honorable juge Baird

Counsel at hearing:

For the appellants:
Rodney J. Gillis, Q.C.
Charles A. Haché

For the respondent:
Lori Rasmussen

Avocats à l'audience :

Pour les appelantes :
Rodney J. Gillis, c.r.
Charles A. Haché

Pour l'intimée :
Lori Rasmussen

THE COURT

The appeal is dismissed with costs of $3,000.

LA COUR

L'appel est rejeté avec dépens de 3 000 $.

The judgment of the Court was delivered by

FRENCH, J.A.

I. Introduction

[1] The appellants, Cropvise Inc. and Wolf & Wolf Seeds Inc., maintain the respondent, the Canadian Food Inspection Agency (the "CFIA"), was negligent in its' efforts to negotiate with Venezuelan authorities for the release of their seed potatoes. The potatoes had been rejected for entry into the country following an inspection on delivery to the Port of Cabello, Venezuela.

[2] Cropvise and Wolf Seeds had contracts to supply seed potatoes to a government owned company responsible for importing agricultural products into Venezuela. They delivered the potatoes in refrigerated containers which arrived at the Port of Cabello at various times between November 2009 and April 2010. The initial shipment was accepted without incident in November 2009. However, on December 6, 2009, 16 containers were rejected by Venezuelan authorities, out of a shipment of approximately 50 containers. It was alleged the rejected potatoes did not meet the standards represented in the Phytosanitary Certificates which accompanied them. The Certificates were issued by the CFIA pursuant to the *International Plant Protection Convention* (the "*Convention*") and a *Bilateral Potato Protocol* between Canada and Venezuela (the "*Protocol*"). In response to the rejection, the CFIA sent two inspectors to Venezuela, had the rejected potatoes re-inspected in the presence of Venezuelan inspectors and advised the Venezuelan authorities that the potatoes conformed to the Certificates, meeting the standards required under the *Protocol*. Notwithstanding this representation and the subsequent efforts to have the potatoes released, the Venezuelan position did not change, the rejected potatoes were not released and ultimately, they were destroyed. Their value was estimated to exceed $100,000. As required under their contracts, the appellants continued to deliver seed potatoes to Venezuela. While parts of three subsequent shipments were similarly rejected, the vast majority, approximately

88%, of the potatoes delivered to Venezuela were accepted. Approximately 12% were rejected.

[3] In their action against the CFIA, the appellants collectively claim special damages of approximately $3,500,000 for losses incurred during the 2009-2010 season. They also claim an unquantified amount for profits lost during the three subsequent seasons, during which they claim they were unable to sell into Venezuela. The appellants do not allege any error in the CFIA's inspection of their potatoes or the correctness of the Phytosanitary Certificates issued by the CFIA. Indeed, it is based on the accuracy of the Phytosanitary Certificates that the appellants maintain the Venezuelan authorities wrongly rejected their potatoes and acted contrary to the *Convention* and *Protocol*. The appellants claim the CFIA failed to act reasonably in performing its duty "to negotiate" with the Venezuelan authorities for the release of their potatoes.

[4] Following a 7-day trial, a judge of the Court of Queen's Bench dismissed the appellants' claim. He concluded the CFIA did not owe a duty of care in connection with its efforts to negotiate the release of the rejected potatoes. While the judge concluded the CFIA owed the appellants a *prima facie* duty of care, he found residual policy considerations negated that duty. Additionally, the judge concluded that, even if a duty of care were owed to the appellants, they did not establish that the CFIA failed to meet the requisite standard of care, nor did they establish any of their losses were caused by any such breach.

[5] On appeal, Cropvise and Wolf Seeds maintain the judge erred in determining they were not owed a duty of care based on policy considerations. They describe the CFIA's efforts to negotiate the release of the rejected potatoes as operational – and not reflecting a government policy decision or a government undertaking of a type which, for policy reasons, should be insulated from liability in negligence. In short, Cropvise and Wolf Seeds submit the judge erred in concluding CFIA has no legal responsibility for conduct that would otherwise be viewed as negligent. They also

maintain the judge erred in concluding the CFIA met the requisite standard of care and that causation was not established.

[6] I would dismiss the appeal for the reasons that follow.

II. Background

[7] The circumstances leading up to the rejection of the appellants' potatoes and the parties' efforts to secure their release were canvassed fully by the trial judge. The appellants do not take issue with the findings of fact (at paras. 1 to 75 of the reasons for decision).

[8] In 2009, Cropvise and Wolf Seeds were in the business of exporting seed potatoes, from growers in New Brunswick and Prince Edward Island, to importers in Venezuela.

[9] Wolf Seeds is an extra-provincial corporation, registered to carry on business in New Brunswick. Sam Wolf, a principal of the corporation, resides in Florida and has been involved in the seed potato business since 1973. He is a third-generation operator of a business started by his grandfather in 1903. They have been selling seed potatoes to importers in Venezuela since the 1960s.

[10] Cropvise, a New Brunswick corporation, was formed by Dwight Hansen in 1994-95. Sometime after that, Cropvise got into the business of selling seed and table potatoes. In 2003, for the first time, it sold seed potatoes to importers in Venezuela. Cropvise became a regular supplier to Venezuelan importers in 2008.

[11] Beginning in 2009, a company owned by the Venezuelan Government became the sole importer of Canadian seed potatoes. Previously, Cropvise and Wolf Seeds sold to a number of private Venezuelan importers. A letter to the Government of Canada and the CFIA, dated August 10, 2009, and which began "it is a pleasure to extend

a Revolutionary and Bolivian greeting to you all", advised that the sale of seed potatoes from Canada to Venezuela had to be made to the "Bolivian Company of Marketing Agricultural Supplies and Services, SA (ECISA), a government company that was created to attend to the purchase, import and distribution of agricultural imports".

[12] The evidence at trial, of political change in Venezuela in 2009, was of more than just passing interest to this dispute and it is addressed by the judge in his reasons in relation to a number of issues. As he noted, the degree to which political change in Venezuela had created commercial uncertainty is clearly evidenced by the decision of Export Development Canada to <u>not</u> offer its insurance coverage on seed potato shipments to Venezuela in 2009-2010. EDC, the export credit agency of the Government of Canada, seeks to support Canadian exporters in their sale of goods to foreign buyers.

[13] The judge also noted the uncertainty was recognized by the appellants. At a minimum, an increased level of apprehension was evident from Mr. Wolf's plan to be present in Venezuela when the first shipment of Wolf Seed potatoes arrived. As the judge observed, Venezuela was a market Wolf Seeds had been shipping into for almost 50 years, yet, in advance of the delivery, Mr. Wolf had requested the involvement of trade representatives from the Canadian Embassy in Caracas. In a November 12, 2009 email to Mr. Ramirez, a trade representative at the Canadian Embassy, Mr. Wolf thanked him for Canadian Embassy support and requested Mr. Ramirez's presence at the offloading of the potatoes. Explaining his concern, Mr. Wolf wrote:

> After our conversation last week, we would like to take you up on your offer to be present in Puerto Cabello when the vessel arrives, <u>to ensure that the potatoes supplied by the Canadian farmers are inspected based on quality and not any other criteria</u>. [Emphasis added.]

[14] The supply contracts between Cropvise and Wolf Seeds, as sellers, and ECISA, as buyer, for the 2009-2010 season were not in evidence. However, the judge made the following findings as to the essence of their contractual obligations:

- The seed potatoes were to be shipped by Cropvise and Wolf Seeds to the Port of Cabello, Venezuela, in refrigerated containers, each containing approximately 27.5 metric tons of potatoes (maintained at 8°C);

- Title to and responsibility for the potatoes would only pass to ECISA after the potatoes had been inspected at the Port by the Venezuelan equivalent of the CFIA, the Instituto Nacional de Salud Agricola Integral ("INSAI"), and cleared for entry into Venezuela;

- ECISA had no responsibility for the potatoes prior to the passage of title – and Cropvise and Wolf Seeds had no right to claim payment before then. Also, ECISA had no obligation to assist with the importation of the potatoes, notwithstanding that representatives of both ECISA and the INSAI conducted a pre-shipment inspection of the potatoes in Canada;

- Cropvise and Wolf Seeds were required to post performance security for their supply commitments to ECISA and they had no contractual right to withhold future shipments of potatoes in the event earlier shipments were wholly or partially rejected by INSAI.

Based on these findings, it is not difficult to see why the judge observed that, under their contracts, Cropvise and Wolf Seeds bore the full risk of the potatoes being refused entry into Venezuela – a risk they were unable to mitigate with insurance from EDC.

[15] Before addressing the rejection of the seed potatoes that arrived in Venezuela in December 2009, I will explain the role the CFIA and its equivalent, the Instituto Nacional de Salud Agricola Integral ("INSAI"), played in ECISA's importation of Canadian seed potatoes under the contracts with Cropvise and Wolf Seeds.

[16] Canada and Venezuela are parties to the *International Plant Protection Convention*, which came into force in 1952. The *Convention* regulates the international trade in certain agricultural products, including seeds, with the goal of preventing the spread of pests. Each contracting state is required to establish a National Plant Protection Organization (the "NPPO") which will perform the state's obligations under the *Convention*. In Canada, the National Plant Protection Organization is the CFIA, as prescribed by the *Plant Protection Act*, S.C. 1990, c. 22. In Venezuela, the NPPO is "INSAI". Not surprisingly, and relevant in the circumstances of this case, the obligations imposed on the CFIA under the *Plant Protection Act* form only part of the CFIA's responsibilities. It has additional responsibilities under both its own legislation and other federal legislation.

[17] Under the *Convention*, each state retains the authority to establish the phytosanitary requirements that must be met in order for an agricultural product, in this case, seeds, to be permitted entry into the state. Also, the *Convention* provides for the NPPO of an exporting state (the CFIA) to issue Phytosanitary Certificates to the NPPO of an importing state (INSAI). Phytosanitary Certificates confirm to the importing state that, prior to shipment, the seeds were inspected and their phytosanitary standards have been met. The intention, it appears, is not only to prevent the spread of pests but also to attempt to ensure, prior to export, that the seeds will meet the phytosanitary standards of the importing state, thus avoiding (or at least reducing) the risk of rejection at the time of importation, for phytosanitary reasons. The *Convention* provides that the system is not to be used to deny entry of seeds unless necessitated by phytosanitary considerations and technically justified.

[18] The CFIA established a Policy on the issuance of Phytosanitary Certificates. As the Policy explains, CFIA Phytosanitary Certificates, issued to the NPPO of an importing country, are viewed as "official government documents", which must be carefully controlled, and although they facilitate trade, they are not "trade documents" and cannot be demanded or issued by importers, exporters, brokers, banks etc. This is

important since the CFIA did suspend, briefly, the issue of Phytosanitary Certificates on the urging of the appellants.

[19] The appellants rely on the Policy as the source of the CFIA's obligation to negotiate for the release of their potatoes. Under the heading the "CFIA Responsibilities" the Policy provides:

> Export Commodity Officer (ECO) group
>
> Set and provide guidance on policy on the issuance of Phytosanitary Certificates.
>
> Seek clarification from foreign plant protection organizations of their phytosanitary import requirements in cases of contradictions or lack of phytosanitary information.
>
> […]
>
> Negotiate or contribute to negotiations with foreign plant protection organizations for less stringent phytosanitary import requirements, when the current requirements are not technically justified.
>
> Negotiate release of shipments that are detained, **as a result of alleged phytosanitary reasons**.
>
> [Emphasis added.]

[20] The Policy also describes the "Exporters' Responsibilities". They include the following:

> Know the phytosanitary import requirements for the commodity they intend to export, before signing contracts or LOC. The requirements may be obtained from the CFIA for some destinations and products, from the Permit to Import or from the importer. Information from the foreign NPPO provided by importer must be verified with the local CFIA office.
>
> […]

> Complete and sign *Application for Export Inspection and Phytosanitary Certification*, Form CFIA/ACIA 3369, for each phytosanitary certificate requested, and submit to the appropriate CFIA office.[…]
>
> Ensure that shipments meet the phytosanitary import requirements of the importing country and safeguard the phytosanitary status of the product after inspection and certification.

[21] In 1999, Canada and Venezuela entered into a bilateral agreement to establish a protocol for the export of seed and table potatoes to Venezuela. The *Protocol* is consistent with the *Convention* but it specifically addresses potatoes. The trial judge summarized the operative provisions of the *Protocol*:

> a) potato shipments must be free from quarantine pests, and otherwise within the specified tolerance levels for non-quarantine pests;
>
> b) all seed potatoes must be packaged as specified in the Protocol, be treated with a fungicide and have a certified seed potato export tag attached thereto;
>
> c) each seed potato field must be inspected twice during the growing season by CFIA inspectors and all seed potatoes must originate from a seed potato certification program approved by SENASEM;
>
> d) an import permit will be required for all potato exports to Venezuela and <u>visual inspections of "unwashed tubers" will occur at the point of entry to ensure compliance with the qualitative requirements set out in the Protocol</u>;
>
> e) the phytosanitary certificates issued by the CFIA for each shipment must confirm the shipment is in accordance with the tolerances set out in the Protocol;
>
> f) shipments found to be infested with quarantine pests will be refused entry, but in the case of non-quarantine pests in excess of the specified tolerance limits, the Venezuelan authorities (INSAI and SENASEM) "may require the lot to be reconditioned to meet the tolerance".; [para. 7, 2016 NBQB 186]

> g) where a shipment is found to be out of tolerance for quality factors, e.g. mechanical, frost, heat, water damage, etc.… the disposition of the shipment will be determined by the commercial parties"; and
>
> h) "any disagreements in the interpretation or execution of this Protocol will be resolved amicably between the parties, through diplomatic channels".
>
> [Emphasis added.]

[22] The CFIA is responsible for meeting the Canadian obligations under the *Protocol*. INSAI and Senasem of Fonalap are the entities responsible for the Venezuelan obligations. Senasem of Fonalap (the "SENASEM") is the Venezuelan national seed service.

[23] Neither the *Convention* nor the *Protocol* provide a process to adjudicate a dispute between the parties. The *Convention* provides that disputes between contracting states may be referred to a committee of experts for consideration; however, any recommendation from or determination by the committee is nonbinding. The *Protocol* provides that "any disagreements in the interpretation or execution of the Protocol will be resolved amicably between the parties, through diplomatic channels".

[24] I return to the appellants' shipments of seed potatoes during the 2009-2010 season. The rejected potatoes had been inspected by the CFIA in Canada before being shipped to Venezuela, as the *Convention* and *Protocol* require. The relevant Phytosanitary Certificate(s) issued by the CFIA to INSAI certified that the potatoes:

> […] are considered to be free from the quarantine pests specified by the importing contracting party and do conform with the current phytosanitary requirements of the importing contracting party, including those for non-regulated quarantine pests. They are deemed to be practically free from other pests and "the potatoes contained in the shipment comply with the Protocol for the shipment of certified seed and table potatoes from Canada to Venezuela, dated November 1999…
>
> [para. 20, trial decision, emphasis added.]

[25] All parties to this litigation maintain the Phytosanitary Certificates were correct and the potatoes complied with Venezuelan requirements, both prior to shipment and on arrival in Venezuela. Necessarily therefore, they all maintain the reasons given for rejecting the potatoes are unjustifiable, based on phytosanitary reasons. The implication is either the Venezuelan inspection and assessment of the potatoes was flawed, or worse, the potatoes were rejected for reasons not related to phytosanitary conditions. Not surprisingly, neither possibility has been expressly acknowledged by the Venezuelan entities involved. That said, statements attributed to Venezuelan representatives acknowledged some "political" considerations were at play in the Venezuelan position.

[26] The trial judge found the CFIA had carried out all the necessary field inspections, the Phytosanitary Certificates were accurate and the necessary export tags were issued. He also found the potatoes were packaged, tagged and treated in accordance with the *Protocol* and they were shipped to Venezuela in refrigerated containers, in accordance with the contracts between the appellants and ECISA. In other words, he found that all was well when the potatoes left Canada. In fact, and as has been emphasized many times, the inspection of the potatoes in Canada was undertaken not only by the CFIA. They were also inspected in Canada by representatives of ECISA (the importer/buyer), INSAI (the Venezuelan NPPO under the *Convention and Protocol*) and SENASEM (the Venezuelan National Seed Service, which had a role under the *Protocol*).

[27] On November 24, 2009, Wolf Seed's first shipment of seed potatoes arrived in Venezuela. Without any incident, the 1,400 metric tons (about 50 containers) was accepted for entry by INSAI/SENASEM and ECISA took delivery.

[28] On Sunday, December 6, 2009, at least 47 more containers arrived. Within days, the parties learned 16 containers had been rejected, 10 Wolf Seeds' containers and 6 Cropvise. As will be explained further below, the evidence before the trial judge was not clear on whether the number of rejected containers was 16 or 23.

[29] On Wednesday, December 9, 2009, Ms. Rodriguez, the President of ECISA (the importer), telephoned Mr. Ramirez, a trade officer at the Canadian Embassy in Caracas, to advise that a 400 ton shipment of seed potatoes from Cropvise had arrived in bad condition -- suffering from wet rot. She suggested the CFIA had not conducted proper phytosanitary inspections, as required by the *Protocol*. Mr. Ramirez confirmed the rejection with Dr. Zapata, the Plant Health Director of INSAI and with Mr. Gil, a representative of Cropvise in Venezuela. Mr. Gil suggested there may have been an issue with refrigeration. The same day, Mr. Ramirez reported by e-mail the rejection to Mr. Yu, a Potato Program Specialist with the CFIA in Ottawa.

[30] Also on Wednesday, Ms. Sandoval, the Director General of INSAI, sent a letter to the CFIA, advising that 16 containers (approx. 440 metric tons) of potatoes were being denied entry into Venezuela. Ms. Sandoval's letter was not received by Mr. Yu until Friday, December 11, 2009 (receipt had been delayed for it to be translated into English). Mr. Yu received further correspondence from Ms. Sandoval providing reasons for the rejection. Mr. Yu set up a conference call with the Venezuelan officials for the following business day, Monday, December 14.

[31] On Friday, December 11, Mr. Yu also received two emails from Mr. Wolf, the first at 12:05 PM and the second at 12:49 PM. In the first email, Mr. Wolf advised that his potatoes had been accepted for entry (apparently he was referring to the November 24 shipment) but he indicated he was very concerned because the importer, ECISA, had opened the refrigerated containers, breaking the "cold chain", which could eventually lead to rot. The exposure of the cold potatoes in the humid heat of Venezuela caused the potatoes to sweat. In fact, he learned that some of the potatoes were not going to farmers straight away but were going to remain on-site, un-refrigerated, until sometime in January. Additionally, he advised Mr. Yu that it appeared the first shipment of potatoes had been inspected again, for more than health issues. It is clear Mr. Wolf was anxious about how the first shipment of potatoes had been handled on arrival in Venezuela, despite their having been accepted without issue. Mr. Wolf indicated he was afraid that, if

the potatoes were to rot, he expected ECISA would blame him, as the exporter, or the farmers – "not themselves for the inconsistencies that they are causing because of their lack of knowledge". He attributed these problems to the fact that the representatives of ECISA, the new government owned importer, were inexperienced.

[32] Mr. Wolf's second email, barely more than half-an-hour later, notified Mr. Yu that 10 of the 47 containers that arrived on December 6 had been denied entry into Venezuela. He asked Mr. Yu to consider sending "one of your most experienced experts on the matter right away to Venezuela to solve the Phytosanitary issues". In other words, he wanted the CFIA to explain to the Venezuelans that they were wrong to reject the potatoes.

[33] Late that afternoon, Mr. Yu circulated an internal CFIA report explaining the situation and the intention to have a conference call with Venezuelan officials on Monday. The next step(s) would be determined after the call. It states as follows:

> Venezuelan plant health authorities have indicated that 16 containers of Canadian seed potatoes (approximately $100K in value) have been rejected due to tolerances for common grade defects being exceeded. All 16 containers had been pre-cleared in Canada by official Venezuelan inspectors, and successfully cleared a CFIA pre-export inspection as stipulated in the terms of the Canada-Venezuela bilateral agreement.
>
> The Canadian exporter indicated that, while under the strict control of Venezuelan importer and the Venezuelan plant protection authorities, the storage temperature had not been properly maintained and that this had probably compromised the condition of the seed potatoes, thereby leading to the deterioration in quality and subsequent rejection. This would account for increased levels in certain types of the specified grade defects (wet rot) but not other types (scab, rhizoctonia) but is yet to be verified.
>
> <u>Another 68 containers (approximately $420K in value)</u> of Canadian seed potatoes are expected to arrive in Venezuela next week and in early January.

> The CFIA's potato section staff hope to engage with Venezuelan authorities by conference call on Monday, and will plan next steps based on the outcome of this. It may be necessary to consider sending inspection staff to Venezuela at short notice to prevent further rejections and to resolve the issue. [Emphasis added.]

It is clear the CFIA officials were concerned from the beginning that the situation in Venezuela might develop into a problem which could have consequences beyond the 16 containers that had been rejected. It could affect the shipments that were to follow, including the appellants' 68 containers that were to arrive in Venezuela in the coming weeks.

[34] During the conference call with Venezuelan officials on Monday, December 14, 2009, it was learned they would reconsider the rejection of 9 of the 16 rejected containers and they were willing to conduct inspections with CFIA representatives. As later became apparent, the 16 containers were rejected based on samples from 7 of them. It would appear the Venezuelans were open to reconsidering the 9 containers which had not been directly inspected.

[35] Mr. Yu circulated another internal CFIA report after the conference call. Again, concern over the Venezuelan inspection of future shipments was evident. He said:

> 40 containers of seed potatoes are expected to arrive in Venezuela in the next few days, plus 28 expected to arrive in early January. The cooperation is critical to ensure that inspection procedures are performed on incoming loads in a similar manner to CFIA. Given the tolerances that Venezuela has reported to us only marginally exceed the allowable tolerances in the bilateral protocol, our inspection staff believe that we could make gains, perhaps on the containers that have already been rejected. The on-site cooperation may further enhance the good phytosanitary relationship and confidence in CFIA inspection activities and expertise. [Emphasis added.]

[36] Approval was obtained to send two officials to Venezuela – Mr. McManus, Atlantic Canadian Seed Potato Program Coordinator working from Fredericton, New Brunswick, and Mr. MacSwain, Potato Program Officer from Charlottetown, Prince Edward Island. Both have extensive experience, which includes inspecting potatoes and dealing with inspectors of INSAI, the Venezuelan counterpart to the CFIA.

[37] On Wednesday, December 16, Mr. McManus and Mr. MacSwain left Canada, arriving in Caracas well after midnight. On Thursday morning, they met Mr. Wolf and Mr. Hansen and then drove for four hours with Mr. Ramirez, the trade representative from the Canadian Embassy, to Port of Cabello.

[38] At the port, they were met by Dr. Zapata, of INSAI, who confirmed that the 16 rejected containers had been rejected based on samples taken from seven containers. Messrs. McManus and MacSwain took two bags from the PEI containers and three bags from the New Brunswick containers. However, the inspection had to be postponed until the next day. Once the potatoes were removed from their refrigerated containers they began to perspire and could not be inspected straight away. Under the *Protocol*, inspections were to be of "unwashed tubers". Messrs. McManus and MacSwain stayed at a local hotel, as did Messrs. Wolf and Hansen. Mr. Ramirez and Mr. Zapata returned to Caracas.

[39] While at breakfast on Friday, December 18, Mr. MacSwain received a phone call from Mr. Ramirez who explained that he had been told by Dr. Zapata that, regardless of the inspections, the Venezuelan authorities did not intend to change their position regarding the rejected potatoes. Nevertheless, Messrs. MacSwain and McManus went to the port as planned and completed their inspections. They concluded the potatoes met the requirements of the *Protocol;* to use the words in a report written by them the following week, after they returned to Canada: "the seed potatoes represented by our samples were well within the established tolerances according to the 1999 Protocol for the Shipment of Certified Seed and Table Potatoes from Canada to Venezuela".

[40] Messrs. MacSwain and McManus reviewed the results of their inspections with the Venezuelan inspectors who were present, including Dr. Zapata, and also with Messrs. Wolf and Hansen. They also communicated their findings to the CFIA in Ottawa and the results were shared within the CFIA. The CFIA internal memo reporting their results and addressing the strategy to move forward, once again makes it plain the CFIA considered it necessary to "resolve" the situation without "compromising market access" in Venezuela. It states:

> The two CFIA experts have indicated that there are discrepancies in tuber inspection procedures and results between Canada and Venezuela. Canada has found all rejected loads to be compliant with the bilateral agreement and the Canadian seed potato standard. However, 23 containers (out of 170 that have already arrived) will be rejected by Venezuela for common quality pests and defects. Approximately 100 containers are scheduled to arrive in the next few weeks.
>
> The CFIA experts feel Venezuelan inspectors are inexperienced and yet are doubting the rigour of the Canadian method for seed potato inspection. Although there are provisions for reconditioning of loads in such cases, Venezuelan authorities have chosen to reject the containers.
>
> It is proposed to provide CFIA senior management with full briefing information once experts have returned (Dec. 20) in an effort to devise a strategy to solve the immediate situation without compromising market access.
>
> [Emphasis added.]

This communication's reference to 23 rejected containers is at odds with the evidence which indicates 16 containers had been rejected. As the trial judge notes in his reasons, the discrepancy was not relevant for the purposes of the trial; it is also not relevant to the appeal.

[41] After the inspections had been completed, Messrs. MacSwain and McManus were invited to attend a meeting with Ms. Sandoval, Dr. Zapata's superior at

INSAI, to discuss the results. The meeting was scheduled for Monday, December 21, 2009. There was conflicting evidence regarding who called or wanted the meeting but the trial judge found it had been requested by Messrs. Wolf and Hansen with a view to using the results of the CFIA's inspection to convince INSAI to reverse its decision to reject the potatoes. That afternoon, Mr. McManus telephoned the CFIA office in Ottawa about the invitation to attend the meeting. Based on the advice received from Mr. Turner, the Manager of the Potato Program Section, Messrs. McManus and MacSwain advised they would not attend the meeting.

[42] The decision to not participate in the meeting is the first and most significant of the acts relied upon by Wolf Seeds and Cropvise in their claim the CFIA failed to act reasonably in the exercise of its duty to negotiate the release of their potatoes.

