COURT OF APPEAL OF
NEW BRUNSWICK

COUR D'APPEL DU
NOUVEAU-BRUNSWICK

52/07/CA

BRIAN ADAMS et al. (LES FERMES GERVAIS INC., FRANÇOIS OUELLETTE, OUELLETTE SEED FARM LTD., and ALBRIGHT FARMS LTD.)

(Plaintiffs) APPELLANTS

-and-

BEN BORREL, JOHN MacDONALD and THE ATTORNEY GENERAL OF CANADA

(Defendants) RESPONDENTS

Adams et al. v. Borrel et al., 2008 NBCA 62

CORAM:
The Honourable Justice Daigle
The Honourable Justice Deschênes
The Honourable Justice Robertson

Appeal from a decision
of the Court of Queen's Bench:
March 20, 2007

History of case:

Decision under appeal:
2007 NBQB 102

Preliminary or incidental proceedings:
[2005] N.B.J. No. 69
[2004] N.B.J. No. 298

Appeal heard:
February 26, 27 and 28, 2008

Judgment rendered:
September 18, 2008

BRIAN ADAMS et autres (LES FERMES GERVAIS LTÉE., FRANÇOIS OUELLETTE, FERMES SEMENCE OUELLETTE LTÉE et ALBRIGHT FARMS INC.)

(Demandeurs) APPELANTS

-et-

BEN BORREL, JOHN MacDONALD et LE PROCUREUR GÉNÉRAL DU CANADA

(Défendeurs) INTIMÉS

Adams et autres c. Borrel et autres, 2008 NBCA 62

CORAM :
L'honorable juge Daigle
L'honorable juge Deschênes
L'honorable juge Robertson

Appel d'une décision
de la Cour du Banc de la Reine :
Le 20 mars 2007

Historique de la cause :

Décision frappée d'appel :
2007 NBBR 102

Procédures préliminaires ou accessoires :
[2005] A.N.-B. n° 69
[2004] A.N.-B. n° 298

Appel entendu :
Les 26, 27 et 28 février 2008

Jugement rendu :
Le 18 septembre 2008

Reasons for judgment by:
The Honourable Justice Robertson

Concurred in by:
The Honourable Justice Daigle
The Honourable Justice Deschênes

Counsel at hearing:

For the appellants:
John C. Friel, Q.C.
Thomas G. O'Neil, Q.C.

For the respondents:
David H. Hooley, Q.C.
Edward W. Keyes

THE COURT

The appeal is allowed, in part, and the matter remitted to the trial judge for an assessment of damages in accordance with the reasons for judgment. There is no order as to costs on appeal.

Motifs de jugement :
L'honorable juge Robertson

Souscrivent aux motifs :
L'honorable juge Daigle
L'honorable juge Deschênes

Avocats à l'audience :

Pour les appelants :
John C. Friel, c.r.
Thomas G. O'Neil, c.r.

Pour les intimés :
David H. Hooley, c.r.
Edward W. Keyes

LA COUR

Accueille l'appel en partie et renvoie l'affaire à la juge du procès afin qu'elle évalue les dommages-intérêts conformément aux motifs de jugement. Aucuns dépens ne sont adjugés dans le cadre du présent appel.

The judgment of the Court was delivered by

ROBERTSON J.A.

I. Introduction

[1] This appeal requires us to retrace the jurisprudential footprints to be followed when determining whether a "government actor" is liable in "negligence". The four appellants are involved in the farming and marketing of "seed potatoes" in the northwestern part of New Brunswick. They are representative of anywhere between 176 and 246 surrounding farmers who seek damages from the federal government, (hereafter "AgCan"). The appellants claim entitlement for the economic loss suffered as a result of AgCan's allegedly negligent mishandling of a potato virus that originated with seed potatoes grown in and marketed from Prince Edward Island. The allegations of negligence and damages are tied to the 1990, 1991 and 1992 crop years. While the four appellant farmers seek damages totaling $2.1 million, collectively the farmers seek an amount exceeding $75 million. The trial judge dismissed the action on two principal grounds. First, she held that all of AgCan's impugned actions qualified as "policy" and not "operational" decisions and, therefore, any *prima facie* duty of care that did exist as between the parties was negated such that the federal government was immune from liability. Second, the trial judge held in the alternative that none of AgCan's impugned conduct qualified as "negligence". The trial judge declined the invitation to make a provisional assessment of damages, noting only that she preferred the "loss analysis" of the appellants' experts. The trial judge's decision is now reported as (2007), 318 N.B.R. (2d) 3, [2007] N.B.J. No. 178 (QL), 2007 NBQB 102.

[2] Aside from the issues tied to the applicable standard of review, this appeal raises no less than five substantive issues. I find merit in only one. I agree that the respondent, AgCan, owed the appellant farmers a *prima facie* duty of care to conduct a timely investigation with respect to identifying the source of the virus and that that duty was not negated either by overriding policy considerations (such as unlimited liability to

an unlimited class), or by the application of the policy/operational dichotomy. Correlatively, I find that AgCan breached the applicable standard of care and is liable in damages. On that point, the matter should be remitted to the trial judge for an assessment of damages in accordance with these reasons. In all other respects, the appeal should be dismissed.

II. Factual Overview

[3] The parties recognized the difficulty of providing a contextual and chronological overview of the facts surrounding the litigation because of the way in which the trial judge structured her analysis. After offering an introduction to the legal issues, the trial judge provides a "background overview" as to the position of the respective parties by reproducing selected extracts from their post-trial submissions. Those overviews are followed by a series of summaries: one for the testimony of each expert witness. In certain instances, a summary is infused with a finding of fact or conclusion of law that is not mentioned elsewhere in the reasons for judgment. Next, the trial judge lists 33 discrete "findings". Regrettably, she did not provide a chronological overview of the underlying facts leading up to the issuance of the Statement of Claim. For this reason, counsel was asked to provide this Court with supplemental submissions that would enable the panel to better understand the issues and, in particular, those pleaded and argued but not touched on in the trial judge's reasons. Based on those submissions, I have attempted to reconstruct the factual matrix that unfolded over the years leading up to the 18 week trial. I wish to emphasize that my understanding of the essential facts is drawn from three sources: the trial judge's reasons for judgment and the two submissions. Facts as contended by the appellants and not challenged by the respondents are deemed to be accepted, as contemplated by the *Rules of Court*. Where the submissions differ on the facts, the disagreement is ultimately noted in these reasons. In the end, I have attempted to provide an overview of the facts in a manner that enables the reader to understand the legal issues argued before this Court during the three days allotted for the appeal hearing.

[4] In September of 1989, tobacco veinal necrosis (TVN) was discovered in a tobacco field on the Kees Meuse farm in the Port Bruce area of southern Ontario. TVN is not the name of a disease, but is rather a generic name given to a condition that leads to the death of the veins running throughout a tobacco leaf. TVN is attributable to a virus, PVY, which in turn has a number of strains, including PVYn (Potato Virus Y necrotic). Although that particular strain is commonly associated with potatoes, it is, interestingly, not harmful to potatoes. Specifically, PVYn has no impact on the marketability of either processing or table potatoes (those we eat). The problem arises because of the potential for PVYn to spread to tobacco plants in those areas where tobacco is grown in close proximity to "infested" potatoes. It is for this reason that infested seed potatoes become unmarketable as seed potatoes.

[5] The need to eradicate or control the spread of the PVYn virus is of immediate concern to seed potato farmers in New Brunswick and Prince Edward Island whose crops are largely exported to the United States. The suspected presence of the virus in seed potatoes is a sufficient reason for American authorities to close or control the border with respect to this farm product. To the extent seed potatoes are quarantined and thus cannot be exported to the United States, or even to another province, and to the extent that the government is unwilling to offer adequate compensation to producers of infested seed potatoes, there is only one practical option left to consider. Seed potatoes must be sold in the market normally reserved for processing and table potatoes. This is truly problematic for seed farmers in several respects. Seed potatoes are worth more than processing or table potatoes. Also, seed potatoes are grown to be smaller than table potatoes and are generally less marketable to consumers. In addition, the unloading of seed potatoes into the other potato markets has the "spillover" effect of depressing market prices, with the economic loss affecting all potato farmers, not just those who produce and market seed potatoes.

[6] In September of 1989, the National Seed Potato Bureau and the Plant Health Directorate of AgCan decided that it was necessary to identify the virus and its source. On September 26, 1989, the Director of the Plant Health Directorate of AgCan

wrote to the Assistant Deputy Minister informing him that over the "oncoming winter months" efforts would be made to identify the virus and its source. As PVY has several strains, it was still necessary to identify the one responsible for the presence of TVN in tobacco leaves and to trace its source so that appropriate measures could be taken for purposes of eradication or control. In that regard, the facts disclose that adjacent to the infested tobacco field on the Kees Meuse farm, there was a "chipping" field, largely planted with government-certified seed potatoes from Prince Edward Island. The task of identifying the virus and its source fell on the shoulders of Dr. John MacDonald, a virologist attached to the Plant Protection Division of the National Seed Potato Bureau of AgCan.

[7] From the outset, PVYn was recognized as a possible cause of TVN. By March of 1990, Dr. MacDonald had made a positive identification of PVYn as the true pathogen. However, the specific source of the virus remained unknown. In June of 1990, and for reasons to be explained below, Dr. MacDonald went out to the "chipping field" adjacent to the infested tobacco field and sampled "tubers" left over from the 1989 potato crop. It was readily determined that those tubers were infected with PVYn. This led to a "trace-back" in order to determine the origin of the seed potatoes that had been planted in the chipping field. By September of 1990, one year after the investigation began, Dr. MacDonald confirmed that the source of the virus was seed potatoes being produced and marketed from Prince Edward Island. However, by this date, New Brunswick farmers had already purchased and planted infested seed potatoes from P.E.I for the 1990 crop year.

[8] A survey conducted from August to September of 1990 revealed that the PVYn virus was present in three fields on two farms in New Brunswick. In each instance the potato crop was grown from seed purchased from the P.E.I. farm of J.P. Hendriken. The virus was also found in the field of a third farm. However, that crop was grown from seed produced by another P.E.I. grower. In P.E.I, a total of 26 positives were found on either 14 or 17 different farms. All of the potatoes were grown from seed produced on P.E.I in 1989. Together, the affected crops represented approximately 58% of all

"Atlantic" variety potatoes planted and it was through the Atlantic variety that the virus was introduced. In Ontario, a total of five positive potato fields were detected. Most of the fields had been planted with P.E.I. seed. In addition, five tobacco fields in Ontario tested positive for the virus.

[9] On September 28, 1990, the United States Department of Agriculture was notified of the outbreak of the virus. On December 18, 1990, a meeting took place between officials with AgCan and officials from the State of Maine. On January 24, 1991, representatives of the U.S. Department of Agriculture met with their Canadian counterparts in what would be referred to as "the Bi-National Panel". The Panel had no formal mandate other than to provide an opportunity to exchange data and views so as to enable the respective governments to take appropriate action. During its first meeting, the Panel discussed the results of the survey and agreed to restrictions on seed potatoes, including the requirement that any eligible lots from the Maritimes be tested for the virus before entering the United States. On February 6, 1991, the American authorities prohibited the importation of potatoes from New Brunswick and Prince Edward Island. However, on February 26, 1991, the restriction against seed potatoes from New Brunswick and part of Prince Edward Island was lifted. The border reopened for potato districts five and six on P.E.I. and for all of New Brunswick, except for farms that had planted "Atlantic" seed from P.E.I. in 1989 or 1990.

[10] Having found that the virus was present in New Brunswick potato crops and that there were three affected growers, AgCan decided, in September of 1990, to "completely eradicate" the virus and to compensate the affected farmers. Eradication means that the potatoes are disposed of and, thus, never sold. We are told the appellant farmers were among those compensated. AgCan claims that they received around $450,000 and that other farmers received in the vicinity of $12 million. The trial judge did not confirm those facts, nor do her reasons indicate the type of loss for which the payments were made.

[11] To accomplish the goal of eradication with compensation, AgCan formulated "the 1991 Plan". Its implementation came in the form of the following series of orders and directives. On February 25, 1991, AgCan issued its own quarantine order, incorporating the American restrictions applicable to exports to the United States. On March 27, 1991 and May 27, 1991 the Plant Quarantine Regulations were amended to authorize inspectors to order the disposal of seed potatoes believed to be infested with the virus and to provide compensation. The Director of the Plant Protection Division issued Quarantine Directives on April 2, 1991 and April 15, 1991, to communicate the plan to inspectors. On May 3, 1991, a Ministerial order issued under the *Plant Protection Act*, S.C. 1990, c. 22, effective until August 1, 1991, declaring all but the small northwest corner of P.E.I. to be infested with PVYn. As stated, the essence of the 1991 Plan was that infested potatoes were to be disposed of and the farmers were to be compensated for their loss. The plan automatically expired on August 1, 1991.

[12] On July 25, 1991, AgCan convened the first of two "stakeholders'" meetings. At this meeting affected farmers and officials from AgCan and their provincial counterparts met to discuss the issues and policy options surrounding the handling of the virus. Concern was expressed about the number of positives that were appearing in P.E.I. During the summer of 1991, AgCan continued testing to determine whether the virus persisted in the potato fields of New Brunswick and Prince Edward Island. By July 25, 1991, a large number of fields on P.E.I. tested positive for the virus. While the option of abandoning the compensation scheme was raised, the minutes of that meeting reveal that concern was expressed as to whether it was too soon to make a policy decision.

[13] On August 9, 1991, a second stakeholders' meeting was convened. With 77 positives found on P.E.I. and 95 pending, AgCan reported that the cost of continuing with the compensation aspect of the 1991 Plan would have been in the area of $90 million. At this meeting the consensus was that the destruction/compensation model embodied by the 1991 Plan was not going to work. It was at this meeting that the basic concepts of "the 1992 Plan" were developed.

[14] On the same date that the second stakeholders' meeting was being held, Dr. Singh, a potato virologist with AgCan's research branch in Fredericton, noticed a problem with the so-called "bioassay testing protocol" being followed for determining whether a potato field had been infested with the virus. While that protocol eventually lead to the identification of 96 positives on Prince Edward Island, it was subsequently determined that 86 of these positives were, in fact, false positives attributable to a faulty testing procedure. Once the testing protocol was altered to include the use of a "Jemseg filter", the problem of further false positives was resolved. As will be explained, the appellants allege that AgCan was negligent in adopting a testing protocol that did not originally include a Jemseg filter, and that based on the substantial number of false positives, AgCan decided to abandon its 1991 Plan in favour of the 1992 Plan.

[15] The 1992 Plan would differ from the 1991 Plan in three material respects. First, under the 1992 Plan, farmers would no longer be required to dispose of their infested potatoes and, hence, no compensation would be made available. In short, the object of "eradication with compensation" embraced by the 1991 Plan was abandoned. Second, the 1992 Plan would force farmers to sell their seed potatoes in the processing and table markets. In turn, the off-loading of seed potatoes into other markets would have the further "spillover" effect of lowering prices generally, as supply would exceed demand. Third, the 1992 Plan would have the effect of greatly extending the boundaries of the "buffer zones". At this point, an explanation of the difference between the buffer zones imposed under the 1991 and proposed 1992 plans will be helpful. Under the 1991 Plan, if a potato field were found to be infested with the virus, that potato field and any other potato field within 200 metres would be subject to the eradication and compensation components of the Plan. However, the proposed 1992 Plan went even further and declared that, in some circumstances, any potato field within five kilometres of the infested field would have to be dealt with in the same manner as the potatoes in the infested field. This meant that all of the potatoes within up to five kilometres of the infested field had to be dumped into the table and processing markets, not just potatoes within the 200 metre buffer zone established under the 1991 Plan.

[16] Another aspect of the 1992 Plan affected New Brunswick farmers indirectly. By summer's end in 1991, AgCan had compensated P.E.I. farmers with respect to potato fields that had tested positive by that date. Under the 1992 Plan, the quarantine area was extended to all of P.E.I. Specifically, on October 2, 1991 a directive issued that "prohibited movement to the other provinces for propagation purposes of all seed potatoes produced on P.E.I." While that directive made no change in the movement of New Brunswick potatoes, what concerned New Brunswick farmers was the massive diversion of P.E.I.'s domestic and international seed exports to the Eastern Seaboard table and processing markets. As a result of this diversion, the New Brunswick farmers allege market prices were substantially reduced and they suffered financial losses.

[17] The Bi-National Panel met a second time on September 12 and 13, 1991, a month after the misdiagnosis came to light. The purpose of the meeting was to determine the movement restrictions for Canadian potatoes being exported to the U.S. and to review the Canadian and American PVYn survey results. The minutes of the meeting indicate that AgCan, in addition to presenting information on the P.E.I. false positives and the result of their retests, presented the 1992 Plan that had been formulated. On December 27, 1991, the U.S. Department of Agriculture responded with an interim rule that effectively adopted the same restrictions on potatoes exported from P.E.I. to the U.S. as Canada had imposed domestically with the directive of October 2, 1991.

[18] In the context of facing a complete quarantine for a second year, the P.E.I. potato industry proposed for 1992 that five kilometre zones be imposed around the ten potato fields that tested positive during the 1991 summer survey and that the potato movement restrictions be eased in areas of P.E.I. that tested free of the virus. New Brunswick farmers opposed the proposed zonal plan. On April 22, 1992, AgCan adopted the 1992 Plan, which provided for restrictions with respect to the movement of potatoes within expanded buffer zones (Zones A, B and C). The most onerous was Zone C. As explained earlier, it embraced all land around an infested field to a distance of five kilometres from any portion of the affected field. As it should happen, five positives were found in New Brunswick and, as a result of the Zone C designation, a significant portion

of New Brunswick's seed potatoes could not be marketed for that purpose. A Field Directive dated July 7, 1992, told inspectors that growers would not be allowed to market seed potatoes without a Movement Certificate stating that the potatoes were winter tested and found negative. Accordingly, the affected seed potatoes had to be disposed of in the table and processing markets.

[19] Once the results of the 1992 summer surveys of the infestation were in hand, the Bi-National Panel met again on October 14 and 15, 1992. Shortly thereafter, Canada imposed its own quarantine on potatoes from the U.S. as a result of the virus being found in potato crops in California and Florida. While the quarantine was to come into effect on January 3, 1993, it was withdrawn as a result of negotiations between government officials of both countries. On April 13, 1993, AgCan announced that the two countries had agreed to work towards an alternative approach to the control of PVYn in North America. On July 6, 1993, AgCan issued its 1993 Plan. In essence, that plan returned to the 1991 Plan in which compensation was paid to farmers with respect to fields that tested positive. As well, the plan reverted to the establishment of a single buffer zone of 200 metres. Extensive testing in New Brunswick in 1993 found only one positive field. This is why the appellant farmers' claim for damages is tied only to the 1990, 1991 and 1992 crop years.

III. Standard of Review & Production of Timely Reasons

[20] Pursuant to s. 7.2 of the *Judicature Act,* R.S.N.B. 1973, c. J-2, a judge of the Court of Queen's Bench has six months in which to deliver judgment. That legal obligation is tempered by the right of the judge to ask for an extension of time from the Chief Justice of that Court. By implication, the request must be made before the expiration of the six months. If the extension is granted the Chief Justice may also relieve the judge of his or her other judicial duties until the judgment is completed. In this case, a period of over twenty months elapsed between the receipt of post-trial submissions and the trial judge's reasons for judgment and yet the parties agree that there is no evidence as to whether an extension was sought or granted. While the appellant farmers recognize

that deference is owed to a trial judge's findings of fact, they submit that any presumption of deference is "weakened" by the delay in rendering judgment, the trial judge's failure to deal with certain issues as pleaded and argued, and continuing confusion over certain factual issues. Moreover, the appellant farmers point out that the eighteen-week trial was conducted over a period of some sixteen months. In brief, it took nearly three years to go from trial to judgment.

[21] In my view, the applicable standard of review should not be tied to the length of the delay in rendering reasons for judgment. If the delay leads to memory lapses, misunderstandings or confusion, those failings will be reflected in the trial judge's analysis or lack thereof. This leads me to consider a related issue: meaningful appellate review.

[22] It is not difficult to assess the trial judge's determinations as to whether AgCan owed the appellant farmers a *prima facie* duty of care and whether that duty was negated by policy considerations such as indeterminate liability to an indeterminate class. Such issues are largely questions of law for which the applicable review standard is correctness. Hence, this Court is in as good a position as the trial judge to rule on whether the government is immune from liability for a particular decision or action. However, the same is not true with respect to the trial judge's omissions in regard to the alternative finding that the government was not negligent. What the reader is presented with is an oracular pronouncement: a legal conclusion unsupported by legal analysis tied to established facts. In particular, the reasons for judgment fail to identify the specific allegation of negligence, fail to articulate the pertinent legal principles (such as the standard of care), and fail to apply those legal principles to the facts as found after evaluating and referring to the pertinent evidence. This omission is of critical significance when it comes to according deference to a trial judge's inferences, be they secondary findings of fact or conclusions of law (such as a finding that there was no negligence). Normally, deference on the review standard of palpable and overriding error is owed to inferences drawn by trial judges: *H.L. v. Canada (Attorney General)*, [2005] 1 S.C.R. 401, [2005] S.C.J. No. 24 (QL), 2005 SCC 25. But in this case, that standard cannot be

applied. As the analysis is not tied to specific allegations of negligence, there is no way to determine whether the trial judge's reasons are infused with palpable and overriding error. Hence, this leaves us to ask whether meaningful appellate review is possible.

[23] In criminal cases, the failure to provide sufficient reasons to permit meaningful appellate review may result in a new trial: *R. v. Sheppard*, [2002] 1 S.C.R. 869, [2002] S.C.J. No. 30 (QL), 2002 SCC 26. That option is also available in the context of civil cases, but is less favoured for the reason that the cost of re-litigation falls on the parties and not the public purse: *Nova, an Alberta Corporation v. Guelph Engineering Co. and Daniel Valve Co. et al.* (1989), 100 A.R. 241 (C.A.), [1989] A.J. No. 951 (QL). In my view, the option of ordering a new trial within the civil context is one of last resort. While it may be appropriate in other circumstances, in the present case both parties have expended considerable time and expense in pursuing the eighteen-week trial and it would be simply unfair to ask the parties to re-litigate. In any event, neither the appellants nor the respondents have sought such an order. Accordingly, this Court is left with only two options. One is to remit the matter to the trial judge with directions to provide a complete set of reasons that deals fairly with the issues that were properly pleaded and argued. The other is for the appellate court to reevaluate and reweigh the evidence together with any accepted findings of fact.

[24] In my opinion, meaningful appellate review is possible and, therefore, the option of remitting the matter to the trial judge for a fuller set of reasons is unwarranted. The parties' initial and supplemental submissions have canvassed the trial record and law in such a manner as to permit this Court to fairly address the legal issues raised on appeal. However, the reader should be aware that I have made a conscious decision to resolve issues, if possible, by isolating determinative questions of law rather than addressing questions of fact that involve conflicting testimony and some of the 32,000 documents that comprise the record below.

[25] For future guidance, I offer one final observation with respect to the matter of meaningful appellate review. When asked to rule on whether a duty of care

exists and the trial judge rules in the negative, it is incumbent on that judge to deal alternatively and fully with the issues of "breach of the standard of care" and "damages". I do recognize that in some cases it may be wise to sever the issues of damages and liability because of the complexity of the task of calculating damages without knowing which of the allegations of negligence will be sustained and why. This eliminates the need for expert witnesses to prepare a series of financial opinions based on a series of assumptions. But for this exception, and subject to what the parties may agree to, the trial judge has no choice but to deal with all of the alternative issues in order to permit meaningful appellate review in the event the finding on the duty of care issue is reversed on appeal.

IV. The Five Issues

[26] When whittled down, this appeal raises no fewer than five issues. The first is whether AgCan owed the appellant farmers a duty of care or whether this "government actor" was immune from liability. To make that determination we must decide whether the facts gave rise to a *prima facie* duty of care that was not negated either by general policy considerations (such as unlimited liability for an unlimited class) or by application of the policy/operational dichotomy. Assuming that a duty of care was owed, the second issue is tied to the allegation that AgCan was negligent in conducting its investigation leading to the identification and source of the pathogen causing TVN in the tobacco crops. The appellant farmers argue that had the virus and its source been identified earlier, they would not have planted infested seed potatoes from P.E.I. in the spring of 1990 and the entire economic loss suffered over the ensuing crop years (1990, 1991 and 1992) would have been avoided altogether. The third issue is tied to the allegation that AgCan was negligent in the use of a "bioassay" testing protocol that led to a "misdiagnosis" with respect to the virus' presence in seed potatoes. It is common ground that AgCan's failure to use a "Jemseg filter" in its testing procedure led to a number of false positives. The farmers allege that the number of false positives caused AgCan to replace its compensatory 1991 Plan with the 1992 Plan, which embraced the objective of control rather than eradication and compensation, giving rise to further economic loss.

