

COURT OF APPEAL OF
NEW BRUNSWICK



COUR D'APPEL DU
NOUVEAU-BRUNSWICK

7-17-CA

THE CITY OF SAINT JOHN

APPELLANT

- and -

ROBERT HAYES, on behalf of himself and other
class members

RESPONDENT

The City of Saint John v. Hayes, 2018 NBCA 51

CORAM:

The Honourable Justice Larlee
The Honourable Justice Richard
The Honourable Justice Quigg

Appeal from a decision of the Court of Queen's
Bench:
February 9, 2017

History of Case:

Decision under appeal:
2017 NBQB 25

Preliminary or incidental proceedings:

Court of Queen's Bench:
2016 NBQB 50
2016 NBQB 51
2016 NBQB 125
2017 NBQB 87

Court of Appeal:
[2017] N.B.J. No. 225

Appeal heard:
December 6, 2017

Judgment rendered:
August 23, 2018

THE CITY OF SAINT JOHN

APPELANTE

- et -

ROBERT HAYES, en son nom personnel et au
nom d'autres membres du groupe,

INTIMÉ

The City of Saint John c. Hayes, 2018 NBCA 51

CORAM :

l'honorable juge Larlee
l'honorable juge Richard
l'honorable juge Quigg

Appel d'une décision de la Cour du Banc de la
Reine :
le 9 février 2017

Historique de la cause :

Décision frappée d'appel :
2017 NBBR 25

Procédures préliminaires ou accessoires :

Cour du Banc de la Reine :
2016 NBBR 50
2016 NBBR 51
2016 NBBR 125
2017 NBBR 87

Cour d'appel :
[2017] A.N.-B. n° 225

Appel entendu :
le 6 décembre 2017

Jugement rendu :
le 23 août 2018

Reasons delivered:
September 20, 2018

Reasons for judgment by:
The Honourable Justice Richard

Concurred in by:
The Honourable Justice Larlee
The Honourable Justice Quigg

Counsel at hearing:

For the appellant:
Michael D. Brenton, Q.C.
and Geneva McSheffery

For the respondent:
John A. McKiggan, Q.C.,
Kirk M. Baert and Celeste Poltak

THE COURT

The appeal is allowed in part. The order certifying the action as a class proceeding is upheld, but the list of common issues is amended by removing the items relating to an alleged fiduciary duty. Because of the divided success, no costs are awarded.

Motifs déposés :
le 20 septembre 2018

Motifs de jugement :
l'honorable juge Richard

Souscrivent aux motifs :
l'honorable juge Larlee
l'honorable juge Quigg

Avocats à l'audience :

Pour l'appelante :
Michael D. Brenton, c.r.,
et Geneva McSheffery

Pour l'intimé :
John A. McKiggan, c.r.,
Kirk M. Baert et Celeste Poltak

LA COUR

Accueille l'appel en partie. L'ordonnance certifiant l'action à titre de recours collectif est confirmée, mais la liste des questions communes est modifiée par suppression des éléments relatifs à l'obligation fiduciaire prétendue. L'appelante et l'intimé ayant obtenu partiellement gain de cause, la Cour n'accorde pas de dépens.

The judgment of the Court was delivered by

RICHARD, J.A.

I. Introduction

[1] Convicted sexual offender Kenneth Estabrooks is now deceased. Between 1953 and 1975, Mr. Estabrooks worked as a police officer with the Saint John Police Department. It is alleged that, during that time, he was using his position to sexually assault a number of individuals. In 1975, the Police Department received information regarding Mr. Estabrooks' sexual conduct toward two boys. Mr. Estabrooks was transferred to work with the City Works Department of the City of Saint John, a position he held until his retirement in December 1983. While in that employ, Mr. Estabrooks allegedly continued to commit sexual assaults. In 1998, Mr. Estabrooks was charged with sexual crimes committed between 1957 and 1982. The following year, he was convicted of four of the six counts alleged against him and was sentenced to imprisonment for six years.

[2] Robert Hayes alleges he was one of Mr. Estabrooks' victims. He claims he was sexually assaulted both when Mr. Estabrooks was a police officer and when he worked at the City Works Department. In December 2013, Mr. Hayes commenced an action as a representative plaintiff, claiming damages against the City of Saint John, the Saint John Police Commission and the Saint John Police Department. The action was brought as a class action under the *Class Proceedings Act*, S.N.B. 2011, c. 125. Mr. Hayes then applied for an order certifying the action as a class proceeding under the *Act*. He asked that the order appoint him the representative of the class, define the class, define the common issues to be determined at trial, and address some corollary issues.