[43] The trial judge summarized Mr. Turner's explanation for why he advised Messrs. McManus and MacSwain that it was <u>not</u> appropriate for them to attend the meeting with Ms. Sandoval, as follows:

> […] He was advised by Mr. Turner that it was not appropriate for he and Mr. MacSwain to attend the meeting. Mr. Turner's reasoning was: (i) as a matter of government protocol, it was inappropriate for technical staff like Messrs. MacSwain and McManus to meet with Ms. Sandoval as she was a high-level official of an agency of the Venezuelan State; (ii) they were not appropriately briefed and their attendance at the meeting could have negative repercussions for other areas of concern between Canada and Venezuela; and (iii) their role in going to Venezuela was limited to the provision of "expert technical advice in the Canadian methods for inspection, sampling and testing of exported seed potato tubers" (taken from the International Travel Approval prepared internally within the CFIA to approve Messrs. MacSwain and McManus's travel to Venezuela). Mr. Turner did not/could not articulate why having Messrs. MacSwain and McManus attend the meeting under instruction to speak only to their inspection methodology and results would have been problematic. […] [para. 40]

[44] At the Monday meeting with Ms. Sandoval and Dr. Zapata, Messrs. Wolf and Hansen had with them the handwritten inspection notes prepared by Messrs. McManus and MacSwain. Also, Dr. Zapata was fully aware of the CFIA inspection results since he was present during the inspections. However, the meeting did not go well and there was no change to the Venezuelan position. The evidence was that Ms. Sandoval "expressed irritation" Messrs. McManus and MacSwain did not attend and she "did not substantially address the results" of their inspections. In the absence of CFIA inspectors, the meeting was between Ms. Sandoval and private foreign exporters, not between representatives of INSAI and the CFIA, Venezuelan and Canadian equivalents under the *Convention* or *Protocol*.

[45] On Monday, December 21, Messrs. McManus and MacSwain left Venezuela to return to Canada. They produced an Inspection Report, dated December 22, which states:

> Based on results of our inspection work carried out on December 17 and 18th (see attached reports), we determined that the seed potatoes represented by our samples were well within the established tolerances according to the 1999 Protocol for the Shipment of Certified Seed and Table Potatoes from Canada to Venezuela.
>
> It should be noted that, prior to commencement of the shipment of 2009 crop Kennebec seed potatoes, Venezuelan officials had inspected these lots in Canada while the seed potatoes were in storage (prior to packing) and had approved them for shipment.

[46] On Tuesday, December 22, Mr. Turner sent a copy of the Inspection Report to Mr. Salesse, the Charge d'Affaires, Senior Trade Commissioner, Canadian Embassy, Caracas. In his letter, he advised of the possible intervention of senior CFIA officials. He wrote:

> As of today, I understand that on-site technical discussions with the two CFIA experts has not resolved the situation, thus please keep me posted as to the progress of the situation, as the intervention of senior CFIA level official may be required. I will keep you posted as we engage senior management.

[47] The same day, Mr. Salesse wrote to Ms. Rodriguez, the President of ECISA, enclosing the Inspection Report and pointing out the Canadian position – the rejected potatoes met the requirements of the *Protocol*. Mr. Salesse's letter, which was copied to Ms. Sandoval at INSAI and others in the Venezuelan Government, states:

> In this sense, given that no sanitary authority (INSAI nor CFIA) from either country have demonstrated the existence of quarantine pests that would justify the return and/or destruction of the lots under inspection, we urge you to find an immediate solution, as set by the current agreements ruling the subject.
>
> Therefore, since seed potatoes are a delicate and perishable product, we would appreciate your assistance in the prompt negotiation of an agreement regarding the topic of tolerance in qualitative terms, which would please both parties.

[48] The CFIA's next communication, a letter dated January 4, 2010, was sent directly to Ms. Sandoval, the Director General of INSAI; it came from Mr. Chancey, the CFIA Executive Director of Plant Health and Biosecurity Directorate. Mr. Chancey asked Ms. Sandoval if INSAI would consider the reconditioning of the rejected potatoes to permit their entry into Venezuela. In support of this request, Mr. Chancey pointed out the Inspection Report indicates the rejected potatoes were acceptable under the *Protocol* and that the different viewpoints "appear to result from procedural differences in how potato inspection should be conducted". He also noted the diseases identified by the Venezuelan inspectors (common scab, rhizoctonia and wet rot) are non-quarantine pests, which are present in all potato growing countries, and the *Protocol* permits entry of such potatoes. In essence, he maintained that even if the analysis of the Venezuelan inspectors was accepted, the incidence of disease was only slightly in excess of the specified tolerances

under the *Protocol* and it permits reconditioning of such potatoes for use as seed potatoes.

[49] Ms. Sandoval responded to Mr. Chancey by letter dated January 6, 2010. She reiterated that INSAI stands by its inspections and the decision to deny entry on the basis of the potatoes' non-conformance with qualitative requirements – the decision would not be reversed. She indicated ECISA would not agree to recondition the potatoes. However, Ms. Sandoval advised INSAI would welcome meeting with CFIA officials to discuss technical matters and the harmonization of inspection practices.

[50] The trial judge found frustration on the Canadian side had been building since the December 18th inspections, noting that while it had been especially difficult for the appellants, it had also been trying for the officials at the CFIA and the Canadian Embassy in Venezuela. As an indication of the pressure caused by the lack of a resolution, trade officials had suggested the CFIA suspend the issuance of Phytosanitary Certificates – Canadian exporters were very concerned about continuing to ship into a market that was, in their view, unjustifiably rejecting their potatoes.

[51] Against this background, officials at the CFIA drafted a more forceful letter to INSAI – this time from Ms. Swan, the President of the CFIA and addressed to Ms. Acosta, the President of INSAI. While Ms. Swan signed the letter, on January 11, 2010, it was <u>not</u> sent. The decision to hold the letter reflected a turning point in the CFIA's approach to securing the release of the rejected potatoes. The CFIA had learned, on January 12, 2010, the most recent shipment of seed potatoes had been accepted by INSAI for entry into Venezuela. This information, along with receipt of Ms. Sandoval's letter of January 6th, indicating a willingness to meet to discuss inspection issues, caused the CFIA and trade officials to not release the letter from Ms. Swan, a letter which had a tone that witnesses at trial described as aggressive by diplomatic standards.

[52] Instead, the CFIA decided to have Mr. Chancey respond to Ms. Sandoval's January 6th letter. By letter dated January 15, 2010, he thanked Ms. Sandoval,

for her “ongoing collaboration and open communication” and agreed a meeting might be helpful. He did request, in view of the high cost of disposal, that the rejected potatoes be permitted entry into Venezuela for processing or consumption (either of these options have a lower value than seed potatoes).

[53] The trial judge found this was where the objectives of the appellants and the CFIA diverged. The focus of the CFIA no longer included the release of the rejected potatoes, as seed potatoes, but rather the focus was on trying to secure the entry of future shipments of seed potatoes and preserve the trade relationship overall.

[54] The appellants, on the other hand, wanted the CFIA to bring more pressure to bear on the Venezuelan authorities. Mr. Wolf had been informed by a representative of ECISA that, for progress on the release of the rejected potatoes, Canadian authorities needed to engage the Venezuelan Minister of Agriculture in Caracas. Until Mr. Chancey’s January 15, 2010 letter to Ms. Sandoval, such intervention had been contemplated. Since all parties felt political issues were in play in the rejection of the potatoes, the CFIA had been preparing for the possibility of elevating the Canadian effort to that level, if necessary. There was nothing secret about the view that politics had a role. As Mr. Turner explained, in an email to a representative of the Prince Edward Island Potato Board sent on January 9, 2010:

> The CFIA is briefing the Canadian Minister of Agriculture and has engaged the Department of Foreign Affairs (DFAIT), as the situation has clearly elevated beyond the technical level, as it seems internal politics within key Venezuelan organizations, the nature of which is very unclear, may be strongly influencing the fate of these containers.

[55] In addition to relying on the failure of Messrs. McManus and MacSwain to attend the meeting with Ms. Sandoval, the appellants rely on this mid-January change in the CFIA’s approach to the Venezuelans in support of their claim the CFIA failed to act reasonably in negotiating for the release of their seed potatoes. In essence, the appellants felt the CFIA and the Canadian Government had not done enough to cause the

Venezuelans to respect the *Protocol*. In particular, Mr. Wolf was not happy about the lack of effort by the CFIA to engage the Minister of Agriculture, as had been suggested to him by the ECISA. As the judge observed:

> […] The Plaintiffs still wished to secure the release of the rejected potatoes, while the CFIA and the Canadian Government were more focused on salvaging the remainder of the export season and maintaining the overall Canadian/Venezuelan trade relationship. The parties also had differing views of what was achievable. The Plaintiffs believed high-level intervention from the Canadian Government could bring about the release of the rejected potatoes. The CFIA and the Canadian Government believed the INSAI decision to reject the potatoes could not be reversed and high-level intervention could damage the broader trade relationship and do more harm than good. Tellingly, there were no further follow-ups from the CFIA (Canadian Government) with the Venezuelan authorities with respect to the rejected potatoes post Mr. Chancey's January 15 correspondence. […] [para. 59]

[56] On January 22, 2010, the rejected potatoes were destroyed.

[57] On January 28, 2010, for the second time, a shipment of the appellants' potatoes was rejected. Ten containers of Cropvise seed potatoes were rejected, six for excess soil and four for wet rot. It appears 20 other containers from the same shipment were approved for entry. Cropvise was given the option of re-exporting the rejected potatoes or destroying them. Neither was economical and they were destroyed by the Venezuelan authorities on February 3rd.

[58] This second rejection was followed by a breakdown in the co-operation the CFIA had hoped for only a few weeks before. Calls were not returned; a meeting between the Canadian Ambassador and Ms. Sandoval was cancelled. As the trial judge explained, when Ms. Sandoval did communicate, she indicated there was no intention or desire to discuss "specific rejections", only general issues under the *Protocol*:

> […] Communications from Mr. Chancey and Caracas Embassy staff, both verbal and written, to Ms. Sandoval and the Venezuelan Embassy in Ottawa requesting a delay in the destruction of the potatoes and further dialogue and investigation were not responded to. Representatives of Cropvise and the Caracas Embassy were denied access to the Port of Cabello and a scheduled meeting between the Canadian Ambassador and Ms. Sandoval on February 4 was cancelled by the Venezuelan authorities. A request to Ms. Sandoval for a telephone conference with Mr. Chancey was not responded to. When Ms. Sandoval did respond she advised that the decision to destroy the potatoes was made by ECISA. She also reiterated that representatives of CFIA were welcome in Venezuela to discuss the Protocol in a general sense, but not specific rejections made by INSAI thereunder. [para. 63]
>
> [Emphasis added.]

[59] The judge found the recent rejection and the unresponsiveness of the Venezuelan authorities caused considerable frustration within the CFIA and among the trade officials involved. Mr. Wolf called for the CFIA to suspend the issuance of Phytosanitary Certificates. He believed this would allow him to invoke the *force majeure* clause in his contract with ECISA, permitting him to suspend future shipments and avoid contractual liability for doing so. The sense of a need to do something led, on February 3, 2010, to the CFIA suspending the issuance of Phytosanitary Certificates for the export of seed potatoes to Venezuela. However, this decision was quickly reversed on February 5 for a variety of reasons, all of which reflect the perceived volatility of the situation and an apprehension over where such a step could lead. Certainly, the CFIA recognized Phytosanitary Certificates should be withheld only for phytosanitary reasons, as contemplated by the *Convention* and *Protocol*. Additionally, the Department of Foreign Affairs expressed the view that the refusal to issue Phytosanitary Certificates for improper reasons could have "profound ramifications for trade in several high-value areas in both agriculture (wheat) and relations in non-agricultural areas (oil)". There was a real concern of taking action which would negatively influence the overall Canada-Venezuela trade relationship.

[60] Again, a decision was made to continue efforts to engage and work cooperatively with Venezuelan authorities. A meeting was scheduled for February 23, 2010, in Venezuela, between Canadian Embassy staff and INSAI Director-level staff. Despite this plan to meet, the increased level of concern caused by the second rejection of potatoes led to a decision to warn potato exporters that Venezuela was a risky market. The Canadian Trade Commission issued a communication to this effect on February 11, 2010.

[61] The February 23, 2010 meeting in Venezuela focused on technical issues, not political or commercial issues. This approach was consistent with the position taken by Ms. Sandoval in her letter of January 6 and her communication with Mr. Chancey following the second rejection. It was agreed at the meeting that INSAI and the CFIA would schedule a further bilateral meeting to discuss updating the *Protocol*. Notably, the embassy staff's summary of the meeting included the observation that "INSAI somewhat recognized the political influence on some decisions recently taken by CVA-ECISA".

[62] While there had been discussions before the meeting about the possibility, depending on the outcome of the meeting, of having the Canadian Ambassador to Venezuela continue to attempt to meet with the President of INSAI, this was not pursued further. Based on the outcome of the meeting, the CFIA preferred not to elevate the issue beyond the technical level and, as was discussed at the meeting, a bilateral meeting to discuss the *Protocol* was scheduled for April 13-15. This was consistent with the direction Ms. Sandoval was prepared to follow.

[63] On March 24, 2010, for the third time, a portion of a shipment of potatoes was rejected; 12 containers of Wolf Seeds' potatoes were denied access because of excess soil. Mr. Wolf's resulting correspondence to Ms. Sandoval, on March 29th, noted the potatoes had been certified by the CFIA; however, as the trial judge pointed out, his letter did not expressly request that this decision be reversed. Mr. Wolf's letter concluded with:

> Finally, I would like to confirm that, based on communications between the Canadian Embassy and your organization, the CFIA has made firm arrangements for a potato delegation to travel to Venezuela to meet with you and your staff to discuss the bilateral protocol from April 13-15, 2010. I am looking forward to this opportunity to discuss apparent differences in interpretation related to the protocol and to discuss potential improvements to its implementation.

As in the two previous rejections, the CFIA requested information regarding the rejections but did not request the decision be reconsidered. It again advocated for a discussion regarding the *Protocol*, essentially, for the purpose at attempting to harmonize inspections. The rejected potatoes were not destroyed and Wolf Seeds re-exported them to Haiti for food aid. The CFIA assisted in this transfer by advising Haitian authorities the potatoes met the Venezuelan requirements at the time of export and they did not contain any quarantine pests.

[64] On April 15, 2010, for the fourth and final time, a portion of shipment of potatoes was rejected; 11 containers were denied access because of excess soil, wet rot and dry rot. These potatoes were destroyed.

[65] The judge found that approximately 88% of the appellants' potatoes were accepted into Venezuela and delivered to ECISA – 12% were rejected.

[66] As the judge also found, the *Protocol* has continued in place, without change, after the April 2010 meetings and "there have been no material issues in relation to potato exports from Canada to Venezuela post 2010".

[67] The appellants commenced an action in November 2010 alleging the CFIA was negligent in the performance of its responsibility under the Policy "to negotiate release of shipments that are detained, as a result of alleged phytosanitary reasons". Collectively, the appellants claim special damages of approximately $3,500,000 (USD) in connection with the rejection of the potatoes during the 2009-2010 season. The

appellants also claim damages for the loss of profit during the subsequent three seasons, namely, 2010-2011, 2011-2012, and 2012-2013. They claim the Venezuelan market was lost to them as a consequence of their being viewed as having breached their contracts in 2009-2010. Prior to trial, the issue of damages was severed and the trial proceeded on liability.

[68] The judge dismissed the appellants' claim. He concluded the appellants did not establish: (1) the CFIA owed a duty of care; (2) the CFIA had not met the requisite standard of care; and (3) the CFIA caused the losses claimed.

III. Grounds of Appeal

[69] The appellants maintain the trial judge erred by:

1. Misapprehending their position, by finding they asserted the CFIA had a duty to bring about entry of their rejected potatoes into Venezuela;

2. Failing to find a duty of care was established by analogy and proceeding to conduct a full *Anns/Cooper* analysis;

3. Failing to find a duty of care under a full *Anns/Cooper* analysis;

4. Finding the CFIA met the applicable standard of care; and

5. Finding there was no evidence to establish the actions or inactions of the CFIA contributed to the losses they sustained.

IV. Analysis

[70] To establish entitlement to damages in negligence, the appellants must establish (i) the CFIA owed them a duty of care, (ii) the CFIA did not meet the standard of care, (iii) the failure to meet the standard of care caused their damages, and (iv) the damages claimed are not too remote.

[71] Whether the CFIA owes a duty of care to the appellants was the primary focus of the trial judge's decision and it is at the centre of this appeal. The inquiry to determine whether a duty of care is owed seeks to establish whether it is just for a person to be legally liable to another for damages suffered based on principles applicable to negligence law. The test is rooted in the two-stage analysis first articulated in *Anns and Others v. London Borough of Merton*, [1977] 2 All E.R. 492, and re-stated by the Supreme Court of Canada in *Cooper v. Hobart*, 2001 SCC 79, [2001] 3 S.C.R. 537, and *Edwards v. Law Society of Upper Canada*, 2001 SCC 80, [2001] 3 S.C.R. 562.

[72] At the first stage of the *Anns* test, the question is whether the facts disclose a reasonably foreseeable harm and whether there exists, between the plaintiff and the defendant, a relationship of proximity, a relationship which is sufficiently close and direct "it is just to impose" liability for conduct that falls below the required standard of care and causes harm. If foreseeability and proximity are established, the question that follows, at the second stage of the *Anns* test, is whether residual policy considerations warrant a finding that there should be no duty of care – no legal liability to the defendant in negligence. This two-stage analysis is described by the Supreme Court in *Edwards* as follows:

> At the first stage of the *Anns* test, the question is whether the circumstances disclose reasonably foreseeable harm and proximity sufficient to establish a *prima facie* duty of care. The focus at this stage is on factors arising from the relationship between the plaintiff and the defendant, including broad considerations of policy. The starting point for this analysis is to determine whether there are analogous categories of cases in which proximity has previously been recognized. If no such cases exist, the question then becomes whether a new duty of care should be recognized in the circumstances. Mere foreseeability is not enough to establish a *prima facie* duty of care. The plaintiff must also show proximity -- that the defendant was in a close and direct relationship to him or her such that it is just to impose a duty of care in the circumstances. Factors giving rise to proximity must be grounded in the governing statute when there is one, as in the present case.

> If the plaintiff is successful at the first stage of *Anns* such that a *prima facie* duty of care has been established (despite the fact that the proposed duty does not fall within an already recognized category of recovery), the second stage of the *Anns* test must be addressed. That question is whether there exist residual policy considerations which justify denying liability. Residual policy considerations include, among other things, the effect of recognizing that duty of care on other legal obligations, its impact on the legal system and, in a less precise but important consideration, the effect of imposing liability on society in general. [para. 9-10]
>
> [Emphasis added.]

[73] Relevant in this case, and as noted from the above passage in *Edwards*, is the fact the starting point of the first stage of the *Anns* test is the determination of whether there are analogous categories of cases in which proximity had been previously recognized. If so, a duty of care is usually found to exist. Naturally, there should be no need to re-invent the wheel and it is not generally necessary to perform the second stage analysis. However, there are circumstances where, despite a claim being analogous to cases where a duty of care has been previously recognized, it is nevertheless appropriate to proceed to the second stage of the *Anns* test and determine whether "residual policy considerations justify denying liability".

[74] In this appeal, the appellants assert the trial judge erred because he conducted a second stage policy analysis even though he concluded a duty of care had been previously recognized in circumstances analogous to this case. More will be said about this shortly.

A. *The 1st Ground of Appeal – Misapprehending the Appellants' Position*

[75] The appellants submit the trial judge erroneously "elevated" their claim to the assertion that the CFIA had a duty to bring about entry of their rejected potatoes into Venezuela. This submission is not grounded in any reasonable reading of the judge's reasons for decision.

[76] The appellants' submission is based on the following statement by the judge (para. 112): the "suggestion the CFIA was under a specific duty to bring about the entry of the rejected potatoes into Venezuela in the circumstances of this case, is fundamentally inconsistent with the degree of flexibility required to support the duty [of the CFIA] to act broadly in support of Canadian agricultural and economic interests" (emphasis added). The appellants maintain this statement indicates the judge had misapprehended their claim, erroneously elevating it from a failure to negotiate reasonably, to an absolute obligation to bring about entry of the potatoes into Venezuela. In my opinion, this takes the judge's statement out of context and is wrong. The judge made the statement when addressing the issue of whether a duty of care to the appellants would conflict with the CFIA's other more general and broad duties. He was explaining his assessment of whether policy considerations ought to negate a duty of care. The judge concluded that the "suggestion that the discretion of the CFIA, to act broadly in support of Canadian economic interests, becomes fettered anytime it engages a representative of the foreign state on behalf of a Canadian exporter, is not one I am prepared to accept". Even within the context of this paragraph, it is clear the judge is merely contrasting the CFIA's responsibility to negotiate for the release of the rejected potatoes with the CFIA's other duties and responsibilities.

[77] Moreover, when viewed in the context of the decision as a whole, the judge's statement does not evidence any misapprehension of the appellants' claim. Throughout the decision the judge repeatedly and clearly states the appellants' position. In particular, he states, under the heading "Plaintiffs' Position", the "Plaintiffs contend the CFIA did not take reasonable steps to secure the entry of the rejected potatoes into Venezuela. Specifically, they maintain the CFIA negligently performed its responsibility […] to 'negotiate release of shipments that are detained, as a result of alleged phytosanitary reasons'" (para. 73) (emphasis added). In the following paragraph, the judge enumerates the specific acts, or lack thereof, which the appellants assert fell short of the required standard of care. There was no misapprehension of the appellants' position.

[78] In the appellants' written submission respecting this ground of appeal, they submit a mere duty to negotiate does not conflict with the CFIA's other duties to an extent that a duty of care must be negated as being incompatible. While such a submission may relate to the appellants' position that the judge erred in concluding a duty of care to the appellants conflicts with the CFIA's other duties, this does not support their suggestion the judge misapprehended their claim. The appellants' position is without merit and I would dismiss this ground of appeal.

B. *The 2nd Ground – Conducting a full Anns/Cooper Analysis*

[79] In the Notice of Appeal and in their written submission, the appellants assert the judge erroneously "failed to find a duty of care was established by analogy and then proceed[ed] to conduct a full *Anns/Cooper* analysis". However, the judge did conclude a duty of care was established by analogy and the appellants' real position in connection with this ground of appeal is that, once the judge determined the claim fell within an analogous category of cases, where a duty of care had been found to exist, it was an error of law for him to "go on to conduct a full *Anns/Cooper* analysis and ultimately conclude there was no duty of care because of policy reasons".

[80] The trial judge relied on *Adams et al. v. Borrel et al.*, 2008 NBCA 62, 336 N.B.R. (2d) 223, when he determined the appellants' claim falls within an analogous category of cases in which a duty of care had been previously recognized. He states:

> […] In our case, the CFIA was operating under the same legislation, and the relationship of business dependency summarized in paragraph 79-81 makes the Plaintiffs, in the conduct of their potato export business, no less dependent upon the actions of the CFIA than potato farmers were upon the inspection-related activities of Agcan in *Adams*. <u>Consequently, I find that the present case falls within an existing or analogous category of cases in which a duty of care has been previously recognized</u>. […] [para. 82]
>
> [Emphasis added.]

[81] Other than state their position, the appellants say little more in connection with this ground of appeal. Rightly so, in my opinion, since the *Anns* test does not preclude an assessment under the second stage as the appellants suggest. The ability to consider the second part of the *Anns* test, notwithstanding a finding that a case falls within an existing or analogous category of cases, is explained by this Court in *Adams*:

> The analytical framework set down in *Cooper v. Hobart* involves the application of the two-part test first set out in *Anns*. First, it must be determined whether a *prima facie* duty of care exists. To make that determination the court must consider whether there was "reasonable foreseeability" of the harm plus a relationship of "proximity". As a starting point, proximity is generally established by reference to previously recognized or analogous categories of negligence. This simplifies the "duty of care" analysis so long as the case is one that falls within a recognized or analogous category. Conversely, in a "novel" case, the issues of foreseeability of harm and proximity must be examined afresh. These points were recently affirmed by the Supreme Court in *Design Services Ltd. v. Canada*, [2008] S.C.J. No. 22 (QL), 2008 SCC 22.
>
> Once foreseeability and proximity are established, a *prima facie* duty of care is assumed. This takes us to the second stage of the *Anns* analysis. It is at this stage that residual policy considerations for negating that *prima facie* duty are to be considered. These policy considerations are not concerned with the relationship of the parties, but rather with the effect of recognizing a duty of care on other legal obligations. Notably, would recognition of the duty of care create the specter of unlimited liability to an unlimited class? As well, it is necessary to ask whether there are other reasons of broad policy that suggest that the duty of care should not be recognized. This is the point where the distinction between the formulation and execution of government policy is to be considered. The law declares that government actors are not liable in negligence for policy decisions, only for those that are operational in nature.
>
> In *Cooper*, the Supreme Court makes two important observations with respect to the second stage of the *Anns* analysis. First, the need to proceed to the second stage generally arises only in cases where the duty of care

> asserted does not fall within a previously recognized or analogous category of recovery. As the Court qualified this observation with the adverb "generally", one must accept that resort to the second stage will be necessary if the case involves the distinction between policy and operational decisions. This is true even in cases that fall within a previously recognized or analogous category (such as negligent maintenance of highways). The Court's second observation is that in a "novel" case, it is necessary to consider both steps of the *Anns* test. As the Court stated at paragraph 39 of *Cooper*, "[t]his ensures that before a duty of care is imposed in a new situation, not only are foreseeability and relational proximity present, but there are no broader considerations that would make imposition of a duty of care unwise".
>
> [paras. 36-38]
> [Emphasis added.]

[82] In summary, the judge did not err in law when he undertook an analysis of policy considerations, under the second part of the *Anns* test, simply because he had determined the appellants' claim fell within an analogous category of cases in which a duty of care had been recognized.

[83] In connection with the judge's alternative finding, it was necessary for him to undertake a policy analysis under the second part of the *Anns* test. Having decided to undertake a full *Anns* analysis, in the event he was wrong to conclude the appellants' claim fell within an analogous category of cases, he concluded the appellants and the CFIA were in a relationship of proximity and the risk of harm was reasonably foreseeable. With a *prima facie* duty of care having been established, it was necessary for him to undertake the second stage analysis.

C. *The 3rd Ground – Negating a Duty of Care under the 2nd Stage of the Anns Test*

[84] The appellants allege the trial judge erred in law in his application of the second stage of the *Anns* test – and in his conclusion policy considerations negate a duty of care.

[85] Before addressing the merits of the appellants' submissions, I would pause to address two findings made by the trial judge, both of which favour the appellants and neither of which are a subject of this appeal. They relate to determinations made by the judge at the first stage of the *Anns* test – the appellants' claim fell within an existing or analogous category of cases and, alternatively, the appellants established a relationship of proximity (as well as foreseeability). For obvious reasons, neither of these findings are challenged by the appellants – the focus of their appeal is the judge's application of the second stage policy analysis and his conclusion a duty of care is negated by policy considerations. Also, these findings are not challenged by the CFIA; it did not file a Notice of Contention. As a consequence, neither party made submissions on appeal regarding these findings. However, since factors relevant to these unchallenged findings were addressed by the judge under his second stage analysis and the factors were addressed on appeal, a few observations are warranted.