The fourth and fifth issues are tied to the allegation that the Minister of AgCan lacked the statutory authority to adopt certain aspects of the 1991 and 1992 Plans. Based on this "illegality" claim, the appellant farmers say AgCan is liable in negligence for the ensuing economic loss. I shall deal with each of the issues in turn and, as well, with the response of the trial judge to the first three allegations. Regrettably, she failed to deal with issues four and five even though both were pleaded and argued at trial.

A. *Issues #1 & #2 – Duty of Care & Negligent Investigation*

(1) Introduction

[27] For ease of analysis, I propose to deal with the issues of duty of care and negligent investigation under one heading. However, it must be recognized that my analysis of the duty of care issue is also pertinent to the disposition of the remaining allegations of negligence. The cross-over will be noted in due course. For the moment, I am going to focus on the duty of care issue in the context of the allegation that AgCan was negligent in the manner in which it carried out its investigation as to the identity and source of the TVN. On this issue, I am in respectful disagreement with the trial judge's understanding of the applicable legal principles, her assessment of the evidence, and her conclusions of law.

[28] The appellant farmers allege that the trial judge erred in finding that AgCan owed them no duty of care and, in the alternative, in concluding that its officials were not negligent with respect to their investigation into the source of the virus responsible for the TVN. The appellants maintain that had officials with AgCan been more diligent in their efforts to identify the virus and its source, farmers would have learned sooner that PVYn was the virus affecting the tobacco crops and that the virus originated with seed potatoes grown and marketed from P.E.I. Had they known this, the farmers would not have purchased and planted these infested seed potatoes and the problem of the virus would not have persisted for the ensuing crop years. In short, but for AgCan's failure to conduct a timely investigation, the appellant farmers allege that they

would not have suffered any economic loss attributable to infested potatoes. There are several findings of the trial judge pertinent to these allegations. However, the parties admit that some of the findings are difficult to reconcile with others. Here are the trial judge's sequential findings.

[29] At paragraph 89 of her reasons, the trial judge found that the government (AgCan) owed the farmers a *prima facie* duty of care based on the factors of foreseeability and proximity. This left the question whether that duty was negated by other pertinent considerations. As the law has developed in Canada, and as will be discussed more fully below, if the negligent act is properly characterized as a policy decision taken by a public authority, that is a sufficient reason for holding that the duty of care is negated and the public authority is immune from liability. If, on the other hand, the alleged act of negligence qualifies as an operational decision, liability may attach if the other elements of the tort are established (e.g., breach of the standard of care and causation).

[30] The next relevant finding of the trial judge is found at paragraph 116 of her reasons: "In fact, until September 1990, in my view, there was no duty owed by AgCan to the potato farmers and indeed there is no evidence that the Defendants used a lower standard of care. The experts for the Defendants were all satisfied that the decisions followed acceptable industry protocols." September 1990 is a significant date. During this month, officials at AgCan formally acknowledged the identity and source of the virus. AgCan then began to take positive steps to address the problem at hand. Aside from the confusion as to whether or when a duty of care arose, however, the trial judge's conclusion is problematic to the extent that it supports the understanding that there was no negligence because there was no breach of the standard of care as formulated by AgCan's experts. This leads one to question whether the trial judge accepted the experts' testimony in a manner that offends the "ultimate issue" rule, discussed below.

[31] The trial judge goes on to conclude, at paragraph 120, that AgCan was under a duty of care prior to September 1990: "I find that AgCan was under a duty to

immediately begin an investigation into the outbreak in Ontario because of the serious consequences to all of the potato growers of this quarantined pest. The evidence supports that this was done." This finding is to be contrasted with the one found at paragraph 133: "The Plaintiffs have failed to convince me on the evidence that these decisions to investigate, diagnose and eradicate were largely operational decisions." This finding suggests that the decisions in question were "policy" in nature and, therefore, any *prima facie* duty of care that did exist was negated such that AgCan was immune from governmental liability. What this finding does not tell us, however, is whether the pace at which the investigation proceeded fell below the standard of care imposed on an investigative authority such as AgCan. The answer appears to be found in paragraphs 138 and 139 of the trial judge's reasons: "There were no negligent actions by AgCan that caused damage to the crops of the various potato farmers. ... In my view, there was nothing done by any employee of AgCan that could have precipitated injury to the potato farmers in 1990. It was not the fault of anyone." Finally, at paragraph 140, the trial judge concludes: "The Defendants did not breach any duty of care owed to the Plaintiffs on the evidence as accepted. On a balance of probabilities the evidence does not support a finding that the Plaintiffs' damages were incurred because of the actions of the Defendants."

[32] In summary, the trial judge appears to have dismissed <u>all</u> of the farmers' allegations of negligence on one of two grounds. Either the duty of care was negated because the alleged acts of negligence qualified as policy decisions or, alternatively, officials with AgCan did not breach any duty of care owed to the farmers. Once again, it must be emphasized that none of the trial judge's findings refers to the pertinent evidence and arguments advanced by the parties. As discussed earlier in these reasons, they are oracular or conclusionary findings that are owed no deference.

[33] I am of the respectful view the trial judge erred in at least two material respects. First, she misapplied the analytical framework set down by the Supreme Court for determining whether and when a duty of care arises. In my view, once AgCan decided to conduct an investigation into the identity and source of the PVYn virus, it owed the

farmers a duty of care to pursue its investigation in a way that did not breach the standard of care required of an investigative virologist in possession of known facts. Hence, the true question is whether, in the circumstances of the case, AgCan breached the applicable standard of care. This leads to the second error: the trial judge erred in accepting the testimony of AgCan's experts as to the requisite standard of care and in concluding that it was met. In light of those errors, it is the responsibility of this Court to settle on the applicable standard and to decide whether it was met.

(2) Did AgCan Owe the Appellant Farmers a Duty of Care?

[34] I do not propose to retrace the entire jurisprudential history surrounding the concept of government liability in negligence, which begins with the Supreme Court's acceptance of the decision of the House of Lords in *Anns v. Merton London Borough Council*, [1978] A.C. 728 (H.L.). While the House of Lords would ultimately reject *Anns* in *Murphy v. Brentwood District Council*, [1991] 1 A.C. 398 (H.L.) our Supreme Court continues to ascribe to the basic tenets of *Anns* on the basis that it provides a useful framework for addressing whether a duty of care should be imposed. The development of the modern Canadian doctrine begins with the Supreme Court's decision in *Kamloops (City) v. Nielsen et al.*, [1984] 2 S.C.R. 2, [1984] S.C.J. No. 29 (QL) as reformulated in *Just v. British Columbia*, [1989] 2 S.C.R. 1228, [1989] S.C.J. No. 121 (QL) and as more recently elaborated upon in *Cooper v. Hobart*, [2001] 3 S.C.R. 537, [2001] S.C.J. No. 76 (QL), 2001 SCC 79 and its companion case *Edwards v. Law Society of Upper Canada*, [2001] 3 S.C.R. 562, [2001] S.C.J. No. 77 (QL), 2001 SCC 80. For purposes of deciding this appeal, the legal framework set out in *Cooper* is the focal point of my analysis.

(a) *The Legal Framework – Applying Cooper v. Hobart*

[35] The facts of *Cooper* are relatively straightforward. The plaintiff was one of 3000 investors who had used the services of the defendant, a registered mortgage broker who had misappropriated funds belonging to the plaintiff. The plaintiff argued that

by August of 1996 the Registrar of Mortgage Brokers was aware of the defendant's serious violations of the governing legislation and should have acted more promptly in suspending his licence. According to the plaintiff, had the Registrar acted more promptly, the losses suffered by the investors would have been avoided or diminished. The Supreme Court held that the Registrar did not owe a duty of care to the investors. Specifically, the Supreme Court formulated the issue as follows at paragraph 6: "Therefore, the question was whether the Registrar of Mortgage Brokers, a statutory regulator, owes a private law duty of care to members of the investing public for alleged negligence in failing to properly oversee the conduct of an investment company licensed by the regulator."

[36] 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.

[37] 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.

[38] 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."

[39] Returning to the facts of *Cooper*, the Supreme Court held the first question to be answered was whether the case falls within, or is analogous to, a category of cases in which a duty of care had been previously recognized. Since in that case the answer was "no", the Court went on to consider a further question: was the case one in which a new duty of care should be recognized? To establish such a duty, the plaintiff had to demonstrate reasonable foreseeability of harm and proximity. With respect to "foreseeability", the Supreme Court appears to have accepted, without deciding, that this factor was no impediment to the recognition of a *prima facie* duty of care. Instead, the Court focused on the requirement of "proximity". In that regard, it fell on the plaintiff to show that the Registrar was in a sufficiently close and direct relationship to the investors to make it just to impose a duty of care. The Supreme Court held that if the factors giving rise to proximity existed, they must be found in the statute under which the Registrar was appointed as that statute was the only source of his duties. The Court went on to conclude that the enabling statute did not impose a duty of care on the Registrar with respect to those individuals who invested with the mortgage brokers regulated by the statute. A

review of the relevant powers and duties of the Registrar under the statute confirmed that conclusion. Rather, the Registrar's duty was to the public as a whole and, indeed, a duty to individual investors would potentially conflict with the Registrar's overarching duty to the public. On this question of proximity, the Court concluded with the following passage at paragraph 50: "Accordingly, we agree with the Court of Appeal *per* Newbury J.A.: even though the Registrar might reasonably have foreseen that losses to investors in Eron would result if he was careless in carrying out his duties under the Act, there was insufficient proximity between the Registrar and the investors to ground a *prima facie* duty of care."

[40] Having found no "proximity" sufficient to establish a duty of care, the Supreme Court acknowledged that, strictly speaking, it was unnecessary to proceed to the second stage of the *Anns* framework and decide whether there were policy reasons or considerations that would have negated any private law duty of care. Nonetheless, as the issue was fully argued, the Supreme Court decided to address it. The Court held that even if a *prima facie* duty of care had been established under the first branch of the *Anns* test, the duty would have been negated at the second stage for the following overriding policy reasons: (1) the duty of the Registrar to act fairly and judicially in removing a broker's licence was inconsistent with a duty of care to investors; (2) based on the distinction between government policy and the execution of policy, the Registrar must make difficult discretionary decisions in the area of public policy, decisions which command deference; (3) the specter of indeterminate liability would loom large if a duty of care were recognized as the Registrar has no means of controlling the number of investors; and (4) the financial impact on taxpayers must be considered as the imposition of a duty of care would effectively create an insurance scheme for investors.

(b) *Applying Cooper v. Hobart to the Present Case*

[41] Our first task is to consider the duty of care that rested with AgCan. Using *Cooper* as a template, the question to be addressed is as follows: did AgCan owe a private law duty of care to potato farmers for alleged negligence in failing to properly

investigate and identify the strain and source of the virus? As I see it, the appellant farmers are alleging that AgCan owed them a duty of care to pursue its investigation in accordance with the standard of care required of an investigative virologist armed with certain facts. Next, we must ask whether the circumstances disclose reasonably foreseeable harm and proximity sufficient to establish a *prima facie* duty of care. To answer that question, however, we must first decide whether the present case falls within or is analogous to a category of cases in which a duty of care has been previously recognized. I am immediately attracted to those cases in which a government authority has been held liable after having undertaken a policy of conducting inspections, either in regard to road maintenance or compliance with building by-laws. I refer to this category as the "negligent inspection" cases. An apt example is *Ingles v. Tutkaluk Construction Ltd.*, [2000] 1 S.C.R. 298, [2000] S.C.J. No. 13 (QL), 2000 SCC 12, in which a homeowner had engaged a contractor to do renovations that proved defective. The homeowner sued the contractor and municipality, the latter on the basis of negligent inspection. In deciding whether the municipality owed the homeowner a duty of care, the Court distinguished between policy and operational decisions at page 311:

> Inspection schemes fall within the second type of legislation identified by Lord Wilberforce. To determine whether an inspection scheme by a local authority will be subject to a private law duty of care, the court must determine whether the scheme represents a policy decision on the part of the authority, or whether it represents the implementation of a policy decision, at the operational level. True policy decisions are exempt from civil liability to ensure that governments are not restricted in making decisions based upon political or economic factors. <u>It is clear, however, that once a government agency makes a policy decision to inspect, in certain circumstances, it owes a duty of care to all who may be injured by the negligent implementation of that policy;</u> see, for example, *Just v. British Columbia*, [1989] 2 S.C.R. 1228, at p. 1243, *per* Cory J.; *Rothfield v. Manolakos*, *supra*, at p. 1266, *per* La Forest J.
>
> [Emphasis that of Robertson J.A.]

[42] It is the last sentence of the above quote that is of precedential significance to this case. That sentence states that once the government agency makes a policy decision to inspect, a duty of care will arise unless the circumstances dictate otherwise. The parallel between the present case and *Ingles* is self-evident. Both involve a government actor deciding to carry out an investigation.

[43] There are other reasons why I am convinced the present case falls within an existing or analogous category of case in which a duty of care has been recognized. A key determinant in that inquiry is the nature of the statutory scheme under which the government actor is performing and, in particular, the identity of those whom the scheme is meant to protect. If one turns to the legislative framework from which AgCan derives its mandate, notably s. 2 of the *Plant Protection Act*, AgCan's statutory obligation is clear: "... to protect plant life and the agricultural ... [sector] of the Canadian economy by preventing ... the spread of pests" through the adoption of either control or eradication measures.

[44] One cannot escape the reality that an immediate purpose of the legislative scheme is to protect the agricultural sector of the economy by protecting the interests of farmers. In these circumstances, it would be disingenuous to hold that no *prima facie* duty of care was owed to this group of entrepreneurs. In this case, AgCan exercised its statutory authority and mandate to detect "pests", in the form of plant disease in crops, and took steps toward control or eventual eradication. AgCan specifically decided to conduct an investigation in order to address a potential risk of harm, in the same way a municipality might decide to implement a scheme of road maintenance or building inspection for the purpose of minimizing personal harm or damage to property and the resulting economic loss. One might go further and equate the role of plant inspectors appointed under the federal legislation with building or road inspectors appointed under municipal legislation. In both cases, an inspector who performs his or her obligations in a negligent manner would normally be held liable for his or her misfeasance. For these reasons, I am prepared to hold that the present case falls within an existing or analogous category of cases in which a duty of care has been previously recognized. It follows that

AgCan owed the appellant farmers a *prima facie* duty of care to carry out its investigation with respect to the identity and source of the pathogen affecting the tobacco crop in the Port Bruce area of southwestern Ontario. That duty was owed to both tobacco and potato farmers alike.

[45] The next step in the analysis is to decide whether there are any general policy considerations that would negate the *prima facie* duty of care. AgCan has not advanced any policy arguments, such as the specter of unlimited liability to an unlimited class, as a valid basis for negating the *prima facie* duty. In any event, it should not be forgotten that we are dealing with a limited class of potential plaintiffs: potato farmers. Nor should it be forgotten that AgCan has established a National Seed Potato Bureau and Plant Health Directorate to look after the interests of potato farmers when it comes to addressing the problem of "pests" within the agriculture sector of the Canadian economy. Thus, as the duty at issue relates to the farmers and not to the public at large, any analogy with the facts in *Cooper v. Hobart* would be entirely misplaced. So far as the possibility of indeterminate liability is concerned, I will come back to that issue when dealing with the issue of "proximate cause". It is through that legal concept that the courts are able to limit the extent of liability even thought the defendant's negligence has been found to be the "cause-in-fact" of the plaintiff's loss.

[46] As I have been unable to identify any policy consideration that would lead us to conclude that AgCan should be immune from liability in negligence, it must be decided whether the *prima facie* duty should be negated on the basis of the policy/operational dichotomy. The law is clear that if the impugned conduct giving rise to the allegation of negligence qualifies as a "true policy" decision then that decision cannot support a claim in negligence. If, however, the decision (or action) is classified as operational, the grant of immunity disappears and the government is left to defend the allegation of negligence by resort to common law principles and any pertinent statutory provisions. The legal basis upon which one distinguishes between policy and operational decisions is found in a number of Supreme Court decisions. An early decision is *Just v. British Columbia*, where, at page 1242, it is said that a policy decision "may vary

infinitely and may be made at different levels, although usually at a high level." And, at page 1245, the Court goes on to state that "[a]s a general rule decisions concerning budgetary allotments for departments or government agencies will be classified as policy decisions." However, the most comprehensive analysis of the distinction between the two types of decisions is found in *Brown v. British Columbia (Minister of Transportation and Highways)*, [1994] 1 S.C.R. 420, [1994] S.C.J. No. 20 (QL) at paragraph 38:

> True policy decisions involve social, political and economic factors. In such decisions, the authority attempts to strike a balance between efficiency and thrift, in the context of planning and predetermining the boundaries of its undertakings and of their actual performance. True policy decisions will usually be dictated by financial, economic, social and political factors or constraints.
>
> The operational area is concerned with the practical implementation of the formulated policies, it mainly covers the performance or carrying out of a policy. Operational decisions will usually be made on the basis of administrative direction, expert or professional opinion, technical standards or general standards of reasonableness.

[47] The appellant farmers contend that AgCan made only three policy decisions during the relevant time period: the decision to conduct the investigation and the decisions to adopt the 1991 and 1992 Plans. Leaving aside those decisions, the appellants say, none of AgCan's actions, subsequent to the decision to conduct an investigation, can properly be classified as "policy" decisions that would immunize AgCan from liability for breach of a private law duty of care. For example, there is no evidence that the government was faced with limited financial and personnel resources by which to carry out its investigation into the identity and source of the virus and certainly the pace at which the investigation was carried out does not qualify as a policy decision on the facts of the present case. Accepting this to be so, the only question we should be dealing with is whether AgCan carried out the investigation in a non-negligent manner. However, AgCan disagrees and argues that no duty of care arose for the following reasons.

[48] AgCan submits that, prior to the September 1990 decision to implement the 1991 Plan of eradication, no *prima facie* duty of care arose under the first stage of the *Anns* test because harm to the appellant farmers was not "foreseeable" and because "sufficient proximity" was lacking. AgCan insists that the first question to be addressed is "whether it was reasonably foreseeable that the actions of the alleged wrongdoer would cause harm to the alleged victim." AgCan submits that there was ample evidence to support the trial judge's finding that "[t]here was no evidence that might have caused AgCan to suspect that the source of the pest in 1989-1990 was from seed potatoes in P.E.I." As should by now be apparent, AgCan's legal argument is premised on a mistaken understanding of the applicable legal framework. The issues of foreseeability and proximity do not have to be addressed once it is determined that the case falls within an existing or analogous category of case in which government liability has already been recognized. In any event, AgCan's argument is flawed in another material respect. It confuses the issue of foreseeability as it relates to the existence of a duty of care, with the issue of foreseeability as it relates to the formulation of the standard of care and the issues of causation and remoteness of damage. Once again, I need only refer to the Supreme Court's decision in *Ingles v. Tutkaluk Construction Ltd*. in support of this conclusion.

[49] In *Ingles*, the Supreme Court held that to avoid liability, a municipality had to show that its inspectors exercised the standard of care that would be expected of an ordinary, reasonable, and prudent inspector in the same circumstances. The measure of what constitutes a reasonable inspection is said to vary, depending on the facts of each case, including the likelihood of a known or foreseeable harm, the gravity of the harm and the burden or cost which would be incurred to prevent the injury. What is required is a reasonable inspection in the circumstances of the case. Applying that understanding of the law, it follows that the question to be addressed is whether AgCan carried out a reasonable or timely investigation with respect to the identity and source of the pathogen causing TVN. In truth, the more difficult question is whether AgCan took reasonable care in investigating the 1989 outbreak of TVN, not whether AgCan owed a duty of care to the appellant farmers. In summary, I conclude that the trial judge erred in concluding that AgCan did not owe the appellant farmers a duty of care.

(3) Formulating the Standard of Care – Was it Breached?

[50] Two distinct questions must now be addressed: what was the standard of care demanded of AgCan, and did it meet that standard? The trial judge, at paragraph 116, effectively held that there was no negligence on the part of AgCan as "[t]he experts for the Defendants were all satisfied that the decisions followed acceptable industry protocols." I wish to confirm that the applicable standard of care is one to be fixed by the trial judge and not the expert witnesses. Their evidence should merely guide the trial judge, not be determinative. It is for the trial judge alone to formulate the applicable standard of care and determine whether it was met on the facts of the case. With respect to the prohibition against expert witnesses deciding the ultimate issue, see *R. v. Mohan*, [1994] 2 S.C.R. 9, [1994] S.C.J. No. 36 (QL) and *R. v. J.-L.J.*, [2000] 2 S.C.R. 600, [2000] S.C.J. No. 52 (QL), 2000 SCC 51.

[51] The trial judge failed to articulate the standard of care required of AgCan in terms of what constitutes a reasonable investigation, having regard to the likelihood of a known or foreseeable harm and its gravity should AgCan fail in its duty to protect the valid interests of Canadian potato farmers. This void in the analysis must be filled. In my view, AgCan was under a duty to conduct a timely investigation to identify the virus and its source. Correlatively, the timeliness of the investigation is a function of the foreseeability of harm and its gravity. In turn, foreseeable harm and gravity must be measured according to the knowledge AgCan possessed at the time it learned of the outbreak of TVN (in September 1989) and throughout the investigative process. In the end, the task of the trial judge is to determine whether the defendant's conduct is negligent in that it created an "unreasonable risk of harm": *Mustapha v. Culligan of Canada Ltd.*, [2008] S.C.J. No. 27 (QL), 2008 SCC 27 at para. 7. Applying that understanding of the law, the appellant farmers allege that had AgCan officials conducted their investigations in a timely fashion, they would have identified the source of the virus prior to June or September of 1990 and prior to the appellant farmers planting their potato crops in the spring of 1990. According to the appellant farmers, but for AgCan's failure to pursue the investigation in a timely fashion, it would have identified the source of the

virus in time to prevent the farmers from purchasing and planting infested seed potatoes from P.E.I. for the 1990 crop year and, as well, the loss for the ensuing crop years would have been avoided.

[52] The appellant farmers' allegation of negligent investigation has two components. The first deals with the allegation that as early as September of 1989 and as late as November of that year, AgCan had sufficient information to suspect that the source of the virus might be P.E.I. certified seed potatoes and, therefore, AgCan should have gone out to the chipping field next to the infested tobacco crop and gathered up some of the "tubers" left behind. Had AgCan done so, those tubers would have tested positive for the virus. In turn, the appellants say, a "trace-back" would have established P.E.I. seed potatoes as the source of the PVYn virus. The trial judge rejected this conclusion as "speculation". The second component of the appellant farmers' negligence claim is that from November of 1989 until June of 1990, AgCan took no investigative steps whatsoever and that this omission fell below the standard of care imposed at law. This issue was not addressed in the trial judge's reasons. In my respectful view, the appellant farmers' arguments are valid.

[53] My analysis of the negligent investigation issue begins with a memo dated September 26, 1989, from the Director General of the Plant Health Directorate to the Assistant Deputy Minister of Agriculture, a copy of which was forwarded to Ben Borrel, Director of the Plant Protection Division of the National Seed Potato Bureau. The memo begins with an acknowledgement that the National Seed Potato Bureau had been informed on September 22, 1989, of an outbreak of the "tobacco venial necrosis strain of PVY (PVYn)" that had affected tobacco leaves in the southwest corner of Ontario and that personnel at a research station had made a positive identification of the virus. The memo goes on to state that the virus PVYn is transmitted by aphids from infected host plants such as tobacco, potato, pepper, tomato and various weed species such as ground cherry and nightshade. The memo also acknowledges that, although the common strain of PVY is widespread in Canada, the PVYn strain is not believed to be present. The memo notes that "allegations" had been made that the virus originated from "starch potato

trials" using imported Dutch potatoes, and responds by stating that no imported seed was used. All varieties originated from the Canadian seed certification program. The memo goes on to state that the methodology used to identify the virus as being PVYn was not accurate and that further testing would be required. Specifically, the memo states that "[r]egional staff have therefore been instructed to obtain samples from tobacco fields and potato trials so that Dr. John MacDonald … may definitively identify the virus… . This may take up to two months." The penultimate paragraph of the memo reads as follows:

> Considering that the tobacco and potato harvests are now completed there is no immediate concern that the virus will spread. The oncoming months will give us time to establish the identity of the virus and to investigate how it may have been introduced.