[3] At the hearing of the certification application, Mr. Hayes conceded he had no valid claim against the Saint John Police Commission, since that entity did not exist prior to Mr. Estabrooks' departure from the Police Department. He also conceded the

Saint John Police Department was not a legal entity that could be sued. Thus, only the City of Saint John remained as a defendant.

[4] The motion judge certified the action as a class proceeding pursuant to the *Act*. The judge defined the class and the common issues. In sum, the judge held Mr. Hayes' action would proceed to determine whether the City was liable to the class members for breach of fiduciary duty, for negligence and/or vicariously for the harm Mr. Estabrooks caused to the members of the class.

[5] With leave, the City appeals. Alleging the statement of claim as amended does not disclose any cause of action, the City seeks an order setting aside the motion judge's order certifying the action as a class proceeding.

[6] For the reasons set out below, I would allow the appeal in part. I would not set aside the motion judge's decision certifying the action as a class proceeding, although I would, as the Supreme Court of Canada did in *Alberta v. Elder Advocates of Alberta Society*, 2011 SCC 24, [2011] 2 S.C.R. 261, strike the plea of breach of fiduciary duty, leaving untouched, without endorsing them, the claims in negligence and in vicarious liability.

II. Background

[7] Kenneth Estabrooks worked as a police officer with the City of Saint John Police Force for 22 years, from 1953 to 1975. His employment with the Police Force came to an end in 1975 after a 15-year-old and a 17-year-old reported to the Saint John Police Force that Mr. Estabrooks had engaged in sexual conduct with them. Five days later, Mr. Estabrooks began working in the City of Saint John's Public Works Department, an employment he held until his retirement in 1983.

[8] In 1998, Mr. Estabrooks was charged with sexual offences having allegedly occurred over the course of twenty-five years, up until 1982; a year later, in

1999, he was convicted on four of these charges, and was sentenced to six years in prison.

[9] It is alleged Mr. Estabrooks began sexually assaulting children as early as 1953, and continued until at least 1983. In addition to the 1998 criminal trial, two separate investigations were launched. The first, also in 1998, was conducted by the Fredericton Police and examined how the Saint John Police Force had handled complaints regarding Mr. Estabrooks' conduct. In 2012, the City hired a third party to conduct an investigation into the totality of the allegations of abuse by Mr. Estabrooks. As of 2013, that investigation had identified seventy-nine living victims, with the youngest being seven years old at the time of the alleged assaults.

[10] The investigators' interim report was delivered to Saint John Common Council in January 2013. In December of that same year, Mr. Hayes initiated class proceedings on behalf of "persons who were sexually assaulted by Kenneth Estabrooks and such other persons or class of persons, as [the court] recognizes or directs," and with a period covering alleged incidents from 1953 until 1998. Initially, the defendants in the action were the City of Saint John, the Saint John Police Commission, and the Saint John Police Department. Since then, several modifications have been made, such that the action is proceeding solely against the City. There were also several modifications made to the definition of the proposed class: once prior to the certification hearing, with the class period being modified to end in 1983 upon Mr. Estabrooks' retirement; and the second occurring during the hearing, with the addition of the phrase "All persons who allege that they suffered injury, loss or damage."

[11] Mr. Hayes applied for various relief, including an order certifying the action as a class proceeding pursuant to the *Act*. The standard to be met for a class to be certified is laid out in s. 6(1) of the *Act*, which reads as follows:

Certification of class proceeding

Certification de l'instance à titre de recours collectif

- 6(1) The court shall certify a proceeding as a class proceeding on a motion under section 3 or 4 if, in the opinion of the court,
- 6(1) La cour saisie d'une motion visée à l'article 3 ou 4 certifie une instance à titre de recours collectif si elle est d'avis que les conditions suivantes sont réunies :
- (a) the pleadings disclose or the Notice of Application discloses a cause of action,
- a) les plaidoiries ou l'avis de requête révèlent une cause d'action;
- (b) there is an identifiable class of two or more persons,
- b) il existe un groupe identifiable de deux personnes ou plus;
- (c) the claims of the class members raise a common issue, whether or not the common issue predominates over issues affecting only individual members,
- c) les demandes des membres du groupe soulèvent une question commune, que celle-ci l'emporte ou non sur les questions touchant seulement les membres individuels;
- (d) a class proceeding would be the preferable procedure for the fair and efficient resolution of the dispute, and
- d) le recours collectif serait la meilleure procédure pour que soit réglé de façon juste et efficace le litige;
- (e) there is a person seeking to be appointed as representative plaintiff for the class who
- e) il y a une personne qui cherche à être nommée comme représentant demandeur pour le groupe et qui :
- (i) would fairly and adequately represent the interests of the class,
- (i) représenterait de façon juste et appropriée les intérêts du groupe,
- (ii) has produced a plan for the class proceeding that sets out a workable method of advancing the class proceeding on behalf of the class and of notifying class members of the class proceeding, and
- (ii) a présenté, pour le recours collectif, un plan proposant une méthode efficace de faire avancer le recours collectif au nom du groupe et d'aviser les membres du groupe de l'existence du recours collectif,
- (iii) does not have, with respect to the common issues, an interest that is in conflict with the interests of other class members.
- (iii) n'a pas de conflit d'intérêts avec d'autres membres du groupe en ce qui concerne les questions communes.

[Emphasis added.]

[C'est moi qui souligne.]

[12] At the certification hearing, the question of whether or not valid causes of action had been disclosed was the most contentious.

[13] In a decision dated February 9, 2017, reported at 2017 NBQB 25, [2017] N.B.J. No. 57 (QL), a judge of the Court of Queen's Bench certified the action as a class proceeding and determined the common issues for trial to be as follows:

- (1) Did the Defendant owe a fiduciary duty to the Class Members to protect them from the actionable physical, mental or sexual harm perpetrated by Kenneth Estabrooks?
- (2) If the answer to (1) is "yes," did the Defendant breach its fiduciary duty?
- (3) Did the Defendant owe a duty of care to the Class Members to protect them from the actionable physical, mental or sexual harm perpetrated by Kenneth Estabrooks?
- (4) If the answer to (3) is "yes," did the Defendant breach its duty of care?
- (5) Is the Defendant vicariously liable for the actionable physical, mental and/or sexual harm perpetrated by Kenneth Estabrooks?
- (6) Are the Class Members entitled to an award of punitive damages based on the Defendant's conduct? If so, in what amount? [para. 96]

[14] In coming to this decision, the motion judge cited both the majority (Drapeau C.J.N.B. and Deschênes, J.A.) in *Gay et al. v. Regional Health Authority 7 and Dr. Menon*, 2014 NBCA 10, 421 N.B.R. (2d) 1 and Chief Justice McLachlin in *Elder Advocates* as authority regarding the proper approach to certification motions. He held both to stand for the premise that a certification hearing is not meant to consider the substantive merits of the case. At the certification stage, the role of the judge is to determine whether, assuming the facts as alleged in the statement of claim, the pleading discloses a supportable cause of action. A claim should only be struck out when it is plain and obvious it cannot succeed.

[15] Considering each in turn, the judge concluded the statement of claim supported three potential causes of action: breach of fiduciary duty, negligence, and vicarious liability.

[16] Beginning with whether the necessary elements had been pled to support a claim of breach of fiduciary duty, the judge applied *Elder Advocates* and *Frame v. Smith*, [1987] 2 S.C.R. 99, [1987] S.C.J. No. 49 (QL), and answered in the affirmative. Next, the motion judge examined whether a claim in negligence had been properly pleaded. The motion judge found the necessary elements for a claim in negligence had been alleged. Finally, the judge turned to vicarious liability. Here, the particular question of whether a city could be vicariously liable to members of the public for the behaviour of a police officer was examined; the particular exceptions to the general rule, and whether those apply in the case at bar, were determined to be questions of mixed fact and law. The motion judge concluded Mr. Hayes “has, therefore, pleaded this cause of action which, in the right factual matrix, is supportable at law” (para. 53).

[17] Having found three arguable causes of action pleaded, the motion judge then proceeded to consider whether an identifiable class with common issues had been asserted, as per ss. 6(1)(b) and (c) of the *Class Proceedings Act*. He found the allegations revealed rational relationships to the defined class, and to the causes of action claimed. Turning to common damages, the motion judge held the issue of aggregate assessment of damages would be left to be determined at trial. He therefore did not certify the question, although he did certify the issue of punitive damages as being a common issue.

[18] The final hurdle to certification was determining, under s. 6(1)(d) of the *Act*, whether a class action was the appropriate way to proceed in this case. The City argued that proceeding as a class action would not considerably advance the proceedings, as there were too many individual questions regarding the alleged incidents of assault. The motion judge rejected this argument, noting that general questions as to the City’s liability for Mr. Estabrooks’ actions predominated over questions as to whether individual claims would proceed.