[86] I will address first the judge's acceptance of the appellants' submission their claim is analogous to the claim recognized by this Court in *Adams.* In that case, a duty of care was found to exist in connection with an investigation by the federal government (Agriculture Canada) to identify the source of a potato virus which had spread disease to tobacco fields. After the government had ordered the disposal of potatoes believed to be infected, and they were destroyed, it was discovered the government's testing procedure was faulty. Recognizing the same legislative framework applied to the CFIA and a similar level of dependency existed, the judge explained:

> In these circumstances, to borrow from the language of Justice Robertson in *Adams*, "it would be disingenuous to hold no *prima facie* duty of care was owed" by the CFIA to the Plaintiff's. In *Adams*, Justice Robertson grounded his determination that a duty of care was owed to farmers upon his finding that an immediate purpose of the governing legislation was the protection of the agricultural sector of the economy. In our case, the CFIA was operating under the same legislation, and the relationship of business dependency summarized in paragraphs 79–81 makes the Plaintiffs, in the conduct of their potato all export business, no less dependent upon the actions of the CFIA than potato

> farmers were upon the inspection-related activities of Agcan in *Adams*. Consequently, I find that the present case falls within an existing or analogous category of cases in which a duty of care has been previously recognized. [para. 82] [Emphasis added.]

[87] Without a doubt, there are significant similarities. The legislative framework that applied to the federal government in *Adams* applies to the CFIA in this case. Also similar is the degree of dependency in the relationship between the parties. However, there is at least one important difference, which the judge addresses in his policy analysis under the second stage. In *Adams*, the negligent acts related to the faulty test used in the investigation of the source of the virus, similar to cases where the negligent acts in question related to a government authority undertaking an inspection in relation to, for example, maintenance of a road or compliance with a building by-law. In this case, the impugned conduct, the acts the appellants allege were negligent, relate to the CFIA's efforts to negotiate with Venezuelan state agencies. The difference in the nature of the acts forming the basis for the claim of negligence is material to the analysis of whether the claims are the same or analogous. Indeed, the judge identified the true uniqueness of the appellants' claim when he pointed out that neither party was able to identify a reported decision where a Government or a Crown agency, such as the CFIA, had been the subject of an action for negotiating with a foreign state or state entity. More specifically, he distinguished *Adams* on the basis of this difference when he concluded that, unlike in *Adams*, policy considerations weigh against finding the CFIA owes a duty of care to the appellants, he states:

> […] Unlike *Adams*, this is not an instance where inspection practices can be evaluated against common sense and/or established inspection methodology. Rather we are, as previously discussed, very much into the area of diplomacy between sovereign nations where there is no effective legal recourse and no correct answer. [...] [para. 112]

[88] In summary, while the appellants' claim is analogous in some respects to the claim in *Adams*, it is quite different in terms of the nature of the impugned conduct. Though of no consequence in this appeal, the distinction is fundamental to the assessment

of whether a claim falls within an existing or analogous category of cases in which a duty of care has been previously recognized.

[89] I now turn to the second of the findings made by the trial judge under the first stage of the *Anns* test – his determination that a relationship of proximity exists between the appellants and the CFIA. The judge chose to address policy considerations relevant to the proximity analysis in the second stage analysis.

[90] While the judge's finding of proximity is not an issue in this appeal, proximity was very much an issue at trial. The judge summarizes the CFIA's submission that a relationship of proximity did not exist. He states:

> There was little question that it was reasonably foreseeable a failure by the CFIA to properly perform its functions under the CFIA Policy and/or Protocol could cause harm to the Plaintiffs. However, counsel for the CFIA argued forcefully that the CFIA did not enjoy a relationship of sufficient proximity with the Plaintiffs to give rise to a duty of care. The principle authorities put forward for that argument were the British Columbia Court of Appeal's decision in *The Los Angeles Salad Company Inc v. Canadian Food Inspection Agency*, [2013] BCCA 34, and the Ontario Court of Appeal's decision in *River Valley Poultry Farm Ltd v. Canada (Attorney General)*, [2009] ONCA 326. In these cases suppliers of food products -- distributors of carrots for retail sale in Canada in *Los Angeles Salad*, and a supplier of eggs in *River Valley Poultry* -- claimed damages for negligent inspection. The Courts in each of these decisions found that no duty of care existed on the basis of insufficient proximity. The rational underpinning each of these decisions is summarized by Justice Smith at paragraph 55 of *Los Angeles Salad* as follows:
>
> > "In my view the clear purpose of the legislative scheme is to protect the health of Canadians by preventing the sale of contaminated food in Canada. <u>To recognize a private law duty of care to food sellers would conflict with that purpose</u>. It would put food sellers in the untenable position of having to balance the paramount interests of the public with

> private interests of food sellers and would thereby have a chilling effect on the proper performance of their duties. Thus the statutory scheme excludes the possibility of sufficient factual proximity to make it just and reasonable to impose a prima facie duty of care in the circumstances of this case ...” [para. 83]
>
> [Emphasis added.]

[91] That policy considerations factor into the proximity analysis is beyond question. Where the relationship to be analyzed exists under a statutory framework, the analysis begins with the statute and any policy considerations that bear on the relationship. The trial judge identified this in his decision but, for reasons he explained, he chose to address such policy considerations at the second stage of the test. Factoring into his reasons is his earlier conclusion the appellants’ claim is analogous to the claim in *Adams* and a duty of care would be owed but for policy considerations. As he explained:

> For purposes of this decision, I note the *Cooper*, *Los Angeles Salad* and *River Valley Poultry* decisions reflect that the issue of public policy may be applied to negate the existence of a *prima facie* duty of care during the consideration of proximity. For the reasons previously noted, I believe that the CFIA owes a *prima facie* duty of care to potato exporters, and the jurisprudence set out in *Adams* would be directly applicable in the event we were dealing with an issue of operational performance such as a failure to properly inspect or issue a phytosanitary certificate. For that reason, I considered it appropriate to address the issue of public policy at stage two of the *Anns* analysis and believe the jurisprudential reasoning set out in *Cooper*, *Imperial* and *Adams* permit me the discretion to adopt this approach. [para. 114]
>
> [Emphasis added.]

[92] Determination of the issue of proximity under the first part of the *Anns* test and the required analysis of policy considerations which may arise at, or overlap, both stages of the *Anns* test is addressed by Abella J. in *Syl Apps Secure Treatment Centre v. B.D.*, 2007 SCC 38, [2007] 3 S.C.R. 83. In doing so, she refers to the comments of McLachlin C.J. in *Cooper* which note that it may not matter at which stage such considerations are addressed, depending on the circumstances, so long as they are

addressed. Explaining proximity and the connection to policy considerations that arise under an applicable statutory framework, Abella J. states:

> There must also be a relationship of sufficient proximity between the plaintiff and defendant. The purpose of this aspect of the analysis was explained by Allen Linden and Bruce Feldthusen in *Canadian Tort Law* (8th ed. 2006) as being to decide "whether, despite the reasonable foresight of harm, it is unjust or unfair to hold the defendant subject to a duty because of the absence of any relationship of proximity between the plaintiff and the defendant" (p. 304).
>
> When the relationship occurs in the context of a statutory scheme, the governing statute is a relevant context for assessing the sufficiency of the proximity between the parties (*Cooper*, at para. 43; *Edwards*, at para. 9). As this Court said in *Edwards*: "Factors giving rise to proximity must be grounded in the governing statute when there is one" (para. 9).
>
> Where an alleged duty of care is found to conflict with an overarching statutory or public duty, this may constitute a compelling policy reason for refusing to find proximity (*Cooper*, at para. 44; *Edwards*, at para. 6). Such a conflict exists where the imposition of the proposed duty of care would prevent the defendant from effectively discharging its statutory duties. In *Cooper*, for example, a duty to individual investors on the part of the Registrar of Mortgage Brokers was rejected because it was found to "potentially conflict with the Registrar's overarching duty to the public" (para. 44). Similarly, in *Edwards* a private law duty of care on the part of the Law Society to the victim of a dishonest lawyer was rejected at the proximity stage since "[d]ecisions made by the Law Society require the exercise of legislatively delegated discretion and involve pursuing a myriad of objectives consistent with public rather than private law duties" (para. 14). In both cases, the serious negative policy consequences of these conflicting duties were found to justify denying a finding of proximity.
>
> A statutory immunity provision may also be relevant. In *Edwards* a statutory immunity provision was found to be indicative of the Legislature's intention to preclude compensation beyond the amount provided by the lawyers'

> professional indemnity insurance and fund for client compensation (paras. 16-17).
>
> Depending on the circumstances of the case, the factors to be considered in the proximity analysis include the parties' expectations, representations and reliance (*Cooper*, at para. 34). There is no definitive list. [paras. 26-30]
>
> [Emphasis added.]

See also Cromwell J. in *Fullowka v. Pinkerton's of Canada Ltd*., 2010 SCC 5, [2010] 1 S.C.R. 132 at para. 39.

[93] Speaking to the "possibility of some blending" of policy considerations under both stages of the *Anns* test and recognizing it may not matter at which stage such considerations are addressed, Abella J. states:

> If a *prima facie* duty of care is found to exist based on reasonable foreseeability and proximity, it is still necessary for a court to submit this preliminary conclusion to an examination about whether there are any residual policy reasons which make the imposition of a duty of care unwise. As noted in *Cooper*, "the *Donoghue v. Stevenson* foreseeability-negligence test, no matter how it is phrased, conceals a balancing of interests. The quest for the right balance is in reality a quest for prudent policy" (para. 29).
>
> This means, the Court recognized, that policy is relevant at both the "proximity" stage and the "residual policy concerns" stage of the *Anns* test. <u>The difference is that under proximity, the relevant questions of policy relate to factors arising from the particular relationship between the plaintiff and the defendant</u>. In contrast, residual policy considerations are concerned not so much with "the relationship between the parties, but with the effect of recognizing a duty of care on other legal obligations, the legal system and society more generally" (*Cooper*, at para. 37).
>
> <u>The possibility of some blending of policy considerations was noted by McLachlin C.J. and Major J. in *Cooper*</u>:
>
> > <u>Provided the proper balancing of the factors relevant to a duty of care are considered, it may not</u>

> matter, so far as a particular case is concerned, at which "stage" [policy is considered]. The underlying question is whether a duty of care should be imposed, taking into account all relevant factors disclosed by the circumstances. [para. 27]
>
> [paras. 31-33]
> [Emphasis added.]

[94] In summary, while the determination of whether a relationship of proximity exists includes policy considerations, under the first stage of the *Anns* test, it may not be problematic for such policy considerations to factor into the analysis at second stage. Where there has been "a proper balancing of the factors relevant to a duty of care", it may not matter at which stage policy considerations are evaluated. In my opinion, that is so in this case. The approach taken had no bearing on the underlying question of whether the CFIA owes a duty of care to the appellants and, on appeal, the policy considerations disputed by the parties at trial are in issue in the appellants' appeal of the judge's decision under the second stage policy analysis.

[95] I return now to the appellants' submission the trial judge erred in law in finding the CFIA does not owe a duty of care – they maintain he erred by negating a duty of care based on policy reasons. The appellants submit the judge boiled this down to "a characterization of the CFIA's actions as matters of diplomatic relations or matters for government that are outside the scope of tort law". The essence of their written and oral submissions is that the judge erred in his assessment of the policy considerations and in concluding they weigh against a duty of care. I do not agree the judge erred in his assessment of the related policy considerations.

[96] The determination of whether the CFIA owes a duty of care, and the related policy considerations, begins with the legislative framework governing its operation and defining its duties and responsibilities. Under the *Canadian Food Inspection Agency Act*, S.C. 1997, c. 6, the CFIA has responsibility for the administration and enforcement of the *Agriculture and Agri-Food Administrative Monetary Penalties Act*, S.C. 1995, c. 40, *Canada Agricultural Products Act*, R.S.C. 1985, c. 20 (4th Supp.), *Feeds Act*, R.S.C. 1985, c. F-9, *Fertilizers Act*, R.S.C. 1985, c. F-10, *Fish Inspection Act*,

R.S.C. 1985, c. F-12, *Health of Animals Act*, S.C. 1990, c. 21, *Meat Inspection Act*, R.S.C. 1985, c. 25 (1st Supp.), *Plant Breeders' Rights Act*, S.C. 1990, c. 20, *Plant Protection Act*, S.C. 1990, c. 22 and the *Seeds Act*, R.S.C. 1985, c. S-8. Relevant in this case are the duties and responsibilities which arise, by operation of the *Plant Protection Act*, under the *Convention* and the *Protocol* between Canada and Venezuela.

[97] There are three parts to the trial judge's analysis of the policy considerations relevant to the circumstances in this case.

[98] First, the judge addressed the question of whether the legislation expresses an intention to preclude a private law duty of care. He considered the statutory immunity provision contained in s. 38 of the *Plant Protection Act* and he concluded it did not evidence such an intention. The language of s. 38 is quite narrow, precluding liability for damage "[w]here a person must, by or under this *Act* or the regulations, do anything, including provide and maintain any area, office, laboratory or other facility…or permit an inspector to do anything […]". Although the CFIA maintained at trial s. 38 evidences an intention to preclude a duty of care, the CFIA does not take issue with judge's finding s. 38 does not indicate such an intention. The legislation was later amended to add s. 38.1 and, as a consequence, the result could be different today. Section 38.1 provides:

38.1 No person who exercises powers or performs duties or functions under this Act is liable in respect of anything done or omitted to be done in good faith in the exercise of those powers or the performance of those duties or functions.	**38.1** Toute personne qui exerce des attributions sous le régime de la présente loi bénéficie de l'immunité judiciaire pour les faits — actes ou omissions — accomplis de bonne foi dans l'exercice de ces attributions.

[99] Second, the judge considered the degree to which the alleged negligent acts reflect government policy. The appellants submit the CFIA's failure to act reasonably in the negotiations for the release of the rejected potatoes was an operational failure – a failure in the performance of the duty under the Policy to negotiate – not actions flowing from policy decisions made by or on the part of government. The appellants acknowledge the negotiations with the Venezuelan authorities could have,

indeed, in their view should have, involved diplomatic officials and channels; however, they submit the decisions made by the CFIA and actions taken or to be taken were non-diplomatic in nature.

[100] A decision or act may be both operational and policy in nature, as was explained by McLachlin C.J. in *R. v. Imperial Tobacco Canada Ltd.*, 2011 SCC 42, [2011] 3 S.C.R. 45. As a result, seeking to determine whether a government decision or act ought to be subject to a private law duty of care, based on whether it may be characterized as policy or operational, is less than ideal. After explaining that "[t]he policy/operational distinction, while capturing an important element of why some government conduct should generally be shielded from liability, does not work very well as a legal test" (para. 78), McLachlin C.J. concluded:

> I conclude that "core policy" government decisions protected from suit are decisions as to a course or principle of action that are based on public policy considerations, such as economic, social and political factors, provided they are neither irrational nor taken in bad faith. This approach is consistent with the basic thrust of Canadian cases on the issue, although it emphasizes positive features of policy decisions, instead of relying exclusively on the quality of being "non-operational". It is also supported by the insights of emerging jurisprudence here and elsewhere. This said, it does not purport to be a litmus test. Difficult cases may be expected to arise from time to time where it is not easy to decide whether the degree of "policy" involved suffices for protection from negligence liability. A black and white test that will provide a ready and irrefutable answer for every decision in the infinite variety of decisions that government actors may produce is likely chimerical. Nevertheless, most government decisions that represent a course or principle of action based on a balancing of economic, social and political considerations will be readily identifiable. [para. 90]
>
> [Emphasis added.]

[101] Relying on the approach articulated by McLachlin C.J. in *Imperial,* the trial judge concluded the negotiations for the release of the potatoes, which might normally be regarded as operational, were "in reality a matter of policy because [they

were] the outcome of a course of action adopted to address social and economic considerations". Referring to the impugned decisions of the CFIA (1) to not send their inspectors to the meeting with Ms. Sandoval on December 21, 2009, (2) to not send the "diplomatically aggressive" January 11, 2010 letter from Ms. Swan, the President of the CFIA, to the President of INSAI, (3) to engage Ms. Sandoval in response to her willingness to meet over issues relating to the *Protocol* but not the rejected potatoes, and (4) to thereafter seek to manage and preserve the relationship with a view to facilitating the acceptance of future shipments, and not the release of the rejected potatoes, the trial judge stated:

> This was an approach driven by economic and political considerations. The CFIA had no effective legal recourse; both the Protocol and IPPC required disputes to be resolved by diplomatic means. All that was left to the CFIA was "diplomacy" – defined in *Blacks Law Dictionary*, 5th Edition, as "the art and practice of conducting negotiations between foreign governments ..." -- and this was particularly true given the reality, in the words of Mr. Salesse (paragraph 45), "potatoes are a delicate and perishable product". I do not know if the CFIA could have persuaded INSAI to reverse its position if Messrs [MacSwain] and McManus had attended the December 21 meeting or if the Canadian authorities had been more aggressive in their efforts. Similarly, I do not know what impact more aggressive efforts could have had in the context of the Protocol or the overall Canada/Venezuela trade relationship. What I do know is that the CFIA made a deliberate determination that the course of action described in paragraph 107 was optimal in the circumstances.
>
> I have no idea whether the CFIA was right or wrong and do not believe anyone -- including this Court -- can answer that conclusively. However, what is apparent to me is that the trade-offs and considerations involved in the CFIA decision-making process were reflective of diplomacy between sovereign states where there is no effective legal recourse, no clearly correct answer and decisions must be weighed and balanced based on their economic, social and/or political impact on Canadian interests. The Record is clear (paragraphs 15, 31, 40, 42, 49, 50, 55, 65, 66 and 67) that, throughout the course of its dealings with the Venezuelan authorities with respect to the Plaintiff's

> potatoes, the CFIA viewed Venezuela as a challenging market and was concerned about the impact of its actions on the Venezuelan-potato market, other Canadian agricultural exports to Venezuela and the overall Canada -- Venezuela relationship. The CFIA, as a Crown entity with a statutory duty to protect the agricultural sector of the economy and an implicit duty to act in accordance with Canadian diplomatic interests, had a responsibility to Canada to engage in this type of broad-based decision making. However, this is entirely inconsistent with the existence of a duty to "do what it took" to get the specific lots of rejected potatoes into Venezuela.
>
> In my view, the actions and determinations that gave rise to the Plaintiffs' claims are matters for Government, which do not give rise to a cause of action, as they represent a course of action which was the outcome of a balancing of economic, social and political considerations by the CFIA and other Canadian Governmental authorities in the conduct of diplomatic relations with the Venezuelan state. Consequently, they qualify, in the words of Chief Justice [McLachlin] from *Imperial*, as "a course [or] principle [of] action [that are] based on public policy considerations" which cannot support a cause of action. [paras. 108-110]

[102] The appellants' submission the judge's analysis is flawed, based on the premise the CFIA's actions were merely operational, is not persuasive. The reasons given by the trial judge explain this well. Moreover, while the appellants' desire for the CFIA to more aggressively pursue the release of their potatoes is understandable, the very actions they say the CFIA should have undertaken to secure their release evidences the degree to which the dealings with the Venezuelans engaged public policy considerations. There are economic and political considerations, of varying degrees, in deciding whether it is advisable, in contrast to the actions taken, to go further and: (1) have CFIA inspectors meet with Ms. Sandoval; (2) aggressively elevate the claim the Venezuelan inspections were flawed to the President of the INSAI; (3) have the Canadian Ambassador to Venezuela pursue the release of rejected potatoes with the Venezuelan Minister of Agriculture; (4) have the Canadian Minister of Agriculture contact the Venezuelan Minister of Agriculture to seek his intervention to reverse INSAI's decision to reject the potatoes, on the basis the Venezuelan inspectors were wrong and the

Canadian inspectors were right; and/or (5) stop issuing Phytosanitary Certificates for potatoes to Venezuela, regardless of whether the potatoes meet the requisite sanitary conditions, contrary to Canada's obligations under the *Convention* and/or *Protocol*.

[103] Factoring into the ongoing decisions regarding the appropriate course of action were considerations that went well beyond the rejected potatoes. To the extent that the "negotiations" with Venezuela, a foreign state, moved past technical level discussions, to attempt to sort out any obvious reasons for a discrepancy in the inspection results, the decisions involved a weighing of economic and political considerations and were necessarily diplomatic. Importantly, and as all were aware, the *Protocol* expressly provides that, in the event of a dispute, "any disagreements in the interpretation or execution of this *Protocol* will be resolved amicably between the parties, through diplomatic channels". There was no way to adjudicate a particular impasse. Any resolution would come through discussion, which, depending on the level, could include broad policy considerations. As a consequence of such considerations, not every skirmish could be elevated into a full offensive.

[104] Third, the judge's analysis of the relevant policy considerations included assessing whether the claimed duty of care conflicts with a duty imposed on the CFIA under the relevant statutory framework. Not surprisingly, this issue overlaps, to some extent, consideration of whether the alleged duty relates to matters of government policy.

[105] There is no dispute regarding the trial judge's conclusion that a purpose of the legislation is the protection of the agricultural sector of the Canadian economy, as was found in *Adams*. As well, there is no dispute the CFIA bears additional responsibilities under the *Convention* and *Protocol*. However, as mentioned earlier, the appellants submit a mere duty to negotiate is not incompatible with the CFIA's other duties – at least not to the extent it is necessary to deny a duty of care in connection with the CFIA's obligation to negotiate. I do not agree. In my view, the trial judge did not err in finding the CFIA's duties conflict with a private law duty of care of the type claimed by the appellants.

[106] For a concise statement of the consequences of conflicting duties, I reproduce again the words of Abella J. in *Syl Apps Secure Treatment Centre*:

> Where an alleged duty of care is found to conflict with an overarching statutory or public duty, this may constitute a compelling policy reason for refusing to find proximity (*Cooper*, at para. 44; *Edwards*, at para. 6). Such a conflict exists where the imposition of the proposed duty of care would prevent the defendant from effectively discharging its statutory duties. […] [para. 28]
>
> [Emphasis added.]

[107] Explaining his reasons for concluding the duty of care claimed by the appellants conflicts with the CFIA's statutory duties, the judge states:

> In addition, in order for the Plaintiffs to succeed, they must establish that the duty of care owed to them, in relation to the specific lots of rejected potatoes, trumps any discretion the CFIA otherwise enjoyed to make decisions on the basis of broader agricultural interests or the overall Canada/Venezuela relationship. In other words, at the moment in time the CFIA reached out to the Venezuelan authorities on December 11, 2009, it lost the ability to make decisions in the broader Canadian context. This is not an argument I am prepared to accept. As previously discussed, the CFIA operates under a legislative mandate to safeguard the agricultural sector of the economy as a whole, and as a statutory agency of Canada is obligated to take into account Canada's standing in the world and diplomatic endeavors in its dealings with other nations. It is inappropriate to treat sub-paragraph 7.1.1 of the CFIA Policy as akin to a contractual commitment.
>
> In *Cooper* the duty of the Registrar of Mortgage Brokers to act fairly in removing a broker's license for the benefit of the public, was found to be inconsistent with a duty of care to specific investors. In both *Syl Apps Secure Treatment Centre v. B.D.*, 2007 SCC 38, and *McCrea v Canada* [*(Attorney General)*], 2015 FC 592, the Courts cautioned against finding a private duty of care where there is an overarching statutory or public duty. Unlike *Adams*, this is not an instance where inspection practices can be evaluated against common sense and/or established inspection

> methodology. Rather we are, as previously discussed, very much into the area of diplomacy between sovereign nations where there is no effective legal recourse and no correct answer. The suggestion the CFIA was under a specific duty to bring about the entry of the rejected potatoes into Venezuela, in the circumstances of this case, is fundamentally inconsistent with the degree of flexibility required to support the duty to act broadly in support of Canadian agricultural and economic interests. The suggestion that the discretion of the CFIA, to act broadly in support of Canadian economic interests, becomes fettered anytime it engages a representative of a foreign state on behalf of a Canadian exporter, is not one I am prepared to accept. I anticipate this may be why the parties were unable to direct me to any jurisprudence involving a negligence claim against a Crown entity arising out of the conduct of diplomatic relations with a foreign state. [paras. 111-112]
>
> [Emphasis added.]

[108] The incompatibility of the CFIA's statutory duties with a private law duty of care to the appellants is not theoretical; it is evident from the facts at the heart of the appellants' claim. As soon as the CFIA became involved with the rejected potatoes, officials were necessarily mindful of the need to act with sensitivity to the ongoing relationship with the Venezuelan authorities and to avoid exacerbating problems that could affect both future shipments of Canadian potatoes and the larger trade relationship. This was particularly so since, at the time, Venezuela was more politically uncertain than had previously been the case and there was an increased need to work at preserving the existing relationship, including the CFIA's reputation and credibility under the *Protocol* and the benefit of the phytosanitary system under the *Convention.* There could be no expectation the CFIA would pursue the negotiations as though it were an agent of the appellants. Despite its efforts to achieve the release of the rejected potatoes, the CFIA ultimately concluded, having regard to its other duties, it was best to work cooperatively with the representatives of INSAI and attempt to work through the issues that were behind the rejection of the appellants' potatoes. At this point, in mid-January 2010, the objectives of the CFIA and the appellants very clearly diverged. The appellants, unconstrained by the same duties or responsibilities, were free to remain focused on only their own interest, the release of the rejected potatoes. This divergence reflects more than

a different assessment of what was achievable or a difference of opinion as to how best conduct the negotiations. It reflects the point at which the CFIA concluded that, in order to fulfil its broader duties, the efforts to secure the release of the appellants' potatoes had to be subordinated, if not abandoned. Indeed, the appellants implicitly recognized the CFIA's statutory duties when they asserted the CFIA was not doing enough to cause the Venezuelans to respect the *Protocol*.

[109] The dispute resolution provision under the *Protocol* required Canada to resolve disagreements in the interpretation or execution of the *Protocol* "amicably" and "through diplomatic channels". Had the "negotiations" remained at a technical level, focused on phytosanitary and/or inspection issues, such as whether the potatoes met the standard established by Venezuela under the *Protocol*, the situation might be different. After all, it is difficult to contemplate what policies or duties would be engaged or conflict with discussions at that level – arguably, as contemplated by the Policy. However, while the underlying problem with the rejected potatoes ostensibly related to phytosanitary issues, the method of resolving any such disagreement, was quickly elevated to a level involving matters of government policy and to a point where they conflicted with duties legislatively imposed on the CFIA.

[110] The 2009-2010 export season was unique and difficult. The appellants, the CFIA and Canadian trade officials were presented with a sensitive and uncertain political climate, giving rise for all to reasonably question what was truly at play and leading to considerable debate on how to proceed. For the CFIA, this meant there was an effort to carefully walk a line between being as assertive as possible in the effort to secure the release of what it accepted were wrongfully rejected potatoes and not increasing the risk to future shipments or damaging the larger trade relationship.

[111] In my opinion, the appellants have not established an error in the judge's analysis and I would dismiss this ground of appeal.