[54] The next memorandum of significance is dated November 6, 1989 and is prefaced by the title "Actions to the Potato Quarantine Lab". This memorandum, was authored by Dr. MacDonald and addressed to his superior, Benoit Blangez, and it describes chronologically what action had been taken to that date. Dr. MacDonald states that on October 25, 1989, he contacted officials with the Ontario Ministry of Agriculture and Foods to obtain background information on the outbreak of TVN only to learn that TVN (PVYn) "had occurred sporadically in the area for many years" and each time there appeared to be a close physical association with potatoes being grown in backyards or fields. As well, he learned that a 1982 outbreak had been blamed on illegally imported potatoes from Europe. Dr. MacDonald was also informed that "[t]his year a field of chipping potatoes (grown from P.E.I. seed) was adjacent to the worst affected fields." The memo goes on to state that on October 27, 1989, Dr. MacDonald contacted another federal research centre to learn more about the history of TVN in southern Ontario and was told that the outbreaks in 1965, 1969, 1972 and 1982 were blamed on the growing of illegally imported seed potatoes from Europe. With respect to the 1982 outbreak, it had been attributed to potatoes imported illegally from Europe and grown in the backyard garden of a homeowner. The memo goes on to reject the notion that the source of the virus was (starch) potatoes that came directly from Holland. Dr. MacDonald explains that those potatoes had been legally imported "through quarantine and had been multiplied

through Canada's "virus-free" seed certification program." Dr. MacDonald goes on to state that all of the reported outbreaks had been blamed on illegally imported potatoes and that he spoke with another virologist familiar with outbreaks of TVN who could not recall ever having tested potatoes believed to be implicated in the outbreaks. The memo also states that Dr. MacDonald spoke on November 1, 1989, with an American virologist who said that the TVN strains of PVY had never been found in U.S. potatoes. That virologist also stated that if ever such strains were found in "Canadian seed potatoes", quarantine action would be taken to prevent their entry into the U.S. The memo concludes with an "Action Plan" that would focus on identifying the strain of the PVY virus.

[55] Against this background, AgCan argues that in September of 1989 the likelihood that the outbreak of PVYn in the Port Bruce tobacco was due to transmission through the Canadian seed potato system was simply too remote. PVYn had previously been detected in potatoes in Canada from outside the system, particularly potatoes illegally imported from Europe where the disease is endemic. AgCan scientists considered that such potatoes were a plausible source of the outbreak as they were known to be the source of previous outbreaks. AgCan also reiterates that, despite its name, PVYn affects a variety of host plants other than potatoes and tobacco, including potatoes from outside the system, peppers and tomatoes (which are of the same family as tobacco and potatoes), and various weed species such as ground cherry and nightshade, wild grape, poplar and horse-nettle, all of which are found in or have been imported into southern Ontario. In short, AgCan argues that it was faced with the reality that PVYn has many possible sources other than seed potatoes. Again, AgCan draws attention to the fact that the likelihood of seed potatoes from within the Canadian certification program being the source of the virus was not a realistic possibility.

[56] AgCan's reliance on the fact that the PVYn virus had never penetrated the Canadian seed certification program requires elaboration. Prior to June of 1990 there had never been a reported case in which the source of the pathogen was traced to "certified seed potatoes" grown in Canada and there is a reason why this was so. AgCan

administers the federal *Seeds Act*, R.S.C. 1985, c. S-8 and its regulations. Together, the enabling *Act* and the subordinate legislation prescribe the regime for the growing and inspection of seed potatoes in Canada to ensure that "regulated pests" are maintained within acceptable tolerances and "quarantine pests" (sometimes called exotic pests) are, ideally, isolated. It is a so-called "limited generation flush through" system whereby seed potato is propagated from so-called nuclear stock in a laboratory environment, free of all diseases including PVYn. The nuclear stock is then propagated in greenhouses or screen houses to produce the first generation in the field, referred to as the "Pre Elite" seed class. Over the next few years the seed is multiplied through a limited number of generations or seed classes, with each subsequent generation having to meet the prescribed disease-free standards for that class or generation.

[57] I accept that from September till November of 1989, AgCan acted reasonably in pursing the source and identity of the virus. The critical date, however, becomes November 1989. By this date, the official charged with the task of pursing the investigation, Dr. MacDonald, was in possession of the following information: he knew that previous outbreaks of TVN had been attributed to potatoes illegally imported into Canada; he was also informed that the worst of the infested tobacco fields were adjacent to a field of chipping potatoes from P.E.I. This leads me to ask the pivotal question: Was it reasonable for AgCan, in light of its duty of care and the applicable standard of care, to assume it was unlikely that the infested seed source was from within the Canadian seed system? If the assumption were a reasonable one, it should follow that AgCan cannot be faulted for failing to travel to the chipping field in the month of November and to sample "tubers" to determine whether the virus had penetrated the Canadian seed certification program. However, in my opinion the assumption cannot be sustained under the mantle of reasonableness for the following reason. If AgCan did not have reasonable grounds for suspecting that the source of the virus was certified Canadian seed potatoes, this reality would not undermine its obligation to continue with the investigation for the purpose of eliminating other possible sources of the virus. In simple, terms, if AgCan is going to plead that it was acting reasonably even though it failed to go out and sample tubers from the chipping field in November of 1989, then it must also show that it was actively

pursuing other possible sources of the virus. Had those investigations been undertaken and had they proved futile, AgCan could have argued that only then was it under an obligation to test tubers from the potato adjacent to the worst of the infested tobacco fields. But this is where AgCan's argument breaks down. The record below clearly demonstrates that from November of 1989 until June of 1990, officials with AgCan did absolutely nothing to determine the source of the virus. At trial, AgCan was unable to account for the investigative vacuum. In my respectful view, this is where the trial judge fell into error and why a finding of negligent investigation is warranted.

[58] The record confirms that from November of 1989 through June of 1990, neither Dr. MacDonald nor any other official with AgCan took any steps to identify the source of the virus even though they had reasonable grounds to believe that PVYn was the strain of the virus responsible for TVN. It was in June of 1990 that Dr. MacDonald went to the chipping field at the Kees Meuse farm to gather volunteers and have them tested for the virus. This leads me to ask what finally propelled Dr. MacDonald to do so. The answer is found in AgCan's submission to this Court:

> In mid June 1990, during a chance visit to the AgCan Research in London, Ontario, to give a lecture Dr. John MacDonald became aware of diseased potatoes sourced from within the seed potato system that were being grown in a plot to train seed potato protectors on visual inspection of disease symptoms under study for identification of a then unknown disease. Mindful of the PVYn outbreak in Port Bruce, Dr. MacDonald's scientific curiosity led him to request that these potatoes be tested for PVYn. PVYn was confirmed shortly afterwards in the potatoes at the London research station and a little later, at Dr. MacDonald's initiative, in July of 1990, at a similar disease testing plot at the Charlottetown, P.E.I. Research Station.

[59] AgCan asserts that it was the chance finding that another researcher was dealing with certified seed potatoes infected by an unknown disease that alerted Dr. MacDonald to the possibility that PVYn had infiltrated the Canadian certified seed potato system. But this fortuitous occurrence does not relieve AgCan of the obligation to

show that from the outset it was actively pursuing other potential sources of the virus. One would reasonably expect that if certified Canadian seed potatoes were not a plausible source of the virus, it still would be incumbent on AgCan to seek out and eliminate other possible sources of the virus. I have already accepted the fact that PVYn affects a variety of host plants, other than potatoes and tobacco, which are found in or imported into southern Ontario. That being so, one would expect that the search for the source of the virus affecting the tobacco leaves would have entailed investigative work aimed at eliminating these other potential sources.

[60] Frankly, one does not have to be a forensic virologist to know that the best way to eliminate possible sources is to visit the "scene of the crime". One would have expected that Dr. MacDonald or someone else with AgCan should have gone to the Kees Meuse farm early on, and sampled the forms of plant life contiguous to the infested tobacco fields to determine whether those plant forms were also infested. After all, aphids can only travel so far within their short life spans. Eventually, this is what Dr. MacDonald did, although for reasons that are unsatisfactory when it comes to deciding whether the investigative measures taken meet the applicable standard of care. Bear in mind, AgCan was aware from the outset that it was important to take steps to identify the virus and its source over the winter months in order to prevent the spread of the virus when it came to the 1990 crop year. In other words, AgCan was acutely aware of the foreseeability and gravity of the harm should the source of the virus be Canadian certified seed potatoes. In that regard, it is worth repeating a passage from the memorandum of September 26, 1989: "Considering that the tobacco and potato harvests are now completed there is no immediate concern that the virus will spread. The oncoming months will give us time to establish the identity of the virus and to investigate how it may have been introduced." This memo implicitly recognizes that AgCan was concerned about the prospect of the virus affecting both tobacco and potato crops during the 1990 crop year. Yet, after its initial steps in November of 1989, AgCan did virtually nothing to investigate the source until Dr. MacDonald fortuitously learned in June of 1990 that a virus or disease of some sort had infiltrated the Canadian seed potato system.

[61] It fell on Dr. MacDonald to explain why nothing had been done with respect to identifying the source of the virus, be it seed potatoes or any other form of plant life capable of serving as a host. At trial, he testified his role was to identify the virus but that the investigation of the source was more for the "program side" under the direction of his superior, Mr. Borrel. Dr. MacDonald was then asked whether his lab provided any support to Mr. Borrel during the course of his investigation. Dr. MacDonald responded by stating that he did not know if Mr. Borrel had done an investigation. In my view, the evidence is clear that from November of 1989 until June of 1990 AgCan made no effort to determine the source of the virus, whether it be the adjacent chipping field or any other field or backyard. Finally, it has not escaped my attention that the documentary evidence supports the appellant farmers' contention that by September of 1990 there was dissension amongst AgCan officials as to who knew what and who was responsible for what had occurred over the previous 12 months: Trial Exhibits D-125, Tab 24 and D-196, Tab 43. Their evidence does not attempt to explain why the investigation fell dormant from November of 1989 until June of 1990; they merely attempt to extricate themselves from the suspicion that they were personally responsible for what happened.

[62] AgCan advances an additional argument in support of its position that it should not be saddled with liability for failing to conduct a timely investigation. Even if the tubers from the chipping potato field had been tested in the fall of 1989, AgCan insists that it was unlikely that the Canadian seed potato system would have been initially identified as a plausible source of the PVYn. AgCan argues that PVYn can be transmitted either vertically or horizontally. The former occurs through the use of "infested" seed. The latter involves the spread of the virus from tobacco plants to potato plants and vice versa by agents such as "aphids". Thus, according to AgCan, there is no way of knowing for certain whether the virus spread from the chipping field to the tobacco field or whether the tobacco leaf infected the seed potato. The trial judge appears to have accepted this argument. At paragraph 110 of her reasons, she notes that "[i]t is just as likely that the outbreaks [of TVN] in Ontario could have come from infected tobacco fields adjacent to the potato fields." In truth, AgCan's argument boils down to a solitary question: which came first, the chicken or the egg? If I were to accept AgCan's argument,

I would have to accept that any investigation into the source of the virus would have been an exercise in futility. Why bother conducting an investigation if one can never be certain of the source of the virus? However, from the outset, AgCan proceeded on the premise that the source of the virus was from another form of plant life, not the tobacco crop itself. If the source of the virus were something other than potatoes or tobacco, then it was incumbent on AgCan to pursue other possible or likely sources in an effort to address the problem at hand. This it did not do. For these reasons, I cannot accept AgCan's argument that it acted reasonably.

[63] I wish to make one final point on the issue of "negligent investigation". It has not escaped my attention that the investigation AgCan undertook involved two components. One was to positively identify the particular strain of the PVY virus. The other was to determine its source. The first task was completed by March of 1990 when the strain PVYn was positively identified. Hence, it could be argued that the investigation into the source of the actual virus could not have been commenced until March of 1990 and that, as its source was discovered in September of 1990, the allegation of negligent investigation is not well-founded. In my view, the argument, had it been advanced, would have been rejected for this reason: the investigation into the source of the virus was not contingent on AgCan first identifying the strain of the virus. The best evidence of this fact is that, from September until November of 1989, Dr. MacDonald investigated the source of the virus without knowing for sure that it was PVYn.

[64] The fact of the matter is that AgCan knew that the source of the virus was invariably tied to infested potatoes and that the worst affected tobacco crops were adjacent to a field of potatoes that that been planted with Canadian certified seed potatoes. Surely, one of the objectives of the Seed Potato Bureau is to ensure that Canadian seed potatoes are virus free. In the absence of any evidence to demonstrate AgCan was actively pursing an investigation to eliminate other possible sources, it is unreasonable to accept that AgCan's investigative efforts met the requisite standard of care.

[65] In summary, 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. AgCan failed to meet the required standard of care by failing to sample tubers from the chipping field planted with P.E.I. seed potatoes once it learned that that field was adjacent to the worst of the infested tobacco crops. Had AgCan reasonably believed this information was insufficient for purposes of triggering a testing of the tubers from the adjacent potato field, it would have had to establish that it was pursuing other sources for purposes of eliminating certified seed potatoes. In point of fact, AgCan did nothing to identify the source of the virus between November of 1989 and June of 1990. At the very least AgCan had an obligation to pursue a timely investigation that would have eliminated other potential sources so as to lead to the identification of the virus' actual source. An adequate investigation is not one that is entirely dependent on an isolated fortuitous occurrence. In my view, this is a sufficient basis for holding that AgCan's conduct created an unreasonable risk of harm for the appellant farmers and, therefore, AgCan breached both the standard and, correlatively, the duty of care.

(4) The Issue of Damages

[66] Having found AgCan is liable in negligence for failing to pursue a timely investigation into the source of the virus, and as the trial judge made no provisional assessment, the issue of damages must be remitted to her. In that regard, I have identified a number of subsidiary issues to be addressed unless the parties are able to resolve their differences outside the courtroom. The following comments should help propel the parties in that direction.

[67] It is clear that but for the negligence of AgCan, the appellant farmers would not have purchased and planted infested seed potatoes from P.E.I. Accordingly the appellants are entitled to damages tied to the 1990 crop year. However, the appellant farmers also claim that but for that negligence none of what unfolded in regard to the 1991 and 1992 crop years would have arisen either and, thus, they are entitled to damages

suffered throughout the entire period in question. Whether or not the appellant farmers are entitled to damages tied to the subsequent crop years brings into play the complex notion of causation, which in turn breaks down into two subcomponents: "cause-in-fact" and "cause-in-law". The latter term is often referred to as the issue of "proximate cause" or "remoteness". The question to be addressed is whether the harm is too unrelated to the wrongful conduct to hold the defendant liable. The recent decisions of the Supreme Court in *Resurfice Corp. v. Hanke*, [2007] 1 SCR 333, [2007] S.C.J. No. 7 (QL), 2007 SCC 7 and *Mustapha* fully canvass these issues, including the general applicability of and exceptions to the "but for" test. See also Allen M. Linden and Bruce Feldthusen, *Canadian Tort Law*, 8th ed. (Markham, Ont: LexisNexis Butterworths, 2006) at Chapter 10. These multifaceted issues will have to be pursued before the trial judge.

[68] As well, the trial judge will have to consider whether the appellant farmers were compensated in part or in whole for any losses. In its written submission AgCan submits that the four appellant farmers received over $450,000 in compensation from the Crown while the other affected farmers were paid approximately $12 million. Yet we are not told the type of loss for which the payments were made. At trial, AgCan raised a defence based on the statutory bar to liability found in s. 9 of the *Crown Liability and Proceedings Act*, R.S.C. 1985, c. C-50 and s. 38 of the *Plant Protection Act*, which bar certain claims against the Crown if compensation has been paid or is payable out of the Consolidated Revenue Fund. The extent to which these payments fall within the statutory bar remains to be decided. Apparently, AgCan also raised the issue of a failure to mitigate and, thus, that issue must be dealt with to the extent that this defence was pleaded and argued below. With respect to all of these issues, it is the trial judge who retains the jurisdiction to decide whether to allow further evidence, submissions and oral argument.

[69] Finally, AgCan raised the argument that the bulk of damages claimed by the appellants constitute pure economic loss of a kind that is only recoverable in a limited category of case, which this case is not. In particular, the "spillover" loss alleged to have occurred because of the diversion of P.E.I. potatoes into the Eastern Seaboard market

constitutes pure economic loss of a "novel type" which, according to AgCan, is not recoverable. As this issue involves a pure question of law, I am prepared to address it now.

[70] Having found a duty of care and a breach of the applicable standard of care with regard to the investigation surrounding the source of the virus, I have been able to identify three different types of loss flowing from this breach (although there may be more). First, there is the loss sustained by seed potato farmers when the U.S. closed the border to Canadian imports for about three weeks in February of 1991. Second, there is the loss sustained by New Brunswick potato farmers from the spillover effect when the P.E.I. potatoes, no longer exportable, were diverted into New Brunswick's non-seed potato markets. Third, there is the loss suffered by N.B. seed potato farmers who had to dispose of their potatoes in the same markets. All three types of loss qualify as pure economic loss and, in my view, are clearly recoverable. The recent decision of the Supreme Court in *Design Services Ltd. v. Canada* provides a full answer to AgCan's argument. In that case, the Supreme Court reaffirmed that there are five different categories of negligence claims which allow for recovery of pure economic loss. The first category listed is the "independent liability of statutory public authorities", as here.

B. *Issue #3 – Duty of Care and Negligent Testing (The Issue of False Positives)*

[71] The third issue is tied to the allegation that AgCan owed the appellant farmers a duty of care and breached that duty by adopting a "bioassay testing protocol" that led to a "misdiagnosis" of the presence of the virus in seed potatoes being tested. This is the issue of false positives. It is common ground that AgCan's failure to use a "Jemseg filter" in its bioassay testing protocol lead to a number of false positives. In other words, potato fields that were not infested with the PVYn virus were reported as being infested. The appellant farmers allege that AgCan relied on these false positives when deciding whether to eradicate or control the virus. In turn that decision impacted negatively on the farmers and gave rise to further economic loss. Specifically, the appellant farmers allege that the number of false positives caused AgCan to abandon its

1991 Plan and replace it with the 1992 Plan, which did not provide for compensation to affected farmers. Moreover, the 1992 Plan adopted buffer zones of up to five kilometres rather than the 200-metre zone found in the 1991 Plan.

[72] So far as the issue of "negligent testing" is concerned, I find that AgCan owed a *prima facie* duty of care to the appellant farmers. I so find for the very reasons offered earlier in regard to the issue of "negligent investigation". This leads me to ask whether there are any policy considerations that would propel me to negate that *prima facie* duty of care. Turning first to the policy/operational dichotomy, I cannot accept AgCan's argument that the decision to adopt a testing protocol which did not include the use of a Jemseg filter qualifies as a policy decision made by the Bi-National Panel. Admittedly, at paragraph 80 of her reasons, the trial judge accepts that the "bioassay protocol" had been accepted by the Bi-National Panel. In my respectful view the evidence does not support that finding. At best, the evidence establishes that Dr. MacDonald drafted the testing protocol for his superior on April 17, 1991, in advance of a meeting leading up to a meeting of the Bi-National Panel, and that the Bi-National Panel was in possession of a copy of the testing protocol which did not include the use of a Jemseg filter. However, there is no evidence that the Bi-National Panel actually considered the suitability of the protocol, or that the Panel debated the merits of using a Jemseg filter. Having regard to the role of the Panel, it is understandable that its efforts would not be spent on scientific testing procedures. On the basis of the evidence referred to this Court, I am of the view that the Bi-National panel was never asked to approve a testing protocol for the detection of the virus. In any event, even if the Panel had given formal approval to the testing protocol, I have not been persuaded that such a decision would qualify as a policy decision of the kind that could immunize AgCan from liability. Succinctly stated, the criteria to be applied when distinguishing between the two types of decisions do not support the assertion that the development of the testing procedure to be followed constitutes a policy decision. For example, the decision to use or not use a Jemseg filter is not driven by the allocation of sparse financial resources. I say no more of this particular issue lest I be accused of trivializing the policy/operational dichotomy.

[73] This leads me to consider whether there are other pressing policy reasons why the *prima facie* duty of care should be negated. I believe that such a reason exists. In effect, the appellant farmers are asking us to hold that a government authority that reevaluates and changes its policy (from providing compensation under the 1991 Plan to not doing so under the 1992 Plan) based on information that was negligently gathered (because a Jemseg filter was not used) should be liable for the ensuing economic loss. That loss, the appellants say, is to be calculated as the difference between what the plaintiffs would have received under the old versus the new policy directive. In my view, the day has not come where the law should recognize that government actors are liable for the formulation and implementation of discretionary policy decisions that are based in whole or in part on inaccurate information gathered in a negligent manner. Taken to its logical conclusion, this proposition gives resonance to the notion of unlimited liability to an unlimited class. In my view, recognition of a private law duty of care in cases of negligent information-gathering is simply too unwieldy. Too many government decisions are based on information that is later proven to have been conceived in error. Until today, no one has suggested that government authorities should be held accountable in negligence because a discretionary decision to adopt a solution to a pressing problem is infused with factual error. Would not most observers agree that the proper forum for attacking AgCan's impugned decision to revoke the compensation scheme be an application for judicial review? Within that forum, it is open to argue that a decision made or discretion exercised was based on an erroneous assumption and it matters not whether the assumption was conceived in error.

[74] In my view, the notion that a government actor could be held liable in negligence because it changes its mind with respect to the payment of compensation based on information negligently gathered is incompatible with the Supreme Court's recent efforts to limit the ambit of government liability. In so concluding, I wish to emphasize that we are not dealing with a case in which negligent testing produced false positives as a consequence of which the government ordered the destruction of potatoes without compensation. Nor are we dealing with a case in which the negligent testing resulted in the wrongful imposition of "quarantines" that saddled farmers with an

otherwise avoidable economic loss. What we are dealing with is a case in which the government changed its mind about paying compensation in circumstances where it was under no duty to provide compensation.

[75] In summary, although AgCan owed the appellant farmers a *prima facie* duty of care with respect to the testing protocol to be followed, I hold that it was negated by a valid policy consideration. Accordingly, I do not have to deal with the vexing issue of whether AgCan was negligent in adopting a testing protocol that did not include a Jemseg filter. Nor need I deal with the issue of whether the negligent testing was the cause-in-fact of the decision to abandon the 1991 Plan.

C. *Issues #4 and #5 – Illegality of 1991 and 1992 Plans*

[76] The fourth and fifth issues find the appellant farmers arguing that the Minister of AgCan lacked the statutory authority to adopt certain aspects of the 1991 and 1992 Plans and, therefore, AgCan is liable in negligence for the ensuing economic loss. As noted earlier, the trial judge did not deal with this issue even though it was pleaded and argued. With respect to the legality of the 1991 Plan, the essence of the appellant farmers' argument is that the directive dated October 2, 1991, prohibiting the movement of all P.E.I. seed potatoes to other provinces for propagation purposes, was issued without statutory authority. The directive was issued by the Director of the Plant Protection Division but, according to the appellant farmers, the only person with the authority to issue the directive was the Minister, pursuant to s. 15(3) of the *Plant Protection Act*. Correlatively, the appellant farmers argue that, pursuant to s. 22(1), that power could not be delegated.

[77] As to the "illegality" of the 1992 Plan the appellant farmers argue that AgCan lacked the authority to impose the five-kilometre buffer zones (Zone C). The appellants argue that the legal authority to impose this restriction must rest on s. 6 of the *Plant Protection Act,* which only applies where an "inspector" has "reasonable grounds" to suspect an infestation. The appellant farmers argue that there is no "credible" scientific

evidence to support the creation of Zone C. They point out that the evidence establishes that the highest risk of "aphid transmission" of the potato virus is within 100 metres of an infested field but, out of an abundance of caution, this was extended to 200 metres. The appellant farmers do not dispute the validity of the 200-metre buffer zone. They argue that as there is no credible scientific evidence to support the imposition of a five-kilometre buffer zone, there are no "reasonable grounds" to justify it under s. 6 of the *Plant Protection Act*.