III. Issues on Appeal

[19] The City appeals the motion judge's certification order, seeking it to be set aside. The City alleges:

- (1) the motion judge erred in law in his application of s. 6(1) of the *Act* when he found that the Amended Statement of Claim disclosed:
 - i) a cause of action against the City for breach of fiduciary duty;
 - ii) a cause of action against the City for vicarious liability; and
 - iii) a cause of action against the City for negligence.
- (2) the motion judge erred in law in considering evidence when making a determination under s. 6(1) of the *Act*.

IV. Analysis

A. *Standard of Review*

[20] Before addressing the grounds of appeal, it is important to first clearly establish the applicable standard of review.

[21] The only question on appeal is whether the judge erred in determining that the statement of claim discloses a cause of action. The test to determine whether a pleading sufficiently discloses a cause of action in order to be certified as a class proceeding is that elaborated in *Hunt v. Carey Canada Inc.*, [1990] 2 S.C.R. 959, [1990] S.C.J. No. 93 (QL) and applied in *Sun-Rype Products Ltd. v. Archer Daniels Midland Company*, 2013 SCC 58, [2013] 3 S.C.R. 545, in the following terms:

Section 4(1)(a) of the *CPA* requires that the pleadings disclose a cause of action. This requirement is judged on the standard of proof applied in *Hunt v. Carey Canada Inc.*, [1990] 2 S.C.R. 959, at p. 980, namely that a plaintiff

satisfies this requirement unless, assuming all facts pleaded to be true, it is plain and obvious that the plaintiff's claim cannot succeed (*Alberta v. Elder Advocates of Alberta Society*, 2011 SCC 24, [2011] 2 S.C.R. 261 (“*Alberta Elders*”), at para. 20; *Hollick v. Toronto (City)*, 2001 SCC 68, [2001] 3 S.C.R. 158, at para. 25). [para. 31]

[22] Thus, the motion judge was required to subject the alleged causes of action to that test and decide whether, assuming all facts pleaded to be true, it was plain and obvious each of Mr. Hayes' claims would not succeed. The judge did this. He applied the proper legal standard. He held each of the impugned causes of action had a chance of success. The question is whether he erred in reaching those conclusions.

[23] In *Gay et al. v. Regional Health Authority and Dr. Menon*, the majority pointed to *Canada (Attorney General) v. Anderson*, 2011 NLCA 82, [2011] N.J. No. 445 (QL), and held that, while most of the criteria set out in s. 6(1) of the *Act* raise questions of mixed law and fact for which much deference is owed to the certification judge, the same is not the case for the criterion set out in s. 6(1)(a) requiring a cause of action to be disclosed. That particular issue “turns on determinations of law and, therefore, it is reviewed on the standard of correctness”: *Anderson*, at para. 38, referring to *Dow Chemical Company v. Ring, Sr.*, 2010 NLCA 20, [2010] N.J. No. 107 (QL), and *Gay*, at para. 48.

[24] In *Gay*, the majority judgment addressed the proper analytical framework for determining, at the certification stage, whether the s. 6(1)(a) criterion is met:

On a certification motion, the question is not whether the claims are likely to succeed on the merits at trial, but whether a cause of action is formally advanced in the pleadings (see *Hollick* [*Hollick v. Toronto (City)*, 2001 SCC 68, [2001] 3 S.C.R. 158], at para. 16, and *Vivendi Canada Inc.* [*Vivendi Canada Inc. v. Dell’Aniello*, 2014 SCC 1, [2014] 1 SCR 3], at para. 4). The issue under s. 6(1)(a) of the *Class Proceedings Act* must be determined solely by reference to the pleadings as is the case on a Rule 23.01(1)(b) motion to strike a statement of claim for failure to disclose a reasonable cause of action. The correct

analytical framework is articulated in *Sewell v. ING Insurance Co. of Canada*, 2007 NBCA 42, 314 N.B.R. (2d) 330:

The principles that inform the determination of a defendant's motion to strike under Rule 23.01(1)(b) are well settled and can be summarized as follows: (1) the only question for judicial resolution is whether it is plain and obvious that the Statement of Claim fails to disclose the essential elements of a cause of action tenable at law. That conclusion should be reached only in the clearest of cases; (2) correlatively, absent exceptional circumstances, the court must accept as proved all facts asserted in the Statement of Claim and abstain from looking beyond the pleading itself and any documents referred to therein (see *Hogan v. Doiron et al.* (2001), 243 N.B.R. (2d) 263, [2001] N.B.J. No. 382 (QL), 2001 NBCA 97, para. 38 and *Boisvert v. LeBlanc* (2005), 294 N.B.R. (2d) 325, [2005] N.B.J. No. 561 (QL), 2005 NBCA 115, para. 21). To expand the exercise beyond those limits would operate to morph the motion under Rule 23.01(1)(b) into an application for summary judgment under Rule 22, the appropriate vehicle to determine prior to trial whether there is factual merit to a claim; (3) the Statement of Claim is to be read generously to accommodate drafting deficiencies; and (4) where a generous reading of its provisions fails to breathe life into a pleading, all suitable amendments should be allowed (see Rule 27.10(1) and *LeDrew et al. v. Conception Bay South (Town)* (2003), 231 Nfld. & P.E.I.R. 61, [2003] N.J. No. 276 (QL), 2003 NLCA 56. (para. 26) [para. 52]

[25] Since the determination of whether or not a pleading discloses a cause of action is a question of law reviewable on the correctness standard, it falls to this Court to determine whether, in applying the above-described framework, which admittedly sets a very low threshold, the motion judge was correct in holding the statement of claim disclosed a cause of action. To do so, we must subject each of the disputed claims – breach of fiduciary duty, negligence and vicarious liability – to the test.

B. *The alleged causes of action*

(1) The Claim for Breach of Fiduciary Duty

[26] The City alleges the motion judge erred in finding that a cause of action for breach of fiduciary duty was disclosed in the amended statement of claim. The City contends the motion judge properly identified the Supreme Court’s decision in *Elder Advocates* as the leading authority on point, but that he erred in his interpretation and application of it.

[27] *Elder Advocates* involved a proposed class action against the Province of Alberta by individuals who were residents of nursing homes and auxiliary hospitals. The claim alleged the Province had committed a number of wrongs, including a breach of fiduciary duty, by overcharging residents for housing and meal expenses. For a unanimous court, McLachlin C.J.C. outlined the framework within which the claim had to be assessed and discussed the particular situation of fiduciary duties in the government context.

[28] The analysis in *Elder Advocates* began with a recognition that “[f]iduciary duty is a doctrine originating in trust,” which “requires that one party, the fiduciary, act with absolute loyalty toward another party, the beneficiary or *cestui que trust*, in managing the latter’s affairs” (para. 22). Drawing on the dissenting reasons of Wilson J. in *Frame v. Smith*, later adopted and applied in *Lac Minerals Ltd. v. International Corona Resources Ltd.*, [1989] 2 S.C.R. 574, [1989] S.C.J. No. 83 (QL), McLachlin C.J.C. noted there are some relationships that have been recognized to attract fiduciary obligations. These, she observed, according to Wilson J.:

[...] seem to possess three general characteristics:

- (1) The fiduciary has scope for the exercise of some discretion or power.

- (2) The fiduciary can unilaterally exercise that power or discretion so as to affect the beneficiary's legal or practical interests.
- (3) The beneficiary is peculiarly vulnerable to or at the mercy of the fiduciary holding the discretion or power. [para. 27]

[29] Noting that “vulnerability alone is insufficient to support a fiduciary claim” (para. 28), McLachlin C.J.C. continued by noting “the three ‘hallmarks’ referred to in *Frame* [...] are not a complete code for identifying fiduciary duties” (para. 29). In order to identify the existence of a fiduciary duty in cases not covered by an existing category in which fiduciary duties have been recognized, certain other elements are required.

[30] She explained that, “[f]irst, the evidence must show that the alleged fiduciary gave an undertaking of responsibility to act in the best interests of a beneficiary” noting the words of Cromwell J. in *Galambos v. Perez*, 2009 SCC 48, [2009] 3 S.C.R. 247, that “what is required in all cases is an undertaking by the fiduciary, express or implied, to act in accordance with the duty of loyalty reposed on him or her” (para. 30, quoting para. 75 in *Galambos*). On this point, McLachlin C.J.C. elaborated as follows:

The existence and character of the undertaking is informed by the norms relating to the particular relationship: *Galambos*, at para. 77. The party asserting the duty must be able to point to a forsaking by the alleged fiduciary of the interests of all others in favour of those of the beneficiary, in relation to the specific legal interest at stake.