D. *The 4th and 5th Grounds – The Standard of Care and Causality*

[112] Having concluded I would dismiss the previous ground of appeal, it is not necessary to determine the 4th and 5th grounds. However, I will address the appellants' claim the trial judge erred in concluding that, if a duty of care were owed, the CFIA met the requisite standard of care. I will not address the appellants' ground of appeal relating to causation, because the disposition of previous grounds, including the 4th, are determinative of the appeal.

[113] The appellants submit the trial judge erred:

- in law (i) by failing to determine the proper standard of care for the CFIA's duty to negotiate and, in this regard, they say the proper standard of care is that of a reasonable regulatory official, having regard to the likelihood of a known or foreseeable harm, the gravity of the harm, and the burden or cost required to prevent the injury (*Adams*, at paras 49 and 51), (ii) by failing to find a high standard of care having regard to the fact that the potatoes were perishable, their destruction would cause a significant loss to the appellants and the cost of negotiating their release was low, and (iii) by finding the CFIA's actions fell within the range of reasonable outcomes;

- in fact by accepting that the CFIA found, in early January 2010, the rejection of the potatoes would not be reversed, based on a single letter received from Ms. Sandoval dated January 6, 2010; and

- in fact and law by "excusing" the CFIA's delays and failure to escalate the appellant's issues based **on an irrelevant consideration** (emphasis added) which was not within the scope of the mandate to negotiate under the policy.

[114] Apart from the appellants' assertion the judge applied the wrong standard of care, their written and oral submissions essentially reargue, on the undisputed facts, the CFIA's failure to do more to secure the release of their potatoes fails to meet the standard of care of a reasonable regulatory official in like circumstances. Their submissions emphasize, as "most impactful", the failure of the CFIA to send Messrs. MacSwain and McManus to the meeting with Ms. Sandoval on Monday, December 21, 2009. Similarly, they submit as very significant to their claim, the CFIA's failure to send the forceful letter from the President of the CFIA in January 2010 and to engage the Minister of Agriculture until February 2010, after the second time a portion of a shipment of potatoes had been rejected.

[115] I repeat, the trial judge addressed the standard of care issue only in the event he was mistaken there was no duty of care. He began his assessment by identifying the standard of care. He concluded the CFIA owed "a duty to act reasonably in the performance of its roles and responsibilities under the CFIA Policy and Protocol". Since the impugned conduct related to the CFIA's efforts to negotiate with the Venezuelan authorities, the judge considered it necessary to apply the standard in a manner that accounts for the inherent discretion and uncertainty involved in such an undertaking. He found helpful the observations of McLachlin C.J. in *Hill v. Hamilton–Wentworth Regional Police Services Board*, 2007 SCC 41, [2007] 3 S.C.R. 129, a decision involving a claim alleging negligent police investigation. The judge concluded that evaluating conduct relating to negotiations requires the recognition that the acts and decisions under review involve an inherent discretion, similar to evaluating conduct involving a police investigation. In particular, the judge referred to the following comments of McLachlin C.J.:

> I conclude that the appropriate standard of care is the overarching standard of a reasonable police officer in similar circumstances. <u>This standard should be applied in a manner that gives due recognition to the discretion inherent in police investigation</u>. <u>Like other professionals, police officers are entitled to exercise their discretion as they see</u>

> fit, provided that they stay within the bounds of reasonableness. The standard of care is not breached because a police officer exercises his or her discretion in a manner other than that deemed optimal by the reviewing court. A number of choices may be open to a police officer investigating a crime, all of which may fall within the range of reasonableness. So long as discretion is exercised within this range, the standard of care is not breached. The standard is not perfection, or even the optimum, judged from the vantage of hindsight. It is that of a reasonable officer, judged in the circumstances prevailing at the time the decision was made – circumstances that may include urgency and deficiencies of information. The law of negligence does not require perfection of professionals; nor does it guarantee desired results (Klar, at p. 359). Rather, it accepts that police officers, like other professionals, may make minor errors or errors in judgment which cause unfortunate results, without breaching the standard of care. The law distinguishes between unreasonable mistakes breaching the standard of care and mere "errors in judgment" which any reasonable professional might have made and therefore, which do not breach the standard of care. (See *Lapointe v. Hôpital Le Gardeur*, [1992] 1 S.C.R. 351; *Folland v. Reardon* (2005), 74 O.R. (3d) 688 (C.A.); Klar, at p. 359.) [para. 73]
>
> [Emphasis added.]

[116] The appellants assert the trial judge erred by failing to apply the standard of care articulated in *Adams*. As noted earlier, the judge distinguished the appellants' claim from that in *Adams*, where "Agcan owed a duty of care to the appellant farmers to conduct a timely investigation into the identity and source of the virus affecting the tobacco crops in question" (para. 65). The negligent acts related to flawed testing of a potato virus (undertaken to identify the source of the virus) and were found in *Adams* to be akin to negligent inspection cases. Neither of the parties' submissions identified any other authority in connection with the judge's rationale for applying the standard of care as described in *Hill*, either for or against. It is my view the judge's determination of the standard of care and its application in this manner do not reflect an error of law. If there had been a duty of care, the CFIA would have had to act reasonably, including in its duty to negotiate under the Policy; the standard of care would necessarily recognize the very nature of negotiations. It is an undertaking which involves the weighing of often

competing options and strategies, on an ongoing basis, as positions and circumstances change. It is an exercise of judgment and discretion where the range of options is broad, many of which could fall within a range of reasonableness.

[117] Beyond this, the appellants' submissions seek to have us make our own assessment of the facts and conclude, with the benefit of hindsight, the CFIA failed to act reasonably, largely because the CFIA did not do what they maintain it should have done. However, that is not our role. The judge's assessment of the evidence and his conclusion the CFIA's conduct did not fall below the standard do not reflect error, let alone a palpable and overriding error. The appellants' submissions do not cause me to doubt, for example, the judge's finding that "[e]ven with the benefit of [hindsight], I find no basis upon which to dispute the reasonableness" of the decision to work through Ms. Sandoval "in a conciliatory fashion" (para. 120). The same may be said of his other findings regarding decisions made by the CFIA in an attempt to negotiate the release of the rejected potatoes.

[118] It is also important to recognize that even if policy considerations do not rise to a level that they negate a duty of care, such considerations may factor into an assessment of the reasonableness of the alleged negligent acts. For example, in this case, the CFIA's other duties (even if not existing to an extent that they would negate a duty of care), would factor into an assessment of the reasonableness of a particular course of action.

[119] In my view, the trial judge simply did not err in deciding that, if there was a duty, the CFIA met the standard expected of it.

V. Disposition

[120] For these reasons, I would dismiss the appeal with costs of $3,000.

Version française de la décision de la Cour rendue par

LE JUGE FRENCH

I. Introduction

[1] Les appelantes, Cropvise Inc. et Wolf & Wolf Seeds Inc., soutiennent que l'intimée, l'Agence canadienne d'inspection des aliments (« ACIA »), a été négligente dans les négociations visant le dédouanement de leurs pommes de terre de semence qu'elle a entreprises avec les autorités vénézuéliennes. À la suite d'une inspection réalisée au moment de leur livraison à Puerto Cabello, au Venezuela, l'admission des pommes de terre dans ce pays a été refusée.

[2] Cropvise et Wolf Seeds avaient conclu des contrats selon lesquels elles devaient fournir des pommes de terre de semence à une compagnie appartenant à l'État qui était responsable de l'importation de produits agricoles au Venezuela. Elles ont livré les pommes de terre dans des conteneurs réfrigérés, qui sont arrivés à Puerto Cabello à divers moments de novembre 2009 à avril 2010. Le premier envoi a été accepté sans incident en novembre 2009. Toutefois, le 6 décembre 2009, 16 conteneurs d'un envoi comportant approximativement 50 conteneurs ont été rejetés par les autorités vénézuéliennes. On alléguait que les pommes de terre rejetées ne satisfaisaient pas aux normes indiquées dans les certificats phytosanitaires qui les accompagnaient. Les certificats avaient été délivrés par l'ACIA conformément à la Convention internationale pour la protection des végétaux (la « Convention ») et à un protocole bilatéral relatif aux pommes de terre conclu par le Canada et le Venezuela (le « protocole »). En réponse au rejet, l'ACIA a envoyé deux inspecteurs au Venezuela, a fait inspecter de nouveau les pommes de terre rejetées en présence d'inspecteurs vénézuéliens et a informé les autorités vénézuéliennes que les pommes de terre étaient conformes aux certificats puisqu'elles satisfaisaient aux normes exigées par le protocole. Malgré cette affirmation et les efforts subséquents visant à obtenir le dédouanement des pommes de terre, la position des Vénézuéliens n'a pas changé, les pommes de terre rejetées n'ont pas été

dédouanées et, en fin de compte, elles ont été détruites. Leur valeur était estimée à plus de 100 000 $. Comme l'exigeaient leurs contrats, les appelantes ont continué de livrer des pommes de terre de semence au Venezuela. Bien que quelques parties de trois envois subséquents ont été rejetées de façon similaire, la plus grande partie, soit environ 88 %, des pommes de terre livrées au Venezuela ont été acceptées. Approximativement 12 % d'entre elles ont été rejetées.

[3] Dans leur action intentée contre l'ACIA, les appelantes réclament collectivement des dommages-intérêts particuliers d'environ 3 500 000 $ pour les pertes subies au cours de la saison 2009-2010. Elles réclament aussi une somme non déterminée pour les pertes de profits subies au cours des trois saisons subséquentes, pendant lesquelles elles ont été incapables, selon elles, de vendre sur le territoire vénézuélien. Les appelantes ne prétendent pas que des erreurs ont été commises dans l'inspection par l'ACIA de leurs pommes de terre ou dans l'exactitude des certificats phytosanitaires délivrés par l'ACIA. En fait, les appelantes s'appuient sur l'exactitude des certificats phytosanitaires pour soutenir que les autorités vénézuéliennes ont rejeté à tort leurs pommes de terre et qu'elles ont agi contrairement à la Convention et au protocole. Les appelantes déclarent que l'ACIA n'a pas pris des mesures raisonnables lorsqu'elle s'acquittait de son devoir [TRADUCTION] « de négocier » avec les autorités vénézuéliennes pour que les pommes de terre soient dédouanées.

[4] Après un procès de sept jours, un juge de la Cour du Banc de la Reine a rejeté la demande des appelantes. Il a conclu que l'ACIA n'avait pas d'obligation de diligence relativement à ses négociations visant le dédouanement des pommes de terre rejetées. Même si l'ACIA, selon les conclusions du juge, avait une obligation de diligence à première vue envers les appelantes, il a jugé que des considérations de politique résiduelles annulaient cette obligation. De plus, le juge a conclu que même s'il y avait une obligation de diligence à l'égard des appelantes, ces dernières n'ont pas établi que l'ACIA avait manqué à la norme de diligence requise ou que leurs pertes avaient été causées par un tel manquement.

[5] En appel, Cropvise et Wolf Seeds soutiennent que le juge a commis une erreur lorsqu'il a conclu qu'il n'y avait pas d'obligation de diligence envers elles en raison de considérations de politique générale. Elles décrivent les efforts déployés par l'ACIA en vue de négocier le dédouanement des pommes de terre comme opérationnels, et non comme étant le résultat d'une décision de politique générale du gouvernement ou d'un type d'engagement gouvernemental qui, pour des raisons de politique générale, devrait entraîner une exonération de responsabilité en négligence. Bref, Cropvise et Wolf Seeds affirment que le juge a commis une erreur lorsqu'il a conclu que l'ACIA n'a aucune responsabilité juridique relativement à une conduite qui serait par ailleurs considérée comme négligente. Elles soutiennent de plus que le juge a commis une erreur lorsqu'il a conclu que l'ACIA avait satisfait à la norme de diligence requise et que le lien de causalité n'avait pas été établi.

[6] Je suis d'avis de rejeter l'appel pour les motifs qui suivent.

II. Contexte

[7] Le juge de première instance a réalisé un examen complet des circonstances qui ont mené au rejet des pommes de terre des appelantes et des efforts déployés par les parties en vue d'obtenir leur dédouanement. Les appelantes ne contestent pas les conclusions de fait du juge (aux par. 1 à 75 des motifs de la décision).

[8] En 2009, Cropvise et Wolf Seeds exerçaient dans le domaine de l'exportation de pommes de terre de semence provenant de cultivateurs du Nouveau-Brunswick et de l'Île-du-Prince-Édouard à des importateurs au Venezuela.

[9] Wolf Seeds est une corporation extraprovinciale enregistrée pour exercer son activité au Nouveau-Brunswick. Sam Wolf, un dirigeant de la corporation, habite en Floride et travaille dans le domaine des pommes de terre de semence depuis 1973. Il est la troisième génération exploitant l'entreprise lancée par son grand-père en 1903. Elle

vend des pommes de terre de semence à des importateurs au Venezuela depuis les années 1960.

[10] Cropvise, une corporation néo-brunswickoise, a été formée par Dwight Hansen en 1994-1995. Après un certain temps, Cropvise a commencé à vendre des pommes de terre de semence et de consommation. En 2003, elle a vendu pour la première fois des pommes de terre de semence à des importateurs au Venezuela. Cropvise est devenue une fournisseuse régulière pour les importateurs vénézuéliens en 2008.

[11] Depuis 2009, une entreprise appartenant au gouvernement vénézuélien est devenue l'unique importatrice de pommes de terre de semence du Canada. Avant cela, Cropvise et Wolf Seeds vendaient à un certain nombre d'importateurs privés du Venezuela. Une lettre datée du 10 août 2009 envoyée au Gouvernement du Canada et à l'ACIA, qui commençait en disant [TRADUCTION] « nous sommes heureux de vous adresser un salut révolutionnaire et bolivien », indiquait que la vente des pommes de terre de semence du Canada au Venezuela devait être faite à la [TRADUCTION] « Compagnie bolivienne de la mise en marché des produits et services agricoles, SA (ECISA), une compagnie appartenant à l'État créée pour s'occuper de l'achat, de l'importation et de la distribution des importations agricoles ».

[12] La preuve présentée au procès se rapportant aux changements politiques qui ont eu lieu au Venezuela en 2009 n'était pas simplement anecdotique en ce qui concerne le présent différend, et le juge en parle dans ses motifs relativement à un certain nombre de questions. Comme il l'a remarqué, le degré d'incertitude commerciale causé par les changements politiques au Venezuela a été clairement mis en évidence par la décision d'Exportation et développement Canada (EDC) de ne <u>pas</u> étendre sa couverture d'assurance aux envois de pommes de terre de semence au Venezuela en 2009 et en 2010. EDC, l'agence de crédit à l'exportation du Gouvernement du Canada, vise à appuyer les exportateurs canadiens qui vendent leurs marchandises à des acheteurs étrangers.

[13] Le juge a aussi remarqué que l'incertitude avait été reconnue par les appelantes. À tout le moins, le fait que M. Wolf prévoyait d'être présent au Venezuela à l'arrivée du premier envoi de pommes de terre de Wolf Seed témoignait d'une augmentation de son degré d'inquiétude. Comme l'a observé le juge, le Venezuela était un marché auquel Wolf Seeds envoyait de la marchandise depuis presque 50 ans. Pourtant, avant la livraison, M. Wolf a demandé l'intervention de représentants du commerce de l'ambassade du Canada à Caracas. Dans un courriel envoyé le 12 novembre 2009 à M. Ramirez, un représentant du commerce de l'ambassade du Canada, M. Wolf le remercie pour l'appui fourni par l'ambassade du Canada et lui demande d'être présent au déchargement des pommes de terre. En expliquant son inquiétude, M. Wolf a écrit ce qui suit :

> [TRADUCTION]
> À la suite de notre conversation de la semaine dernière, nous aimerions accepter votre offre d'être présent à Puerto Cabello à l'arrivée du navire <u>afin de veiller à ce que l'inspection des pommes de terre fournies par les fermiers canadiens soit basée sur leur qualité et non sur d'autres critères</u>. [C'est moi qui souligne.]

[14] Les contrats d'approvisionnement conclus entre Cropvise et Wolf Seeds, en tant que vendeuses, et l'ECISA, en tant qu'acheteuse, pour la saison 2009-2010 n'ont pas été versés en preuve. Toutefois, le juge a tiré les conclusions suivantes relativement à l'essentiel de leurs obligations contractuelles :

- Les pommes de terre de semence devaient être envoyées par Cropvise et Wolf Seeds à Puerto Cabello, au Venezuela, dans des conteneurs réfrigérés contenant chacun environ 27,5 tonnes de pommes de terre (à une température maintenue à 8 °C);

- Le titre de propriété des pommes des terres, et la responsabilité à l'égard de celles-ci, allaient seulement être transmis à l'ECISA après que les pommes de terre aient fait l'objet d'une inspection au port par l'équivalent

vénézuélien de l'ACIA, l'Instituto Nacional de Salud Agricola Integral (« INSAI »), et que leur entrée au Venezuela ait été admise;

- Avant la transmission du titre de propriété, l'ECISA n'était aucunement responsable des pommes de terre, et Cropvise et Wolf Seeds n'avaient aucun droit d'exiger un paiement. De plus, l'ECISA n'était pas tenue d'aider à l'importation des pommes de terre, et ce, malgré le fait que des représentants de l'ECISA et de l'INSAI aient réalisé une inspection des pommes des terres au Canada préalablement à leur envoi;

- Cropvise et Wolf Seeds étaient tenues de fournir une sûreté en garantie d'exécution de leurs engagements en matière d'approvisionnement à l'ECISA et elles n'avaient aucun droit contractuel de refuser d'envoyer des pommes de terre à l'avenir si les envois précédents étaient entièrement ou partiellement rejetés par l'INSAI.

Compte tenu de ces conclusions, il n'est pas difficile de voir pourquoi le juge a observé que Cropvise et Wolf Seeds assumaient, en application de leurs contrats, la totalité du risque qu'on refuse l'entrée des pommes de terre au Venezuela – un risque qu'elles étaient incapables d'atténuer au moyen de l'assurance d'EDC.

[15] Avant de me pencher sur le rejet des pommes de terre de semence arrivées au Venezuela en décembre 2009, j'expliquerai le rôle que l'ACIA et son homologue, l'Instituto Nacional de Salud Agricola Integral, ont joué dans l'importation par l'ECISA des pommes de terre de semence canadiennes au titre des contrats conclus avec Cropvise et Wolf Seeds.

[16] Le Canada et le Venezuela sont des parties à la Convention internationale pour la protection des végétaux, qui est entrée en vigueur en 1952. La Convention régit le commerce international de certains produits agricoles, y compris les semences, en vue d'éviter la propagation d'organismes nuisibles. Chaque État contractant est tenu d'établir

une organisation nationale de la protection des végétaux (« ONPV »), qui est chargée d'exécuter les obligations qui incombent à l'État en application de la Convention. Au Canada, l'organisation nationale de la protection des végétaux est l'ACIA, comme le prévoit la *Loi sur la protection des végétaux*, L.C. 1990, ch. 22. Au Venezuela, c'est l'INSAI. Il est pertinent eu égard aux circonstances de l'espèce, mais il n'est pas surprenant, que les obligations imposées à l'ACIA par la *Loi sur la protection des végétaux* ne constituent qu'une partie de ses responsabilités. Elle a d'autres responsabilités qui découlent tant de sa propre loi habilitante que d'autres lois fédérales.

[17] Selon la Convention, chaque État conserve le droit d'établir les exigences phytosanitaires devant être respectées pour qu'un produit agricole, des semences en l'espèce, puisse y être importé. De plus, la Convention prévoit que l'ONPV d'un État exportateur (l'ACIA) soit tenu de délivrer des certificats phytosanitaires à l'ONPV d'un État importateur (INSAI). Les certificats phytosanitaires confirment à l'État importateur que les semences ont été inspectées préalablement à l'envoi et que les normes phytosanitaires s'appliquant à elles ont été respectées. L'intention, semble-t-il, n'est pas seulement de prévenir la propagation d'organismes nuisibles, mais aussi de veiller à ce que les semences, avant leur exportation, respectent les normes phytosanitaires de l'État importateur, de sorte à éviter (ou du moins à réduire) le risque qu'elles soient rejetées pour des raisons phytosanitaires au moment de leur importation. La Convention prévoit que le système ne doit pas servir à refuser l'entrée aux semences, sauf si le refus est exigé pour des considérations phytosanitaires et s'il est techniquement justifié.

[18] L'ACIA a établi une politique relative à la délivrance des certificats phytosanitaires. Comme l'explique cette politique, les certificats phytosanitaires délivrés par l'ACIA à l'ONPV d'un pays importateur sont considérés comme des « documents officiels délivrés par une autorité gouvernementale » qui doivent être vérifiés attentivement et qui, même s'ils facilitent les échanges commerciaux, ne sont pas des « documents commerciaux » et ne peuvent être ni exigés ni délivrés par les importateurs, les exportateurs, les courtiers ou les banques, notamment. Cela est important puisque

l'ACIA a brièvement suspendu la délivrance de certificats phytosanitaires sur l'insistance des appelantes.

[19] Les appelantes invoquent la politique comme source de l'obligation incombant à l'ACIA de négocier en vue d'obtenir le dédouanement de leurs pommes de terre. Sous le titre [TRADUCTION] « Responsabilités de l'ACIA », la politique prévoit ce qui suit :

> [TRADUCTION]
> Groupe des agents des marchandises d'exportation (AME)
>
> Établir des politiques sur la délivrance des certificats phytosanitaires et donner des directives à leur sujet.
>
> Demander des précisions de la part d'organisations étrangères de la protection des végétaux relativement à leurs exigences phytosanitaires en matière d'importation en cas de contradiction ou de manque de renseignements phytosanitaires.
>
> […]
>
> Négocier ou participer aux négociations avec des organisations étrangères de la protection des végétaux en vue de réduire leurs exigences phytosanitaires relatives aux importations lorsque les exigences actuelles ne sont pas techniquement justifiées.
>
> Négocier le dédouanement d'envois détenus **pour des raisons censément phytosanitaires**.
>
> [Le soulignement et les caractères gras sont de moi.]

[20] La politique décrit aussi les [TRADUCTION] « Responsabilités des exportateurs ». En voici certaines :

> [TRADUCTION]
> Connaître les exigences phytosanitaires relatives à l'importation de la marchandise qu'ils ont l'intention d'exporter avant de signer des contrats ou des LDC. Les exigences relatives à certaines destinations et à certains produits peuvent être obtenues auprès de l'ACIA, dans le permis d'importation ou auprès de l'importateur.

> L'information provenant de l'ONPV étrangère qui est fournie par l'importateur doit être vérifiée auprès du bureau local de l'ACIA.
>
> […]
>
> Remplir et signer la demande d'inspection des exportations et de certification phytosanitaire – formule CFIA/ACIA 3369, pour chaque certificat phytosanitaire demandé, et la soumettre au bureau de l'ACIA compétent. […].
>
> Veiller à ce que les envois respectent les exigences phytosanitaires relatives à l'importation du pays importateur et préserver le statut phytosanitaire du produit après l'inspection et la certification.

[21] En 1999, le Canada et le Venezuela ont conclu un accord bilatéral en vue d'établir un protocole pour l'exportation des pommes de terre de semence et de consommation au Venezuela. Le protocole concorde avec la Convention, mais il porte expressément sur les pommes de terre. Le juge de première instance a résumé comme suit les dispositions pertinentes du protocole :

> [TRADUCTION]
>
> a) les envois de pommes de terre doivent être exempts d'organismes de quarantaine et être en dessous des niveaux tolérés d'organismes qui ne sont pas mis en quarantaine;
>
> b) toutes les pommes de terre de semence doivent être mises en paquets tel qu'indiqué dans le protocole, être traitées au moyen d'un fongicide et être munies d'une étiquette indiquant qu'il s'agit de pommes de terre de semence certifiées et destinées à l'exportation;
>
> c) chaque champ de pommes de terre de semence doit être inspecté deux fois au cours de la saison de croissance par des inspecteurs de l'ACIA et toutes les pommes de terre de semence doivent provenir d'un programme de certification de pommes de terre de semence approuvé par le SENASEM;

d) un permis d'importation sera exigé pour toutes les exportations de pommes de terre au Venezuela, et des inspections visuelles des [TRADUCTION] « tubercules non nettoyés » seront menées au point d'entrée en vue d'assurer la conformité avec les exigences qualitatives énoncées dans le protocole;

e) les certificats phytosanitaires délivrés par l'ACIA pour chaque envoi doivent confirmer que l'envoi est conforme aux tolérances énoncées dans le protocole;

f) l'entrée sera refusée aux envois qui s'avèrent infestés d'organismes de quarantaine, mais dans le cas d'organismes qui ne sont pas mis en quarantaine qui excèdent les limites tolérées précisées, les autorités vénézuéliennes (INSAI et SENASEM) [TRADUCTION] « pourront exiger le reconditionnement du lot afin qu'il respecte les critères de tolérance »;

[TRADUCTION]
g) « lorsqu'il s'avère qu'un envoi ne respecte pas les critères de tolérance s'appliquant à des facteurs de qualité, p. ex. endommagement mécanique, dommage causé par le gel, la chaleur ou l'eau […], le sort de l'envoi sera déterminé par les parties au contrat »;

[TRADUCTION]
h) « tout différend quant à l'interprétation ou à l'exécution du présent protocole sera réglé à l'amiable par les parties, par la voie diplomatique ».

[C'est moi qui souligne]

[22] Il incombe à l'ACIA de respecter les obligations imposées au Canada par le protocole. INSAI et Senasem de Fonalap (« SENASEM ») sont les entités chargées de l'exécution des obligations du Venezuela. Le SENASEM est le service national des semences du Venezuela.

[23] Ni la Convention ni le protocole ne prévoit de procédure de règlement des litiges survenant entre les parties. La Convention dispose que les différends survenant entre les États contractants peuvent être renvoyés à un comité d'experts pour examen. Toutefois, toute recommandation ou décision du comité est non contraignante. Le

protocole prévoit que [TRADUCTION] « tout différend quant à l'interprétation ou à l'exécution du présent protocole sera réglé à l'amiable par les parties, par la voie diplomatique ».