[78] For purposes of deciding this appeal, I am going to assume without deciding that as a matter of law the Minister and officials with AgCan lacked the requisite statutory authority to do what they did. I am prepared to assume as much because the claim in illegality for negligence must fail in any event. My reasoning is not complicated: misinterpretation of a statute as to one's authority is not an actionable tort unless grounded in the tort of "misfeasance in office". The substance of that tort is explained in *Odhavji Estate v. Woodhouse*, [2003] 3 S.C.R. 263, [2003] S.C.J. No. 74 (QL), 2003 SCC 69. The appellant farmers did not plead this tort, nor did they allege that the Minister, or officials with AgCan, acted in bad faith or for an improper purpose when devising and implementing the 1991 and 1992 Plans. This leaves us to consider whether the Crown can be held liable in negligence because someone in government interprets a statute in a manner that hindsight proves to be erroneous. In my view, the answer is "no". At the very least, the plaintiff would have to plead negligent misinterpretation and it is difficult to see how one would go about establishing such an allegation. In support of this conclusion, I rely on the decision of the Federal Court of Appeal in *Comeau's Sea Foods Ltd. v. Canada (Minister of Fisheries and Oceans)*, [1995] 2 F.C. 467 (F.C.A.), [1995] F.C.J. No. 311 (QL), affirmed on other grounds by the Supreme Court.

[79] The facts in *Comeau's Sea Foods* are straightforward. The defendant, the federal Minister of Fisheries and Oceans, informed the corporate plaintiff that, in due course, it would be issued two offshore lobster licences. Subsequently, and after protests from inshore licensees, the Minister changed his mind and informed the plaintiff that the actual licences would not issue. Based on the Minister's earlier representations and prior

to the Minister changing his mind, the plaintiff allegedly spent considerable monies to outfit boats in order to make use of the licences that never issued. The plaintiff sued the federal government. The issue of damages was severed from the issue of liability. At trial, it was found that the Minister did not have the statutory authority to revoke his earlier authorization, but that of itself did not constitute actionable negligence. Negligence, however, was accepted because of the plaintiff's reasonable reliance and because the government knew it would cost the plaintiff money if the licences did not issue. In truth, the Minister would have been liable on the basis of promissory estoppel but for the rule that estoppel can only be invoked as a "shield" and not as a "sword". On reflection, one cannot help but speculate as to whether the law of promissory estoppel should have been revisited, with a view to eliminating the sword and shield distinction, rather than requiring the plaintiff to strain the principles of negligence law in order to obtain what many would regard as a "just result".

[80] On appeal, all three judges agreed that the Minister lacked the statutory authority to revoke the licences before they actually issued. However, the majority were of the view that the plaintiff's action in negligence could not succeed. Stone J.A. concluded that although the Minister owed the plaintiff a *prima facie* duty of care, that duty was negated by the fact that an adequate alternative remedy was available, namely judicial review of the Minister's decision not to issue the actual licences. Accordingly, Stone J.A. held that as the Minister owed no duty of care to the plaintiff, the Minister could not be held liable in negligence. Robertson J.A. reached the same result but by a different route. He concluded that there were only two bases on which the Minister could be held liable. The plaintiff would have had to advance the tort of misfeasance in public office or, alternatively, allege that the Minister was negligent in his interpretation of his statutory authority. As the tort of misfeasance in public office requires conduct amounting to "bad faith" and as no such allegation had been advanced, this left only the question of negligent interpretation of a statutory provision. Robertson J.A. held that the facts of the case did not support such an allegation. Linden. J.A., in dissent, agreed with the trial judge's reasons and conclusion that negligence had been established.

[81] The subsequent appeal to the Supreme Court was dismissed on the basis that the Minister was correct in his interpretation of the legislative provision in question. As matter of law, he possessed the authority to revoke the licences before they actually issued. In these circumstances, it was unnecessary for the Court to deal with the negligence issue. However, in *obiter* the Court did agree with the respondent as to the duty of care that rested with the Minister ([1997] 1 S.C.R. 12, [1997] S.C.J. No. 5 (QL) at para. 54):

> The respondent submitted that the duty owed to the appellant was the duty to exercise due care in ascertaining the scope of the Minister's statutory authority under s. 7 of the *Fisheries Act*, and the Minister interpreted his statutory authority correctly, I agree. It follows that there was no breach of the standard of care.

[82] Returning to the present case and the issue of illegality, it was open to AgCan to argue that the appellant farmers should have challenged the legality of the 1991 and 1992 Plans by way of judicial review. Applying *Comeau's Sea Foods*, AgCan could have argued that judicial review was an available and adequate remedy, thus negating the existence of any *prima facie* duty of care such that the federal government would be immune from liability. However, that argument was not advanced. This leaves open the question of the appellant farmers' claim that AgCan was negligent in adopting certain aspects of the 1991 and 1992 Plans without the requisite statutory authority. However, misinterpretation of a statutory provision as to the scope of one's authority does not give rise to actionable negligence unless it can be shown that the government failed to exercise due care in the interpretive process. In the present case, there is absolutely no evidence to support a finding of negligent interpretation. For these reasons, the appellant farmers' allegation of negligence on the basis of illegality must fail.

V. Conclusion – Disposition

[83] I would allow the appeal, in part, and remit the matter to the trial judge for a determination on the issue of damages in accordance with these reasons for judgment.

Although success was divided, albeit unevenly, I am of the opinion that this is a case where no costs should be awarded on appeal. As to the issue of costs at trial, I recognize that the parties had agreed at trial to defer the matter until the trial judge rendered judgment on the merits of the case. Thus, the trial judge retains the jurisdiction to fix costs at trial having regard to the limited success of the appellant farmers. Unless otherwise agreed, I presume that the matter of costs will be dealt with at the hearing to be scheduled for the assessment of damages. However, I am optimistic that the parties will be able to settle the case without the need to return to the trial judge. There are simply too many outstanding and difficult issues to be addressed and neither party should be prepared to role the dice.

Version française de la décision de la Cour rendue par

LE JUGE ROBERTSON

I. Introduction

[1] Le présent appel nous oblige à revenir sur les empreintes jurisprudentielles qu'il faut suivre aux fins de déterminer si la responsabilité d'un « acteur gouvernemental » est engagée pour « négligence ». Les quatre appelants font la culture et la mise en marché de « pommes de terre de semence » dans la partie nord-ouest du Nouveau-Brunswick. Ils sont représentatifs des producteurs de leur région, dont le nombre se situe entre cent soixante-seize et deux cent quarante-six, qui sollicitent des dommages-intérêts du gouvernement fédéral (ci-après « AgCan »). Les appelants revendiquent leur droit à une indemnité au titre de la perte financière subie en raison de la négligence dont AgCan aurait fait preuve dans sa lutte contre un virus de la pomme de terre qui est apparu à l'origine dans des pommes de terre de semence cultivées et mises en marché à l'Île-du-Prince-Édouard. Les allégations de négligence et la demande en vue d'obtenir des dommages-intérêts concernent les années de culture 1990, 1991 et 1992. Bien que les quatre appelants sollicitent des dommages-intérêts qui s'établissent au total à 2,1 millions de dollars, les producteurs sollicitent collectivement un montant qui dépasse 75 millions de dollars. La juge du procès a rejeté l'action pour deux motifs principaux. Premièrement, elle a statué que les actes d'AgCan qui sont contestés découlaient de décisions « de politique générale » et non pas de décisions « opérationnelles » et que par conséquent, toute obligation de diligence *prima facie* qui existait entre les parties était annulée de telle sorte que la responsabilité du gouvernement fédéral n'était pas engagée. Deuxièmement, la juge du procès a statué à titre subsidiaire qu'aucune des mesures contestées qui ont été prises par AgCan n'était assimilable à de la « négligence ». La juge du procès a refusé d'effectuer une évaluation provisoire des dommages-intérêts, soulignant seulement qu'elle préférait [TRADUCTION] « l'analyse des pertes » faite par les experts des appelants. La décision de la juge du procès est maintenant publiée à (2007), 318 R.N.-B. (2e) 3, [2007] A.N.-B. no 178 (QL), 2007 NBBR 102.

[2] Outre les questions ressortissant à la norme de contrôle applicable, le présent appel soulève pas moins de cinq questions de fond. Je conclus que seule une de ces questions est bien fondée. Je suis d'accord pour conclure que l'intimée AgCan avait envers les producteurs appelants une obligation de diligence *prima facie* qui faisait en sorte qu'elle était tenue de mener rapidement une enquête visant à identifier l'origine du virus et que cette obligation n'était écartée ni par des considérations de politique générale transcendantes (comme le risque de créer une responsabilité illimitée pour un nombre illimité de personnes) ni par l'application de la dichotomie entre les décisions de politique générale et les décisions opérationnelles. Corrélativement, je conclus qu'AgCan a manqué à la norme de diligence applicable et qu'elle est tenue de payer des dommages-intérêts. Sur ce point, l'affaire devrait être renvoyée à la juge du procès afin qu'elle évalue les dommages-intérêts conformément aux présents motifs. Je suis d'avis de rejeter l'appel à tous les autres égards.

II. Le contexte factuel

[3] Les parties ont reconnu qu'il est difficile de donner un aperçu contextuel et chronologique des faits du litige en raison de la façon dont la juge du procès a structuré son analyse. Après avoir proposé une introduction aux questions juridiques, la juge du procès a donné un [TRADUCTION] « aperçu général » de la position respective des parties en reproduisant des extraits choisis de leurs mémoires postérieurs au procès. Ces aperçus sont suivis d'une série de résumés : un pour le témoignage de chacun des témoins experts. Dans certains cas, une conclusion de fait ou une conclusion de droit qui n'est mentionnée nulle part ailleurs dans les motifs de jugement est introduite dans le résumé en question. Ensuite, la juge du procès énonce trente-trois [TRADUCTION] « conclusions » distinctes. Malheureusement, elle n'a pas donné d'aperçu chronologique des faits sous-jacents qui ont donné lieu au dépôt de l'exposé de la demande. Pour ce motif, les avocats ont été priés de présenter à notre Cour des mémoires complémentaires qui devaient permettre à la présente formation de mieux comprendre les questions en litige et plus précisément celles qui ont été plaidées et débattues mais que la juge du procès n'a pas abordées dans ses motifs. À la lumière de ces mémoires, j'ai essayé de

reconstituer la situation factuelle qui s'est fait jour au cours des années qui ont précédé le procès, lequel a duré dix-huit semaines. Je précise que ma compréhension des faits essentiels repose sur trois sources : les motifs de jugement de la juge du procès et les deux mémoires. Les faits que les appelants invoquent et qui ne sont pas contestés par les intimés sont réputés être acceptés comme le prévoient les *Règles de procédure*. Là où les mémoires divergent quant aux faits, la divergence est au bout du compte soulignée dans les présents motifs. J'ai essayé, en définitive, de donner un aperçu des faits d'une manière qui permette au lecteur de comprendre les questions juridiques qui ont été débattues devant notre Cour au cours des trois journées consacrées à l'audition de l'appel.

[4] En septembre 1989, la nécrose des nervures du tabac (NNT) a été décelée dans un champ de tabac de l'exploitation agricole Kees Meuse dans la région de Port Bruce, dans le sud de l'Ontario. NNT n'est pas le nom d'une maladie mais plutôt le nom générique donné à une affection qui entraîne la mort des veines qui parcourent les feuilles de tabac. La NNT est attribuable à un virus, le PVY, lequel comporte lui-même un certain nombre de souches dont le PVY^n ou virus Y (nécrotique) de la pomme de terre. Bien que cette souche soit souvent associée à la pomme de terre, elle est, chose curieuse, sans danger pour celle-ci. Plus précisément, le PVY^n n'a pas d'incidence sur la possibilité de commercialisation de la pomme de terre de transformation ou de consommation (celle que nous mangeons). Le problème se pose parce que le PVY^n peut se propager aux plants de tabac dans les régions où le tabac est cultivé à proximité immédiate de pommes de terre « infestées ». C'est pour cette raison que les pommes de terre de semence infestées deviennent invendables comme pommes de terre de semence.

[5] La nécessité d'extirper le virus PVY^n ou d'en limiter la propagation est un motif de préoccupation immédiate pour les producteurs de pommes de terre de semence du Nouveau-Brunswick et de l'Île-du-Prince-Édouard dont les récoltes sont en grande partie exportées aux États-Unis. La présence soupçonnée du virus dans des pommes de terre de semence est une raison suffisante pour que les autorités américaines ferment la frontière ou en contrôlent l'accès en ce qui concerne ce produit agricole. Dans la mesure où les pommes de terre de semence sont mises en quarantaine et ne peuvent donc être

exportées aux États-Unis ni même dans une autre province et dans la mesure où le gouvernement n'est pas disposé à offrir une indemnité suffisante aux producteurs de pommes de terre de semence infectées, il ne reste qu'une seule solution pratique qui soit envisageable. Les pommes de terre de semence doivent être vendues sur le marché qui est habituellement réservé aux pommes de terre de transformation et de consommation. Cela est vraiment problématique pour les producteurs de semences à plusieurs égards. Les pommes de terre de semence ont une plus grande valeur que les pommes de terre de transformation ou de consommation. En outre, les pommes de terre de semence sont cultivées afin qu'elles soient plus petites que les pommes de terre de consommation et sont habituellement moins faciles à vendre aux consommateurs. De plus, le déversement de pommes de terre de semence sur les marchés des autres pommes de terre a comme [TRADUCTION] « effet d'entraînement » de faire baisser la valeur marchande, la perte financière touchant tous les producteur de pommes de terre, pas seulement ceux qui produisent et mettent en marché des pommes de terre de semence.

[6] En septembre 1989, le Bureau national des pommes de terre de semence et la Direction de la défense des végétaux d'AgCan ont décidé qu'il fallait identifier le virus et en déterminer l'origine. Le 26 septembre 1989, le directeur de la Direction de la défense des végétaux d'AgCan a écrit au sous-ministre adjoint une lettre dans laquelle il l'informait que pendant les [TRADUCTION] « mois de l'hiver qui approchait », des efforts seraient faits afin d'identifier le virus et en déterminer l'origine. Puisque le PVY a plusieurs souches, il fallait encore identifier celle qui était responsable de la présence de la NNT dans les feuilles de tabac et en découvrir la source afin que des mesures appropriées puissent être prises à des fins de lutte ou d'élimination. À cet égard, les faits révèlent qu'un champ de pommes de terre à croustilles, en grande partie cultivé à partir de pommes de terre de semence de l'Île-du-Prince-Édouard certifiées par le gouvernement, jouxtait le champ de tabac infesté de l'exploitation agricole Kees Meuse. C'est à M. John MacDonald, virologiste à la Division de la protection des végétaux du Bureau national des pommes de terre de semence d'AgCan, qu'a incombé la tâche d'identifier le virus et d'en déterminer l'origine.

[7] Dès le début, le PVY^n a été reconnu comme une cause possible de la NNT. En mars 1990, M. MacDonald avait identifié avec certitude le PVY^n comme étant le véritable agent pathogène. Toutefois, l'origine précise du virus demeurait inconnue. En juin 1990 et pour des raisons qui seront expliquées plus loin, M. MacDonald est allé dans le « champ de pommes de terre à croustilles » voisin du champ de tabac infesté et a pris des échantillons de « tubercules » laissés dans le champ après la récolte de pommes de terre de 1989. On a tout de suite déterminé que ces tubercules étaient contaminés par le PVY^n. Cela a donné lieu à une [TRADUCTION] « recherche sur l'origine » afin de déterminer d'où provenaient les pommes de terre de semence qui avaient été plantées dans le champ de pommes de terre à croustilles. En septembre 1990, soit un an après le début de l'enquête, M. MacDonald a confirmé que le virus trouvait son origine dans des pommes de terre de semence produites et mises en marché à l'Île-du-Prince-Édouard. À ce moment-là, toutefois, les producteurs du Nouveau-Brunswick avaient déjà acheté et planté des pommes de terre de semence infestées de l'Île-du-Prince-Édouard en vue de l'année de culture 1990.

[8] Un relevé effectué d'août à septembre 1990 a révélé que le virus PVY^n était présent dans trois champs situés sur deux exploitations agricoles du Nouveau-Brunswick. Dans chaque cas, les pommes de terre avaient été cultivées à partir de semences achetées à l'exploitation agricole de J.P. Hendriken sise à l'Île-du-Prince-Édouard. Le virus a également été découvert dans le champ d'une troisième exploitation agricole. Dans ce dernier cas, toutefois, les pommes de terre avaient été cultivées à partir de semences produites par un autre producteur de l'Île-du-Prince-Édouard. À l'Île-du-Prince-Édouard, vingt-six résultats positifs ont été obtenus au total dans quatorze ou dix-sept exploitations agricoles différentes. Toutes les pommes de terre en question étaient issues de semences produites à l'Île-du-Prince-Édouard en 1989. Ensemble, les récoltes touchées représentaient environ cinquante-huit pour cent de toutes les pommes de terre de la variété « Atlantic » qui avaient été plantées et c'est par la variété Atlantic que le virus avait été introduit. En Ontario, des résultats positifs ont été obtenus dans cinq champs de pommes de terre au total. C'étaient des semences de l'Île-du-Prince-Édouard qui avaient été plantées dans la

plupart de ces champs. De plus, le virus a été décelé dans cinq champs de tabac en Ontario.

[9] Le 28 septembre 1990, le département de l'Agriculture des États-Unis a été avisé de l'infestation du virus. Le 18 décembre 1990, une rencontre a eu lieu entre des fonctionnaires d'AgCan et des fonctionnaires de l'État du Maine. Le 24 janvier 1991, des représentants du département de l'Agriculture des États-Unis se sont réunis avec leurs homologues canadiens dans le cadre de ce qui allait être appelé le [TRADUCTION] « comité binational ». Ce comité n'avait pas de mandat officiel si ce n'est qu'il devait fournir l'occasion d'échanger des données et des opinions afin de permettre aux gouvernements respectifs de prendre des mesures appropriées. Pendant sa première réunion, le comité a discuté des résultats du relevé et a convenu de certaines restrictions à apporter aux pommes de terre de semence, dont la condition voulant que tous les lots admissibles provenant des Maritimes soient analysés pour détecter le virus avant qu'ils entrent aux États-Unis. Le 6 février 1991, les autorités américaines ont interdit l'importation de pommes de terre du Nouveau-Brunswick et de l'Île-du-Prince-Édouard. Le 26 février 1991, toutefois, la restriction applicable aux pommes de terre de semence du Nouveau-Brunswick et d'une partie de l'Île-du-Prince-Édouard a été révoquée. La frontière a été rouverte pour les districts cinq et six de l'Île-du-Prince-Édouard et pour l'ensemble du Nouveau-Brunswick, sauf en ce qui concernait les exploitations agricoles où on avait planté des semences de la variété « Atlantic » produites à l'Île-du-Prince-Édouard en 1989 ou 1990.

[10] Après avoir conclu que le virus était présent dans des cultures de pommes de terre au Nouveau-Brunswick et que trois producteurs étaient touchés, AgCan a décidé, en septembre 1990, [TRADUCTION] d'« extirper complètement » le virus et d'indemniser les producteurs touchés. L'éradication signifie que les pommes de terre sont détruites et donc qu'elles ne sont jamais vendues. On nous dit que les producteurs appelants sont au nombre de ceux qui ont été indemnisés. AgCan prétend qu'ils ont reçu environ 450 000 $ et que d'autres producteurs ont reçu environ 12 millions de dollars. La

juge du procès n'a pas confirmé ces faits et dans ses motifs, elle ne précise pas non plus le genre de perte au titre de laquelle les paiements ont été versés.

[11] Pour atteindre cet objectif consistant dans l'éradication accompagnée d'une indemnité, AgCan a formulé [TRADUCTION] « le plan de 1991 ». Sa mise en oeuvre a pris la forme d'une série d'ordonnances et de directives. Ainsi, le 25 février 1991, AgCan a délivré sa propre ordonnance de quarantaine, laquelle reprenait les restrictions américaines applicables aux exportations vers les États-Unis. Les 27 mars et 27 mai 1991, le *Règlement sur la quarantaine des plantes* a été modifié afin d'autoriser les inspecteurs à ordonner la destruction de pommes de terre de semence que l'on croyait infestées par le virus et de prévoir une indemnité. Le directeur de la Division de la protection des végétaux a établi des directives en matière de quarantaine les 2 et 15 avril 1991 afin de communiquer le plan aux inspecteurs. Le 3 mai 1991, un arrêté du Ministre a été délivré sous le régime de la *Loi sur la protection de végétaux*, L.C. 1990, ch. 22. Cet arrêté devait être en vigueur jusqu'au 1er août 1991 et il déclarait que l'ensemble de l'Île-du-Prince-Édouard, sauf la petite partie nord-ouest, était infestée par le PVYn. Comme nous l'avons vu, le plan de 1991 prévoyait essentiellement que les pommes de terre infestées devaient être détruites et les producteurs être indemnisés de leur perte. Ce plan est automatiquement venu à expiration le 1er août 1991.

[12] Le 25 juillet 1991, AgCan a convoqué la première de deux réunions des [TRADUCTION] « intervenants ». Lors de cette réunion, les producteurs touchés et les fonctionnaires d'AgCan ainsi que leurs homologues provinciaux se sont rencontrés pour discuter des enjeux et des solutions de politique générale ressortissant à la lutte contre le virus. Des préoccupations ont été exprimées à propos du nombre des résultats positifs qui étaient obtenus à l'Île-du-Prince-Édouard. Pendant l'été 1991, AgCan a poursuivi ses analyses afin de déterminer si le virus était toujours présent dans les champs de pommes de terre du Nouveau-Brunswick et de l'Île-du-Prince-Édouard. Le 25 juillet 1991, la présence du virus a été révélée dans un grand nombre de champs de l'Île-du-Prince-Édouard à la suite d'épreuves positives. Bien que la possibilité d'abandonner le régime d'indemnisation ait été évoquée, le procès-verbal de cette

réunion révèle que des préoccupations ont été exprimées quant à savoir s'il était trop tôt pour prendre une décision de politique générale.

[13] Le 9 août 1991, une deuxième réunion des intervenants a été tenue. Puisque soixante-dix-sept résultats positifs avaient été obtenus à l'Île-du-Prince-Édouard et que les résultats étaient attendus dans quatre-vingt-quinze autres cas, AgCan a indiqué qu'il en aurait coûté environ 90 millions de dollars pour poursuivre le volet indemnisation du plan de 1991. Lors de cette réunion, l'opinion générale était que le modèle voulant qu'il y ait destruction et indemnisation, qui était incorporé dans le plan de 1991, n'allait pas fonctionner. C'est lors de cette réunion que les concepts fondamentaux du plan de 1992 ont été formulés.

[14] Le jour même où la deuxième réunion des intervenants avait lieu, M. Singh, virologiste des pommes de terre de la Direction de la recherche d'AgCan à Fredericton, a constaté que le [TRADUCTION] « protocole sur les bio-essais » qui était suivi afin de déterminer si un champ de pommes de terre avait été infesté par le virus posait des problèmes. Bien que ce protocole ait finalement mené à l'établissement de quatre-vingt-seize résultats positifs à l'Île-du-Prince-Édouard, on a par la suite déterminé que quatre-vingt-six de ces résultats positifs étaient en fait de faux résultats positifs attribuables à une procédure d'analyse défectueuse. Une fois que le protocole d'analyse a été modifié afin qu'il comprenne l'utilisation d'un [TRADUCTION] « filtre Jemseg », le problème des faux résultats positifs a été réglé pour l'avenir. Comme nous l'expliquerons, les appelants prétendent qu'AgCan a été négligente en adoptant un protocole d'essais qui ne comprenait pas, à l'origine, un filtre Jemseg et que c'est par suite du nombre considérable de faux résultats positifs qu'AgCan a décidé d'abandonner son plan de 1991 en faveur du plan de 1992.

[15] Le plan de 1992 était différent du plan de 1991 à trois égards importants. En premier lieu, dans le cadre du plan de 1992, les producteurs ne seraient plus tenus de détruire leurs pommes de terre infestées et aucune indemnité ne leur serait donc offerte. En résumé, l'objectif consistant dans [TRADUCTION] « l'éradication accompagnée

d'une indemnité » retenu aux fins du plan de 1991 a été abandonné. En deuxième lieu, le plan de 1992 allait obliger les producteurs à vendre leurs pommes de terre de semence sur les marchés de la pomme de terre de transformation et de la pomme de terre de consommation. Le déversement des pommes de terre de semence sur d'autres marchés aurait ensuite comme effet [TRADUCTION] « d'entraînement » de faire baisser les prix dans leur ensemble puisque l'offre excéderait la demande. En troisième lieu, le plan de 1992 allait avoir pour effet de reculer très loin les limites des [TRADUCTION] « zones tampons ». À ce moment-ci, une explication de la différence entre les zones tampons imposées dans le cadre du plan de 1991 et celles proposées dans le cadre du plan de 1992 sera utile. Dans le cadre du plan de 1991, si on constatait qu'un champ de pommes de terre était infesté par le virus, ce champ et tout autre champ de pommes de terre situé à moins de deux cents mètres étaient soumis aux volets éradication et indemnisation du plan. Toutefois, le plan de 1992 allait encore plus loin et prévoyait que dans certaines circonstances, les pommes de terre de tout champ situé à moins de cinq kilomètres du champ infesté devaient être traitées de la même manière que les pommes de terre du champ infesté. Cela voulait dire que toutes les pommes de terre cultivées dans un rayon de cinq kilomètres du champ infesté devaient être écoulées sur les marchés de la consommation et de la transformation, pas seulement les pommes de terre se trouvant à l'intérieur de la zone tampon de deux cents mètres établie en application du plan de 1991.