The undertaking may be found in the relationship between the parties, in an imposition of responsibility by statute, or under an express agreement to act as trustee of the beneficiary's interests. As stated in *Galambos*, at para. 77:

The fiduciary's undertaking may be the result of the exercise of statutory powers, the express or implied terms of an agreement or, perhaps, simply an undertaking to act in this way. In cases of per

se fiduciary relationships, this undertaking will be found in the nature of the category of relationship in issue. The critical point is that in both *per se* and *ad hoc* fiduciary relationships, there will be some undertaking on the part of the fiduciary to act with loyalty. [paras. 31-32]

[Emphasis added by McLachlin C.J.C.]

[31] *Per se* fiduciary relationships are those that have been historically recognized “as a matter of course within the traditional categories of trustee-*cestui que trust*, executor-beneficiary, solicitor-client, agent-principal, director-corporation, and guardian-ward or parent-child.” On the other hand, “*ad hoc* fiduciary relationships must be established on a case-by-case basis” (para. 33).

[32] The second element requires the duty to “be owed to a defined person or class of persons who must be vulnerable to the fiduciary in the sense that the fiduciary has a discretionary power over them,” since “[f]iduciary duties do not exist at large; they are confined to specific relationships between particular parties” (para. 33).

[33] The third additional element requires one who claims the existence of a fiduciary relationship to show “that the alleged fiduciary’s power may affect the legal or substantial practical interests of the beneficiary” (para. 34). In *ad hoc* situations, the claimant “must be able to point to an identifiable legal or vital practical interest that is at stake” (para. 35).

[34] McLachlin C.J.C. conveniently summarized these elements as follows:

In summary, for an *ad hoc* fiduciary duty to arise, the claimant must show, in addition to the vulnerability arising from the relationship as described by Wilson J. in *Frame*: (1) an undertaking by the alleged fiduciary to act in the best interests of the alleged beneficiary or beneficiaries; (2) a defined person or class of persons vulnerable to a fiduciary’s control (the beneficiary or beneficiaries); and (3) a legal or substantial practical interest of the beneficiary or beneficiaries that stands to be adversely affected by the

alleged fiduciary's exercise of discretion or control. [para. 36]

[35] The Chief Justice's analysis continued with a discussion of how these elements are applied in the governmental context. She explained that "the special characteristics of governmental responsibilities and functions mean that governments will owe fiduciary duties only in limited and special circumstances" (para. 37).

[36] While fiduciary duties of government have been found in special situations, such as in relationships between the Crown and the Aboriginal peoples of Canada, these are unique. In general, "[t]he special nature of the governmental context impacts on the requirements of a fiduciary relationship" (para. 41). In the governmental context, the following considerations apply:

- "[T]he requirement of an undertaking to act in the alleged beneficiary's interest will typically be lacking where what is at issue is the exercise of a government power or discretion" (para. 42);
- Imposing on the Crown the burden of putting first the best interest of the beneficiary "is inherently at odds with its duty to act in the best interests of society as a whole, and its obligation to spread limited resources among competing groups with equally valid claims to its assistance," such that "situations where it is shown [the Crown] owe[s] a duty of loyalty to a particular person or group will be rare" (para. 44);
- "Generally speaking, a strong correspondence with one of the traditional categories of fiduciary relationship – trustee-*cestui que trust*, executor-beneficiary, solicitor-client, agent-principal, director-corporation, and guardian-ward or parent-child – is a precondition to finding an implied fiduciary duty on the government" (para. 47);
- "[...] a general obligation to the public or sectors of the public cannot meet the requirement of an undertaking" (para. 48);
- Other than in cases "where the government duty is in effect a private duty being carried out by government" it is difficult to posit "a specific class of persons to

whom the government owes an exclusive duty of loyalty” because, as a general rule, the government must act in the interest of all citizens (para. 49);

- “No fiduciary duty is owed to the public as a whole, and generally an individual determination is required to establish that the fiduciary duty is owed to a particular person or group” (para. 50);
- “It is not enough that the alleged fiduciary’s acts impact generally on a person’s well-being, property or security. The interest affected must be a specific private law interest to which the person has a pre-existing distinct and complete legal entitlement. Examples of sufficient interests include property rights, interests akin to property rights, and the type of fundamental human or personal interest that is implicated when the state assumes guardianship of a child or incompetent person” (para. 51).