[24] Je reviens à présent aux envois de pommes de terre des appelantes durant la saison 2009-2010. Les pommes de terre rejetées ont été inspectées au Canada par l'ACIA avant d'être envoyées au Venezuela, comme l'exigent la Convention et le protocole. Les certificats phytosanitaires pertinents délivrés à l'INSAI par l'ACIA attestent que les pommes de terre :

> [TRADUCTION]
> […] sont considérées comme exemptes de tout organisme de quarantaine mentionné par la partie contractante d'importation et sont conformes aux exigences phytosanitaires actuelles de cette partie, y compris les exigences ayant trait aux organismes réglementés qui ne sont pas mis en quarantaine. Elles sont considérées comme pratiquement exemptes d'autres organismes nuisibles et [TRADUCTION] « <u>les pommes de terre contenues dans l'envoi sont conformes au protocole relatif à l'envoi de pommes de terre de semence et de consommation certifiées du Canada au Venezuela, daté de novembre 1999...</u> »
> [C'est moi qui souligne]

[25] Toutes les parties au présent litige soutiennent que les certificats phytosanitaires étaient exacts et que les pommes de terre étaient conformes aux exigences vénézuéliennes, tant avant leur envoi qu'à leur arrivée au Venezuela. Donc, forcément, elles maintiennent toutes que les raisons invoquées pour rejeter les pommes de terre sont injustifiables sur le plan phytosanitaire. Cela laisse entendre que soit l'inspection et l'évaluation vénézuéliennes des pommes de terre étaient défectueuses ou, pire, que les pommes de terre ont été rejetées pour des raisons n'ayant pas trait à leur état phytosanitaire. Sans surprise, ni l'une ni l'autre de ces possibilités n'a été expressément reconnue par les organismes vénézuéliens concernés. Cela dit, des déclarations attribuées à des représentants vénézuéliens reconnaissent que certaines considérations d'ordre [TRADUCTION] « politique » étaient en jeu du côté du Venezuela.

[26] Le juge de première instance a conclu que l'ACIA avait réalisé toutes les inspections nécessaires au champ, que les certificats phytosanitaires étaient exacts et que les étiquettes d'exportation nécessaires avaient été délivrées. Il a aussi conclu que les pommes de terre avaient été emballées, étiquetées et traitées conformément au protocole, et qu'elles avaient été expédiées au Venezuela dans des conteneurs réfrigérés, conformément aux contrats conclus par les appelantes et l'ECISA. En d'autres termes, il a conclu que tout allait bien au moment où les pommes de terre ont quitté le Canada. En fait – et on a mis l'accent sur ce point à de nombreuses reprises – l'inspection des pommes de terre au Canada a été réalisée non seulement par l'ACIA, mais aussi par des représentants de l'ECISA (l'importatrice et acheteuse), de l'INSAI (l'ONPV vénézuélienne au sens de la Convention et du protocole) et du SENASEM (le service national des semences du Venezuela, qui avait un rôle à jouer en vertu du protocole).

[27] Le 24 novembre 2009, le premier envoi de pommes de terre de semence de Wolf Seed est arrivé au Venezuela. L'INSAI et le SENASEM ont accepté, sans aucun incident, l'entrée au pays des 1 400 tonnes (environ 50 conteneurs) de pommes de terre et l'ECISA en a pris livraison.

[28] Le dimanche 6 décembre 2009, au moins 47 autres conteneurs sont arrivés. Dans les quelques jours qui ont suivi, les parties ont appris que 16 des conteneurs avaient été rejetés, dont 10 des conteneurs de Wolf Seeds et 6 de ceux de Cropvise. Comme je l'expliquerai davantage ci-dessous, la preuve qui avait été présentée au juge de première instance n'indiquait pas clairement si 16 ou 23 conteneurs avaient été rejetés.

[29] Le mercredi 9 décembre 2009, Mme Rodriguez, la présidente de l'ECISA (l'importatrice), a téléphoné à M. Ramirez, un agent de commerce à l'ambassade du Canada à Caracas, pour l'aviser qu'un envoi de 400 tonnes de pommes de terre de semence de Cropvise était arrivé en mauvais état – les pommes de terre étaient atteintes de pourriture aqueuse. Elle a laissé entendre que l'ACIA n'avait pas mené des inspections phytosanitaires appropriées, conformément aux exigences du protocole. M. Ramirez a confirmé le rejet auprès du Dr Zapata, directeur du service de la protection des végétaux

de l'INSAI, et de M. Gil, représentant de Cropvise au Venezuela. M. Gil a indiqué qu'il y avait peut-être eu un problème de réfrigération. Le même jour, M. Ramirez a communiqué le rejet par courriel à M. Yu, un spécialiste du programme des pommes de terre de l'ACIA, à Ottawa.

[30] Toujours le mercredi, Mme Sandoval, directrice générale de l'INSAI, a envoyé une lettre à l'ACIA l'avisant que l'entrée au Venezuela était refusée à 16 conteneurs (environ 440 tonnes) de pommes de terre. M. Yu n'a pas reçu la lettre de Mme Sandoval avant le vendredi 11 décembre 2009 (la réception de la lettre a été retardée, car elle devait être traduite en anglais). M. Yu a reçu d'autres lettres de Mme Sandoval lui indiquant les motifs du rejet. M. Yu a pris des mesures pour qu'une téléconférence avec les fonctionnaires vénézuéliens ait lieu le jour ouvrable suivant, à savoir le lundi 14 décembre.

[31] Le vendredi 11 décembre, M. Yu a également reçu deux courriels de M. Wolf, le premier à 12 h 5 et le second à 12 h 49. Dans le premier courriel, M. Wolf l'a informé que l'entrée au pays de ses pommes de terre avait été acceptée (il faisait apparemment allusion à l'envoi du 24 novembre), mais il a indiqué qu'il était très inquiet parce que l'importatrice, l'ECISA, avait ouvert les conteneurs réfrigérés, rompant ainsi la « chaîne du froid », ce qui pourrait finir par causer la pourriture de leur contenu. L'exposition des pommes de terre froides à la chaleur humide du Venezuela a fait en sorte qu'elles ont sué. En fait, il a appris que certaines pommes de terre n'allaient pas directement aux fermiers, mais qu'elles allaient rester sur les lieux, non réfrigérées, jusqu'à un moment donné en janvier. De plus, il a informé M. Yu qu'il semblerait que le premier envoi de pommes de terre avait fait l'objet d'une nouvelle inspection, et non seulement pour des questions de protection des végétaux. M. Wolf s'inquiétait manifestement de la manière dont on s'était occupé du premier envoi de pommes de terre à son arrivée au Venezuela, malgré le fait qu'il avait été accepté sans accroc. M. Wolf a indiqué qu'il craignait, dans l'éventualité où les pommes de terre pourrissaient, que l'ECISA en rejette la responsabilité sur lui, en tant qu'exportateur, ou sur les fermiers, et qu'elle [TRADUCTION] « n'assume pas sa propre responsabilité pour les ruptures de la

chaîne du froid qu'elle a causées en raison de son manque de connaissance ». Il a attribué ces problèmes au fait que les représentants de l'ECISA, la nouvelle importatrice de propriété de l'État, avaient peu d'expérience.

[32] Le second courriel de M. Wolf, envoyé à peine une demi-heure plus tard, avisait M. Yu que l'entrée au Venezuela avait été refusée pour 10 des 47 conteneurs arrivés le 6 décembre. Il a demandé à M. Yu de songer à envoyer [TRADUCTION] « sur-le-champ un de vos experts les plus chevronnés en la matière au Venezuela afin de résoudre les problèmes d'ordre phytosanitaire ». Autrement dit, il voulait que l'ACIA explique aux Vénézuéliens qu'ils avaient eu tort de rejeter les pommes de terre.

[33] Tard en après-midi ce jour-là, M. Yu a fait circuler un rapport interne à l'ACIA expliquant la situation et l'intention de tenir une téléconférence avec des fonctionnaires vénézuéliens le lundi. Les étapes suivantes seraient déterminées après cet appel. Le rapport indique ce qui suit :

> [TRADUCTION]
> Les autorités vénézuéliennes responsables de la protection des végétaux ont indiqué que 16 conteneurs de pommes de terre de semence canadiennes (d'une valeur approximative de 100 000 $) ont été rejetés, car les tolérances en matière de défauts communs au classement étaient dépassées. Les 16 conteneurs avaient tous fait l'objet de prédédouanement au Canada par des inspecteurs vénézuéliens officiels, et avaient été approuvés au terme d'une inspection préalable à l'exportation effectuée par l'ACIA, conformément aux dispositions de l'entente bilatérale entre le Canada et le Venezuela.
>
> L'exportateur canadien a indiqué que la température d'entreposage des conteneurs, alors qu'ils étaient sous le contrôle strict de l'importateur vénézuélien et des autorités vénézuéliennes de la protection des végétaux, n'avait pas été convenablement maintenue et que cela avait probablement compromis l'état des pommes de terre de semence, ce qui aurait ainsi mené à une détérioration de leur qualité puis à leur rejet. Cela expliquerait la fréquence plus élevée de certains types des défauts au classement précisés (pourriture aqueuse), mais non d'autres types

> (gale, rhizoctonie), mais une vérification n'a pas encore eu lieu.
>
> Soixante-huit autres conteneurs (d'une valeur approximative de 420 000 $) de pommes de terre de semence canadiennes devraient arriver au Venezuela la semaine prochaine et au début janvier.
>
> Le personnel de la Section des pommes de terre de l'ACIA espère collaborer avec les autorités vénézuéliennes par voie de téléconférence lundi et planifiera les étapes suivantes en fonction de l'issue de cet appel. Il pourra s'avérer nécessaire de songer à envoyer au Venezuela des employés affectés aux inspections afin de prévenir d'autres rejets et de résoudre le problème.
>
> [C'est moi qui souligne]

Il est évident que les fonctionnaires de l'ACIA étaient inquiets dès le début que la situation au Venezuela puisse devenir un problème qui pourrait avoir des conséquences au-delà des 16 conteneurs rejetés. Elle pouvait avoir une incidence sur les envois ultérieurs, y compris les 68 conteneurs des appelantes qui étaient censés arriver au Venezuela au cours des prochaines semaines.

[34] Durant la téléconférence du lundi 14 décembre 2009 avec les fonctionnaires vénézuéliens, on a appris qu'ils étaient disposés à revoir leur position quant à 9 des 16 conteneurs rejetés et à mener des inspections avec des représentants de l'ACIA. Il est plus tard devenu évident que la décision de rejeter les 16 conteneurs était fondée sur des échantillons pris dans 7 d'entre eux. Il semblerait que les Vénézuéliens étaient prêts à faire une nouvelle inspection des neuf conteneurs qui n'avaient pas été directement inspectés.

[35] M. Yu a fait circuler un autre rapport interne à l'ACIA après la téléconférence. Encore une fois, les inquiétudes relatives à l'inspection vénézuélienne des envois futurs étaient évidentes. Il a déclaré ce qui suit :

> [TRADUCTION]
> Quarante conteneurs de pommes de terre de semence

> devraient arriver au Venezuela au cours des prochains jours, et 28 autres au début janvier. La coopération est essentielle afin de veiller à ce que la procédure suivie pour les inspections réalisées sur les cargaisons arrivées soit semblable à celle de l'ACIA. Étant donné le fait que les tolérances qui nous ont été signalées par le Venezuela n'excèdent que légèrement les tolérances permissibles en vertu du protocole bilatéral, notre personnel affecté aux inspections est d'avis que nous pourrions réaliser des gains, peut-être même quant aux conteneurs qui ont déjà été rejetés. La coopération sur les lieux pourra contribuer à l'amélioration des bons rapports sur le plan phytosanitaire et de la confiance dans les activités d'inspection et l'expertise de l'ACIA[.]
>
> [C'est moi qui souligne]

[36] On a obtenu l'autorisation d'envoyer deux fonctionnaires au Venezuela, soit M. McManus, coordonnateur du Programme des pommes de terre de semence du Canada atlantique, qui travaille à partir de Fredericton, au Nouveau-Brunswick, et M. MacSwain, agent du Programme des pommes de terre, de Charlottetown, à l'Île-du-Prince-Édouard. Les deux ont une grande expérience, notamment quant à l'inspection de pommes de terre et à l'entretien de rapports avec des inspecteurs de l'INSAI, le pendant vénézuélien de l'ACIA.

[37] Le mercredi 16 décembre, MM. McManus et MacSwain ont quitté le Canada, et sont arrivés à Caracas bien après minuit. Le jeudi matin, ils ont rencontré MM. Wolf et Hansen, puis ont fait quatre heures de route avec M. Ramirez, le représentant au commerce de l'ambassade du Canada, pour se rendre à Puerto Cabello.

[38] Rendus au port, ils ont été accueillis par le Dr Zapata, de l'INSAI, qui a confirmé que la décision de rejeter les 16 conteneurs était fondée sur des échantillons pris dans sept d'entre eux. MM. McManus et MacSwain ont pris deux sacs des conteneurs de l'Île-du-Prince-Édouard et trois sacs des conteneurs du Nouveau-Brunswick. Toutefois, l'inspection a dû être remise au lendemain. Une fois les pommes de terre retirées de leurs conteneurs réfrigérés, elles se sont mises à suer et ne pouvaient pas être inspectées sur-le-champ. Selon le protocole, les inspections devaient être réalisées sur des

[TRADUCTION] « tubercules non nettoyés ». MM. McManus et MacSwain ont séjourné à un hôtel de la région, tout comme MM. Wolf et Hansen. MM. Ramirez et Zapata sont retournés à Caracas.

[39] Pendant le déjeuner, le vendredi 18 décembre, M. MacSwain a reçu un appel téléphonique de M. Ramirez, qui lui a expliqué avoir été informé par le Dr Zapata que, malgré les inspections, les autorités vénézuéliennes n'avaient pas l'intention de changer d'avis quant aux pommes de terre rejetées. MM. MacSwain et McManus se sont néanmoins rendus au port, comme prévu, et ont mené leurs inspections. Ils ont conclu que les pommes de terre satisfaisaient aux exigences du protocole. Pour reprendre les termes qu'ils ont employés dans un rapport la semaine suivante, à leur retour au Canada, [TRADUCTION] « les pommes de terre de semence représentées par nos échantillons se situaient bien à l'intérieur des tolérances établies conformément au protocole de 1999 relatif aux envois de pommes de terre de semence et de consommation du Canada au Venezuela ».

[40] MM. MacSwain et McManus ont passé en revue les résultats de leurs inspections avec les inspecteurs vénézuéliens qui étaient présents, y compris le Dr Zapata, et aussi avec MM. Wolf et Hansen. Ils ont aussi communiqué leurs conclusions à l'ACIA, à Ottawa, et les résultats ont été circulés au sein de l'ACIA. Il ressort clairement, encore une fois, de la note de service de l'ACIA rapportant leurs résultats et abordant la stratégie pour aller de l'avant, que l'ACIA estimait qu'il était nécessaire de [TRADUCTION] « résoudre » la situation sans [TRADUCTION] « compromettre l'accès au marché » au Venezuela. En voici le texte :

> [TRADUCTION]
> Les deux experts de l'ACIA ont indiqué qu'il y avait des divergences entre le Canada et le Venezuela quant à la procédure suivie pour l'inspection des tubercules et aux résultats obtenus. <u>Le Canada a conclu que toutes les cargaisons rejetées étaient conformes à l'entente bilatérale et aux normes canadiennes relatives aux pommes de terre de semence.</u> Toutefois, <u>23 conteneurs (d'un total de 170 qui étaient déjà arrivés)</u> seront rejetés par le Venezuela en raison d'organismes nuisibles et de défauts de qualité

> communs. Environ 100 conteneurs devraient arriver au cours des prochaines semaines.
>
> Les experts de l'ACIA estiment que les inspecteurs vénézuéliens manquent d'expérience, mais doutent cependant de la rigueur de la méthode canadienne d'inspection des pommes de terre. Même s'il existe des dispositions prévoyant le reconditionnement des cargaisons dans de telles instances, les autorités vénézuéliennes ont choisi de rejeter les conteneurs.
>
> On propose de fournir de l'information complète aux cadres supérieurs de l'ACIA pour les mettre au courant dès le retour des experts (le 20 déc.) dans le but d'élaborer une stratégie visant à résoudre la situation immédiate sans compromettre l'accès au marché.
>
> [C'est moi qui souligne]

La mention dans cette communication des 23 conteneurs rejetés contredit la preuve, qui indique que 16 conteneurs ont été rejetés. Comme le juge de première instance le remarque dans ses motifs, la divergence n'était pas pertinente pour les besoins du procès; elle ne l'est pas non plus pour les besoins de l'appel.

[41] Une fois les inspections terminées, MM. MacSwain et McManus ont été invités à assister à une rencontre avec Mme Sandoval, la supérieure hiérarchique du Dr Zapata à l'INSAI, afin de discuter des résultats. La rencontre était prévue pour le lundi 21 décembre 2009. Les témoignages étaient contradictoires quant à savoir qui avait organisé ou voulu la rencontre, mais le juge de première instance a conclu que c'était MM. Wolf et Hansen qui l'avaient demandée, en vue d'utiliser les résultats de l'inspection de l'ACIA pour convaincre l'INSAI de revenir sur sa décision de rejeter les pommes de terre. Cet après-midi-là, M. McManus a téléphoné au bureau de l'ACIA à Ottawa au sujet de l'invitation à assister à la rencontre. Sur le fondement de conseils reçus de M. Turner, gestionnaire de la section du programme de pommes de terre, MM. McManus et MacSwain ont décliné l'invitation à la rencontre.

[42] La décision de ne pas participer à la rencontre est le premier, et le plus important, des actes invoqués par Wolf Seeds et Cropvise lorsqu'ils déclarent que

l'ACIA n'a pas agi raisonnablement dans l'exercice de son devoir de négocier le dédouanement de leurs pommes de terre.

[43] Le juge de première instance a résumé comme suit la raison donnée par M. Turner pour laquelle il a dit à MM. McManus et MacSwain qu'il ne serait pas approprié qu'ils assistent à la rencontre avec Mme Sandoval :

> [TRADUCTION]
> […] M. Turner l'a informé qu'il serait inapproprié qu'il assiste avec M. MacSwain à la rencontre. Le raisonnement de M. Turner était le suivant : (i) s'agissant d'une question de protocole gouvernemental, il était inapproprié que du personnel technique comme MM. MacSwain et McManus rencontrent Mme Sandoval, puisqu'elle était une fonctionnaire de haut niveau d'un organisme de l'État vénézuélien; (ii) ils n'avaient pas été convenablement informés et leur présence à la rencontre aurait pu avoir des répercussions défavorables sur d'autres sujets de préoccupation entre le Canada et le Venezuela; et (iii) leur rôle durant leur passage au Venezuela était limité à la formulation de [TRADUCTION] « conseils techniques d'experts relatifs aux méthodes canadiennes d'inspection, d'échantillonnage et d'analyse de tubercules de pommes de terre de semence » (extrait de l'approbation de voyage international préparé à l'interne à l'ACIA en vue d'autoriser le voyage au Venezuela de MM. MacSwain et McManus). M. Turner n'a pas, ou ne pouvait pas, expliquer pourquoi il aurait été problématique de faire participer MM. MacSwain et McManus à la rencontre en leur donnant la directive de ne se prononcer que sur leur méthodologie d'inspection et leurs résultats. [par. 40]

[44] À la rencontre du lundi avec Mme Sandoval et le Dr Zapata, MM. Wolf et Hansen avaient avec eux les notes manuscrites de l'inspection rédigées par MM. McManus et MacSwain. De plus, le Dr Zapata était pleinement conscient des résultats de l'inspection de l'ACIA puisqu'il était présent durant celle-ci. Or, la rencontre n'a pas bien été, et les Vénézuéliens n'ont pas changé d'avis. La preuve indique que Mme Sandoval [TRADUCTION] « a exprimé son irritation » envers l'absence de MM. McManus et MacSwain et elle [TRADUCTION] « n'a pas véritablement traité des

résultats » de leurs inspections. En l'absence des inspecteurs de l'ACIA, la rencontre était entre Mme Sandoval et les exportateurs privés d'un autre pays, et non entre des représentants de l'INSAI et de l'ACIA, réputés être des homologues vénézuéliens et canadiens sous le régime de la Convention et du protocole.

[45] Le lundi 21 décembre, MM. McManus et MacSwain ont quitté le Venezuela pour retourner au Canada. Ils ont produit un rapport d'inspection, daté du 22 décembre, qui indique ce qui suit :

> [TRADUCTION]
> Selon les résultats de nos travaux d'inspection réalisés les 17 et 18 décembre (voir les rapports ci-joints), nous avons déterminé que les pommes de terre de semence représentées par nos échantillons étaient bien à l'intérieur des tolérances établies conformément au protocole de 1999 relatif aux envois de pommes de terre de semence et de consommation du Canada au Venezuela.
>
> Il est à noter que des fonctionnaires vénézuéliens avaient inspecté les lots de pommes de terre de semence Kennebec récoltées en 2009 préalablement à leur envoi, alors qu'elles étaient entreposées au Canada (avant d'être emballées), et en avaient approuvé l'expédition.

[46] Le mardi 22 décembre, M. Turner a envoyé une copie du rapport d'inspection à M. Salesse, le chargé d'affaires, Premier délégué commercial à l'ambassade du Canada à Caracas. Dans sa lettre, il a mentionné l'intervention possible de hauts fonctionnaires de l'ACIA. Il a écrit :

> [TRADUCTION]
> À présent, je comprends que les discussions techniques qui se sont déroulées sur les lieux avec les deux experts de l'ACIA n'ont pas réglé la situation. Par conséquent, je vous prie de bien vouloir me tenir au courant de l'évaluation de la situation, puisque l'intervention de hauts fonctionnaires de l'ACIA pourrait être requise. Je vous tiendrai au courant des interventions des cadres supérieurs.

[47] Le même jour, M. Salesse a écrit à Mme Rodriguez, la présidente de l'ECISA, a joint le rapport d'inspection à sa lettre et a souligné la position canadienne selon laquelle les pommes de terre rejetées satisfaisaient aux exigences du protocole. La lettre de M. Salesse, dont une copie a été envoyée à Mme Sandoval à l'INSAI et à d'autres personnes du gouvernement vénézuélien, indique ce qui suit :

> [TRADUCTION]
> Dans ce sens, étant donné qu'aucune autorité sanitaire (ni l'INSAI ni l'ACIA) de l'un ou l'autre pays a démontré l'existence d'organismes de quarantaine qui justifieraient le renvoi ou la destruction des lots ayant fait l'objet d'inspection, nous vous exhortons à trouver une solution immédiate, comme le régissent les ententes actuelles en la matière.
>
> Par conséquent, puisque les pommes de terre de semence sont un produit délicat et périssable, nous vous serions reconnaissants de votre aide en vue de négocier rapidement une entente au sujet de la tolérance sur le plan qualitatif qui conviendrait aux deux parties.

[48] La prochaine communication de l'ACIA, une lettre datée du 4 janvier 2010, a été envoyée directement à Mme Sandoval, directrice générale de l'INSAI, de la part de M. Chancey, directeur administratif de la Direction de la protection des végétaux et de la biosécurité de l'ACIA. M. Chancey a demandé à Mme Sandoval si l'INSAI était disposée au reconditionnement des pommes de terre rejetées en vue de permettre leur entrée au Venezuela. À l'appui de cette demande, M. Chancey a fait remarquer que le rapport d'inspection indiquait que les pommes de terre rejetées étaient acceptables selon le protocole et que les différents points de vue [TRADUCTION] « semblent provenir de différences procédurales quant à la manière dont l'inspection des pommes de terre devrait être menée ». Il a aussi noté que les maladies indiquées par les inspecteurs vénézuéliens (gale commune, rhizoctonie et pourriture aqueuse) consistaient d'organismes qui ne sont pas mis en quarantaine, qui sont présents dans tous les pays où l'on cultive la pomme de terre, et qui n'interdisent pas, selon le protocole, l'entrée des pommes de terre au pays. Il a soutenu, essentiellement, que même si l'analyse des inspecteurs vénézuéliens était acceptée, l'incidence des maladies était à peine supérieure

aux tolérances prévues par le protocole et permettait le reconditionnement des pommes de terre concernées en vue de leur utilisation comme pommes de terre de semence.

[49] Mme Sandoval a répondu à M. Chancey dans une lettre datée du 6 janvier 2010. Elle a répété que l'INSAI s'en tient à ses inspections et à sa décision de refuser l'entrée en raison de la non-conformité des pommes de terre avec les exigences qualitatives; bref, la décision n'allait pas être annulée. Elle a indiqué que l'ECISA n'accepterait pas de reconditionner les pommes de terre. Toutefois, Mme Sandoval a affirmé que l'INSAI était disposée à rencontrer des fonctionnaires de l'ACIA afin de discuter de questions techniques et de l'harmonisation des méthodes d'inspection.

[50] Le juge de première instance a constaté que le niveau de frustration éprouvée par le côté canadien augmentait depuis les inspections du 18 décembre, en notant que la situation, bien qu'elle ait été particulièrement difficile pour les appelantes, avait aussi été éprouvante pour les fonctionnaires de l'ACIA et de l'ambassade du Canada au Venezuela. À titre d'exemple des pressions causées par l'absence de résolution, des représentants commerciaux avaient proposé que l'ACIA suspende la délivrance de certificats phytosanitaires : les exportateurs canadiens avaient de grandes préoccupations quant au fait de continuer d'expédier des pommes de terre dans un marché qui, selon leur point de vue, les rejetait de manière injustifiée.

[51] Compte tenu de la situation, des fonctionnaires de l'ACIA ont rédigé une lettre plus insistante à l'INSAI. Cette fois-ci, la lettre provenait de Mme Swan, la présidente de l'ACIA, et était adressée à Mme Acosta, la présidente de l'INSAI. Bien que la lettre ait été signée par Mme Swan le 11 janvier 2010, elle n'a <u>pas</u> été envoyée. La décision de ne pas envoyer la lettre marque un tournant dans les démarches entreprises par l'ACIA en vue d'obtenir le dédouanement des pommes de terre rejetées. L'ACIA avait appris, le 12 janvier 2010, que l'entrée au Venezuela du tout dernier envoi de pommes de terre de semence avait été acceptée par l'INSAI. En raison de cette information, et de la réception de la lettre du 6 janvier de Mme Sandoval indiquant une volonté qu'on se réunisse afin de discuter de questions liées aux inspections, l'ACIA et

les représentants commerciaux n'ont pas envoyé la lettre de Mme Swan, dont le ton a été décrit par des témoins au procès comme agressif selon les normes diplomatiques.

[52] Plutôt, l'ACIA a choisi de demander à M. Chancey de répondre à la lettre de Mme Sandoval du 6 janvier. Dans une lettre datée du 15 janvier 2010, il a remercié Mme Sandoval de sa [TRADUCTION] « collaboration continue et communication ouverte », et a convenu qu'une rencontre pourrait s'avérer utile. Il a cependant demandé, étant donné le coût élevé de l'élimination des pommes de terre rejetées, que leur entrée au Venezuela soit permise afin qu'elles y soient transformées ou consommées (ces deux possibilités ont une valeur moindre que leur utilisation comme pommes de terre de semence).

[53] Le juge du procès a conclu que c'est là où les objectifs des appelantes et de l'ACIA ont divergé. L'ACIA ne mettait désormais plus l'accent sur le dédouanement des pommes de terre rejetées comme pommes de terre de semence, et se concentrait plutôt sur l'obtention de l'entrée au pays d'envois futurs de pommes de terre de semence et la préservation de la relation commerciale générale.