[16] Un autre des aspects du plan de 1992 touchait indirectement les producteurs du Nouveau-Brunswick. À la fin de l'été 1991, AgCan avait indemnisé les producteurs de l'Île-du-Prince-Édouard au titre des champs de pommes de terre à l'égard desquels un résultat positif avait jusqu'alors été obtenu. Dans le cadre du plan de 1992, la zone de quarantaine a été étendue à l'ensemble de l'Île-du-Prince-Édouard. Plus précisément, le 2 octobre 1991, une directive a été émise aux fins [TRADUCTION] d'« interdire la circulation vers les autres provinces de toutes les pommes de terre de semence produites à l'Île-du-Prince-Édouard afin d'empêcher la propagation ». Bien que cette directive n'ait apportée aucune modification en ce qui concerne la circulation des pommes de terre du Nouveau-Brunswick, ce qui inquiétait les producteurs du Nouveau-Brunswick, c'était le détournement massif des exportations nationales et

internationales de semences de l'Île-du-prince-Édouard vers les marchés de la consommation et de la transformation du littoral est. Les producteurs du Nouveau-Brunswick prétendent que par suite de ce détournement, les prix du marché ont considérablement chuté et ils ont subi des pertes financières.

[17] Le comité binational s'est réuni une seconde fois, les 12 et 13 septembre 1991, soit un mois après que l'erreur de diagnostic s'est fait jour. La réunion avait pour but de déterminer quelles restrictions apporter à la circulation des pommes de terre canadiennes qui étaient exportées aux États-Unis et d'examiner les résultats des relevés du PVY^n effectués au Canada et aux États-Unis. Le procès-verbal de la réunion indique qu'en plus d'avoir présenté des renseignements sur les faux résultats positifs obtenus à l'Île-du-Prince-Édouard et sur les résultats des nouvelles analyses qu'elle avait effectuées, AgCan a présenté le plan de 1992 qui avait été formulé. Le 27 décembre 1991, le département de l'Agriculture des États-Unis a répondu en adoptant une règle provisoire qui apportait effectivement les mêmes restrictions aux pommes de terre exportées de l'Île-du-Prince-Édouard vers les États-Unis que celles que le Canada avait imposées sur son territoire en publiant la directive du 2 octobre 1991.

[18] Face à une quarantaine complète pour une deuxième année, l'industrie de la pomme de terre de l'Île-du-Prince-Édouard a proposé, pour l'année 1992, que des zones de cinq kilomètres soient imposées autour des dix champs de pommes de terre où des résultats positifs avaient été obtenus lors des relevés effectués en 1991 et que les restrictions apportées à la circulation des pommes de terre soient levées dans les secteurs de l'Île-du-Prince-Édouard où les analyses avaient établi l'absence du virus. Les producteurs du Nouveau-Brunswik se sont opposés au plan par zones qui était proposé. Le 22 avril 1992, AgCan a adopté le plan de 1992 qui apportait des restrictions à la circulation des pommes de terre à l'intérieur de zones tampons élargies (les zones A, B et C). La plus astreignante était la zone C. Comme nous l'avons expliqué, elle s'étendait sur l'ensemble des biens-fonds sis autour d'un champ infesté jusqu'à une distance de cinq kilomètres d'un point quelconque du champ affecté. Il s'est trouvé que cinq résultats positifs ont été obtenus au Nouveau-Brunswick et que par suite de la création des

zones C, une partie importante des pommes de terre de semence du Nouveau-Brunswick n'a pas pu être mise en marché à cette fin. Une directive datée du 7 juillet 1992 est venue dire aux inspecteurs que les producteurs ne seraient pas autorisés à mettre des pommes de terre de semence en marché sans un certificat de circulation attestant que les pommes de terre avaient été analysées pendant l'hiver et jugées non infectées. Par conséquent, les pommes de terre de semence touchées devaient être écoulées sur les marchés de la consommation et de la transformation.

[19] Une fois que les résultats des relevés effectués pendant l'été 1992 relativement à l'infestation ont été connus, le comité binational s'est de nouveau réuni les 14 et 15 octobre 1992. Peu après, le Canada a imposé sa propre quarantaine aux pommes de terre provenant des États-Unis parce que le virus avait été découvert dans des récoltes de pommes de terre en Californie et en Floride. La quarantaine devait entrer en vigueur le 3 janvier 1993, mais elle a été annulée par suite des négociations entre des fonctionnaires des deux pays. Le 13 avril 1993, AgCan a annoncé que les deux pays avaient convenu d'essayer de trouver une nouvelle façon de lutter contre le PVY^n en Amérique du Nord. Le 6 juillet 1993, AgCan a lancé son plan de 1993. Essentiellement, ce plan constituait un retour au plan de 1991 dans le cadre duquel une indemnité était versée aux producteurs en ce qui concernait les champs où des résultats positifs avaient été obtenus. De plus, le plan revenait à l'établissement d'une seule zone tampon de deux cents mètres. Des analyses à grande échelle effectuées au Nouveau-Brunswick en 1993 n'ont permis de découvrir qu'un seul champ où le résultat a été positif. C'est pourquoi la demande en dommages-intérêts des producteurs appelants se rapporte uniquement aux années de culture 1990, 1991 et 1992.

III. La norme de contrôle et la production de motifs dans les délais

[20] Conformément à l'art. 7.2 de la *Loi sur l'organisation judiciaire*, L.R.N.-B. 1973, ch. J-2, un juge de la Cour du Banc de la Reine dispose d'un délai de six mois pour rendre un jugement. Le droit du juge de demander au juge en chef de cette Cour de proroger le délai vient tempérer cette obligation légale. Il faut inférer que la

demande doit être faite avant l'expiration du délai de six mois. Si la prorogation est accordée, le juge en chef peut également libérer le juge de ses autres fonctions judiciaires jusqu'à ce que le jugement soit rendu. En l'espèce, une période de plus de vingt mois s'est écoulée entre la réception des mémoires postérieurs au procès et le dépôt des motifs de jugement de la juge du procès et pourtant, les parties s'entendent sur le fait qu'il n'existe aucun élément de preuve établissant si une prorogation a été demandée ou accordée. Bien que les producteurs appelants reconnaissent qu'il faut faire preuve de déférence envers les conclusions de fait de la juge du procès, ils font valoir que toute présomption de déférence est [TRADUCTION] « affaiblie » par le retard à rendre le jugement, l'omission de la juge du procès de trancher certaines questions qui avaient été plaidées et débattues et la confusion qui a persisté en ce qui concerne certaines questions factuelles. De plus, les producteurs appelants soulignent que le procès, qui a duré dix-huit semaines, a été tenu sur une période de quelque seize mois. En somme, il a fallu presque trois ans pour aller du procès au jugement.

[21] J'estime que la norme de contrôle applicable ne devrait pas être fonction de la longueur du retard à déposer des motifs de jugement. Si le retard donne lieu à des trous de mémoires, à des méprises ou à de la confusion, ces défauts transparaîtront dans l'analyse du juge du procès ou l'absence d'analyse. Cela m'amène à examiner une question connexe : l'examen valable en appel.

[22] Il n'est pas difficile d'évaluer les décisions de la juge du procès sur la question de savoir si AgCan avait envers les producteurs appelants une obligation de diligence *prima facie* et si cette obligation était annulée par des considérations de politique générale comme la responsabilité indéterminée envers une catégorie indéterminée. Ces questions sont en grande partie des questions de droit au titre desquelles la norme de contrôle applicable est celle de la décision correcte. Notre Cour est donc tout autant en mesure que la juge du procès de statuer sur la question de savoir si le gouvernement est exonéré de toute responsabilité en ce qui concerne une décision ou mesure précise. Toutefois, la même chose n'est pas vraie pour ce qui est des omissions de la juge du procès en ce qui concerne la conclusion subsidiaire selon laquelle le

gouvernement n'a pas fait preuve de négligence. Tout ce qui est proposé au lecteur, c'est une déclaration sybilline : une conclusion juridique non étayée par une analyse juridique liée à des faits établis. Plus précisément, les motifs de jugement ne font pas état des allégations précises de négligence, n'énoncent pas les principes juridiques pertinents (notamment la norme de diligence) et n'appliquent pas ces principes juridiques aux faits auxquels la juge aurait conclu après avoir apprécié et mentionné les éléments de preuve pertinents. Cette omission revêt une importance cruciale lorsqu'il s'agit de faire preuve de déférence envers les inférences de la juge du procès, qu'il s'agisse de conclusions de fait secondaires ou de conclusions de droit (notamment une conclusion d'absence de négligence). La déférence est habituellement de mise, selon la norme de l'erreur manifeste et dominante, envers les inférences tirées par le juge du procès : *H.L. c. Canada (Procureur général)*, [2005] 1 R.C.S. 401, [2005] A.C.S. n° 24 (QL), 2005 CSC 25. En l'espèce, toutefois, cette norme ne peut être appliquée. Puisque l'analyse n'est pas liée à des allégations de négligence précises, il est impossible de déterminer si les motifs de la juge du procès comportent une erreur manifeste et dominante. Il nous faut donc nous demander si un examen valable en appel est possible.

[23] En matière criminelle, l'omission de donner des motifs suffisants pour permettre un examen valable en appel peut donner lieu à un nouveau procès : *R. c. Sheppard*, [2002] 1 R.C.S. 869, [2002] A.C.S. n° 30 (QL), 2002 CSC 26. Cette solution existe aussi en matière civile, mais on y a moins recours parce que le coût de la réinstruction de l'affaire incombe aux parties et non au trésor public : *Nova, an Alberta Corporation c. Guelph Engineering Co. and Daniel Valve Co. et al.* (1989), 100 A.R. 241 (C.A.), [1989] A.J. No. 951 (QL). À mon avis, la solution qui consiste à ordonner un nouveau procès dans un contexte civil est une solution de dernier recours. Bien qu'elle puisse être indiquée dans d'autres circonstances, les deux parties ont, en l'espèce, consacré beaucoup de temps et d'argent à la poursuite du procès qui a duré dix-huit semaines et il serait tout simplement injuste de leur demander de faire réinstruire l'affaire. Quoi qu'il en soit, ni les appelants ni les intimés n'ont sollicité une ordonnance de ce genre. Par conséquent, seules deux solutions s'offrent à notre Cour. L'une consiste à renvoyer l'affaire à la juge du procès en lui donnant des directives lui enjoignant de

donner des motifs complets qui tranchent d'une manière régulière les questions qui ont convenablement été plaidées et débattues. L'autre consiste dans le fait que la Cour d'appel évalue et apprécie de nouveau la preuve ainsi que toutes les conclusions de fait acceptées.

[24] J'estime qu'un examen valable en appel est possible et que la solution consistant à renvoyer l'affaire à la juge du procès afin qu'elle donne des motifs plus complets n'est donc pas justifiée. Dans leurs mémoires tant initiaux que complémentaires, les parties ont fait état du dossier d'instruction et des règles de droit applicables d'une manière qui permet à notre Cour d'examiner d'une manière régulière les questions juridiques soulevées en appel. Toutefois, le lecteur doit savoir que j'ai pris la décision consciente de trancher les questions en litige, si cela est possible, en isolant les questions de droit déterminantes plutôt qu'en examinant des questions de fait ressortissant à des témoignages contradictoires et à une partie des trente-deux mille documents qui composent le dossier d'instruction.

[25] En guise de directive pour l'avenir, je formule une dernière observation en ce qui concerne la question de l'examen valable en appel. Lorsqu'il est appelé à statuer sur l'existence d'une obligation de diligence et que le juge du procès statue par la négative, il incombe à ce juge de trancher subsidiairement et complètement la question du « manquement à la norme de diligence » et celle des « dommages-intérêts ». Je reconnais que dans certains cas il peut être plus sage de séparer la question des dommages-intérêts et celle de la responsabilité en raison de la complexité de la tâche qui consiste à calculer des dommages-intérêts sans savoir à quelles allégations de négligence il sera fait droit et pourquoi. Cela dispense les témoins experts de la nécessité de préparer une série d'opinions financières fondées sur une série d'hypothèses. À cette exception près et sous réserve de ce dont les parties peuvent convenir, le juge du procès n'a d'autre choix que de trancher l'ensemble des questions subsidiaires afin de permettre un examen valable en appel pour le cas où la conclusion relative à l'obligation de diligence serait infirmée.

IV. Les cinq questions à trancher

[26] Une fois ramené à l'essentiel, le présent appel soulève pas moins de cinq questions. La première consiste à savoir si AgCan était tenue à une obligation de diligence envers les producteurs appelants ou si cet « acteur gouvernemental » était exonéré de toute responsabilité. Pour trancher cette question, nous devons décider si les faits donnent naissance à une obligation de diligence *prima facie* qui n'était écartée ni par des considérations de politique générale (comme le risque de créer une responsabilité illimitée pour un nombre illimité de personnes) ni par l'application de la dichotomie entre les décisions de politique générale et les décisions opérationnelles. Si l'on tient pour acquis qu'elle était tenue d'une obligation de diligence, la deuxième question à trancher est liée à l'allégation selon laquelle AgCan a été négligente dans la tenue de son enquête qui a mené à l'identification et à la détermination de l'origine de l'agent pathogène qui a causé la NNT dans les cultures de tabac. Les producteurs appelants prétendent que si le virus et son origine avaient été identifiés plus tôt, ils n'auraient pas planté des pommes de terre de semence infestées provenant de l'Île-du-Prince-Édouard au printemps 1990 et la perte financière subie au cours des années de culture suivantes (1990, 1991 et 1992) aurait été entièrement évitée. La troisième question à trancher est liée à l'allégation voulant qu'AgCan se soit montrée négligente dans l'utilisation d'un protocole (sur les) [TRADUCTION] « bio-essais » qui a donné lieu à une [TRADUCTION] « erreur de diagnostic » en ce qui concerne la présence du virus dans les pommes de terre de semence. Les parties s'entendent pour reconnaître que l'omission d'AgCan d'utiliser un [TRADUCTION] « filtre Jemseg » dans le cadre de sa procédure d'analyse a donné lieu à un certain nombre de faux résultats positifs. Les producteurs prétendent que le nombre de faux résultats positifs a amené AgCan à remplacer le plan d'indemnisation qu'elle avait adopté en 1991 par le plan de 1992, lequel avait comme objectif la lutte contre le virus plutôt que l'éradication et l'indemnisation, ce qui a entraîné d'autres pertes financières. Les quatrième et cinquième questions à trancher sont liées à l'allégation selon laquelle le ministre d'AgCan n'avait pas les pouvoirs légaux nécessaires pour adopter certains aspects des plans de 1991 et 1992. S'appuyant sur cette prétention [TRADUCTION] d'« illégalité », les producteurs appelants affirment que la responsabilité d'AgCan est

engagée pour négligence au titre de la perte financière qui en a découlé. J'examinerai chacune de ces questions à tour de rôle en faisant également état de la réponse de la juge du procès aux trois premières allégations. Malheureusement, elle n'a pas examiné les questions quatre et cinq bien qu'elles aient été plaidées et débattues au procès.

A. *Les questions n°s 1 et 2 – L'obligation de diligence et la négligence au cours de l'enquête*

(1) Introduction

[27] Pour faciliter l'analyse, je me propose d'examiner les questions que sont l'obligation de diligence et la négligence au cours de l'enquête sous un même chef. Toutefois, il faut reconnaître que mon analyse de la question de l'obligation de diligence est également pertinente pour le règlement des autres allégations de négligence. Le chevauchement sera souligné le moment venu. Pour l'instant, je me concentrerai sur l'obligation de diligence dans le contexte de l'allégation voulant qu'AgCan ait été négligente dans la façon dont elle a mené son enquête concernant l'identité et l'origine de la NNT. Sur cette question, en toute déférence, je ne souscris pas à l'interprétation que fait la juge du procès des principes juridiques applicables, à son appréciation de la preuve ni à ses conclusions de droit.

[28] Les producteurs appelants prétendent que la juge du procès a commis une erreur en concluant qu'AgCan n'avait envers eux aucune obligation de diligence et subsidiairement, en concluant que ses fonctionnaires n'ont pas été négligents en ce qui concerne l'enquête qu'ils ont menée sur l'origine du virus responsable de la NNT. Les appelants affirment que si les fonctionnaires d'AgCan avaient fait preuve d'une plus grande diligence dans leurs efforts en vue d'identifier le virus et d'en déterminer l'origine, les producteurs auraient appris plus tôt que le PVY^n était le virus qui touchait les cultures de tabac et que ce virus trouvait son origine dans les pommes de terre de semence cultivées et mises en marché à l'Île-du-Prince-Édouard. S'ils l'avaient su, les producteurs n'auraient pas acheté et planté ces pommes de terre de semence infestées et le problème du virus n'aurait pas persisté au cours des années de culture suivantes. En

résumé, les producteurs appelants prétendent que n'eût été l'omission d'AgCan d'entreprendre rapidement une enquête, ils n'auraient pas subi de perte financière attribuable à des pommes de terre infestées. Il y a plusieurs conclusions de la juge du procès qui sont pertinentes en ce qui concerne ces allégations. Toutefois, les parties reconnaissent que certaines de ces conclusions sont difficilement conciliables avec d'autres. Voici les conclusions de la juge du procès, dans l'ordre.

[29] Au paragraphe 89 de ses motifs, la juge du procès a conclu que le gouvernement (AgCan) avait une obligation de diligence *prima facie* envers les producteurs compte tenu des facteurs que sont la prévisibilité et la proximité. Il restait à déterminer si cette obligation était annulée par d'autres considérations pertinentes. Selon l'évolution qu'a connue le droit au Canada et comme nous le verrons d'une façon plus approfondie plus loin, si l'on est fondé à qualifier l'acte de négligence de décision de politique générale prise par une autorité publique, cela constitue une raison suffisante pour statuer que l'obligation de diligence est écartée et que l'autorité publique est exonérée de toute responsabilité. Si, par ailleurs, le présumé acte de négligence est assimilable à une décision opérationnelle, la responsabilité peut être engagée si les autres éléments du délit civil sont établis (c'est-à-dire le manquement à la norme de diligence et la causalité).

[30] La conclusion pertinente suivante que la juge du procès a tirée se trouve au paragraphe 116 de ses motifs : [TRADUCTION] « En fait, jusqu'à septembre 1990, AgCan n'était assujettie, à mon avis, à aucune obligation de diligence envers les producteurs de pommes de terre; qui plus est, aucune preuve n'indique que les défendeurs ont appliqué une norme de diligence moins élevée. Les experts des défendeurs étaient tous convaincus que les décisions respectaient des protocoles acceptables pour l'industrie ». Septembre 1990 est un moment important. C'est au cours de ce mois que les fonctionnaires d'AgCan ont officiellement déterminé l'identité et l'origine du virus. AgCan a ensuite commencé à prendre des mesures concrètes pour régler le problème qui se posait. Outre la confusion concernant la question de savoir si ou à quel moment une obligation de diligence a pris naissance, toutefois, la conclusion de la juge du procès est

problématique dans la mesure où elle appuie l'interprétation voulant qu'il n'y ait pas eu de négligence parce qu'il n'y a pas eu de manquement à la norme de diligence telle que l'ont formulée les experts d'AgCan. Cela nous amène à nous demander si la juge du procès a souscrit aux témoignages des experts d'une façon qui contrevient à la règle dite de la « question fondamentale », dont il est question plus loin.

[31] La juge du procès conclut ensuite, au paragraphe 120, qu'AgCan avait une obligation de diligence avant septembre 1990 : [TRADUCTION] « Je conclus qu'AgCan avait l'obligation d'entreprendre immédiatement une recherche sur l'infection décelée en Ontario, étant donné les graves répercussions de ce virus en quarantaine sur tous les producteurs de pommes de terre. La preuve confirme que cela a été fait ». Cette conclusion doit être mise en contraste avec celle que l'on trouve au paragraphe 133 : [TRADUCTION] « Les demandeurs n'ont pas réussi à me convaincre, à partir de la preuve, que ces décisions d'effectuer des recherches et des diagnostics et de procéder à l'éradication étaient en grande partie des décisions opérationnelles ». Cette conclusion donne à penser que les décisions en question étaient des décisions « de politique générale » et que par conséquent, toute obligation de diligence *prima facie* qui pouvait exister était écartée de telle sorte qu'AgCan était exonérée de toute responsabilité gouvernementale. Ce que cette conclusion ne nous dit pas, toutefois, c'est si le rythme auquel l'enquête s'est déroulée a contrevenu à la norme de diligence qui est imposée à un organisme possédant des pouvoirs d'enquête comme AgCan. La réponse à cette question semble se trouver aux paragraphes 138 et 139 des motifs de la juge du procès : [TRADUCTION] « AgCan n'a commis aucun acte de négligence qui aurait causé les dommages aux récoltes des divers producteurs de pommes de terre. […] À mon avis, aucun employé d'AgCan n'a rien fait qui aurait pu provoquer le préjudice subi par les producteurs de pommes de terre en 1990. Ce n'était la faute de personne ». Finalement, au paragraphe 140, la juge du procès tire la conclusion suivante : [TRADUCTION] « Les défendeurs n'ont manqué à aucune obligation de diligence qu'ils avaient envers les demandeurs, d'après la preuve acceptée. Par prépondérance des probabilités, la preuve n'étaye pas la conclusion voulant que les dommages subis par les demandeurs soient imputables aux actes des défendeurs ».

[32] En résumé, la juge du procès semble avoir rejeté toutes les allégations de négligence formulées par les producteurs pour l'un ou l'autre des motifs suivants. Soit l'obligation de diligence était écartée parce que les prétendus actes de négligence étaient assimilables à des décisions de politique générale, soit, subsidiairement, les fonctionnaires d'AgCan n'avaient manqué à aucune obligation de diligence dont ils auraient été tenus envers les producteurs. Là encore, il faut souligner que dans aucune de ses conclusions, la juge du procès ne se reporte aux éléments de preuve pertinents et aux arguments invoqués par les parties. Comme nous l'avons dit plus tôt dans les présents motifs, ce sont des conclusions sybillines ou péremptoires à l'égard desquelles la déférence n'est pas de rigueur.

[33] Je suis respectueusement d'avis que la juge du procès a commis une erreur à aux moins deux égards importants. Premièrement, elle a mal appliqué le cadre analytique qu'a énoncé la Cour suprême aux fins de déterminer si et à quel moment une obligation de diligence prend naissance. J'estime que dès qu'AgCan eut décidé d'enquêter sur l'identité et l'origine du virus PVY^n, elle avait envers les producteurs une obligation de diligence qui consistait à mener son enquête d'une façon qui respectait le niveau de diligence dont devait faire preuve un virologiste enquêteur ayant en sa possession des faits établis. Par conséquent, la véritable question qui se pose est celle de savoir si, dans les circonstances de l'affaire, AgCan a manqué à la norme de diligence applicable. Cela nous amène à la deuxième erreur : la juge du procès a commis une erreur en souscrivant aux témoignages des experts d'AgCan concernant la norme de diligence qui s'appliquait et en concluant qu'on y avait satisfait. Étant donné ces erreurs, il incombe à notre Cour de déterminer la norme applicable et de décider si on y a satisfait.

(2) AgCan avait-elle une obligation de diligence envers les producteurs appelants?

[34] Je n'ai pas l'intention d'exposer l'ensemble de l'historique jurisprudentiel concernant la notion de responsabilité du gouvernement pour négligence, lequel commence par l'acceptation par la Cour suprême de la décision de la Chambre des lords dans l'affaire *Anns c. Merton London Borough Council*, [1978] A.C. 728 (Ch. des lords).