[37] As stated above, in the present case, the motion judge recognized the factors set out in *Elder Advocates*. In his view, the first three of these – those established in *Frame* – were clearly addressed in the amended statement of claim in which it was alleged that Mr. Estabrooks’ power, authority and fiduciary duty over the Plaintiff and the class members were created and encouraged by the City; and that the sexual assaults and batteries were caused by the breach of fiduciary duty of the City, by placing Mr. Hayes and the class members under Mr. Estabrooks’ authority and control. As for the requirement that the fiduciary must have undertaken to act in the best interests of the alleged beneficiaries, the motion judge noted the undertaking may be implied by the relationship between the parties, noted the categories of fiduciaries are not closed, and opined “the court could find a correspondence to a traditional category of fiduciary relationship such as guardian-ward in the circumstances of this case.” He therefore concluded it was “not plain and obvious that the court will not imply an undertaking by the City to act in the best interests of the Plaintiff and the Class Members” (para. 33).

[38] With great respect, I find error in the motion judge’s reasoning and conclusion on this point. In order to disclose a cause of action for breach of fiduciary duty, the statement of claim would have to allege a specific undertaking by the City to act

in the best interests of Mr. Hayes and the class members. It alleges no such thing. In paragraph 27 of the amended statement of claim, it is alleged the Saint John Police Department and the Police Commission “as representatives of the justice system owed a fiduciary duty to” Mr. Hayes and the class members. Even if this could be said to claim the specific undertaking required to establish a fiduciary duty, the allegation understandably is not made against the City, for it would be difficult to claim the City is a representative of the justice system. In paragraph 28, Mr. Hayes alleges Estabrooks owed him and the others a fiduciary duty and claims this was created and encouraged by the City. Here again, this provides no basis upon which one can find an allegation of a specific undertaking on behalf of the City to act in the best interests of Mr. Hayes and the class members.

[39] While the amended statement of claim alleges Mr. Hayes and the class members “were particularly vulnerable and at the mercy of the City,” this allegation does not allege the requisite specific undertaking to found a cause of action for breach of fiduciary duty.

[40] Admittedly, the amended statement of claim alleges the City put its interests ahead of the interests of both Mr. Hayes and the class members; however, this allegation of a breach provides no basis upon which a duty can be found.

[41] In addition to the failure to disclose the requisite undertaking, the amended statement of claim fails to disclose a defined person or class of persons to whom such an undertaking would have been given. It claims Mr. Hayes and the class members were vulnerable because of their age, but does not identify a particular person or group to whom the City would have given an undertaking to act in that person or group’s best interest.

[42] Recall that in order to be successful, a claim for breach of fiduciary duty must affect a “specific private law interest to which the person has a pre-existing distinct and complete legal entitlement.” “It is not enough that the alleged fiduciary’s acts impact

generally on a person's well-being, property or security" (para. 51 of *Elder Advocates*). The amended statement of claim discloses no pre-existing private law interest that was affected. At its core, the claim is for damages resulting from injury to their well-being or their security. The allegations contained in the amended statement of claim are therefore insufficient to satisfy the third of the requisite elements to which the Chief Justice referred in paragraphs 34 and 51 of *Elder Advocates*.

[43] In sum, I am unable to find in the amended statement of claim sufficient allegations which, if true, would enable a court, applying the principles set out in *Elder Advocates*, to conclude the City had undertaken a fiduciary obligation toward a particular individual or class of persons. In my view, the allegations to which the judge referred – assumed to be true – would not give rise to a fiduciary duty upon the City since these neither disclose a specific undertaking, nor identify a defined person or class to which such an undertaking would have been given, nor do they disclose a pre-existing private law interest that was affected beyond general well-being and security.

[44] I do not agree with the motion judge that the amended statement of claim discloses sufficient facts upon which an undertaking could be implied and where a court could “find a correspondence to a traditional category of fiduciary relationship such as guardian-ward” (para. 33). There is no similarity between the broad duty Mr. Hayes and the class members wish to see conferred upon the City and the fiduciary relationship between a guardian-ward. In *Callan v. Cooke*, 2012 BCSC 1589, [2012] B.C.J. No. 2220 (QL), a case which also involved allegations of sexual abuse of a minor by a police officer, the British Columbia Supreme Court considered whether to strike, *inter alia*, a claim for breach of fiduciary duties on the part of the RCMP. Arnold-Bailey J. posited that, while the nature of the RCMP's duties to the public at-large meant that a fiduciary duty in favour of the plaintiff could not be established, a guardian-juvenile relationship may have existed while the plaintiff was a participant in the “ride along” program, although the necessary facts to establish such a duty had not been pleaded. This is not the situation in the present case. In essence, what the amended statement of claim alleges are

duties that might create liability in tort, but not duties of the kind necessary to found fiduciary obligations.