[54] Les appelantes, pour leur part, voulaient que l'ACIA exerce de plus grandes pressions sur les autorités vénézuéliennes. M. Wolf avait été informé par un représentant de l'ECISA que les autorités canadiennes allaient devoir intervenir auprès du ministre vénézuélien de l'Agriculture à Caracas pour que les affaires progressent relativement au dédouanement des pommes de terre rejetées. Une telle intervention avait été envisagée jusqu'à l'envoi de la lettre du 15 janvier 2010 de M. Chancey à Mme Sandoval. Puisque toutes les parties avaient l'impression que des questions de nature politique étaient intervenues dans la décision de rejeter les pommes de terre, l'ACIA s'était préparée à la possibilité d'élever les efforts canadiens à ce rang, au besoin. Il n'y avait rien de secret dans la perspective selon laquelle des facteurs politiques avaient joué un rôle. Comme l'a expliqué M. Turner dans un courriel envoyé le 9 janvier 2010 à un représentant de l'office appelé Prince Edward Island Potato Board :

> [TRADUCTION]
> L'ACIA renseigne le ministre canadien de l'Agriculture et a fait intervenir le ministère des Affaires étrangères et du Commerce international (MAECI), étant donné que la situation est manifestement au-delà du niveau technique puisqu'il semble que des politiques internes, de nature très peu claire, d'organismes clés du Venezuela influent fortement sur le sort de ces conteneurs.

[55] En plus d'invoquer le fait que MM. McManus et MacSwain n'ont pas assisté à la rencontre avec Mme Sandoval, les appelantes invoquent le changement, à partir de la mi-janvier, dans la manière dont l'ACIA abordait les Vénézuéliens pour soutenir que l'ACIA n'a pas agi raisonnablement dans les négociations visant le dédouanement de leurs pommes de terre de semence. Les appelantes ont essentiellement l'impression que l'ACIA et le gouvernement canadien n'ont pas pris des mesures suffisantes afin d'assurer le respect du protocole par les Vénézuéliens. M. Wolf, en particulier, n'était pas très heureux du manque d'effort mis par l'ACIA pour intervenir auprès du ministre de l'Agriculture vénézuélien, comme l'ECISA l'avait conseillé. Comme l'a déclaré le juge de première instance :

> [TRADUCTION]
> […] Les demanderesses souhaitaient toujours que les pommes de terre rejetées soient dédouanées, alors que l'ACIA et le gouvernement canadien s'efforçaient plus de sauver le reste de la saison d'exportation et d'entretenir la relation commerciale générale entre le Canada et le Venezuela. Les parties avaient aussi des points de vue différents quant à ce qui était faisable. Les demanderesses étaient d'avis qu'une intervention de haut niveau du gouvernement canadien aurait pu mener au dédouanement des pommes de terre rejetées. L'ACIA et le gouvernement canadien croyaient que la décision de l'INSAI de rejeter les pommes de terre ne pouvait être annulée et qu'une intervention de haut niveau aurait pu endommager les relations commerciales plus générales et faire plus de tort que de bien. Il est révélateur qu'après la lettre de M. Chancey du 15 janvier, l'ACIA (gouvernement canadien) n'a assuré aucun autre suivi auprès des autorités vénézuéliennes au sujet des pommes de terre rejetées. [par. 59]

[56] Le 22 janvier 2010, les pommes de terre rejetées ont été détruites.

[57] Le 28 janvier 2010, on a rejeté, pour la deuxième fois, un envoi de pommes de terre des appelantes. Dix conteneurs de pommes de terre de semence de Cropvise ont été rejetés, dont six en raison d'un excès de terre, et quatre en raison de la présence de pourriture aqueuse. Il semblerait que 20 autres conteneurs du même envoi ont été autorisés à entrer. On a donné à Cropvise le choix de réexporter les pommes de terre rejetées ou de les détruire. Ni l'un ni l'autre de ces choix n'était économique, et les pommes de terre ont été détruites par les autorités vénézuéliennes le 3 février.

[58] Ce deuxième rejet a été suivi d'une rupture des rapports de coopération que l'ACIA souhaitait établir il y avait à peine quelques semaines. Certains appels sont restés sans réponse et une rencontre entre l'ambassadeur canadien et Mme Sandoval a été annulée. Comme l'a expliqué le juge de première instance, lorsque Mme Sandoval a répondu, elle a indiqué qu'elle n'avait aucune intention ou volonté de discuter de [TRADUCTION] « rejets particuliers », seulement de questions générales concernant le protocole :

> [TRADUCTION]
> […] On n'a pas répondu aux communications orales et écrites que M. Chancey et le personnel de l'ambassade à Caracas ont envoyées à Mme Sandoval et à l'ambassade du Venezuela à Ottawa en vue de demander qu'on retarde la destruction des pommes de terre, qu'on poursuive le dialogue et qu'on mène d'autres enquêtes. L'accès au port de [Puerto] Cabello a été refusé à des représentants de Cropvise et de l'ambassade à Caracas, et une rencontre qui devait avoir lieu le 4 février entre l'ambassadeur canadien et Mme Sandoval a été annulée par les autorités vénézuéliennes. Une demande présentée à Mme Sandoval pour une conférence téléphonique avec M. Chancey n'a pas obtenu de réponse. <u>Lorsque Mme Sandoval a finalement répondu, elle a affirmé que la décision de détruire les pommes de terre avait été prise par l'ECISA. Elle a aussi répété que les représentants de l'ACIA étaient invités à venir au Venezuela pour discuter du protocole en général, mais pas de décisions visant des rejets particuliers rendues par l'INSAI sous le régime du protocole.</u> [par. 63]
>
> [C'est moi qui souligne]

[59] Le juge a conclu que ce dernier rejet et le défaut de réagir des autorités vénézuéliennes ont causé beaucoup de frustration à l'ACIA et aux représentants commerciaux concernés. M. Wolf a demandé à l'ACIA de suspendre la délivrance de certificats phytosanitaires. Il croyait que cela lui permettrait d'invoquer la clause de force majeure du contrat qu'il avait conclu avec l'ECISA, ce qui l'autoriserait à suspendre les envois futurs sans engager sa responsabilité contractuelle. Le sentiment qu'il fallait faire quelque chose a mené l'ACIA à suspendre, le 3 février 2010, la délivrance des certificats phytosanitaires en vue de l'exportation de pommes de terre de semence au Venezuela. Toutefois, cette décision a été rapidement annulée le 5 février pour diverses raisons, qui sont toutes évocatrices de l'instabilité apparente de la situation et d'une appréhension quant aux conséquences possibles d'une telle mesure. Bien entendu, l'ACIA a reconnu qu'on ne devrait refuser la délivrance de certificats phytosanitaires que pour des raisons d'ordre phytosanitaire, comme le prévoient la Convention et le protocole. De plus, le ministère des Affaires étrangères a fait valoir que le refus de délivrer des certificats phytosanitaires pour des raisons inappropriées pourrait avoir [TRADUCTION] « de profondes ramifications sur le commerce dans plusieurs domaines à valeur élevée, tant dans le secteur agricole (le blé) que sur le plan des relations dans des secteurs non agricoles (le pétrole) ». Il existait une véritable inquiétude que l'on prenne des mesures qui pourraient avoir une influence négative sur les relations commerciales générales entre le Canada et le Venezuela.

[60] Encore une fois, on a pris la décision de poursuivre les efforts visant à collaborer et à coopérer avec les autorités vénézuéliennes. Une rencontre entre des membres du personnel de l'ambassade du Canada et des directeurs de l'INSAI a été fixée au 23 février 2010 au Venezuela. Malgré le fait qu'on ait prévu cette rencontre, le niveau élevé de préoccupation causé par le deuxième rejet de pommes de terre a mené à la décision d'avertir les exportateurs de pommes de terre que le Venezuela était un marché risqué. Le Service des délégués commerciaux du Canada a publié une communication à ce sujet le 11 février 2010.

[61] La rencontre du 23 février 2010 au Venezuela portait principalement sur des questions d'ordre technique et non d'ordre politique ou commercial. Cette démarche concordait avec la position adoptée par Mme Sandoval dans sa lettre du 6 janvier et lorsqu'elle a communiqué avec M. Chancey à la suite du deuxième rejet. Il a été convenu à la rencontre que l'INSAI et l'ACIA allaient prévoir une autre rencontre bilatérale afin de discuter d'une mise à jour du protocole. En particulier, le compte-rendu de la rencontre rédigé par le personnel de l'ambassade indiquait notamment que [TRADUCTION] « l'INSAI a en quelque sorte reconnu l'influence politique qui a pesée sur certaines des décisions prises récemment par CVA-ECISA ».

[62] Même s'il y avait eu des discussions avant la rencontre au sujet de la possibilité (selon le résultat de la rencontre) de demander à l'ambassadeur du Canada au Venezuela de continuer d'essayer de rencontrer la présidente de l'INSAI, cette démarche n'a pas été poursuivie. En raison de l'issue de la rencontre, l'ACIA a préféré ne pas élever la question au-delà du niveau technique et, comme on l'a discuté lors de la rencontre, une rencontre bilatérale a été prévue pour le 13 au 15 avril afin de discuter du protocole. Cela concordait avec la direction que Mme Sandoval était prête à suivre.

[63] Le 24 mars 2010, pour la troisième fois, une partie d'un envoi de pommes de terre a été rejetée; cette fois-ci, on a refusé l'accès à douze conteneurs de pommes de terre de Wolf Seeds en raison d'un excès de terre. La lettre que M. Wolf a par la suite envoyée à Mme Sandoval, le 29 mars, indique que les pommes de terre avaient été certifiées par l'ACIA. Toutefois, comme l'a souligné le juge de première instance, sa lettre ne demandait pas expressément qu'on annule la décision. La lettre de M. Wolf se terminait comme suit :

> [TRADUCTION]
> Finalement, je souhaiterais confirmer que, selon les communications entre l'ambassade du Canada et votre organisation, l'ACIA a pris des dispositions fermes en vue d'envoyer une délégation de représentants de l'industrie de la pomme de terre au Venezuela en vue de discuter du protocole bilatéral lors d'une réunion avec vous et votre personnel, qui aura lieu du 13 au 15 avril 2010. J'attends

> avec impatience cette occasion de discuter de différences apparentes dans l'interprétation du protocole et d'améliorations éventuelles à sa mise en œuvre.

Comme c'était le cas lors des deux rejets précédents, l'ACIA a demandé des renseignements quant aux rejets, mais n'a pas demandé qu'on revienne sur la décision. Elle a encore une fois préconisé un dialogue sur le protocole, afin de tenter, essentiellement, d'harmoniser les inspections. Les pommes de terre rejetées n'ont pas été détruites et Wolf Seeds les a réexportées en Haïti en tant qu'aide alimentaire. L'ACIA a participé à ce transfert en avisant les autorités haïtiennes que les pommes de terre avaient satisfait aux exigences vénézuéliennes au moment de leur exportation et qu'elles ne contenaient aucun organisme de quarantaine.

[64] Le 15 avril 2010, pour la quatrième et dernière fois, une partie d'un envoi de pommes de terre a été rejeté. L'accès a été refusé à onze conteneurs en raison d'un excès de terre et de la présence de pourriture aqueuse et de pourriture sèche. Ces pommes de terre ont été détruites.

[65] Le juge a constaté qu'environ 88 % des pommes de terre des appelantes ont été acceptées au Venezuela et livrées à l'ECISA, et que 12 % ont été rejetées.

[66] Le juge a également constaté que le protocole est demeuré en vigueur, sans modification, après les réunions d'avril 2010 et qu' [TRADUCTION] « il n'y a eu aucun problème important relativement aux exportations de pommes de terre du Canada au Venezuela après 2010 ».

[67] Les appelantes ont intenté une action en novembre 2010 dans laquelle elles alléguaient que l'ACIA avait fait preuve de négligence dans l'exécution de ses obligations, découlant de la politique, [TRADUCTION] « de négocier le dédouanement d'envois détenus pour des raisons censément phytosanitaires ». Dans l'ensemble, les appelantes réclament des dommages-intérêts particuliers d'environ 3 500 000 $ (USD) relativement au rejet des pommes de terre durant la saison 2009-2010. Les appelantes

réclament aussi des dommages-intérêts pour les pertes de profits subies durant les trois saisons suivantes, à savoir les saisons 2010-2011, 2011-2012 et 2012-2013. Ils soutiennent avoir perdu le marché vénézuélien en conséquence du fait qu'ils étaient perçus comme ayant violé leurs contrats en 2009-2010. Avant le procès, la question des dommages-intérêts a été séparée du reste de l'affaire, qui a été instruite sur la question de la responsabilité.

[68] Le juge de première instance a rejeté la demande des appelantes. Il a conclu que les appelantes n'ont pas établi ce qui suit : (1) que l'ACIA avait une obligation de diligence; (2) que l'ACIA n'avait pas satisfait à la norme de diligence requise; et (3) que l'ACIA a causé les pertes alléguées.

III. Moyens d'appel

[69] Les appelantes soutiennent que le juge de première instance a commis les erreurs suivantes :

6. il s'est mépris sur leur position lorsqu'il a conclu qu'elles avaient affirmé que l'ACIA avait l'obligation de faire entrer leurs pommes de terre rejetées au Venezuela;

7. il n'a pas conclu que l'existence d'une obligation de diligence avait été établie par voie d'analogie, et a par la suite effectué une analyse complète fondée sur les arrêts *Anns* et *Cooper*;

8. il n'a pas conclu à l'existence d'une obligation de diligence après avoir effectué une analyse complète fondée sur les arrêts *Anns* et *Cooper*;

9. il a conclu que l'ACIA avait satisfait à la norme de diligence applicable;

10. il a conclu qu'il n'y avait aucune preuve établissant que les actes ou les omissions de l'ACIA ont contribué aux pertes qu'elles ont subies.

IV. Analyse

[70] Pour établir qu'elles ont droit à des dommages-intérêts dans une affaire de négligence, les appelantes doivent établir (i) que l'ACIA avait à leur égard une obligation de diligence, (ii) que l'ACIA n'a pas satisfait à la norme de diligence, (iii) que le défaut de satisfaire à la norme de diligence a causé les préjudices subis et (iv) que les préjudices subis ne sont pas trop éloignés.

[71] La décision du juge de première instance portait principalement sur la question de savoir si l'ACIA avait une obligation de diligence à l'égard des appelantes, et cette question est au cœur du présent appel. L'analyse visant à déterminer s'il existe une obligation de diligence cherche à établir s'il est juste qu'une personne soit légalement tenue responsable des préjudices subis par une autre personne sur le fondement de principes applicables au droit de la négligence. Le critère est ancré dans une analyse à deux étapes formulée pour la première fois dans l'arrêt *Anns and others c. London Borough of Merton*, [1977] 2 All E.R. 492, et repris par la Cour suprême du Canada dans les arrêts *Cooper c. Hobart*, 2001 CSC 79, [2001] 3 R.C.S. 537, et *Edwards c. Barreau du Haut-Canada*, 2001 CSC 80, [2001] 3 R.C.S. 562.

[72] À la première étape du critère énoncé dans l'arrêt *Anns*, il s'agit de déterminer si les circonstances dévoilent un préjudice raisonnablement prévisible et s'il existe un lien de proximité entre le demandeur et le défendeur, c'est-à-dire une relation qui est à ce point étroite et directe qu'il est « juste de lui imposer » la responsabilité à l'égard d'une conduite qui ne respecte pas la norme de diligence requise et qui cause un préjudice. Si la prévisibilité et la proximité sont établies, la question qui suit, à la deuxième étape du critère énoncé dans l'arrêt *Anns*, est celle de savoir si des considérations de politique résiduelles justifient une conclusion selon laquelle il ne devrait pas y avoir d'obligation de diligence, et donc aucune responsabilité en droit envers le défendeur sur le fondement de la négligence. Cette analyse à deux étapes a été décrite de la manière suivante par la Cour suprême dans l'arrêt *Edwards* :

> À la première étape du critère énoncé dans l'arrêt *Anns*, il s'agit de déterminer si les circonstances dévoilent un préjudice raisonnablement prévisible et un lien de proximité suffisamment étroit pour établir une obligation de diligence *prima facie*. À cette étape, l'accent est mis sur les facteurs découlant du lien entre le demandeur et le défendeur, notamment des considérations de politique générales. Le point de départ de cette analyse consiste à établir s'il existe des catégories analogues d'affaires où les tribunaux ont reconnu l'existence d'un lien étroit. En l'absence de telles décisions, il s'agit de déterminer s'il y a lieu de reconnaître une nouvelle obligation de diligence dans les circonstances de l'espèce. La simple prévisibilité ne suffit pas à établir une obligation de diligence *prima facie*. Le demandeur doit aussi prouver l'existence d'un lien étroit – que le défendeur avait avec lui une relation à ce point étroite et directe qu'il est juste de lui imposer une obligation de diligence dans les circonstances. Les facteurs donnant lieu à l'existence d'un lien étroit doivent être fondés sur la loi applicable le cas échéant, comme en l'espèce.
>
> Si, à la première étape du critère énoncé dans l'arrêt *Anns*, le demandeur réussit à établir une obligation de diligence *prima facie* (malgré le fait que l'obligation proposée ne corresponde pas à une catégorie de réparation déjà reconnue), il faut passer à la deuxième étape de ce critère. Il s'agit de savoir s'il existe des considérations de politique résiduelles qui justifient l'annulation de la responsabilité. De telles considérations comprennent notamment l'effet qu'aurait la reconnaissance d'une telle obligation de diligence sur d'autres obligations légales, son incidence sur le système juridique et, d'une façon moins précise mais tout aussi importante, l'effet qu'aurait l'imposition d'une responsabilité sur la société en général. [par. 9 et 10]
>
> [C'est moi qui souligne.]

[73] Il est pertinent en l'espèce de souligner le fait, comme on l'a fait dans le passage de l'arrêt *Edwards* reproduit ci-dessus, que le point de départ de la première étape du critère énoncé dans l'arrêt *Anns* est de trancher la question de savoir s'il existe des catégories analogues d'affaires où les tribunaux ont reconnu l'existence d'un lien étroit. Si c'est le cas, on conclut habituellement à l'existence d'une obligation de

diligence. Naturellement, il ne devrait y avoir aucun besoin de réinventer la roue et il n'est généralement pas nécessaire d'effectuer la deuxième étape de l'analyse. Toutefois, il y a des circonstances dans lesquelles, même si une demande est analogue à des affaires où une obligation de diligence a été reconnue, il est néanmoins approprié de procéder à la deuxième étape du critère énoncé dans l'arrêt *Anns* et de déterminer s'il existe des « considérations de politique résiduelles qui justifient l'annulation de la responsabilité ».

[74] Dans l'appel dont nous sommes saisis, les appelantes affirment que le juge de première instance a commis une erreur parce qu'il a procédé à la deuxième étape de l'analyse même s'il avait conclu qu'une obligation de diligence avait été antérieurement reconnue dans des circonstances analogues à celles de l'espèce. J'en dirai plus long à ce sujet sous peu.

A. *Le 1er moyen d'appel : le juge s'est mépris sur la position des appelantes*

[75] Les appelantes soutiennent que le juge de première instance a erronément [TRADUCTION] « élevé » leur réclamation de sorte qu'elle devienne une assertion selon laquelle l'ACIA avait une obligation de veiller à ce que leurs pommes de terre rejetées puissent entrer au Venezuela. Cet argument ne se fonde sur aucune interprétation raisonnable des motifs de la décision du juge.

[76] L'observation des appelantes se fonde sur la déclaration suivante du juge (au par. 112) : [TRADUCTION] « [l]a suggestion selon laquelle l'ACIA avait l'<u>obligation précise d'assurer l'entrée des pommes de terre</u> au Venezuela dans les circonstances de l'espèce est fondamentalement incompatible avec le degré de flexibilité requis pour qu'elle s'acquitte de son obligation d'agir généralement de manière à soutenir les intérêts agricoles et économiques canadiens » (c'est moi qui souligne). Les appelantes soutiennent que cette affirmation indique que le juge a mal compris leur réclamation, élevant celle-ci d'un défaut de négocier raisonnablement à une obligation absolue de veiller à ce que les pommes de terre entrent au Venezuela. À mon avis, en plus d'être faux, cet argument sort la déclaration du juge de son contexte. Le juge a fait cette

déclaration lorsqu'il discutait de la question de savoir si une obligation de diligence envers les appelantes entrait en conflit avec les autres obligations plus générales et plus larges de l'ACIA. Il expliquait son appréciation de la question de savoir si des considérations de politique devraient annuler une obligation de diligence. Le juge a conclu que [TRADUCTION] « l'idée selon laquelle le pouvoir discrétionnaire de l'ACIA lui permettant d'agir de façon générale en vue de soutenir les intérêts économiques canadiens est entravé chaque fois qu'elle intervient auprès d'un représentant d'un État étranger pour le compte d'un exportateur canadien n'en est pas une que je suis disposé à accepter ». Même dans le contexte de ce paragraphe, il est clair que le juge compare tout simplement la responsabilité de l'ACIA de négocier en vue d'obtenir le dédouanement des pommes de terre rejetées avec les autres devoirs et responsabilités de l'ACIA.

[77] Qui plus est, lorsqu'on examine la déclaration du juge dans le contexte de la décision dans son ensemble, elle n'indique aucunement qu'il a mal interprété la demande des appelantes. Le juge a énoncé la position des appelantes de façon claire et à maintes reprises tout au long de la décision. Il déclare, en particulier, sous la rubrique [TRADUCTION] « Position des demanderesses », que [TRADUCTION] « [l]es demanderesses soutiennent que l'ACIA n'a pas pris des mesures raisonnables pour assurer l'entrée des pommes de terre rejetées au Venezuela. Pour préciser, elles affirment que l'ACIA a exercé de manière négligente la responsabilité qui lui incombait […] de "négocier le dédouanement d'envois détenus pour des raisons censément phytosanitaires" » (par. 73) (c'est moi qui souligne). Dans le paragraphe suivant, le juge énumère les actes ou les omissions spécifiques qui n'étaient pas à la hauteur, selon les appelantes, de la norme de diligence requise. Il n'y avait aucune interprétation erronée de la position des appelantes.

[78] Dans la partie du mémoire des appelantes qui porte sur le présent moyen d'appel, elles soutiennent qu'un simple devoir de négocier n'entre pas en conflit avec les autres devoirs de l'ACIA à un point tel qu'une obligation de diligence devrait être annulée pour cause d'incompatibilité. Bien qu'une telle observation puisse se rapporter à l'argument des appelantes selon lequel le juge a commis une erreur lorsqu'il a conclu

qu'une obligation de diligence envers les appelantes entrait en conflit avec les autres devoirs de l'ACIA, elle n'a pas pour effet de soutenir l'idée selon laquelle le juge a mal interprété leur demande. La position des appelantes est sans fondement et je rejetterais ce moyen d'appel.

B. *Le 2e moyen d'appel : analyse complète fondée sur les arrêts Anns et Cooper*

[79] Dans l'avis d'appel et dans leur mémoire, les appelantes affirment que le juge a commis une erreur lorsqu'il [TRADUCTION] « n'a pas conclu qu'une obligation de diligence avait été établie par analogie, puis a procédé en effectuant une analyse complète fondée sur les arrêts *Anns* et *Cooper* ». Toutefois, le juge avait pourtant conclu qu'une obligation de diligence avait été établie par analogie et la véritable position des appelantes relativement à ce moyen d'appel est que le juge a commis une erreur de droit lorsqu'il a [TRADUCTION] « poursuivi en effectuant une analyse complète fondée sur les arrêts *Anns* et *Cooper* pour conclure, en fin de compte, qu'il n'y avait aucune obligation de diligence pour des raisons de politique générale » après avoir déterminé que la demande relevait d'une catégorie analogue d'affaires où une obligation de diligence avait été reconnue.

[80] Le juge de première instance s'est fondé sur l'arrêt *Adams et autres c. Borrel et autres*, 2008 NBCA 62, 336 R.N.-B. (2e) 223, lorsqu'il a déterminé que la demande des appelantes relevait d'une catégorie analogue d'affaires où une obligation de diligence avait été antérieurement reconnue. Il a écrit ce qui suit :

> [TRADUCTION]
> […] En l'espèce, l'ACIA est régie par la même législation, et la relation de dépendance commerciale résumée aux par. 79 à 81 rend les demanderesses, dans l'exploitation de leur entreprise d'exportation de pommes de terre, tout aussi dépendantes des mesures prises par l'ACIA que l'étaient les cultivateurs de pommes de terre des activités liées aux inspections d'AgCan dans *Adams*. <u>Par conséquent, j'estime que le cas qui nous occupe relève d'une catégorie d'affaires existante ou analogue où une obligation de diligence a été antérieurement reconnue.</u> […] [par. 82]
>
> [C'est moi qui souligne.]

[81] Les appelantes n'ont pas traité longuement du présent moyen d'appel et se sont essentiellement contentées d'énoncer leur position quant à celui-ci. Et à juste titre, à mon avis, puisque le critère formulé dans l'arrêt *Anns* n'interdit pas de procéder à la deuxième étape de l'analyse, comme le soutiennent les appelantes. Dans l'arrêt *Adams*, notre Cour a donné l'explication suivante quant à la possibilité de procéder à la deuxième étape de l'analyse fondée sur l'arrêt *Anns* malgré le fait qu'on ait tiré une conclusion selon laquelle une affaire relève d'une catégorie d'affaires existante ou analogue :

> Le cadre analytique énoncé dans l'arrêt *Cooper c. Hobart* suppose l'application du critère à deux étapes formulé pour la première fois dans l'arrêt *Anns*. En premier lieu, il faut déterminer s'il existe une obligation de diligence *prima facie*. Pour trancher cette question, la Cour doit se demander si le préjudice était « raisonnablement prévisible » et s'il y avait un lien de « proximité ». Comme point de départ, la proximité est généralement établie au moyen de catégories de négligence déjà reconnues ou analogues. Cela simplifie l'analyse relative à l'« obligation de diligence » à la condition que l'instance relève d'une catégorie déjà reconnue ou analogue. Par contre, dans un cas « nouveau », la question de la prévisibilité du préjudice et celle de la proximité doivent être examinées à nouveau. La Cour suprême a récemment confirmé ces points dans l'arrêt *Design Services Ltd. c. Canada*, [2008] A.C.S. n° 22 (QL), 2008 CSC 22.
>
> Une fois que la prévisibilité et la proximité sont établies, on tient pour acquis qu'il existe une obligation de diligence *prima facie*. Cela nous amène à la deuxième étape de l'analyse fondée sur l'arrêt *Anns*. C'est à cette étape qu'il faut prendre en compte les considérations de politique résiduelles qui sont susceptibles d'écarter l'obligation de diligence *prima facie*. Ces considérations de politique 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. Ainsi, faudrait-il craindre le risque que la reconnaissance de l'obligation de diligence crée une responsabilité illimitée pour un nombre illimité de personnes? De plus, il faut se demander si d'autres raisons de politique générale indiquent que l'obligation de diligence ne devrait pas être reconnue?