Bien que la Chambre des lords ait finalement écarté l'arrêt *Anns* dans l'arrêt *Murphy c. Brentwood District Council*, [1991] 1 A.C. 398 (Ch. des lords), notre Cour suprême continue de s'en tenir aux principes fondamentaux énoncés dans *Anns* pour le motif qu'ils établissent un cadre utile aux fins d'examiner la question de savoir s'il y a lieu d'imposer une obligation de diligence. La doctrine moderne en vigueur au Canada a commencé à voir le jour dans la décision de la Cour suprême dans l'affaire *Kamloops c. Nielsen*, [1984] 2 R.C.S. 2, [1984] A.C.S. n° 29 (QL), a été reformulée dans l'arrêt *Just c. Colombie-Britannique*, [1989] 2 R.C.S. 1228, [1989] A.C.S. n° 121 (QL) et a plus récemment été explicitée davantage dans l'arrêt *Cooper c. Hobart*, [2001] 3 R.C.S. 537, [2001] A.C.S. n° 76 (QL), 2001 CSC 79 et l'arrêt connexe *Edwards c. Barreau du Haut-Canada*, [2001] 3 S.C.R. 562, [2001] A.C.S. n° 77 (QL), 2001 CSC 80. Aux fins de trancher le présent appel, le cadre juridique énoncé dans l'arrêt *Cooper* est le point central de mon analyse.

(a) *Le cadre juridique – Application de l'arrêt Cooper c. Hobart*

[35] Les faits de l'affaire *Cooper* sont relativement simples. La demanderesse était une des trois mille investisseurs qui avaient eu recours aux services du défendeur, un courtier en hypothèques inscrit qui avait détourné des sommes appartenant à la demanderesse. Cette dernière a prétendu que le registrateur des courtiers en hypothèques savait depuis août 1996 que le défendeur avait commis des infractions graves à la loi habilitante et aurait dû agir plus tôt pour suspendre son permis. Selon la demanderesse, si le registrateur avait agi plus rapidement, les pertes subies par les investisseurs auraient été évitées ou réduites. La Cour suprême a statué que le registrateur avait une obligation de diligence envers les investisseurs. Plus précisément, la Cour suprême a ainsi formulé la question à trancher, au paragraphe 6: « La question était donc de savoir si le registrateur des courtiers en hypothèques, un organisme de réglementation créé par la Loi qui délivre un permis à une société de placement collectif a, envers les investisseurs, en vertu du droit privé, une obligation de diligence telle que s'il est conclu qu'il a omis de surveiller correctement les activités de la société, sa responsabilité soit engagée pour négligence ».

[36] 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.

[37] 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.

[38] 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 ».

[39] Pour en revenir aux faits de l'affaire *Cooper*, la Cour suprême a statué que la première question à laquelle il faut répondre est celle de savoir si l'affaire relève d'une catégorie de cas, ou si elle est analogue à une catégorie de cas, où une obligation de diligence a déjà été reconnue. Puisque dans cette affaire la Cour a répondu à cette question par la « négative », elle a ensuite examiné une autre question : s'agissait-il d'un cas où il fallait reconnaître l'existence d'une nouvelle obligation de diligence? Pour établir l'existence d'une telle obligation, la demanderesse devait démontrer la prévisibilité raisonnable du préjudice et la proximité. En ce qui concerne la « prévisibilité », la Cour suprême semble avoir reconnu, sans pour autant statuer, que ce facteur ne constituait pas un obstacle à la reconnaissance d'une obligation de diligence *prima facie*. La Cour s'est plutôt concentrée sur la condition voulant qu'il y ait « proximité ». À cet égard, il incombait à la demanderesse de démontrer que le registrateur avait un lien suffisamment étroit et direct avec les investisseurs pour justifier l'imposition d'une obligation de diligence. La Cour suprême a statué que les facteurs de proximité, s'ils existaient, devaient découler de la loi en vertu de laquelle le registrateur était nommé puisque cette loi constituait la seule source de ses obligations. La Cour a ensuite conclu que la loi habilitante n'imposait pas une obligation de diligence au registrateur envers les personnes qui avaient investi auprès des courtiers en hypothèques dont elle régissait les activités. Un examen des attributions pertinentes que la loi conférait

au registrateur confirmait cette conclusion. Le registrateur avait plutôt une obligation à l'égard du public en général. D'ailleurs, si le registrateur avait eu une obligation envers chaque investisseur, cette obligation aurait été susceptible d'aller à l'encontre de l'obligation qu'il avait à l'égard des intérêts supérieurs du public. Sur cette question de la proximité, la Cour a conclu en disant ceci, au paragraphe 50 : « En conséquence, nous partageons l'opinion de la Cour d'appel que le juge Newbury a exprimée : même si le registrateur avait raisonnablement pu prévoir que ceux qui ont investi dans Eron subiraient des pertes s'il était négligent dans l'exercice des fonctions que la Loi lui attribue, le registrateur et les investisseurs n'étaient pas dans une situation de proximité suffisante pour fonder une obligation de diligence *prima facie* ».

[40] Ayant conclu qu'il n'y avait pas suffisamment de proximité pour fonder une obligation de diligence, la Cour suprême a reconnu qu'à strictement parler, elle n'avait pas à se pencher sur le deuxième volet du cadre énoncé dans l'arrêt *Anns*, ni à décider si des raisons ou des considérations de politique écartaient toute obligation de diligence susceptible d'exister en vertu du droit privé. Cependant, puisque la question avait été entièrement débattue, la Cour suprême a décidé de l'examiner. Elle a statué que même si une obligation de diligence *prima facie* avait été établie dans le cadre du premier volet du critère de l'arrêt *Anns*, cette obligation aurait été écartée à la deuxième étape pour les raisons de politique générale supérieures suivantes : (1) l'obligation du registrateur d'agir équitablement ou judiciairement lorsqu'il retirait son permis à un courtier était incompatible avec une obligation de diligence envers les investisseurs; (2) en raison de la distinction entre la politique gouvernementale et l'application de cette politique, le registrateur devait prendre des décisions discrétionnaires difficiles en matière d'ordre public, décisions à l'égard desquelles il fallait faire preuve de retenue; (3) le risque de responsabilité indéterminée aurait été grandement à craindre si on avait reconnu une obligation de diligence puisque le registrateur ne disposait d'aucun moyen pour contrôler le nombre des investisseurs; et (4) il fallait tenir compte des répercussions financières qu'une obligation de diligence aurait sur les contribuables puisque le fait d'imposer une obligation de diligence serait en fait revenu à créer au bénéfice des investisseurs un régime d'assurance.

(b) *Application de l'arrêt Cooper c. Hobart à la présente instance*

[41] Notre tâche première consiste à examiner l'obligation de diligence qui incombait à AgCan. Si l'on utilise l'arrêt *Cooper* comme modèle, la question à laquelle il faut répondre est la suivante : AgCan avait-elle, envers les producteurs de pommes de terre, en vertu du droit privé, une obligation de diligence telle que s'il est conclu qu'elle a omis d'enquêter comme il fallait sur la souche et l'origine du virus et de les identifier, sa responsabilité sera engagée pour négligence? À mon sens, les producteurs appelants prétendent qu'AgCan avait envers eux une obligation de diligence qui consistait à mener son enquête d'une façon qui respectait le niveau de diligence dont devait faire preuve un virologiste enquêteur ayant en sa possession certains faits. Ensuite, nous devons nous demander si les faits révèlent l'existence d'un préjudice raisonnablement prévisible et d'une proximité suffisante pour établir une obligation de diligence *prima facie*. Pour répondre à cette question, toutefois, nous devons d'abord décider si l'affaire relève d'une catégorie de cas, ou si elle est analogue à une catégorie de cas, où une obligation de diligence a déjà été reconnue. Je suis immédiatement attiré par les affaires dans lesquelles la responsabilité d'une instance gouvernementale a été engagée après qu'elle eut adopté une politique consistant à effectuer des inspections, soit relativement à l'entretien des routes soit en ce qui concernait la conformité avec des arrêtés en matière de construction. Je désigne cette catégorie sous le nom de cas d'« inspection négligente ». On en trouve un bon exemple dans l'affaire *Ingles c. Tutkaluk Construction Ltd.*, [2000] 1 R.C.S. 298, [2000] A.C.S. n° 13 (QL), 2000 CSC 12, où le propriétaire d'une maison avait engagé un entrepreneur afin qu'il fasse des rénovations qui se sont révélées défectueuses. Le propriétaire a poursuivi l'entrepreneur et la municipalité, cette dernière pour inspection négligente. Aux fins de décider si la municipalité avait une obligation de diligence envers le propriétaire, la Cour a fait la distinction entre les décisions de politique générale et les décisions opérationnelles, à la page 311 :

> Les régimes législatifs d'inspection relèvent de la seconde catégorie de lois établies par lord Wilberforce. Pour déterminer si le régime d'inspection appliqué par une autorité locale donne naissance à une obligation de diligence de droit privé, le tribunal doit se demander si ce

> régime découle d'une décision de politique générale prise par l'autorité concernée ou s'il procède de la mise en oeuvre d'une telle décision sur le plan opérationnel. Les véritables décisions de politique générale n'engagent pas la responsabilité civile de leur auteur, afin de ne pas limiter la marge de manoeuvre des gouvernements lorsqu'ils fondent leurs décisions sur des facteurs d'ordre politique ou économique. Toutefois, il est évident que l'organisme gouvernemental qui prend la décision de politique générale de procéder à des inspections dans certaines circonstances a alors une obligation de diligence envers tous ceux qui sont susceptibles de subir un préjudice par suite de l'application négligente de cette politique; voir, par exemple, *Just c. Colombie-Britannique*, [1989] 2 R.C.S. 1228, à la p. 1243, le juge Cory; *Rothfield c. Manolakos*, précité, à la p. 1266, le juge La Forest.
>
> [C'est le juge Robertson qui souligne.]

[42] C'est la dernière phrase de cette citation qui a valeur de précédent en l'espèce. Dans cette phrase, on dit qu'une fois que l'organisme gouvernemental prend la décision de politique générale de procéder à des inspections, une obligation de diligence se fait jour à moins que les circonstances ne prescrivent le contraire. Le parallèle entre la présente instance et l'affaire *Ingles* est évident. Il s'agit dans les deux cas d'un acteur gouvernemental qui a décidé de mener une enquête.

[43] Il y a d'autres raisons pour lesquelles je suis convaincu que la présente instance relève d'une catégorie de cas existante ou analogue où une obligation de diligence a été reconnue. Un des éléments déterminants de cette analyse est la nature du régime législatif en vertu duquel l'acteur gouvernemental agit et, en particulier, l'identité des personnes que ce régime vise à protéger. Si l'on examine le cadre législatif dont AgCan tire son mandat, notamment l'art. 2 de la *Loi sur la protection des végétaux*, l'obligation que la loi impose à AgCan est claire : « […] assurer la protection de la vie végétale et [du secteur] agricole […] de l'économie canadienne en empêchant […] la propagation de parasites » par l'adoption de mesures visant à assurer la lutte contre ceux-ci ou leur élimination.

[44] On ne saurait échapper à la réalité qui veut que le régime législatif ait notamment comme objectif immédiat d'assurer la protection du secteur agricole de l'économie en protégeant les intérêts des agriculteurs et producteurs. Dans ces circonstances, il serait fallacieux de statuer qu'il n'existait aucune obligation de diligence *prima facie* envers ce groupe d'entrepreneurs. En l'espèce, AgCan a exercé le pouvoir et le mandat que la loi lui confère de découvrir des « parasites », consistant en une maladie des plantes touchant certaines cultures, et a pris des mesures en vue de lutter contre ces parasites ou en vue de leur élimination éventuelle. AgCan a expressément décidé de mener une enquête afin de contrer un éventuel risque de préjudice, de la même manière qu'une municipalité pourrait décider de mettre en oeuvre un régime d'entretien des routes ou d'inspection des bâtiments dans le but de réduire le plus possible les dommages à la personne ou aux biens et la perte financière en résultant. On pourrait aller plus loin et assimiler le rôle des inspecteurs de végétaux nommés en vertu des lois fédérales à celui des inspecteurs en bâtiment ou des inspecteurs de routes nommés en vertu des lois municipales. Dans les deux cas, un inspecteur qui s'acquitte de ses obligations d'une façon négligente serait normalement tenu responsable de cette exécution irrégulière. Pour ces motifs, je suis disposé à statuer que la présente instance relève d'une catégorie de cas existante ou analogue où une obligation de diligence a déjà été reconnue. Il s'ensuit qu'AgCan avait envers les producteurs appelants l'obligation de diligence *prima facie* de mener son enquête concernant l'identité et l'origine de l'agent pathogène qui touchait les cultures de tabac dans la région de Port Bruce, dans le sud-ouest de l'Ontario. Elle avait cette obligation à la fois envers les producteurs de tabac et les producteurs de pommes de terre.

[45] À l'étape suivante de l'analyse, il faut décider s'il existe des considérations de politique générale qui sont susceptibles d'écarter l'obligation de diligence *prima facie*. AgCan n'a invoqué aucun argument de politique générale, comme le risque que la reconnaissance de l'obligation de diligence crée une responsabilité illimitée pour un nombre illimité de personnes, comme motif suffisant pour écarter l'obligation *prima facie*. Quoi qu'il en soit, il ne faut pas oublier qu'il s'agit en l'espèce d'un nombre limité de demandeurs éventuels : les producteurs de pommes de terre. Il ne

faut pas oublier non plus, qu'AgCan a établi un Bureau national des pommes de terre de semence et une Direction de la défense des végétaux afin qu'ils défendent les intérêts des producteurs de pommes de terre lorsqu'il s'agit de régler le problème que pose les « parasites » dans le secteur agricole de l'économie canadienne. Par conséquent, puisque l'obligation en cause se rapporte aux producteurs et non au public en général, toute analogie avec les faits de l'affaire *Cooper c. Hobart* serait tout à fait mal placée. En ce qui concerne la possibilité de créer une responsabilité illimitée, j'y reviendrai lorsque j'examinerai la question de la « cause proche ». C'est grâce à de ce concept juridique que les tribunaux sont en mesure de limiter l'étendue de la responsabilité même lorsqu'ils ont conclu que la négligence du défendeur est la « cause de fait », ou la cause réelle, de la perte subie par le demandeur.

[46] Puisqu'il m'a été impossible d'identifier une quelconque considération de politique générale qui nous amènerait à conclure qu'AgCan est exonérée de toute responsabilité en négligence, il faut décider si l'obligation *prima facie* devrait être écartée en raison de la dichotomie entre les décisions de politique générale et les décisions opérationnelles. Le droit établit clairement que si la conduite reprochée donnant lieu à l'allégation de négligence constitue une « véritable » décision « de politique générale », cette décision ne peut étayer une prétention de négligence. Si, toutefois, la décision (ou l'acte) est considérée comme opérationnelle, l'immunité accordée disparaît et il ne reste plus au gouvernement qu'à réfuter l'allégation de négligence en recourant aux principes de common law et à toute disposition législative pertinente. Les principes juridiques sur lesquels s'appuyer pour faire la distinction entre les décisions de politique générale et les décisions opérationnelles sont énoncés dans un certain nombre d'arrêts de la Cour suprême. Un des tout premiers arrêts est l'arrêt *Just c. Colombie-Britannique*, où, à la page 1242, il est dit qu'une décision de politique « peut varier à l'infini et être prise à divers échelons, bien que ce soit normalement à un haut niveau ». Puis, à la page 1245, la Cour dit ensuite que « [d]e façon générale, les décisions concernant l'allocation de ressources budgétaires à des ministères ou organismes gouvernementaux seront rangées dans la catégorie des décisions de politique ». Toutefois, c'est dans l'arrêt *Brown c. Colombie-Britannique (Ministre des Transports et de la Voirie)*, [1994] 1 R.C.S. 420,

[1994] A.C.S. n° 20 (QL), au paragraphe 38, que l'on trouve l'analyse la plus complète de la distinction entre les deux genres de décisions :

> Les véritables décisions de politique générale comportent des facteurs sociaux[,] politiques et économiques. Lorsqu'elle prend des décisions de cette nature, l'autorité publique s'efforce d'établir un équilibre entre l'efficacité et l'économie, dans le cadre de la planification et de la détermination préalable des limites de ses engagements et de leur mise en oeuvre réelle. Les véritables décisions de politique générale seront habituellement dictées par des considérations ou des contraintes d'ordre financier, économique, social et politique.
>
> L'aspect opérationnel est celui de la mise en oeuvre pratique des politiques ainsi formulées; il concerne principalement l'exécution ou l'implantation d'une politique. Les décisions opérationnelles sont habituellement le produit d'une directive administrative, de l'opinion d'un expert ou d'un professionnel, ou encore de normes techniques ou de la norme générale de ce qui est raisonnable.

[47] Les producteurs appelants prétendent qu'AgCan n'a pris que trois décisions de politique générale pendant la période pertinente : la décision de mener l'enquête et les décisions d'adopter le plan de 1991 et le plan de 1992. Si l'on excepte ces décisions, affirment les appelants, aucun des actes accomplis par AgCan, après la décision de mener une enquête, ne peut, à bon droit, être assimilé à une décision « de politique générale » qui exonérerait AgCan de toute responsabilité pour manquement à une obligation de diligence de droit privé. Ainsi, il n'y a aucun élément de preuve établissant que le gouvernement ne disposait que de ressources financières et de ressources en personnel limitées pour mener son enquête sur l'identité et l'origine du virus et il est certain que le rythme auquel l'enquête a progressé n'est pas assimilable à une décision de politique générale d'après les faits qui nous occupent. Si l'on souscrivait à ces prétentions, la seule question qu'il nous faudrait examiner est celle de savoir si AgCan a mené l'enquête d'une façon non négligente. Toutefois, AgCan n'y souscrit pas et prétend qu'elle n'avait aucune obligation de diligence pour les raisons suivantes.

[48] AgCan prétend qu'avant que la décision soit prise en septembre 1990 de mettre en oeuvre le plan d'éradication de 1991, elle n'était pas tenue à une obligation de diligence *prima facie* en vertu de la première étape du critère énoncé dans l'arrêt *Anns* parce que le préjudice causé aux producteurs appelants n'était pas « prévisible » et parce qu'il n'y avait pas de « proximité suffisante ». AgCan insiste sur le fait que la première question à examiner est celle de savoir [TRADUCTION] « s'il était raisonnablement prévisible que les actes de l'auteur allégué de la faute causent un préjudice à la présumée victime ». AgCan prétend qu'il y avait suffisamment d'éléments de preuve à l'appui de la conclusion de la juge du procès selon laquelle [TRADUCTION] « [i]l n'existait aucune preuve pouvant amener AgCan à soupçonner que le virus de 1989-1990 pouvait avoir pour origine des pommes de terre de semence de l'Île-du-Prince-Édouard ». Comme cela est maintenant manifeste, l'argumentation juridique d'AgCan est fondée sur une compréhension erronée du cadre juridique applicable. Il n'est pas nécessaire d'examiner les questions que sont la prévisibilité et la proximité dès lors qu'il est établi que l'affaire relève d'une catégorie de cas existante ou analogue où la responsabilité du gouvernement a déjà été reconnue. Quoi qu'il en soit, l'argumentation d'AgCan est défectueuse à un autre égard important. Elle confond la question de la prévisibilité en ce qu'elle se rapporte à l'existence d'une obligation de diligence et la question de la prévisibilité en ce qu'elle se rapporte à la formulation de la norme de diligence et aux questions que sont la causalité et l'éloignement du préjudice. Là encore, il me suffit d'invoquer la décision de la Cour suprême dans l'affaire *Ingles c. Tutkaluk Construction Ltd*. à l'appui de cette conclusion.

[49] Dans l'arrêt *Ingles*, la Cour suprême a statué que pour éviter que sa responsabilité soit engagée, la municipalité devait démontrer que ses inspecteurs ont agi de façon aussi diligente que le ferait un inspecteur ordinaire, raisonnable et prudent placé dans la même situation. Elle a dit que le caractère raisonnable de l'inspection variera selon les faits propres à chaque instance, notamment la probabilité qu'un préjudice connu ou prévisible survienne, la gravité de ce préjudice et le fardeau ou le coût qu'il faudrait assumer pour le prévenir. Ce qui est requis, c'est une inspection raisonnable eu égard aux circonstances. Si l'on applique cette interprétation du droit, il s'ensuit que la question

qu'il faut examiner consiste à savoir si AgCan a rapidement mené une enquête ou a mené une enquête raisonnable en ce qui concerne l'identité et l'origine de l'agent pathogène qui causait la NNT. À vrai dire, la question plus épineuse est celle de savoir si AgCan a fait preuve de diligence raisonnable aux fins d'enquêter sur la poussée endémique de la NNT en 1989, non pas de savoir si AgCan avait une obligation de diligence envers les producteurs appelants. En résumé, je conclus que la juge du procès a commis une erreur en concluant qu'AgCan n'avait pas d'obligation de diligence envers les producteurs appelants.

(3) La formulation de la norme de diligence – Y a-t-il eu manquement à cette norme?

[50] Nous devons maintenant examiner deux questions distinctes : quelle était la norme de diligence à laquelle AgCan était tenue et celle-ci a-t-elle satisfait à cette norme ? Au paragraphe 116, la juge du procès a effectivement statué qu'il n'y avait pas eu négligence de la part d'AgCan puisque [TRADUCTION] « [l]es experts des défendeurs étaient tous convaincus que les décisions respectaient des protocoles acceptables pour l'industrie ». J'aimerais rappeler que c'est le juge du procès qui doit déterminer la norme de diligence applicable, pas les témoins experts. Leur témoignage doit seulement guider le juge du procès, il n'a pas d'effet décisoire. C'est au juge du procès seul qu'il incombe de formuler la norme de diligence applicable et de déterminer si l'on y a satisfait d'après les faits de l'instance. En ce qui concerne l'interdiction qui est faite aux juges de laisser les témoins experts trancher la question fondamentale, voir les arrêts *R. c. Mohan*, [1994] 2 R.C.S. 9, [1994] A.C.S. n° 36 (QL) et *R. c. J.-L.J.*, [2000] 2 R.C.S. 600, [2000] A.C.S. n° 52 (QL), 2000 CSC 51.

[51] La juge du procès n'a pas énoncé la norme de diligence à laquelle AgCan devait satisfaire, c'est-à-dire qu'elle n'a pas précisé en quoi consiste une enquête raisonnable, compte tenu de la probabilité qu'un préjudice connu ou prévisible survienne et de la gravité de ce préjudice pour le cas où AgCan manquerait à son obligation de défendre les intérêts légitimes des producteurs canadiens de pommes de terre. Cette lacune dans l'analyse doit être comblée. À mon avis, AgCan était tenue de mener

rapidement une enquête visant à identifier le virus et son origine. Corrélativement, la rapidité avec laquelle l'enquête est entreprise est fonction de la prévisibilité du préjudice et de sa gravité. Ensuite, le préjudice prévisible et sa gravité doivent être évalués selon les connaissances qu'AgCan possédait au moment où elle a été mise au fait de l'infestation de la NNT (en septembre 1989) et pendant toute la durée de l'enquête. Au bout du compte, le juge du procès a pour tâche de déterminer si le comportement du défendeur a constitué de la négligence en ce sens qu'il a créé « des risques excessifs de préjudice » : *Mustapha c. Culligan du Canada Ltée*, [2008] A.C.S. n° 27 (QL), 2008 CSC 27, au paragraphe 7. S'appuyant sur cette interprétation du droit, les producteurs appelants prétendent que si les fonctionnaires d'AgCan avaient rapidement mené leurs enquêtes, ils auraient déterminé l'origine du virus avant juin ou septembre 1990 et avant qu'ils, les producteurs, ne plantent leurs pommes de terre au printemps 1990. Selon les producteurs appelants, n'eût été l'omission d'AgCan d'entreprendre rapidement son enquête, cette dernière aurait identifié l'origine du virus à temps pour empêcher les producteurs d'acheter et de planter des pommes de terre de semence infestées provenant de l'Île-du-Prince-Édouard en vue de l'année de culture 1990 et de plus, la perte attribuable aux années de cultures subséquentes aurait également été évitée.

[52] L'allégation des producteurs appelants voulant qu'il y ait eu négligence au cours de l'enquête comporte deux volets. Le premier ressortit à la prétention selon laquelle dès septembre 1989 et au plus tard en novembre de la même année, AgCan disposait de renseignements suffisants pour soupçonner que le virus pouvait trouver son origine dans des pommes de terre de semence certifiées de l'Île-du-Prince-Édouard et elle aurait dû se rendre dans le champ de pommes de terre à croustilles qui jouxtait le champ de tabac infesté et recueillir certains des « tubercules » laissés dans le champ. Si AgCan l'avait fait, la présence du virus aurait été décelée dans ces tubercules. Les appelant affirment qu'ensuite, une [TRADUCTION] « recherche sur l'origine » aurait permis d'établir que le virus PVY^n trouvait son origine dans des pommes de terre de semence produites à l'Île-du-Prince-Édouard. La juge du procès a rejeté cette conclusion, la considérant comme une [TRADUCTION] « conjecture ». Le deuxième volet de l'allégation de négligence formulée par les appelants tient au fait que du mois de

novembre 1989 au mois de juin 1990, AgCan n'a pris absolument aucune mesure en vue d'une enquête et que cette omission ne satisfaisait pas à la norme de diligence imposée en droit. Cette question n'a pas été examinée dans les motifs de la juge du procès. Je suis respectueusement d'avis que les arguments des producteurs appelants sont bien fondés.