> C'est à cette étape qu'il faut examiner la distinction entre la formulation de la politique gouvernementale et l'application de cette politique. La loi précise que les acteurs gouvernementaux ne sont pas responsables de négligence pour les décisions de politique générale, mais seulement pour les décisions qui sont d'ordre opérationnel.
>
> Dans l'arrêt *Cooper*, la Cour suprême fait deux observations importantes en ce qui concerne la deuxième étape de l'analyse fondée sur l'arrêt *Anns*. Premièrement, la nécessité de passer à cette deuxième étape ne se fait habituellement jour que dans les cas où l'obligation de diligence invoquée ne relève pas d'une catégorie d'indemnisation déjà reconnue ou analogue. Puisque la Cour nuance cette observation par l'emploi de l'adverbe « généralement », il faut reconnaître que le recours à la deuxième étape sera nécessaire si l'affaire met en cause la distinction entre les décisions de politique générale et les décisions opérationnelles. Cela est vrai même dans les cas qui relèvent d'une catégorie déjà reconnue ou analogue (comme la négligence dans l'entretien des routes). La deuxième observation de la Cour est que dans un cas « nouveau », il est nécessaire de procéder aux deux étapes du critère énoncé dans l'arrêt *Anns*. Comme la Cour l'a dit au paragraphe 39 de l'arrêt *Cooper*, « [c]ela fait en sorte qu'avant qu'une obligation de diligence ne soit imposée dans un cas nouveau, non seulement la prévisibilité et la proximité sont présentes, mais qu'il n'existe aucune considération générale au regard de laquelle l'imposition d'une obligation de diligence serait malavisée ».
>
> [par. 36 à 38]
> [C'est moi qui souligne.]

[82] Pour résumer, le juge n'a pas commis d'erreur de droit lorsqu'il a entrepris une analyse des considérations de politique générale dans le cadre de la deuxième étape de l'analyse fondée sur l'arrêt *Anns* simplement parce qu'il avait déterminé que la demande des appelantes relevait d'une catégorie analogue d'affaires où une obligation de diligence avait été reconnue.

[83] En ce qui concerne la conclusion subsidiaire du juge, il était nécessaire qu'il entreprenne une analyse des considérations de politique générale dans le cadre de la deuxième étape du critère formulé dans l'arrêt *Anns*. Ayant décidé d'entreprendre une

analyse complète fondée sur l'arrêt *Anns* au cas où il avait tort de conclure que la demande des appelantes relevait d'une catégorie analogue d'affaires, il a conclu qu'il existait un lien de proximité entre les appelantes et l'ACIA et que le risque de préjudice était raisonnablement prévisible. Une obligation de diligence *prima facie* ayant été établie, il était alors nécessaire qu'il entreprenne la deuxième étape de l'analyse.

C. *Le 3e moyen d'appel : l'annulation de l'obligation de diligence lors de l'analyse de la deuxième étape du critère énoncé dans l'arrêt Anns*

[84] Les appelantes allèguent que le juge de première instance a commis une erreur de droit dans son application de la deuxième étape du critère énoncé dans l'arrêt *Anns* et dans sa conclusion selon laquelle les considérations de politique générale annulent l'obligation de diligence.

[85] Avant de me pencher sur le bien-fondé des observations des appelantes, je marque ici une pause pour traiter de deux des conclusions du juge de première instance, qui favorisent toutes les deux les appelantes et qui ne sont pas visées, ni l'une ni l'autre, par le présent appel. Elles ont trait aux conclusions tirées par le juge lors de la première étape de l'analyse énoncée dans l'arrêt *Anns*, à savoir que la demande des appelantes relève d'une catégorie existante ou analogue d'affaires et, subsidiairement, que les appelantes ont établi un lien de proximité (et la prévisibilité). Pour des raisons évidentes, ni l'une ni l'autre de ces conclusions ne sont contestées par les appelantes – leur appel porte principalement sur l'application par le juge de l'analyse des considérations de politique générale à la deuxième étape du critère, et sur sa conclusion qu'une obligation de diligence est annulée par ces considérations. En outre, ces conclusions ne sont pas contestées par l'ACIA, qui n'a pas déposé d'avis de désaccord. En conséquence, ni l'une ni l'autre des parties n'a présenté d'observations en appel au sujet de ces conclusions. Toutefois, étant donné que des facteurs pertinents en ce qui concerne ces conclusions non contestées ont été mentionnés par le juge lors de la deuxième étape de son analyse et ont été soulevés en appel, quelques observations s'imposent.

[86] Je me pencherai d'abord sur l'acceptation, par le juge, de l'argument des appelantes selon lequel leur demande est analogue à celle qui a été reconnue par notre Cour dans l'arrêt *Adams.* Dans cette affaire, on a conclu à l'existence d'une obligation de diligence en lien avec une enquête par le gouvernement fédéral (Agriculture Canada) visant à déterminer la source d'un virus de la pomme de terre qui a transmis une maladie à des champs de tabac. Après que le gouvernement ait ordonné l'élimination des pommes de terre qu'on croyait infectées et après leur destruction, il a été découvert que la procédure d'analyse suivie par le gouvernement était défectueuse. En reconnaissant que le même cadre législatif s'appliquait à l'ACIA et qu'il existait un degré de dépendance semblable, le juge a expliqué ce qui suit :

> [TRADUCTION]
> Dans les circonstances, pour reprendre le propos tenu par le juge Robertson dans *Adams*, « il serait fallacieux de statuer qu'il n'existait aucune obligation de diligence *prima facie* » de l'ACIA envers les demandeurs. Dans *Adams*, le juge Robertson a fondé sa décision selon laquelle il existait une obligation de diligence envers les fermiers sur sa conclusion que l'un des objectifs immédiats de la législation applicable était la protection du secteur agricole de l'économie. En l'espèce, l'ACIA est régie par la même législation, et la relation de dépendance commerciale résumée aux par. 79 à 81 rend les demanderesses, dans l'exploitation de leur entreprise d'exportation de pommes de terre, tout aussi dépendantes des mesures prises par l'ACIA que l'étaient les cultivateurs de pommes de terre des activités liées aux inspections d'AgCan dans *Adams*. <u>Par conséquent, j'estime que le cas qui nous occupe relève d'une catégorie d'affaires existante ou analogue où une obligation de diligence a été antérieurement reconnue.</u> [par. 82] [C'est moi qui souligne.]

[87] Il ne fait aucun doute qu'il y a d'importantes similitudes. Le cadre législatif qui s'appliquait au gouvernement fédéral dans *Adams* s'applique aussi à l'ACIA en l'espèce. Est aussi similaire le degré de dépendance qui existe entre les parties. Il y a cependant au moins une différence importante, qui a été soulevée par le juge dans son analyse des considérations de politique générale à la deuxième étape du critère. Dans *Adams*, les actes négligents avaient trait à l'analyse défectueuse ayant servi dans

l'enquête sur la source du virus, ce qui est assimilable aux instances où les actes négligents en cause se rapportent à une inspection entreprise par une autorité gouvernementale relativement, par exemple, à l'entretien d'une route ou à la conformité avec un arrêté de construction. En l'espèce, la conduite reprochée, c'est-à-dire les actes qui, selon les appelantes, étaient négligents, a trait aux efforts déployés par l'ACIA en vue de négocier avec des organismes publics vénézuéliens. La différence dans la nature des actes qui constituent le fondement de la demande en négligence est importante pour l'analyse de la question de savoir si les demandes sont identiques ou analogues. En effet, le juge a déterminé l'élément véritablement unique de la demande des appelantes lorsqu'il a fait remarquer que ni l'une ni l'autre partie n'était en mesure d'invoquer une décision publiée dans laquelle un organisme gouvernemental ou de la Couronne, comme l'ACIA, avait été poursuivi en justice pour avoir négocié avec un État étranger ou une entité publique étrangère. Plus précisément, il a établi une distinction avec l'affaire *Adams* en raison de cette différence lorsqu'il a conclu que, contrairement à l'affaire *Adams*, les considérations de politique générale en l'espèce militaient à l'encontre d'une conclusion selon laquelle l'ACIA avait une obligation de diligence envers les appelantes. Il a écrit ce qui suit :

> [TRADUCTION]
> […] Contrairement à l'affaire *Adams*, il ne s'agit pas ici d'une cause où les pratiques d'inspection peuvent être évaluées en fonction du bon sens ou d'une méthodologie établie. Nous sommes plutôt, comme nous l'avons discuté précédemment, fortement dans le domaine de la diplomatie entre des nations souveraines, où il n'y a ni recours judiciaire efficace ni bonne réponse [...]. [par. 112]

[88] En résumé, même si la demande des appelantes est analogue à certains égards à celle dans l'affaire *Adams*, elle est plutôt différente en ce qui concerne la nature de la conduite reprochée. Même si la distinction est sans conséquence dans le présent appel, elle est fondamentale dans l'appréciation servant à déterminer si une demande relève d'une catégorie existante ou analogue d'affaires où une obligation de diligence a été antérieurement reconnue.

[89] Je me pencherai maintenant sur la deuxième des conclusions tirées par le juge de première instance lors de la première étape de son analyse fondée sur l'arrêt *Anns*, à savoir celle selon laquelle il existe un lien de proximité entre les appelantes et l'ACIA. Le juge a choisi de se pencher sur les considérations de politique générale s'appliquant à l'analyse du lien de proximité lors de la deuxième étape du critère.

[90] Même si la conclusion du juge selon laquelle il existe un lien de proximité n'est pas contestée en appel, l'existence de ce lien était tout à fait litigieuse lors du procès. Le juge a résumé la prétention de l'ACIA selon laquelle il n'existe aucun lien de proximité. Il a écrit ce qui suit :

> [TRADUCTION]
> Il ne faisait pas de doute qu'il soit raisonnablement prévisible que le fait que l'ACIA ne remplisse pas comme il se doit ses fonctions en application de la politique de l'ACIA ou du Protocole puisse causer un préjudice aux demanderesses. Toutefois, les avocates de l'ACIA ont soutenu avec vigueur que l'ACIA et les demanderesses ne jouissaient pas d'un lien de proximité suffisamment étroit pour donner lieu à une obligation de diligence. Les principaux précédents invoqués à l'appui de cet argument sont l'arrêt *The Los Angeles Salad Company Inc c. Canadian Food Inspection Agency*, 2013 BCCA 34, rendu par la Cour d'appel de la Colombie-Britannique, et l'arrêt *River Valley Poultry Farm Ltd c. Canada (Attorney General)*, 2009 ONCA 326, de la Cour d'appel de l'Ontario. Dans ces instances, des fournisseurs de produits alimentaires, à savoir des distributeurs de carottes destinées à la vente au détail au Canada dans l'arrêt *Los Angeles Salad* et un fournisseur d'œufs dans *River Valley Poultry*, ont réclamé des dommages-intérêts en raison d'inspections négligentes. Les tribunaux, dans chacune de ces décisions, ont déclaré qu'il n'existait aucune obligation de diligence au motif que le lien de proximité n'était pas suffisamment étroit. Les fondements rationnels de chacune de ces décisions sont résumés par le juge Smith, au paragraphe 55 de l'arrêt *Los Angeles Salad*, dans les termes suivants :
>
> > [TRADUCTION]
> > « À mon avis, l'objet précis du régime législatif [pertinent] est de protéger la santé des Canadiens en empêchant la vente d'aliments contaminés au

> Canada. Reconnaître une obligation de diligence de droit privé à l'égard des vendeurs d'aliments serait incompatible avec cet objet. Cela mettrait les [inspecteurs] d'aliments dans la position intenable de devoir soupeser les droits prépondérants du public et les droits privés des vendeurs d'aliments et il leur serait ainsi difficile de bien s'acquitter de leurs obligations. En conséquence, le régime législatif exclut la possibilité qu'il existe un lien de proximité suffisamment étroit pour rendre juste et raisonnable l'imposition d'une obligation de diligence *prima facie* dans les circonstances de la présente affaire […] ». [par. 83]
>
> [C'est moi qui souligne.]

[91] Il ne fait aucun doute que des considérations de politique générale sont prises en compte dans l'analyse du lien de proximité. Lorsque la relation à analyser est assujettie à un cadre législatif, l'analyse commence par un examen de la loi et des considérations de politique générale qui ont une incidence sur la relation. Le juge de première instance a indiqué ce point dans sa décision, mais, pour des raisons qu'il a expliquées, il a choisi de traiter de ces considérations de politique générale à la deuxième étape de l'analyse. Son raisonnement tenait notamment compte de la conclusion qu'il avait précédemment tirée, selon laquelle la demande des appelantes est analogue à la demande présentée dans *Adams* et qu'il existerait une obligation de diligence si ce n'était des considérations de politique générale. Comme il l'a expliqué :

> [TRADUCTION]
> Pour les besoins de la présente décision, je note que les décisions *Cooper*, *Los Angeles Salad* et *River Valley Poultry* indiquent que des questions de politique publique peuvent être appliquées afin d'annuler une obligation de diligence *prima facie* durant l'examen du lien de proximité. Pour les raisons notées précédemment, je crois que l'ACIA a une obligation de diligence *prima facie* envers les exportateurs de pommes de terre, et la jurisprudence énoncée dans *Adams* s'appliquerait directement si nous étions confrontés à une question de performance opérationnelle, comme le défaut de réaliser une inspection convenable ou de délivrer un certificat phytosanitaire en bonne et due forme. Pour cette raison, j'ai estimé qu'il était approprié de traiter de la question de la politique publique à

> la deuxième étape de l'analyse fondée sur le critère énoncé dans l'arrêt *Anns*, et je crois que le raisonnement jurisprudentiel énoncé dans *Cooper*, *Imperial* et *Adams* me permet d'utiliser mon pouvoir discrétionnaire pour adopter cette démarche. [par. 114]
>
> [C'est moi qui souligne.]

[92] La juge Abella s'est penchée, dans l'arrêt *Syl Apps Secure Treatment Centre c. B.D.*, 2007 CSC 38, [2007] 3 R.C.S. 83, sur la prise d'une décision quant à la question du lien de proximité lors de la première étape de l'analyse fondée sur l'arrêt *Anns* et sur l'analyse requise des considérations de politique générale pouvant survenir aux deux étapes du critère, ou chevaucher celles-ci. Ce faisant, elle fait référence aux observations de la juge en chef McLachlin dans l'arrêt *Copper*, où elle remarque que l'étape à laquelle on traite de ces considérations n'importe peut-être pas, selon les circonstances, tant qu'on en traite. En expliquant le lien de proximité et son rapport aux considérations de politique générale qui surviennent dans un cadre législatif applicable, la juge Abella déclare ce qui suit :

> Il doit également exister un lien de proximité suffisamment étroit entre le demandeur et le défendeur. Allen Linden et Bruce Feldthusen expliquent dans *Canadian Tort Law* (8e éd. 2006) que ce volet de l'analyse vise à déterminer [TRADUCTION] « si, malgré la prévisibilité raisonnable du préjudice, il est injuste ou inéquitable d'assujettir le défendeur à une obligation, en raison de l'absence de tout lien de proximité entre le demandeur et le défendeur » (p. 304).
>
> Lorsque le lien découle d'un régime législatif, la loi applicable est pertinente pour établir si la relation entre les parties est suffisamment étroite (*Cooper*, par. 43; *Edwards*, par. 9). Comme la Cour l'a indiqué dans *Edwards* : « Les facteurs donnant lieu à l'existence d'un lien étroit doivent être fondés sur la loi applicable le cas échéant » (par. 9).
>
> Un conflit entre l'obligation de diligence revendiquée et une obligation primordiale de nature publique ou imposée par la loi peut constituer une raison de principe impérieuse pour refuser de conclure à la proximité (*Cooper*, par. 44; *Edwards*, par. 6). Un tel conflit existe lorsque l'obligation de diligence proposée empêcherait le défendeur de bien

> s'acquitter de ses obligations légales. Dans *Cooper*, par exemple, la Cour a jugé que le registrateur des courtiers en hypothèques n'avait pas d'obligation envers les investisseurs individuellement parce qu'elle serait « susceptible d'aller à l'encontre de l'obligation qu'il a à l'égard des intérêts supérieurs du public » (par. 44). De même, dans *Edwards*, à l'étape de l'analyse de la proximité, la Cour a conclu que le Barreau n'avait pas d'obligation de diligence de droit privé envers la victime d'un avocat malhonnête parce que « [l]es décisions prises par le Barreau nécessitent l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire délégué par la loi et impliquent la poursuite de multiples objectifs correspondant à des fonctions d'ordre public plutôt que d'ordre privé » (par. 14). Dans les deux affaires, la Cour a jugé que les graves conséquences négatives du conflit d'obligations, sur le plan de l'intérêt public, justifiaient la conclusion à l'absence de lien de proximité.
>
> L'existence d'une disposition législative prévoyant une immunité constitue également un facteur pertinent. La Cour a établi, dans *Edwards*, qu'une telle disposition indiquait l'intention du législateur d'interdire un dédommagement dépassant le montant prévu par l'assurance responsabilité professionnelle des avocats et le fonds d'indemnisation des clients des avocats (par. 16-17).
>
> Selon les circonstances en cause, les facteurs à examiner dans toute analyse relative à la proximité comprennent les attentes des parties, leurs déclarations et les liens de confiance (*Cooper*, par. 34), mais il n'existe pas de liste définitive. [par. 26 à 30]
>
> [C'est moi qui souligne.]

Voir aussi les propos du juge Cromwell dans *Fullowka c. Pinkerton's of Canada Ltd.*, 2010 CSC 5, [2010] 1 R.C.S. 132, au par. 39.

[93] En discutant de la « possibilité d'une certaine interpénétration » des considérations de politique générale dans les deux étapes du critère énoncé dans l'arrêt *Anns*, et en reconnaissant que l'étape durant laquelle on traite de ces considérations peut être sans importance, la juge Abella dit ce qui suit :

> Si l'analyse de la prévisibilité raisonnable et du lien de proximité amène à la conclusion qu'il existe à première vue une obligation de diligence, il s'agit d'une conclusion préliminaire qui doit être suivie d'un examen consistant à se demander si des considérations de politique générale résiduelles font en sorte qu'il ne serait pas judicieux d'imposer une telle obligation. Comme la Cour l'a indiqué dans *Cooper*, « peu importe sa formulation, le critère de prévisibilité-négligence de l'arrêt *Donoghue c. Stevenson* occulte une pondération d'intérêts. La recherche de l'équilibre constitue en réalité la recherche d'une politique de prudence » (par. 29).
>
> Cela signifie, comme l'a reconnu la Cour, que l'intérêt général est pertinent tant à l'étape de l'analyse relative à la « proximité » qu'à celle de l'examen des « considérations de politique générale résiduelles » du critère énoncé dans *Anns*. La différence tient à ce qu'à l'étape de la proximité les questions pertinentes d'intérêt général se rapportent à des facteurs découlant du lien qui existe entre le demandeur et le défendeur, tandis que les considérations de politique générale résiduelles ne portent pas tant sur « le lien existant entre les parties » que 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).
>
> Dans *Cooper*, la Juge en chef et le juge Major ont signalé la possibilité d'une certaine interpénétration des considérations de politique générale :
>
>> S'il y a une pondération convenable des facteurs pertinents en matière d'obligation de diligence, il se peut que l'« étape » à laquelle a lieu [l'examen de la politique] soit sans importance dans une affaire donnée. La question sous-jacente est de savoir si on devrait imposer une obligation de diligence à la lumière de l'ensemble des facteurs pertinents révélés par les faits. [par. 27]
>
> [par. 31 à 33]
> [C'est moi qui souligne.]

[94] En résumé, même s'il y a lieu de tenir compte des considérations de politique générale pour trancher la question de savoir s'il existe un lien de proximité à la première étape du critère énoncé dans *Anns*, le fait de tenir compte de ces considérations

dans l'analyse effectuée à la deuxième étape pourrait ne pas poser de problème. Lorsqu'il y a eu une « pondération convenable des facteurs pertinents en matière d'obligation de diligence », il se peut que l'étape à laquelle a lieu l'examen des considérations de politique n'importe pas. À mon avis, c'est le cas en l'espèce. La démarche suivie n'a eu aucune incidence sur la question sous-jacente de savoir si l'ACIA avait une obligation de diligence envers les appelantes et, en appel, les considérations de politique générale dont les parties ont débattu au procès sont en cause dans l'appel formulé par les appelantes de la décision rendue par le juge sur ces considérations, au terme de l'analyse qu'il a effectuée à la deuxième étape du critère.

[95] Je me pencherai maintenant sur l'argument des appelantes selon lequel le juge de première instance a commis une erreur de droit lorsqu'il a conclu que l'ACIA n'a aucune obligation de diligence envers elles. Elles soutiennent qu'il a erronément annulé une obligation de diligence en raison de considérations de politique générale. Les appelantes affirment que le juge a essentiellement [TRADUCTION] « qualifié les mesures prises par l'ACIA comme relevant de relations diplomatiques ou d'affaires gouvernementales qui se situent hors de la portée du droit de la responsabilité délictuelle ». Essentiellement, dans leurs observations écrites et orales, elles allèguent que le juge a commis une erreur dans son examen des considérations de politique générale et dans sa conclusion selon laquelle ces considérations militent contre l'existence d'une obligation de diligence. Je ne suis pas d'avis que le juge a commis une erreur dans son examen des considérations de politique générale connexes.

[96] Pour décider si l'ACIA a une obligation de diligence et pour procéder à un examen des considérations de politique générale connexes, on doit d'abord examiner le cadre législatif régissant les opérations de cet organisme et énonçant ses obligations et ses responsabilités. Selon la *Loi sur l'Agence canadienne d'inspection des aliments*, L.C. 1997, ch. 6, l'ACIA est chargée d'assurer et de contrôler l'application des lois suivantes : la *Loi sur les sanctions administratives pécuniaires en matière d'agriculture et d'agroalimentaire*, L.C. 1995, ch. 40, la *Loi sur les produits agricoles au Canada*, S.R.C. 1985, ch. 20 (4e suppl.), la *Loi relative aux aliments du bétail*, L.R.C. (1985),

ch. F-9, la *Loi sur les engrais*, L.R.C. (1985), ch. F-10, la *Loi sur l'inspection du poisson*, L.R.C. (1985), ch. F-12, la *Loi sur la santé des animaux*, L.C. 1990, ch. 21, la *Loi sur l'inspection des viandes*, S.R.C. 1985, ch. 25 (1er suppl.), la *Loi sur la protection des obtentions végétales*, L.C. 1990, ch. 20, la *Loi sur la protection des végétaux*, L.C. 1990, ch. 22, et la *Loi sur les semences*, L.R.C. (1985), ch. S-8. Sont pertinents en l'espèce les obligations et les responsabilités découlant, par l'application de la *Loi sur la protection des végétaux*, de la Convention et du protocole conclus entre le Canada et le Venezuela.

[97] L'analyse des considérations de politique générale réalisée par le juge comporte trois éléments qui s'appliquent aux circonstances en l'espèce.

[98] Premièrement, le juge s'est penché sur la question de savoir si la loi exprime une intention du législateur d'interdire une obligation de diligence de droit privé. Il a examiné la disposition prévoyant une immunité d'origine législative contenue à l'art. 38 de la *Loi sur la protection des végétaux* et a conclu qu'une telle intention ne s'en dégageait pas. Le libellé de l'art. 38 est plutôt restreint et exclut la responsabilité pour les dommages « entraînés par l'exécution des obligations découlant de la présente loi ou des règlements, notamment celle de fournir des terrains, locaux, laboratoires ou autres installations et d'en assurer l'entretien […] ». Même si l'ACIA a soutenu au procès que l'art. 38 démontre une intention d'exclure l'obligation de diligence, elle ne conteste pas la conclusion contraire du juge. La loi a été modifiée ultérieurement par l'ajout de l'art. 38.1 et, par conséquent, le résultat pourrait être différent aujourd'hui. Voici le texte de l'art. 38.1 :

38.1 No person who exercises powers or performs duties or functions under this Act is liable in respect of anything done or omitted to be done in good faith in the exercise of those powers or the performance of those duties or functions.	**38.1** Toute personne qui exerce des attributions sous le régime de la présente loi bénéficie de l'immunité judiciaire pour les faits — actes ou omissions — accomplis de bonne foi dans l'exercice de ces attributions.

[99] Deuxièmement, le juge a examiné la mesure dans laquelle les actes prétendument négligents reflètent la politique du gouvernement. Les appelantes

soutiennent que le défaut de l'ACIA d'agir raisonnablement en vue de négocier le dédouanement des pommes de terre rejetées constituait un manquement sur le plan opérationnel – un manquement dans l'exécution de l'obligation de négocier découlant de la politique – et non des mesures découlant de décisions de politique générale prises par le gouvernement ou pour son compte. Les appelantes reconnaissent que les négociations avec les autorités vénézuéliennes auraient pu – ou plutôt auraient dû, à leur avis – se poursuivre avec des agents ou par des voies diplomatiques. Toutefois, elles soutiennent que les décisions prises par l'ACIA et les mesures prises ou qui allaient être prises étaient de nature non diplomatique.

[100] Une décision ou une mesure peut être à la fois de nature opérationnelle et de politique générale, comme l'a expliqué la juge en chef McLachlin dans l'arrêt *R. c. Imperial Tobacco Canada Ltée*, 2011 CSC 42, [2011] 3 R.C.S. 45. Par conséquent, il est loin d'être idéal d'essayer de déterminer si une décision ou une mesure gouvernementale devrait être assujettie à une obligation de diligence de droit privé selon qu'elle a été qualifiée d'opérationnelle ou de politique générale. Après avoir expliqué que « [b]ien qu'elle illustre un facteur clé en raison duquel certains actes du gouvernement doivent généralement être à l'abri de toute responsabilité, la distinction politique générale-opérations ne constitue pas un critère juridique très utile » (par. 78), la juge en chef McLachlin a tiré la conclusion suivante :

> Je conclus que les <u>décisions de « politique générale fondamentale » du gouvernement à l'égard desquelles ce dernier est soustrait aux poursuites se rapportent à une ligne de conduite et reposent sur des considérations d'intérêt public, tels des facteurs économiques, sociaux ou politiques</u>, pourvu qu'elles ne soient ni irrationnelles ni prises de mauvaise foi. Cette approche concorde avec le message essentiel de la jurisprudence canadienne à cet égard, bien qu'elle fasse ressortir des caractéristiques positives des décisions de politique générale, au lieu de se fonder exclusivement sur le fait qu'elles ne sont pas de « nature opérationnelle ». Elle est aussi étayée par les réflexions faites dans la nouvelle jurisprudence canadienne et étrangère. Cela dit, elle n'est pas censée constituer un critère décisif. On peut s'attendre à ce que surviennent de

> temps à autre des situations délicates où il n'est pas facile de décider si le degré de « politique générale » en cause suffit à mettre une décision à l'abri de toute responsabilité pour négligence. Il serait illusoire de vouloir établir un critère absolu qui donnerait rapidement et infailliblement une réponse à l'égard de toute décision parmi la gamme infinie de celles que peuvent prendre les acteurs gouvernementaux. On pourra néanmoins facilement cerner la plupart des décisions gouvernementales qui représentent une ligne de conduite fondée sur une mise en balance de considérations économiques, sociales et politiques. [par. 90]
>
> [C'est moi qui souligne.]