[53] Je commence mon analyse de la question de la négligence au cours de l'enquête par une note de service datée du 26 septembre 1989, que le directeur général de la Direction de la défense des végétaux a fait parvenir au sous-ministre adjoint de l'Agriculture et dont une copie a été transmise à Ben Borrel, directeur de la Division de la protection des végétaux du Bureau national des pommes de terre de semence. Il commence sa note de service en reconnaissant que le Bureau national des pommes de terre de semence a été informé, le 22 septembre 1989, d'une infestation de [TRADUCTION « la souche de la nécrose des nervures du tabac du virus PVY (PVY^n) » qui avait touché les feuilles de tabac dans le sud-ouest de l'Ontario et que le personnel d'une station de recherches avait effectivement décelé la présence du virus. On lit ensuite dans cette note de service que le virus PVY^n est transmis par des aphidés provenant de plantes hôtes infectées comme le tabac, la pomme de terre, le poivron, la tomate et différentes espèces d'adventices comme la cerise de terre et les solanacées. On y reconnaît également que bien que la souche commune du virus PVY soit très répandue au Canada, on ne croit pas que la souche PVY^n y soit présente. La note de service souligne que selon certaines [TRADUCTION] « allégations » formulées, le virus proviendrait [TRADUCTION] d'« essais sur la pomme de terre féculière » faits avec des pommes de terre hollandaises importées, ce à quoi on répond qu'aucune semence importée n'a été utilisée. Les variétés provenaient toutes du Programme canadien de certification des semences. On lit ensuite dans la note de service que la méthodologie utilisée pour déterminer que le virus était le PVY^n n'était pas précise et que d'autres analyses seraient nécessaires. Plus précisément, on lit que [TRADUCTION] « le personnel des régions a reçu comme directive d'obtenir des échantillons des champs de tabac et des essais sur la pomme de terre afin que John MacDonald […] puisse identifier le virus avec certitude […]. Cela pourrait prendre jusqu'à deux mois ». L'avant-dernier paragraphe de la note de service est ainsi rédigé :

> [TRADUCTION]
> Compte tenu du fait que la récolte du tabac et de la pomme de terre est maintenant terminée, nous n'avons pas, dans l'immédiat, à nous préoccuper de ce que le virus puisse se propager. Les prochains mois nous laisseront le temps d'établir l'identité du virus et de faire des recherches sur la façon dont il a pu être introduit.

[54] L'autre note de service importante est datée du 6 novembre 1989 et elle porte, en rubrique, le titre [TRADUCTION] « Mesures prises au laboratoire de haute sécurité biologique de la pomme de terre ». Cette note de service a été rédigée par M. MacDonald et elle est adressée à son supérieur, Benoit Blangez. Elle mentionne dans l'ordre chronologique les mesures qui avaient jusqu'alors été prises. M. MacDonald y dit que le 25 octobre 1989, il a communiqué avec des fonctionnaires du ministère de l'Agriculture et de l'Alimentation de l'Ontario afin d'obtenir des renseignements généraux sur l'infestation de NNT et a appris que la NNT (PVY^n) [TRADUCTION] « était apparue, de façon sporadique, dans la région depuis de nombreuses années » et que chaque fois, il semblait y avoir une association physique étroite avec des pommes de terre cultivées dans des arrière-cours ou des champs. En outre, il a appris que l'infestation qui avait eu lieu en 1982 avait été attribuée à des pommes de terre illégalement importées d'Europe. M. MacDonald a également été informé que [TRADUCTION] « [c]ette année-là, un champ de pommes de terre à croustilles (cultivées à partir de semences de l'Île-du-Prince-Édouard) était voisin des champs les plus durement touchés ». On lit ensuite dans la note de service que le 27 octobre 1989, M. MacDonald a communiqué avec un autre centre de recherche fédéral afin d'en apprendre davantage sur l'histoire de la NNT dans le sud de l'Ontario et qu'on lui a dit que les infestations survenues en 1965, 1969, 1972 et 1982 avaient été attribuées à la culture de pommes de terre de semence illégalement importées d'Europe. En ce qui concerne l'infestation survenue en 1982, elle avait été attribuée à des pommes de terre illégalement importées d'Europe et cultivées dans le jardin d'un particulier. On y rejette ensuite la notion voulant que le virus trouvât son origine dans des pommes de terre (féculières) provenant directement de Hollande. M. MacDonald y explique que les pommes de terre en question avaient été importées légalement [TRADUCTION] « en respectant les mesures de quarantaine et avaient été

multipliées par l'intermédiaire du Programme de certification des semences du Canada attestant qu'elles étaient 'exemptes de virus' ». M. MacDonald dit ensuite que toutes les infestations signalées avaient été attribuées à des pommes de terre importées illégalement et qu'il s'était entretenu avec un autre virologiste bien au fait des infestations de NNT qui ne se rappelait pas avoir jamais analysé des pommes de terre soupçonnées d'avoir joué un rôle dans ces infestations. La note de service nous apprend également que le 1er novembre 1989, M. MacDonald s'est entretenu avec un virologiste américain qui lui a dit que la souche de la NNT du virus PVY n'avait jamais été trouvée dans les pommes de terre aux États-Unis. Ce virologiste a également déclaré que si jamais on trouvait cette souche dans des [TRADUCTION] « pommes de terre de semence canadiennes », des mesures de quarantaine seraient prises pour empêcher qu'elles n'entrent aux États-Unis. La note de service prend fin avec un [TRADUCTION] « plan d'action » essentiellement destiné à identifier la souche du virus PVY.

[55] Dans ce contexte, AgCan prétend qu'en septembre 1989 la probabilité que l'infestation de PVY^n dans le tabac de la région de Port Bruce fut imputable à une contamination à l'intérieur du système canadien de certification de la pomme de terre de semence était tout simplement trop lointaine. Le PVY^n avait déjà été décelé au Canada dans des pommes de terre provenant de l'extérieur du système, en particulier des pommes de terre importées illégalement d'Europe où cette maladie est endémique. Les scientifiques d'AgCan estimaient que ces pommes de terre étaient la cause plausible de l'infestation parce qu'on savait qu'elles avaient été à l'origine d'infestations précédentes. AgCan répète également que malgré son nom, le PVY^n touche toute une variété de plantes hôtes autres que la pomme de terre et le tabac, y compris des pommes de terre provenant de l'extérieur du système, des poivrons et des tomates (lesquels appartiennent à la même famille que le tabac et la pomme de terre) et différentes adventices comme la cerise de terre et les solanacées, la vigne sauvage, le peuplier et la morelle de Caroline, lesquels se trouvent tous ou ont été importés dans le sud de l'Ontario. En somme, AgCan prétend qu'elle était aux prises avec la réalité qui veut que le PVY^n ait de nombreuses sources possibles autres que les pommes de terre de semence. Là encore, AgCan attire notre attention sur le fait que la possibilité que des pommes de terre de semence issues du

Programme canadien de certification fussent à l'origine du virus n'était pas une possibilité réaliste.

[56] La confiance d'AgCan dans le fait que le virus PVY^n n'a jamais pénétré à l'intérieur du Programme canadien de certification des semences nécessite certaines explications. Avant juin 1990, on n'avait jamais signalé un cas dans lequel il aurait été établi que l'agent pathogène trouvait son origine dans des [TRADUCTION] « pommes de terre de semence certifiées » cultivées au Canada et il y a une raison qui explique pourquoi il en était ainsi. AgCan administre la *Loi sur les semences* fédérale, L.R.C. 1985, ch. S-8 et ses règlements. Ensemble, la *Loi* habilitante et ses règlements d'application prescrivent le régime qui régit la culture et l'inspection des pommes de terre de semence au Canada afin de garantir que les « organismes nuisibles réglementés » respectent les tolérances acceptables et que les « organismes de quarantaine » (parfois appelés organismes exotiques) soient, idéalement, isolés. Il s'agit d'un système appelé « programme à nombre restreint de générations » ou « système de certification à déclassement progressif » dans lequel les pommes de terre de semence sont reproduites à partir de matériel nucléaire, en laboratoire, et sont exemptes de toute maladie, y compris le PVY^n. Le matériel nucléaire est ensuite reproduit dans des serres ou des abris grillagés afin de produire la première génération au champ, celle-ci étant appelée la classe de pommes de terre de semence « Pré-Élite ». Au cours des années suivantes, la semence est multipliée sur un nombre restreint de générations ou de classes de semences, chaque génération successive devant satisfaire aux normes applicables à cette classe ou génération et être reconnue exempte de maladie.

[57] J'accepte le fait que de septembre à novembre 1989, AgCan a agi d'une manière raisonnable en cherchant à déterminer l'origine et l'identité du virus. Le moment critique, toutefois, devient novembre 1989. À ce moment-là, le fonctionnaire chargé de mener l'enquête, M. MacDonald, était en possession des renseignements suivants : il savait que certaines infestations précédentes de NNT avaient été attribuées à des pommes de terre illégalement importées au Canada; il avait également été informé que les champs de tabac les plus durement touchés étaient voisins d'un champ de pommes de terre à

croustilles cultivées à partir de semences de l'Île-du-Prince-Édouard. Cela m'amène à poser la question fondamentale : était-il raisonnable qu'AgCan, compte tenu de son obligation de diligence et de la norme de diligence applicable, tienne pour acquis qu'il était peu probable que les semences infestées soient issues du système canadien de certification des semences? Si ce postulat était raisonnable, il s'ensuivrait qu'on ne saurait reprocher aux fonctionnaires d'AgCan de ne pas s'être rendus dans le champ de pommes de terre à croustilles au mois de novembre pour y prélever des échantillons de « tubercules » afin de déterminer si le virus s'était introduit dans le Programme canadien de certification des semences. À mon avis, toutefois, et pour le motif suivant, ce postulat est insoutenable sous l'angle du caractère raisonnable. Si AgCan n'avait pas de motifs raisonnables de soupçonner que le virus trouvait son origine dans des pommes de terre de semence canadiennes certifiées, cette réalité ne modifiait en rien son obligation de poursuivre l'enquête aux fins d'éliminer les autres sources possibles du virus. Pour dire les choses simplement, si AgCan entend prétendre qu'elle agissait raisonnablement malgré le fait qu'elle n'est pas allée sur les lieux pour prendre des échantillons de tubercules dans le champ de pommes de terre à croustilles en novembre 1989, elle doit également démontrer qu'elle cherchait activement à découvrir les autres sources possibles du virus. Si ces recherches avaient été entreprises et s'étaient révélées vaines, AgCan aurait pu prétendre que ce n'est qu'à ce moment-là qu'elle avait l'obligation de soumettre à des épreuves les tubercules de pommes de terre provenant du champ voisin du champ de tabac le plus infesté. Mais c'est là où l'argument d'AgCan s'écroule. Le dossier de première instance montre clairement que de novembre 1989 à juin 1990, les fonctionnaires d'AgCan n'ont absolument rien fait pour déterminer l'origine du virus. Au procès, AgCan a été incapable de rendre compte du vide laissé dans l'enquête. Je suis respectueusement d'avis que c'est là où la juge du procès a commis une erreur et que c'est pourquoi une conclusion de négligence au cours de l'enquête est justifiée.

[58] Le dossier confirme que de novembre 1989 à juin 1990, ni M. MacDonald ni aucun autre fonctionnaire d'AgCan n'ont pris quelque mesure que ce soit pour déterminer l'origine du virus malgré le fait qu'ils avaient des motifs raisonnables de croire que le PVY^n était la souche du virus responsable de la NNT. C'est en juin 1990

que M. MacDonald s'est rendu dans le champ de pommes de terre à croustilles de la ferme Kees Meuse pour y prélever des échantillons et les faire analyser afin de déceler la présence du virus. Cela m'amène à me demander ce qui a finalement incité M. MacDonald à le faire. La réponse à cette question se trouve dans le mémoire qu'AgCan a présenté à notre Cour :

> [TRADUCTION]
> À la mi-juin 1990, pendant une visite fortuite au centre de recherche d'AgCan à London, en Ontario, afin d'y donner une conférence, M. John MacDonald s'est rendu compte que des pommes de terre infectées issues du système de certification de la pomme de terre de semence étaient cultivées dans une parcelle afin de former des protecteurs de la pomme de terre de semence à effectuer une inspection visuelle des symptômes de maladies sous étude en vue de l'identification d'une maladie alors inconnue. Soucieux de l'infestation de PVY^n à Port Bruce et poussé par sa curiosité scientifique, M. MacDonald a demandé que ces pommes de terre soient soumises à des épreuves pour déceler la présence du PVY^n. La présence du PVY^n dans les pommes de terre se trouvant à la station de recherche de London a été confirmée peu après et un peu plus tard, en juillet 1990, sur l'initiative de M. MacDonald, sa présence a été confirmée dans une parcelle semblable où l'on fait des essais sur les maladies à la station de recherche de l'Île-du-Prince-Édouard, à Charlottetown.

[59] AgCan fait valoir que c'est après avoir découvert par hasard qu'un autre chercheur avait affaire à des pommes de terre de semence certifiées infectées par une maladie inconnue que l'attention de M. MacDonald a été éveillée sur la possibilité que le PVY^n se soit infiltré dans le système canadien de certification des pommes de terre de semence. Toutefois, cet événement fortuit ne dégage pas AgCan de l'obligation d'établir que dès le départ, elle a recherché activement les autres sources possibles du virus. Il serait raisonnable de s'attendre à ce que, si des pommes de terre de semence canadiennes certifiées n'étaient pas une source plausible du virus, il incombât néanmoins à AgCan de rechercher et d'éliminer les autres sources possibles du virus. J'ai déjà accepté le fait que le PVY^n touche différentes espèces de plantes hôtes, autres que la pomme de terre et le tabac, que l'on trouve dans le sud de l'Ontario ou qui y sont importées. Puisque tel est le

cas, on s'attendrait à ce que la recherche en vue de découvrir l'origine du virus touchant les feuilles de tabac ait comporté des travaux d'enquête visant à éliminer ces autres sources éventuelles.

[60] Franchement, il n'est pas nécessaire d'être un virologiste judiciaire pour savoir que la meilleure façon d'éliminer des sources possibles consiste à se rendre sur « les lieux du crime ». On se serait attendu à ce que M. MacDonald ou quelqu'un d'autre à AgCan se rende à la ferme Kees Meuse dès le début et prélève des échantillons des espèces de plantes voisines des champs de tabac infestés afin de déterminer si ces plantes étaient elles aussi infestées. Après tous, les aphidés ne peuvent parcourir qu'une certaine distance pendant leur courte vie. C'est finalement ce que M. MacDonald a fait, mais pour des raisons qui sont inacceptables lorsqu'il s'agit de décider si les mesures d'enquête prises satisfaisaient à la norme de diligence applicable. Il ne faut pas oublier qu'AgCan savait dès le départ qu'il était important de prendre des mesures visant à identifier le virus et en déterminer l'origine pendant les mois d'hiver afin d'empêcher sa propagation pour ce qui concernait l'année de culture 1990. Autrement dit, AgCan était parfaitement consciente de la prévisibilité et de la gravité du préjudice s'il advenait que le virus trouve son origine dans des pommes de terre de semence canadiennes certifiées. À cet égard, il vaut la peine de citer de nouveau un passage de la note de service du 26 septembre 1989: [TRADUCTION] « Compte tenu du fait que la récolte du tabac et de la pomme de terre est maintenant terminée, nous n'avons pas, dans l'immédiat, à nous préoccuper de ce que le virus puisse se propager. Les prochains mois nous laisseront le temps d'établir l'identité du virus et de faire des recherches sur la façon dont il a pu être introduit ». Dans cette note de service, on reconnaît implicitement qu'AgCan était préoccupée par la possibilité que le virus touche à la fois les cultures de tabac et de pommes de terre pendant l'année de culture 1990. Pourtant, après les mesures initiales qu'elle a prises en novembre 1989, AgCan n'a pratiquement rien fait pour enquêter sur l'origine du virus jusqu'à ce que M. MacDonald apprenne par hasard, en juin 1990, qu'un virus ou une maladie quelconque s'était introduit dans le système canadien de certification des pommes de terre de semence.

[61] Il incombait à M. MacDonald d'expliquer pourquoi rien n'avait été fait afin d'identifier l'origine du virus, qu'il s'agisse des pommes de terre de semence ou de toute autre forme de vie végétale susceptible de servir d'hôte. Au procès, il a témoigné que son rôle consistait à identifier le virus mais que l'enquête visant à en déterminer l'origine relevait davantage du [TRADUCTION] « programme » que dirigeait son supérieur, M. Borrel. On a alors demandé à M. MacDonald si son laboratoire avait apporté un soutien quelconque à M. Borrel dans le cadre de son enquête. M. MacDonald a répondu en disant qu'il ne savait pas si M. Borrel avait effectué une enquête. À mon avis, la preuve établit clairement que de novembre 1989 à juin 1990, AgCan n'a fait aucune tentative en vue de déterminer l'origine du virus, qu'il s'agisse du champ de pommes de terre à croustilles voisin ou de tout autre champ ou arrière-cour. Finalement, il ne m'a pas échappé que la preuve documentaire appuie la prétention des producteurs appelants selon laquelle il y avait, en septembre 1990, des dissensions parmi les fonctionnaires d'AgCan quant à savoir qui savait ce qui s'était passé au cours des douze mois précédents et qui en était responsable; voir les pièces n^{o} D-125, onglet 24, et n^{o} D-196, onglet 43, produites au procès. Dans leurs témoignages, ils ne cherchent pas à expliquer pourquoi l'enquête est restée en suspens de novembre 1989 à juin 1990, ils essaient tout simplement de dissiper les soupçons leur imputant la responsabilité personnelle de ce qui s'est passé.

[62] AgCan invoque un argument additionnel à l'appui de sa prétention selon laquelle sa responsabilité ne devrait pas être engagée pour avoir omis de mener rapidement une enquête. AgCan insiste sur le fait que même si les tubercules prélevés dans le champ de pommes de terre à croustilles avaient été soumis à des analyses à l'automne 1989, il est peu probable que le système canadien de certification des pommes de terre de semence aurait été initialement identifié comme une source plausible du PVY^{n}. AgCan prétend que le PVY^{n} peut se transmettre soit verticalement soit horizontalement. La première forme de transmission se produit par suite de l'utilisation de semences « infestées ». La seconde consiste dans la propagation du virus, par des agents comme les « aphidés », des plants de tabac aux plants de pommes de terre, et inversement. Par conséquent, selon AgCan, il est impossible de savoir avec certitude si le

virus s'est propagé du champ de pommes de terre à croustilles au champ de tabac ou si les feuilles de tabac ont infecté les pommes de terre de semence. La juge du procès semble avoir souscrit à cet argument. Au paragraphe 110 de ses motifs, elle souligne que [TRADUCTION] « [il] est tout aussi probable que les infestations [de TVN] en Ontario ont pu provenir de champs de tabac infectés voisins des champs de pommes de terre ». En vérité, l'argument d'AgCan se résume à une unique question : qu'est-ce qui est venu en premier, la poule ou l'œuf? Si je devais souscrire à l'argument d'AgCan, il me faudrait reconnaître que toute enquête sur l'origine du virus aurait été un exercice futile. Pourquoi se donner la peine de mener une enquête si l'on ne peut jamais être certain de l'origine du virus? Dès le départ, toutefois, AgCan a posé en principe que le virus trouvait son origine dans une autre forme de vie végétale, pas dans le tabac lui-même. Si le virus trouvait son origine dans autre chose que les pommes de terre ou le tabac, il incombait à AgCan de rechercher d'autres sources possibles ou probables en vue d'essayer de régler le problème en question. Or elle ne l'a pas fait. Pour ces motifs, je ne puis souscrire à l'argument d'AgCan voulant qu'elle ait agi d'une manière raisonnable.

[63] J'aimerais faire une dernière remarque en ce qui concerne la question de la « négligence au cours de l'enquête ». Il ne m'a pas échappé que l'enquête qu'AgCan a entreprise comportait deux éléments. L'un consistait à identifier avec certitude la souche précise du virus PVY. L'autre consistait à en déterminer l'origine. La première tâche a été remplie en mars 1990 lorsque la souche PVY^n a été identifiée avec certitude. Par conséquent, on pourrait prétendre que l'enquête sur l'origine du virus lui-même n'aurait pas pu commencer avant mars 1990 et que, puisqu'on en a découvert l'origine en septembre 1990, l'allégation de négligence au cours de l'enquête est mal fondée. J'estime que cet argument, s'il avait été invoqué, aurait été rejeté pour le motif suivant : il n'était pas nécessaire qu'AgCan identifie d'abord la souche du virus pour que l'enquête sur l'origine du virus ait lieu. On en trouve la meilleure preuve dans le fait que de septembre à novembre 1989, M. MacDonald a enquêté sur l'origine du virus sans savoir avec certitude qu'il s'agissait du PVY^n.

[64] Le fait est qu'AgCan savait que l'origine du virus était invariablement liée à des pommes de terre infestées et que les cultures de tabac les plus durement touchées étaient voisines d'un champ de pommes de terre cultivées à partir de pommes de terre de semence canadiennes certifiées. Tout de même, un des objectifs du Bureau national des pommes de terre de semence consiste à faire en sorte que les pommes de terre de semence canadiennes soient exemptes de virus. En l'absence d'éléments de preuve établissant qu'AgCan menait activement une enquête visant à éliminer d'autres sources possibles, il est déraisonnable de souscrire à la prétention selon laquelle les tentatives faites par AgCan à des fins d'enquête satisfaisaient à la norme de diligence applicable.

[65] En résumé, 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. AgCan n'a pas satisfait à la norme de diligence applicable parce qu'elle a omis de prélever des échantillons de tubercules dans le champ de pommes de terre à croustilles où on avait planté des pommes de terre de semence de l'Île-du-Prince-Édouard après avoir appris que ce champ était voisin des cultures de tabac les plus infestées. Si AgCan avait été fondée à croire que ce renseignement n'était pas suffisant pour l'inciter à soumettre à des analyses les tubercules provenant du champ de pommes de terre voisin, il aurait fallu qu'elle établisse qu'elle recherchait d'autres sources possibles du virus afin d'éliminer, à cet égard, les pommes de terre de semence certifiées. En fait, AgCan n'a rien fait afin de déterminer l'origine du virus entre novembre 1989 et juin 1990. Elle avait à tout le moins l'obligation d'entreprendre rapidement une enquête qui aurait éliminé d'autres sources éventuelles afin d'en arriver à déterminer l'origine réelle du virus. Pour être suffisante, une enquête ne saurait reposer entièrement sur un événement fortuit et isolé. J'estime que c'est là un motif suffisant pour statuer que le comportement d'AgCan a créé des risques excessifs de préjudice envers les producteurs appelants et AgCan a donc manqué à la fois à la norme de diligence et, corrélativement, à l'obligation de diligence.

(4) La question des dommages-intérêts

[66] Puisque j'ai conclu que la responsabilité d'AgCan est engagée pour négligence du fait d'avoir omis de mener rapidement une enquête sur l'origine du virus et puisque la juge du procès n'a pas fait d'évaluation provisoire, la question des dommages-intérêts doit lui être renvoyée. À cet égard, j'ai identifié un certain nombre de questions subsidiaires qui doivent être examinées à moins que les parties n'arrivent à résoudre leurs différends en dehors de la salle d'audience. Les commentaires qui suivent devraient aider les parties à s'orienter dans cette direction.