[101] En se fondant sur la démarche exprimée par la juge en chef McLachlin dans l'arrêt *Imperial*, le juge de première instance a conclu que les négociations visant le dédouanement des pommes de terre, qui pourraient normalement être considérées comme opérationnelles, étaient [TRADUCTION] « en fait une question de politique générale, car [elles étaient] le résultat d'une ligne de conduite adoptée relativement à des considérations sociales et économiques ». Se reportant aux décisions contestées de l'ACIA (1) de ne pas envoyer leurs inspecteurs à la rencontre du 21 décembre 2009 avec Mme Sandoval, (2) de ne pas envoyer à la présidente de l'INSAI la lettre dite [TRADUCTION] « diplomatiquement énergique » de Mme Swan, présidente de l'ACIA, datée du 11 janvier 2010, (3) de collaborer avec Mme Sandoval après qu'elle ait exprimé sa volonté d'organiser une rencontre en vue de discuter de questions liées au protocole, mais non des pommes de terre rejetées, et (4) de chercher par la suite à gérer et à préserver la relation en vue de faciliter l'acceptation d'envois futurs et non d'obtenir le dédouanement des pommes de terre rejetées, le juge de première instance a déclaré ce suit :

> [TRADUCTION]
> Il s'agissait d'une démarche motivée par des considérations économiques et politiques. L'ACIA n'avait aucun recours juridique réel, tant le protocole que la Convention exigeant que les différends soient réglés par des moyens diplomatiques. Tout ce qui restait à l'ACIA était la « diplomatie », qui est définie dans le *Black's Law Dictionary*, 5e éd., comme [TRADUCTION] « l'art et la

pratique de mener des négociations entre des gouvernements étrangers […] », ce qui était particulièrement vrai étant donné le fait que les [TRADUCTION] « pommes de terre sont un produit délicat et périssable », comme l'a déclaré M. Salesse (au par. 45). Je ne sais pas si l'ACIA aurait pu persuader l'INSAI de revenir sur sa décision si MM. MacSwain et McManus avaient assisté à la réunion du 21 décembre ou si les autorités canadiennes avaient pris des mesures plus énergiques. Dans le même ordre d'idées, je ne connais pas les répercussions qu'auraient pu avoir des mesures plus énergiques dans le contexte du protocole ou de la relation commerciale générale entre le Canada et le Venezuela. Ce que je sais, par contre, c'est que l'ACIA a délibérément décidé que la ligne de conduite décrite au par. 107 était optimale dans les circonstances.

Je ne sais absolument pas si l'ACIA avait raison ou tort, et je crois qu'il est impossible pour quiconque – y compris notre Cour – de déterminer cela de manière concluante. Toutefois, il me semble que les compromis et les considérations en jeu dans le processus décisionnel de l'ACIA sont le reflet de la diplomatie entre des États souverains dans les cas où il n'existe aucun recours juridique réel, où il n'y a aucune bonne réponse évidente, et où les décisions doivent être pondérées en fonction de leurs répercussions économiques, sociales ou politiques sur les intérêts du Canada. Le dossier indique clairement (aux par. 15, 31, 40, 42, 49, 50, 55, 65, 66 et 67) que, tout au long de ses interactions avec les autorités vénézuéliennes relativement aux pommes de terre des demanderesses, l'ACIA considérait le Venezuela comme un marché difficile et se préoccupait des répercussions des mesures qu'elle prendrait sur le marché vénézuélien de la pomme de terre, sur les autres exportations du Canada au Venezuela et sur la relation commerciale canado-vénézuélienne en général. L'ACIA, en tant qu'organisme de l'État ayant une obligation d'origine législative de protéger le secteur agricole de l'économie et une obligation implicite d'agir conformément aux intérêts diplomatiques du Canada, avait une responsabilité envers le Canada de participer à ce genre de processus décisionnel général. Toutefois, ce mandat est complètement incompatible avec l'existence d'une obligation de [TRADUCTION] « faire ce qu'il faut faire » pour assurer l'entrée au Venezuela des lots particuliers de pommes de terre rejetées.

> À mon avis, les mesures et les décisions qui ont entraîné les réclamations des demanderesses sont des questions relevant du gouvernement, qui ne donnent pas lieu à une cause d'action puisqu'elles représentent une ligne de conduite qui était le résultat d'une pondération de considérations économiques, sociales et politiques réalisée par l'ACIA et d'autres autorités gouvernementales canadiennes dans le cadre des rapports diplomatiques avec l'État vénézuélien. Par conséquent, elles se rapportent, comme l'a observé la juge en chef McLachlin dans l'arrêt *Imperial*, à « une ligne de conduite et reposent sur des considérations d'intérêt public », qui ne peuvent justifier une cause d'action. [par. 108 à 110]

[102] L'argument des appelantes selon lequel l'analyse du juge est fautive, argument qui repose sur la prémisse selon laquelle les mesures prises par l'ACIA étaient purement opérationnelles, n'est pas persuasif. Les motifs donnés par le juge de première instance l'expliquent bien. De plus, bien qu'il soit compréhensible que les appelantes aient souhaité que l'ACIA négocie de façon plus énergique en vue d'obtenir le dédouanement de leurs pommes de terre, les mêmes mesures que l'ACIA aurait dû prendre à cette fin, selon elles, témoignent de la mesure dans laquelle des considérations de politique publique entraient en jeu dans les interactions avec les Vénézuéliens. Il y a des considérations économiques et politiques qui interviennent, à divers degrés, lorsque l'on décide s'il est souhaitable, par opposition aux mesures prises, d'aller plus loin et : (1) de demander aux inspecteurs de l'ACIA de rencontrer Mme Sandoval; (2) d'insister pour que l'affirmation selon laquelle les inspections des Vénézuéliens étaient fautives soit transmise à la présidente de l'INSAI; (3) de demander à l'ambassadeur du Canada au Venezuela de prendre des mesures en vue du dédouanement des pommes de terre auprès du ministre vénézuélien de l'Agriculture; (4) de demander au ministre canadien de l'Agriculture de communiquer avec son homologue vénézuélien afin de lui demander d'intervenir pour annuler la décision de l'INSAI de rejeter les pommes de terre au motif que les inspecteurs vénézuéliens avaient tort et que les inspecteurs canadiens avaient raison; ou (5) de cesser de délivrer des certificats phytosanitaires relativement aux pommes de terre destinées au Venezuela, qu'elles respectent ou non les exigences

sanitaires, contrairement aux obligations du Canada découlant de la Convention ou du protocole.

[103] Les décisions prises relativement à la ligne de conduite appropriée tenaient compte de considérations allant bien au-delà des pommes de terre rejetées. Dans la mesure où les « négociations » avec le Venezuela, un État étranger, ont dépassé le stade des discussions techniques visant à essayer de déterminer une raison évidente pour les divergences dans les résultats obtenus aux inspections, les décisions comportaient une pondération de considérations économiques et politiques et étaient nécessairement diplomatiques. Il est important de souligner, et toutes les parties le savaient pertinemment, que le protocole prévoit expressément que [TRADUCTION] « tout différend quant à l'interprétation ou à l'exécution du présent protocole sera réglé à l'amiable par les parties, par la voie diplomatique ». Il n'y avait aucune manière de faire trancher une impasse particulière. Tout règlement devrait être négocié dans le cadre de discussions, lesquelles, selon leur niveau, pourraient porter sur des considérations de politique générale. En conséquence de ces considérations, on ne pouvait lancer une pleine offensive pour chaque petit accrochage.

[104] Troisièmement, le juge avait notamment examiné, dans son analyse sur les considérations de politique générale pertinentes, si l'obligation de diligence revendiquée entrait en conflit avec une obligation imposée à l'ACIA par le cadre législatif applicable. Il n'est pas étonnant qu'il y ait un certain chevauchement entre cette question et celle de savoir si l'obligation alléguée relevait de la politique générale du gouvernement.

[105] Il n'y a aucune contestation relativement à la conclusion du juge selon laquelle un des objectifs de la législation est la protection du secteur agricole de l'économie canadienne, comme on l'a constaté dans l'arrêt *Adams*. De plus, on ne conteste pas que la Convention et le protocole imposent des responsabilités supplémentaires à l'ACIA. Toutefois, comme il a été mentionné précédemment, les appelantes soutiennent qu'une simple obligation de négocier n'est pas incompatible avec les autres obligations de l'ACIA – du moins, pas dans la mesure où il serait nécessaire

d'annuler son obligation de diligence relativement à son obligation de négocier. Je ne suis pas de cet avis. À mon sens, le juge de première instance n'a pas commis d'erreur lorsqu'il a conclu que les obligations de l'ACIA entraient en conflit avec une obligation de diligence de droit privé du type revendiqué par les appelantes.

[106] Pour un exposé concis des conséquences d'un conflit entre des obligations, je reproduis de nouveau les propos de la juge Abella dans l'arrêt *Syl Apps Secure Treatment Centre* :

> Un conflit entre l'obligation de diligence revendiquée et une obligation primordiale de nature publique ou imposée par la loi peut constituer une raison de principe impérieuse pour refuser de conclure à la proximité (*Cooper*, par. 44; *Edwards*, par. 6). Un tel conflit existe lorsque l'obligation de diligence proposée empêcherait le défendeur de bien s'acquitter de ses obligations légales. […] [par. 28]
>
> [C'est moi qui souligne]

[107] En expliquant les motifs pour lesquels il a conclu que l'obligation de diligence revendiquée par les appelantes entrait en conflit avec les obligations d'origine législative de l'ACIA, le juge a déclaré ce qui suit :

> [TRADUCTION]
> De plus, pour que les demanderesses obtiennent gain de cause, elles doivent établir que l'obligation de diligence envers elles ayant trait aux lots particuliers de pommes de terre rejetées l'emporte sur tout pouvoir discrétionnaire dont dispose par ailleurs l'ACIA lui permettant de prendre des décisions fondées sur les intérêts agricoles plus généraux ou la relation commerciale générale entre le Canada et le Venezuela. En d'autres termes, au moment où l'ACIA a communiqué avec les autorités vénézuéliennes le 11 décembre 2009, elle aurait perdu la capacité de prendre des décisions dans le contexte canadien plus général. Il ne s'agit pas d'un argument que je suis prêt à accepter. Comme il a été indiqué précédemment, la loi confère à l'ACIA le mandat de sauvegarder le secteur agricole de l'économie dans son ensemble, et en tant qu'organisme canadien constitué par une loi, elle est obligée de tenir compte de la position du Canada dans le monde, et de ses efforts diplomatiques dans ses interactions avec les autres

> nations. Il est inapproprié de traiter l'alinéa 7.1.1 de la politique de l'ACIA comme analogue à un engagement contractuel.
>
> Dans l'arrêt *Cooper*, on a conclu que l'obligation incombant au registrateur des courtiers en hypothèques d'agir équitablement lorsqu'il retire son permis à un courtier dans l'intérêt public est incompatible avec une obligation de diligence envers des investisseurs particuliers. Les arrêts *Syl Apps Secure Treatment Centre c. B.D.*, 2007 CSC 38 et *McCrea c. Canada (Attorney General)*, 2015 FC 592, déconseillent tous les deux aux tribunaux de conclure à l'existence d'une obligation de diligence de droit privé lorsqu'il existe une obligation primordiale de nature publique ou imposée par la loi. Contrairement à l'affaire *Adams*, il ne s'agit pas en l'espèce d'une instance où les méthodes d'inspection peuvent être évaluées en fonction du bon sens ou d'une méthodologie établie. Nous sommes plutôt, comme nous l'avons discuté précédemment, fortement dans le domaine de la diplomatie entre nations souveraines, où il n'y a ni recours judiciaire réel ni bonne réponse. La suggestion selon laquelle l'ACIA avait l'obligation précise d'assurer l'entrée des pommes de terre au Venezuela dans les circonstances de l'espèce est fondamentalement incompatible avec le degré de flexibilité requis pour qu'elle s'acquitte de son obligation d'agir généralement de manière à soutenir les intérêts agricoles et économiques canadiens. <u>L'idée selon laquelle le pouvoir discrétionnaire de l'ACIA lui permettant d'agir de façon générale en vue de soutenir les intérêts économiques canadiens est entravé chaque fois qu'elle intervient auprès d'un représentant d'un État étranger pour le compte d'un exportateur canadien n'en est pas une que je suis disposé à accepter.</u> Je prévois que c'est peut-être pourquoi les parties ont été incapables de me renvoyer à une jurisprudence où il était question d'une demande en négligence intentée contre un organisme de l'État en raison de la conduite des rapports diplomatiques avec un État étranger. [par. 111 à 112]
>
> [C'est moi qui souligne.]

[108] L'incompatibilité entre les obligations imposées à l'ACIA par la loi et l'obligation de diligence de droit privé envers les appelantes n'est pas théorique; elle est évidente au vu de la preuve au cœur de la demande des appelantes. Aussitôt que l'ACIA est intervenue relativement aux pommes de terre rejetées, les fonctionnaires étaient

nécessairement conscients du besoin d'agir avec délicatesse envers la relation continue avec les autorités vénézuéliennes et d'éviter d'exacerber les problèmes qui pourraient avoir un effet tant sur les envois futurs de pommes de terre canadiennes que sur la relation commerciale plus étendue. C'était particulièrement le cas à l'époque, puisque le Venezuela traversait une période d'incertitude politique accrue et il fallait travailler plus fort pour préserver la relation existante, de même que pour protéger la réputation et la crédibilité de l'ACIA au titre du protocole et les avantages du régime phytosanitaire prévu par la Convention. On ne pouvait s'attendre que l'ACIA poursuivrait les négociations comme si elle était mandataire des appelantes. Malgré ses efforts en vue d'obtenir le dédouanement des pommes de terre rejetées, l'ACIA a conclu, en fin de compte, qu'il était préférable, compte tenu de ses autres obligations, de coopérer avec les représentants de l'INSAI et d'essayer de régler les questions sous-jacentes qui ont mené au rejet des pommes de terre des appelantes. À ce point-là, à la mi-janvier 2010, les objectifs de l'ACIA et des appelantes ont très clairement divergé. Il était loisible aux appelantes, non contraintes par les mêmes obligations et responsabilités, de rester concentrées seulement sur leurs propres intérêts, à savoir le dédouanement des pommes de terre rejetées. Cette divergence ne témoignait pas seulement d'une appréciation différente de l'issue possible ou d'une différence d'opinions quant à la meilleure façon de mener les négociations, mais elle indiquait le moment où l'ACIA a conclu que, pour remplir ses obligations plus générales, les efforts visant à obtenir le dédouanement des pommes de terre des appelantes allaient devoir passer à un rang inférieur, voire être abandonnés. En effet, les appelantes ont implicitement reconnu les obligations d'origine législative de l'ACIA lorsqu'elles ont affirmé que l'ACIA n'en faisait pas assez pour assurer le respect du protocole par les Vénézuéliens.

[109] Le protocole prévoit que le Canada doit régler les différends quant à son interprétation ou à son exécution [TRADUCTION] « à l'amiable » et [TRADUCTION] « par la voie diplomatique ». La situation serait peut-être différente si les « négociations » s'en étaient tenues au domaine technique et aux questions phytosanitaires ou liées aux inspections, comme celle de savoir si les pommes de terre avaient respecté la norme établie par le Venezuela dans le protocole. Après tout, il est difficile d'envisager quelles

politiques ou obligations interviendraient dans des discussions de ce niveau ou entreraient en conflit avec celles-ci – ce qui, on pourrait dire, est prévu dans la politique de l'ACIA. Toutefois, même si le problème sous-jacent relativement aux pommes de terre rejetées se rapportait apparemment à des questions d'ordre phytosanitaire, la méthode suivie pour régler le différend a rapidement grimpé à un niveau faisant intervenir des questions de politique générale gouvernementale, à un point tel qu'elles entraient en conflit avec des obligations imposées à l'ACIA par la loi.

[110] La saison des exportations en 2009-2010 était singulière et difficile. Les appelantes, l'ACIA et les représentants commerciaux canadiens faisaient face à un climat politique délicat et incertain, qui donnait à tous des motifs raisonnables de douter de ce qui était réellement en jeu, et qui a suscité des débats considérables sur comment procéder. Pour l'ACIA, cela signifiait qu'il fallait prendre soin, tout en faisant preuve d'autant d'assertivité que possible en vue d'obtenir le dédouanement de ce qu'elle a admis être des pommes de terre rejetées à tort, de ne pas augmenter le risque couru par les envois futurs et de ne pas endommager la relation commerciale plus générale.

[111] À mon avis, les appelantes n'ont pas démontré que le juge avait commis une erreur dans son analyse et je rejetterais ce moyen d'appel.

D. *Les 4e et 5e moyens d'appel : la norme de diligence et le lien de causalité*

[112] Comme j'ai conclu que je rejetterais le moyen d'appel précédent, il n'est pas nécessaire de statuer sur les 4e et 5e moyens d'appel. Toutefois, je répondrai à l'affirmation des appelantes selon laquelle le juge de première instance a commis une erreur lorsqu'il a conclu que, dans l'éventualité où il y avait une obligation de diligence envers elles, l'ACIA avait respecté la norme de diligence requise. Je ne traiterai pas du moyen d'appel des appelantes relatif au lien de causalité, puisque les conclusions que j'ai tirées au sujet des moyens d'appel précédents, y compris le 4e, sont déterminantes quant à l'issue de l'appel.

[113] Les appelantes soutiennent que le juge de première instance a commis les erreurs suivantes :

- il a commis une erreur de droit (i) lorsqu'il n'a pas déterminé, en ce qui concerne l'obligation de négocier incombant à l'ACIA, la norme de diligence appropriée (qui est selon les appelantes celle de l'agent de réglementation raisonnable), compte tenu de la probabilité qu'un préjudice connu ou prévisible survienne, de la gravité de ce préjudice et du fardeau ou du coût qu'il faudrait assumer pour le prévenir (*Adams*, aux par. 49 et 51); (ii) lorsqu'il n'a pas conclu à l'existence d'une norme de diligence rigoureuse, compte tenu du fait que les pommes de terre étaient périssables, que leur destruction occasionnerait d'importantes pertes pour les appelantes et que les coûts afférents à la négociation de leur dédouanement étaient faibles; et (iii) lorsqu'il a conclu que les mesures prises par l'ACIA faisaient partie des issues possibles raisonnables;

- il a commis une erreur de fait lorsqu'il a accepté que l'ACIA avait conclu, au début janvier 2010, que la décision de rejeter les pommes de terre n'allait pas être annulée d'après une seule lettre reçue de la part de Mme Sandoval et datée du 6 janvier 2010;

- il a commis une erreur de fait et de droit lorsqu'il a « excusé » le défaut de l'ACIA de transmettre les questions soulevées par les appelantes, ainsi que les retards mis par l'ACIA pour le faire, en se fondant sur **une considération non pertinente** (les caractères gras et le soulignement sont de moi), qui ne relevait pas de son mandat de négocier conformément à la politique.

[114] Mise à part l'assertion des appelantes selon laquelle le juge aurait appliqué la mauvaise norme de diligence, leurs observations écrites et orales répètent essentiellement l'argument fondé sur les faits non contestés selon lequel le fait que

l'ACIA n'en a pas fait plus pour obtenir le dédouanement de leurs pommes de terre correspond à un manquement à la norme de diligence qui serait imposée à un agent de réglementation raisonnable placé dans la même situation. Les appelantes, dans leurs observations, qualifient de [TRADUCTION] « très influente » la décision de l'ACIA de ne pas envoyer MM. MacSwain et McManus à la rencontre du lundi 21 décembre 2009 avec Mme Sandoval. De même, elles soulignent l'importance pour leur demande du fait que l'ACIA n'a ni envoyé la lettre considérée comme trop insistante de la présidente de l'ACIA en janvier 2010 ni intervenu auprès du ministre de l'Agriculture avant février 2010, après le deuxième rejet partiel d'un envoi de pommes de terre.

[115] Je réitère, le juge de première instance s'était seulement penché sur la question de la norme de diligence à titre subsidiaire, au cas où il avait erronément conclu qu'il n'existait aucune obligation de diligence. Il a entamé son examen en déterminant la norme de diligence applicable. Il a conclu que l'ACIA avait une [TRADUCTION] « obligation d'agir raisonnablement dans l'exercice des fonctions et des responsabilités qui lui sont conférées par la politique de l'ACIA et le protocole ». Étant donné que la conduite reprochée avait trait aux efforts déployés par l'ACIA en vue de négocier avec les autorités vénézuéliennes, le juge de première instance a estimé qu'il était nécessaire d'appliquer la norme d'une manière qui tenait compte du pouvoir discrétionnaire inhérent et de l'incertitude qu'implique cette tâche. Il a jugé utiles les observations de la juge en chef McLachlin dans l'arrêt *Hill c. Commission des services policiers de la municipalité régionale de Hamilton-Wentworth*, 2007 CSC 41, [2007] 3 R.C.S. 129, qui porte sur une demande fondée sur une allégation selon laquelle une enquête policière aurait été effectuée de manière négligente. Le juge a conclu que l'évaluation de la conduite se rapportant aux négociations exige que l'on reconnaisse que les actes et les décisions en cause font intervenir un pouvoir discrétionnaire inhérent, comme c'est le cas dans l'évaluation de la conduite se rapportant à une enquête policière. Le juge renvoie en particulier aux observations suivantes de la juge en chef McLachlin :

> Je conclus que la norme de diligence applicable est la norme générale du policier raisonnable placé dans la même situation. <u>Cette norme devrait s'appliquer de manière à bien</u>

> reconnaître le pouvoir discrétionnaire inhérent à l'enquête policière. Comme les autres professionnels, le policier peut exercer son pouvoir discrétionnaire comme il le juge opportun, à condition de respecter les limites de la raisonnabilité. Le policier qui exerce son pouvoir discrétionnaire d'une autre manière que celle jugée optimale par le tribunal de révision n'enfreint pas la norme de diligence. Plusieurs choix peuvent s'offrir au policier qui enquête sur un crime, et tous ces choix peuvent être raisonnables. Tant que l'exercice du pouvoir discrétionnaire est raisonnable, la norme de diligence est observée. La norme ne commande pas une démarche parfaite, ni même optimale, lorsqu'on considère celle-ci avec le recul. La norme est celle du policier raisonnable au regard de la situation – urgence, données insuffisantes, etc. – au moment de la décision. Le droit de la négligence n'exige pas des professionnels qu'ils soient parfaits ni qu'ils obtiennent les résultats escomptés (Klar, p. 359). En fait, il admet qu'à l'instar des autres professionnels, le policier peut, sans enfreindre la norme de diligence, commettre des erreurs sans gravité ou des erreurs de jugement aux conséquences fâcheuses. Le droit distingue l'erreur déraisonnable emportant l'inobservation de la norme de diligence de la simple « erreur de jugement » que n'importe quel professionnel raisonnable aurait pu commettre et qui, par conséquent, n'enfreint pas la norme de diligence. (Voir *Lapointe c. Hôpital Le Gardeur*, [1992] 1 R.C.S. 351; *Folland c. Reardon* (2005), 74 O.R. (3d) 688 (C.A.); Klar, p. 359.) [par. 73]
>
> [C'est moi qui souligne.]

[116] Les appelantes affirment que le juge de première instance a commis une erreur lorsqu'il n'a pas appliqué la norme de diligence énoncée dans l'arrêt *Adams*. Comme il l'a été indiqué précédemment, le juge a établi une distinction entre la demande des appelantes et celle dans l'affaire *Adams*, dans laquelle « AgCan avait envers les producteurs appelants une obligation de diligence qui consistait à mener rapidement une enquête sur l'identité et l'origine du virus qui touchait les cultures de tabac en question » (par. 65). Les actes négligents avaient trait à des analyses défectueuses sur un virus de la pomme de terre (entreprises en vue de déterminer la source du virus), et on a conclu dans l'arrêt *Adams* qu'ils étaient analogues aux affaires où il est question d'inspections négligentes. Ni l'une ni l'autre des parties n'a présenté, dans ses observations, d'autres

sources jurisprudentielles à l'appui des motifs pour lesquels le juge a appliqué la norme de diligence décrite dans l'arrêt *Hill*, ou militant à l'encontre de l'application de cette norme. À mon avis, le juge n'a pas commis d'erreur de droit dans la manière dont il a déterminé et appliqué la norme de diligence. S'il existait une obligation de diligence, l'ACIA aurait été tenue d'agir raisonnablement, notamment dans son obligation de négocier conformément à la politique. La norme de diligence aurait alors nécessairement reconnu la nature même des négociations. Il s'agit d'un travail qui comporte une pondération d'options et de stratégies souvent concurrentes, et ce, de façon continue au fur et à mesure que les positions et les circonstances changent. Il s'agit d'un exercice de jugement et de discrétion comportant un large éventail de possibilités, dont beaucoup pourraient être considérées comme raisonnables.

[117] Outre ce qui précède, les observations des appelantes visent à nous porter à faire notre propre évaluation des faits et à conclure, avec l'avantage du recul, que l'ACIA n'a pas agi raisonnablement, en grande partie parce qu'elle n'avait pas fait ce qu'elle aurait dû faire selon les appelantes. Toutefois, cela n'est pas notre rôle. L'appréciation de la preuve réalisée par le juge, et sa conclusion selon laquelle la conduite de l'ACIA n'a pas manqué à la norme, ne renferme pas d'erreur, et encore moins d'erreur manifeste et dominante. Les observations des appelantes ne me portent pas à douter, par exemple, de la conclusion du juge voulant que [TRADUCTION] « [m]ême avec le recul, je ne vois aucune raison de contester la raisonnabilité » de la décision de collaborer avec Mme Sandoval [TRADUCTION] « de façon conciliante » (par. 120). On pourrait dire la même chose de ses autres conclusions quant aux décisions prises par l'ACIA en vue d'essayer de négocier le dédouanement des pommes de terre rejetées.

[118] Il est aussi important de reconnaître que, même si des considérations de politique générale ne s'élèvent pas au rang permettant d'annuler une obligation de diligence, elles peuvent contribuer à l'appréciation de la raisonnabilité d'actes prétendument négligents. Par exemple, en l'espèce, les autres obligations de l'ACIA (même si elles n'avaient pas pour effet d'annuler une obligation de diligence)

constitueraient un facteur dans l'évaluation de la raisonnabilité d'une ligne de conduite donnée.

[119] À mon sens, le juge de première instance n'a tout simplement pas commis d'erreur lorsqu'il a conclu que, s'il existait une obligation de diligence, l'ACIA avait respecté la norme attendue à l'égard de celle-ci.

V. Dispositif

[120] Pour ces motifs, je rejetterais l'appel avec dépens de 3 000 $.