[67] Il est clair que n'eût été la négligence d'AgCan, les producteurs appelants n'auraient pas acheté et planté les pommes de terre de semence infestées provenant de l'Île-du-Prince-Édouard. Par conséquent, les appelants ont droit à des dommages-intérêts au titre de l'année de culture 1990. Toutefois, les producteurs appelants prétendent également que n'eût été cette négligence, rien de ce qui s'est passé en ce qui concerne les années de récolte 1991 et 1992 ne serait arrivé non plus et qu'ils ont donc droit aux dommages-intérêts subis pendant toute la période en question. La question de savoir si les producteurs appelants ont ou non droit à des dommages-intérêts au titre des années de culture subséquentes fait intervenir la notion complexe de causalité, laquelle se subdivise elle-même en deux éléments : la [TRADUCTION] « cause réelle » ou « cause de fait » et la [TRADUCTION] « cause en droit ». Ce dernier élément est souvent désigné sous le nom de question de la « cause proche » ou de l'« éloignement » du dommage. La question qui doit être examinée est celle de savoir si le préjudice a trop peu de lien avec l'acte fautif pour que le défendeur puise être tenu responsable. Les décisions récentes de la Cour suprême dans les arrêts *Resurfice Corp. c. Hanke*, [2007] 1 R.C.S. 333, [2007] A.C.S. n° 7 (QL), 2007 CSC 7 et *Mustapha* contiennent un examen approfondi de ces questions, y compris l'applicabilité générale du critère du « facteur déterminant » et les exceptions à ce critère. Voir aussi l'ouvrage de Allen M. Linden et Bruce Feldthusen, intitulé *Canadian Tort Law*, 8e éd. (Markham, Ont. : LexisNexis Butterworths, 2006) au chapitre 10. Ces questions aux multiples facettes devront être débattues devant la juge du procès.

[68] En outre, la juge du procès devra examiner la question de savoir si les producteurs appelants ont été indemnisés en partie ou en totalité des pertes qu'ils ont pu subir. Dans son mémoire, AgCan prétend que les quatre producteurs appelants ont reçu de l'État une indemnité de plus de 450 000 $ et les autres producteurs touchés ont reçu environ 12 millions de dollars. Cependant, on ne nous précise pas le genre de pertes au titre desquelles les paiements ont été faits. Au procès, AgCan a soulevé un moyen de défense fondé sur un obstacle à la responsabilité qui est énoncé à l'art. 9 de la *Loi sur la responsabilité civile de l'État et le contentieux*, L.R.C. 1985, ch. C-50 et à l'art. 38 de la *Loi sur la protection des végétaux*, lesquels interdisent certaines poursuites contre l'État pour une perte ouvrant droit au paiement d'une indemnité sur le Trésor. La mesure dans laquelle ces paiements relèvent de l'interdiction énoncée dans la loi reste à déterminer. Il semblerait qu'AgCan ait également soulevé la question d'une omission d'atténuer le préjudice et cette question devra donc être examinée dans la mesure où ce moyen de défense a été invoqué et débattu devant le tribunal d'instance inférieure. En ce qui concerne toutes ces questions, c'est la juge du procès qui conserve la compétence de décider s'il y a lieu d'autoriser la présentation de nouveaux éléments de preuve, de nouveaux mémoires et une nouvelle argumentation orale.

[69] Finalement, AgCan a soulevé un argument voulant que dans leur ensemble, les dommages-intérêts que demandent les appelants relèvent du genre de perte purement financière qui n'est indemnisable que dans une catégorie restreinte d'instances, à laquelle n'appartient pas la présente instance. Plus précisément, la perte ressortissant à [TRADUCTION] « l'effet d'entraînement » à laquelle aurait donné lieu le détournement des pommes de terre de l'Île-du-Prince-Édouard vers le marché du littoral constitue une perte purement financière d'un [TRADUCTION] « genre nouveau » qui, selon AgCan, n'est pas indemnisable. Puisqu'il s'agit là d'une pure question de droit, je suis disposé à l'examiner maintenant.

[70] Après avoir conclu à l'existence d'une obligation de diligence et à un manquement à la norme de diligence applicable en ce qui concerne l'enquête concernant l'origine du virus, j'ai été en mesure d'identifier trois genres différents de pertes

découlant de ce manquement (cette liste n'étant pas exhaustive). Premièrement, il y a la perte qu'ont subie les producteurs de pommes de terre de semence lorsque les États-Unis ont fermé la frontière aux importations canadiennes pendant environ trois semaines en février 1991. Deuxièmement, il y a la perte qu'ont subie les producteurs de pommes de terre du Nouveau-Brunswick par suite de l'effet d'entraînement qui s'est produit lorsque les pommes de terre de l'Île-du-Prince-Édourd, qui n'étaient plus exportables, ont été écoulées sur les marchés de la pomme de terre autre que la pomme de terre de semence du Nouveau-Brunswick. Troisièmement, il y a la perte qu'ont subie les producteurs de pommes de terre de semence du Nouveau-Brunswick qui ont dû écouler leurs pommes de terre sur les mêmes marchés. Il s'agit dans les trois cas d'une perte purement financière et j'estime que ces pertes sont clairement indemnisables. La décision récente de la Cour suprême dans l'affaire *Design Services Ltd. c. Canada* apporte une réponse complète à l'argument d'AgCan. Dans cet arrêt, la Cour suprême a réaffirmé qu'il existe cinq catégories différentes de demandes en négligence au titre desquelles l'indemnisation d'une perte purement financière est autorisée. La première catégorie mentionnée est la « responsabilité indépendante des autorités publiques légales », comme dans le cas qui nous occupe.

B. *La question n°3 – L'obligation de diligence et la négligence au cours des analyses (la question des faux résultats positifs)*

[71] La troisième question est liée à l'allégation selon laquelle AgCan avait une obligation de diligence envers les producteurs appelants et a manqué à cette obligation en adoptant un [TRADUCTION] « protocole sur les bio-essais » qui a donné lieu à un [TRADUCTION] « diagnostic erroné » en ce qui concerne la présence du virus dans les pommes de terre de semence qui avaient été analysées. C'est la question des faux résultats positifs. Les parties s'entendent pour reconnaître que l'omission d'AgCan d'utiliser un [TRADUCTION] « filtre Jemseg » dans le cadre de son protocole sur les bio-essais a donné lieu à un certain nombre de faux résultats positifs. Autrement dit, des champs de pommes de terre qui n'étaient pas infestés par le virus PVY^{n} ont été recensés comme étant infestés. Les producteurs appelants prétendent qu'AgCan s'est fiée à ces faux résultats positifs au moment de décider s'il fallait procéder à l'éradication du virus

ou plutôt lutter contre lui. Cette décision a ensuite eu une incidence négative sur les producteurs et a entraîné d'autres pertes financières. Plus précisément, les producteurs appelants prétendent que c'est le nombre de faux résultats positifs qui a amené AgCan a abandonner son plan de 1991 et à le remplacer par le plan de 1992, lequel ne prévoyait pas l'indemnisation des producteurs touchés. De plus, le plan de 1992 a créé des zones tampons s'étendant jusqu'à cinq kilomètres au lieu des zones de deux cents mètres prévues par le plan de 1991.

[72] En ce qui concerne la question de la « négligence au cours des analyses », je conclus qu'AgCan avait une obligation de diligence *prima facie* envers les producteurs appelants. Je tire cette conclusion pour les mêmes motifs que ceux que j'ai énoncés plus tôt à propos de la question de la « négligence au cours de l'enquête ». Cela m'amène à me demander s'il existe des considérations de politique générale susceptibles de m'inciter à écarter cette obligation de diligence *prima facie*. S'agissant, en premier lieu, de la dichotomie entre les décisions de politique générale et les décisions opérationnelles, je ne puis souscrire à l'argument d'AgCan voulant que la décision d'adopter un protocole d'analyse ne comportant pas l'utilisation d'un filtre Jemseg soit assimilable à une décision de politique générale prise par le comité binational. Certes, au paragraphe 80 de ses motifs, la juge du procès accepte le fait que le protocole sur les bio-essais avait été sanctionné par le comité binational. Je suis respectueusement d'avis que la preuve n'appuie pas cette conclusion. Au mieux, la preuve établit que M. MacDonald a rédigé le protocole d'analyse à l'intention de ses supérieurs le 17 avril 1991, en prévision d'une rencontre qui a précédé une réunion du comité binational et que le comité binational était en possession d'une copie du protocole d'analyse qui ne comprenait pas l'utilisation d'un filtre Jemseg. Toutefois, aucun élément de preuve n'établit que le comité binational a réellement examiné le caractère adéquat du protocole ou qu'il a discuté de l'opportunité d'utiliser un filtre Jemseg. Compte tenu du rôle du comité, il est compréhensible qu'il ne consacre pas ses efforts à des procédures d'analyse scientifiques. D'après la preuve présentée à notre Cour, je suis d'avis qu'on n'a jamais demandé au comité binational d'approuver un protocole d'analyse en vue de la détection du virus. Quoi qu'il en soit, même si le comité avait donné sa sanction officielle au protocole d'analyse, on ne m'a

pas convaincu que cette décision serait assimilable à une décision de politique générale du genre de celles qui exonéreraient AgCan de toute responsabilité. Pour dire les choses succinctement, le critère qui s'applique aux fins d'établir la distinction entre les deux genres de décisions n'appuie pas la prétention voulant que l'élaboration de la procédure d'analyse à suivre constitue une décision de politique générale. Par exemple, la décision d'utiliser ou de ne pas utiliser un filtre Jemseg n'est pas imputable à l'allocation de ressources financières limitées. Je ne dirai rien de plus sur cette question de crainte qu'on ne m'accuse de banaliser la dichotomie entre les décisions de politique générale et les décisions opérationnelles.

[73] Cela m'amène à examiner la question de savoir s'il existe d'autres raisons de politique générale impérieuses pour lesquelles il y aurait lieu d'écarter l'obligation de diligence *prima facie*. Je crois qu'il en existe une. En fait, les producteurs appelants nous demandent de statuer qu'une instance gouvernementale qui réévalue et modifie sa politique (savoir qu'elle a abandonné le plan de 1991 qui prévoyait une indemnisation pour adopter le plan de 1992 qui n'en prévoyait pas) en se fondant sur des renseignements qui ont été recueillis avec négligence (parce qu'un filtre Jemseg n'a pas été utilisé) devrait être redevable de la perte financière en découlant. Le montant de cette perte, affirment les appelants, devrait correspondre à la différence entre ce que les demandeurs auraient reçu en vertu de l'ancienne politique et ce qu'ils ont reçu en vertu de la nouvelle. À mon avis, le moment n'est pas venu où le droit devrait reconnaître que la responsabilité des acteurs gouvernementaux doit être engagée pour la formulation et la mise en oeuvre de politiques générales discrétionnaires qui sont fondées en totalité ou en partie sur des renseignements inexacts recueillis d'une façon négligente. Si on la mène jusqu'à sa conclusion logique, cette proposition donne une certaine résonance à la notion de responsabilité illimitée pour un nombre illimité de personnes. J'estime que la reconnaissance d'une obligation de diligence de droit privé dans des cas où des renseignements ont été recueillis d'une façon négligente est tout simplement trop onéreuse. Trop de décisions gouvernementales sont fondées sur des renseignements dont il est plus tard établi qu'ils sont le fruit d'une erreur. Jusqu'à ce jour, personne n'a laissé entendre que la responsabilité des instances gouvernementales devrait être engagée pour

négligence parce que la décision discrétionnaire d'apporter une solution à un problème urgent est fondée sur une erreur factuelle. La plupart des observateurs ne conviendraient-ils pas que la bonne façon d'attaquer la décision contestée d'AgCan de révoquer le régime d'indemnisation consisterait à déposer une requête en révision? Dans le cadre d'une requête en révision, il est permis de prétendre que la décision qui a été prise ou le pouvoir discrétionnaire qui a été exercé était fondé sur un postulat erroné et il importe peu que le postulat en question ait été établi par erreur.

[74] À mon sens, la notion voulant qu'un acteur gouvernemental puisse voir sa responsabilité engagée pour négligence parce qu'il a changé d'avis en ce qui concerne le versement d'une indemnité en s'appuyant sur des renseignements recueillis d'une façon négligente est incompatible avec les tentatives récentes de la Cour suprême en vue de limiter l'étendue de la responsabilité du gouvernement. En tirant cette conclusion, j'aimerais souligner qu'il ne s'agit pas en l'espèce d'un cas où la négligence au cours des analyses aurait donné de faux résultats positifs par suite desquels le gouvernement aurait ordonné la destruction de pommes de terre sans verser d'indemnités. Il ne s'agit pas non plus d'une instance où la négligence au cours des analyses a donné lieu à des [TRADUCTION] « mises en quarantaine » illégitimes qui auraient fait subir aux producteurs une perte financière par ailleurs évitable. Ce dont il s'agit, c'est d'une instance dans laquelle le gouvernement a changé d'avis en ce qui concerne le versement d'une indemnité dans des circonstances où il n'était pas tenu de verser une indemnité.

[75] En somme, malgré le fait qu'AgCan avait envers les producteurs appelants une obligation de diligence *prima facie* en ce qui concerne le protocole d'analyse qui devait être suivi, je statue qu'une considération de politique générale valable est venue écarter cette obligation. Par conséquent, je n'ai pas à examiner l'épineuse question de savoir si AgCan a été négligente en adoptant un protocole d'analyse qui ne comprenait pas l'utilisation d'un filtre Jemseg. Il n'est pas nécessaire, non plus, que j'examine la question de savoir si la négligence au cours des analyses a été la cause de fait, ou cause réelle, de la décision d'abandonner le plan de 1991.

C. *Les questions n°s 4 et 5 – L'illégalité des plans de 1991 et de 1992*

[76] Les quatrième et cinquième questions à trancher ressortissent à la prétention des producteurs appelants selon laquelle le ministre de l'Agriculture n'avait pas le pouvoir légal d'adopter certains aspects des plans de 1991 et 1992 et la responsabilité d'AgCan est donc engagée pour négligence en ce qui concerne la perte financière en découlant. Comme nous l'avons souligné, la juge du procès n'a pas examiné cette question bien qu'elle ait été plaidée et débattue. En ce qui concerne la légalité du plan de 1991, les producteurs appelants prétendent essentiellement que la directive datée du 2 octobre 1991, qui interdisait la circulation vers les autres provinces de toutes les pommes de terre de semence produites à l'Île-du-Prince-Édouard afin d'empêcher la propagation, a été prise sans autorisation légale. La directive a été établie par le directeur de la Division de la protection des végétaux mais, selon les producteurs appelants, la seule personne qui avait le pouvoir de pendre cette directive était le ministre conformément au par. 15(3) de la *Loi sur la protection des végétaux*. Corrélativement, les producteurs appelants prétendent que conformément au par. 22(1), ce pouvoir ne pouvait être délégué.

[77] En ce qui concerne [TRADUCTION] l'« illégalité » du plan de 1992, les producteurs appelants prétendent qu'AgCan n'avait pas le pouvoir d'imposer les zones tampons de cinq kilomètres (la zone C). Les appelants prétendent que le pouvoir légal d'imposer cette restriction doit se trouver dans l'art. 6 de la *Loi sur la protection des végétaux*, lequel ne s'applique que lorsque l'« inspecteur » a des « motifs raisonnables » de soupçonner une infestation. Les producteurs appelants prétendent qu'il n'y a aucune preuve scientifique [TRADUCTION] « crédible » qui appuie la création de la zone C. Ils soulignent que la preuve établit que c'est dans un rayon de cent mètres d'un champ infesté que le risque de [TRADUCTION] « transmission par les aphidés » du virus de la pomme de terre est le plus élevé mais que par excès de prudence, cette distance a été portée à deux cents mètres. Les producteurs appelants ne contestent pas la validité de la zone tampon de deux cents mètres. Ils prétendent que puisqu'il n'existe aucune preuve scientifique crédible appuyant l'imposition d'une zone tampon de cinq kilomètres, il n'y

a pas de « motifs raisonnable » la justifiant sous le régime de l'art. 6 de la *Loi sur la protection des végétaux*.

[78] Aux fins de trancher le présent appel, je tiendrai pour acquis, sans pour autant décider, qu'en droit, le ministre de l'Agriculture et les fonctionnaires d'AgCan n'avaient pas le pouvoir légal voulu pour faire ce qu'ils ont fait. Si je suis disposé à faire cette supposition, c'est parce que l'allégation de négligence fondée sur l'illégalité doit être rejetée de toute façon. Mon raisonnement n'est pas compliqué : l'interprétation erronée d'une loi en ce qui concerne les pouvoirs que celle-ci confère n'est pas un délit susceptible d'action à moins que l'action ne soit fondée sur le délit d'exécution irrégulière d'une charge. Les éléments fondamentaux de ce délit sont expliqués dans l'arrêt *Succession Odhavji c. Woodhouse*, [2003] 3 R.C.S. 263, [2003] A.C.S. n° 74 (QL), 2003 CSC 69. Les producteurs appelants n'ont pas invoqué ce délit et ils n'ont pas non plus prétendu que le ministre, ou les fonctionnaires d'AgCan, ont agi de mauvaise foi ou à une fin irrégulière lorsqu'ils ont élaboré et mis en œuvre les plans de 1991 et 1992. Il nous reste à nous demander si la responsabilité de l'État peut être engagée pour négligence parce que quelqu'un, au sein du gouvernement, interprète une loi d'une façon qui, avec le recul, s'avère erronée. J'estime que la réponse à cette question est « non ». Il faudrait à tout le moins que le demandeur invoque l'existence d'une interprétation erronée et négligente et il est difficile de voir comment il faudrait s'y prendre pour prouver une allégation de cette nature. Je m'appuie, pour tirer cette conclusion, sur la décision de la Cour d'appel fédérale dans l'affaire *Comeau's Sea Foods Ltd. c. Canada (Ministre des Pêches et des Océans)*, [1995] 2 C.F. 467 (C.A.F.), [1995] A.C.F. n° 311 (QL), décision que la Cour suprême a confirmée pour d'autres motifs.

[79] Les faits de l'affaire *Comeau's Sea Foods* sont assez simples. Le défendeur, le ministre fédéral des Pêches et Océans, avait informé la société demanderesse qu'en temps utile, elle obtiendrait deux permis pour la pêche au homard en haute mer. Ultérieurement et suite aux protestations des pêcheurs de homard côtiers, le Ministre avait changé d'avis et informé la demanderesse que les permis ne seraient pas délivrés. Forte des assertions antérieures du Ministre et avant que celui-ci ne change

d'avis, la demanderesse avait, prétendait-elle, consacré d'importantes sommes au gréement de bateaux afin de mettre à profit les permis qui n'ont jamais été délivrés. La demanderesse a poursuivi le gouvernement fédéral. La question des dommages-intérêts a été séparée de celle de la responsabilité. Au procès, le juge a conclu que le Ministre n'avait pas le pouvoir légal de révoquer l'autorisation qu'il avait antérieurement accordée, mais que cela ne constituait pas, en soi, de la négligence susceptible d'action. La négligence a toutefois été imputée, parce qu'il y avait eu acte de confiance raisonnable de la part de la demanderesse et parce que le gouvernement savait que la demanderesse perdrait de l'argent si les permis n'étaient pas délivrés. En vérité, le Ministre aurait été responsable pour cause de préclusion promissoire, n'eût été la règle selon laquelle la préclusion ne peut être invoquée que comme « bouclier » et non comme « épée ». Réflexion faite, on ne peut s'empêcher de se demander si les règles de droit régissant la préclusion promissoire auraient dû être réexaminées dans le but d'éliminer la distinction entre le bouclier et l'épée au lieu d'obliger la demanderesse à forcer les principes du droit de la négligence afin d'obtenir ce que d'aucuns considéreraient comme un « résultat juste ».

[80] En appel, les trois juges ont tous convenu que le Ministre n'avait pas le pouvoir légal de révoquer les permis avant qu'ils ne soient effectivement délivrés. Toutefois, les juges majoritaires étaient d'avis que l'action en négligence de la demanderesse ne pouvait être accueillie. Le juge d'appel Stone a conclu que bien que le Ministre ait été tenu à une obligation de diligence *prima facie* envers la demanderesse, cette obligation était écartée par le fait qu'un autre recours adéquat était disponible, savoir le contrôle judiciaire de la décision du Ministre de ne pas délivrer les permis eux-mêmes. Par conséquent, le juge Stone a statué que puisque le Ministre n'avait aucune obligation de diligence envers la demanderesse, ce dernier ne devait pas être tenu pour responsable en raison de sa négligence. Le juge d'appel Robertson en est arrivé au même résultat mais en empruntant une voie différente. Il a conclu qu'il n'y avait que deux motifs sur lesquels on pouvait s'appuyer pour conclure à la responsabilité du Ministre. Il aurait fallu que la demanderesse invoque le délit d'exécution irrégulière d'une charge publique ou, subsidiairement, prétende que le Ministre avait été négligent dans

l'interprétation des pouvoirs que la loi lui conférait. Puisque le délit d'exécution irrégulière d'une charge publique exige une conduite assimilable à de la « mauvaise foi » et puisque aucune allégation de cette nature n'avait été formulée, il ne restait que la question de l'interprétation négligente d'une disposition législative. Le juge d'appel Robertson a statué que les faits de l'affaire n'appuyaient pas une allégation de cette nature. Le juge d'appel Linden, dissident, a souscrit aux motifs du juge du procès ainsi qu'à sa conclusion selon laquelle la négligence avait été établie.

[81] Le pourvoi subséquent devant la Cour suprême a été rejeté pour le motif que le Ministre avait bien interprété la disposition législative en question. Il avait, en droit, le pouvoir de révoquer des permis avant qu'ils ne soient effectivement délivrés. Dans ces circonstances, il n'était pas nécessaire que la Cour examine la question de la négligence. Dans le cadre d'une remarque incidente, toutefois, la Cour a souscrit à la prétention de l'intimé en ce qui concerne l'obligation de diligence qui incombait au Ministre ([1997] 1 R.C.S. 12, [1997] A.C.S. n° 5 (QL), au paragraphe 54) :

> L'intimé a soutenu que son obligation envers l'appelante était l'obligation de faire preuve de diligence en vérifiant la portée du pouvoir que l'art. 7 de la *Loi sur les pêches* lui conférait, et qu'il a correctement interprété le pouvoir qui lui était conféré par la Loi. Je suis du même avis. Il s'ensuit qu'il n'y a eu aucun manquement à l'obligation de diligence.

[82] Pour en revenir à la présente instance et à la question de l'illégalité, il était loisible à AgCan de prétendre que les producteurs appelants auraient dû contester la légalité des plans de 1991 et 1992 par voie de recours en révision judiciaire. Si l'on applique l'arrêt *Comeau's Sea Foods*, AgCan aurait pu prétendre que le contrôle judiciaire était disponible et constituait un recours adéquat, ce qui aurait écarté l'existence d'une obligation de diligence *prima facie* et le gouvernement fédéral aurait, de ce fait, été exonéré de toute responsabilité. Or, cet argument n'a pas été invoqué. Cela laisse subsister la question de la prétention des producteurs appelants qui veut qu'AgCan ait fait preuve de négligence en adoptant certains aspects des plans de 1991 et 1992 sans

que la *Loi* lui en donne le pouvoir. Toutefois, l'interprétation erronée d'une disposition législative en ce qui concerne la portée d'un pouvoir ne donne pas lieu à de la négligence susceptible d'action à moins que l'on puisse établir que le gouvernement n'a pas exercé la diligence requise dans le processus d'interprétation. En l'espèce, il n'y a absolument aucun élément de preuve susceptible d'étayer une conclusion d'interprétation négligente. Pour ces motifs, l'allégation de négligence fondée sur l'illégalité que formulent les producteurs appelants doit être rejetée.

V. Conclusion et dispositif

[83] Je suis d'avis d'accueillir l'appel, en partie, et de renvoyer l'affaire à la juge du procès afin qu'elle rende une décision sur la question des dommages-intérêts conformément aux présents motifs de jugement. Bien que les parties aient toutes deux eu partiellement gain de cause, quoique de façon inégale, je suis d'avis qu'il s'agit en l'espèce d'une instance où il n'y a pas lieu d'accorder des dépens en appel. En ce qui concerne la question des dépens en première instance, je reconnais qu'au procès, les parties avaient convenu de surseoir à l'examen de la question jusqu'à ce que la juge du procès rende jugement sur le fond de l'affaire. Par conséquent, la juge du procès a toujours compétence pour fixer les dépens en première instance eu égard au fait que les producteurs appelants ont partiellement eu gain de cause. Sauf convention contraire, je tiens pour acquis que la question des dépens sera examinée et tranchée lors de l'audience, dont la date sera fixée, portant sur l'évaluation des dommages-intérêts. Toutefois, j'ai confiance que les parties parviendront à régler l'affaire à l'amiable sans qu'il leur soit nécessaire de se présenter de nouveau devant la juge du procès. Les questions qu'il reste à examiner sont tout simplement trop nombreuses et trop difficiles et aucune des parties ne devrait être disposée à lancer les dés.