[45] In *Elder Advocates*, McLachlin C.J.C. states, at paragraph 54, that, even if the categories of fiduciary duty are not closed, hopeless claims should not be allowed to proceed to trial. In my view, on careful examination of the allegations contained in the amended statement of claim, and presuming the facts pleaded therein to be true, it is plain and obvious the claim for breach of fiduciary duty cannot succeed.

(2) Vicarious Liability

[46] In coming to a conclusion on this ground of appeal, I apply some of the other principles Drapeau C.J.N.B. elaborated in *Sewell v. ING Insurance Co. of Canada*, 2007 NBCA 42, 314 N.B.R. (2d) 330, and which the majority repeated in *Gay*. First, a conclusion that it is plain and obvious that a statement of claim fails to disclose the essential elements of a cause of action tenable at law is one that “should be reached only in the clearest of cases”; second, when subjected to a test, a statement of claim must “be read generously to accommodate drafting deficiencies” (para. 26 of *Sewell*).

[47] The motion judge, in finding the amended statement of claim disclosed a cause of action founded on vicarious liability, acknowledged the test set out in *Bazley v. Curry*, [1999] 2 S.C.R. 534, [1999] S.C.J. No. 35 (QL), pursuant to which “the test for vicarious liability for an employee’s sexual abuse of a client should focus on whether the employer’s enterprise and empowerment of the employee materially increased the risk of the sexual assault and hence the harm” (para. 46). He found, however, that *Bazley* was of questionable application in the present case because of certain common law cases standing for the proposition that police officers are not servants or employees of the municipality.

[48] Justice McLachlin, as she then was, enumerated in *Bazley* a list of factors to be considered in claims of vicarious liability for sexual assaults committed by employees. Several of these are pertinent to this case:

Reviewing the jurisprudence, and considering the policy issues involved, I conclude that in determining whether an employer is vicariously liable for an employee's unauthorized, intentional wrong in cases where precedent is inconclusive, courts should be guided by the following principles:

[...]

(2) The fundamental question is whether the wrongful act is sufficiently related to conduct authorized by the employer to justify the imposition of vicarious liability. Vicarious liability is generally appropriate where there is a significant connection between the creation or enhancement of a risk and the wrong that accrues therefrom, even if unrelated to the employer's desires. Where this is so, vicarious liability will serve the policy considerations of provision of an adequate and just remedy and deterrence. Incidental connections to the employment enterprise, like time and place (without more), will not suffice. Once engaged in a particular business, it is fair that an employer be made to pay the generally foreseeable costs of that business. In contrast, to impose liability for costs unrelated to the risk would effectively make the employer an involuntary insurer.

(3) In determining the sufficiency of the connection between the employer's creation or enhancement of the risk and the wrong complained of, subsidiary factors may be considered. These may vary with the nature of the case. When related to intentional torts, the relevant factors may include, but are not limited to, the following:

(a) the opportunity that the enterprise afforded the employee to abuse his or her power;

[...]

(c) the extent to which the wrongful act was related to friction, confrontation or intimacy inherent in the employer's enterprise;

(d) the extent of power conferred on the employee in relation to the victim;

(e) the vulnerability of potential victims to wrongful exercise of the employee's power. [para. 41]

[49] The amended statement of claim alleges Mr. Estabrooks was an employee of the City both when he was a member of the police force and when he worked at Saint John City Works. It alleges Mr. Estabrooks used his position of authority, power and trust, both as a police officer and as a city employee, to commit the alleged wrongs. It claims the City gave Mr. Estabrooks the opportunity to abuse his powers over Mr. Hayes and the class members by placing him in such a position. The City is alleged to have nurtured, created and fostered the risk that led to the sexual abuse.

[50] In sum, the claim alleges Mr. Estabrooks' tortious acts were directly attributable to his employment position and the authority conferred on him as a police officer and later as an employee of City Works. When taken as pleaded, these facts map clearly onto the analysis provided by the Supreme Court in *Bazley*. Mr. Estabrooks was allegedly afforded the opportunity to commit the alleged wrongs by virtue of his job's duties and authority. As a police officer able to arrest, search, and detain children as alleged in the statement of claim, Mr. Estabrooks would have been in a position of considerable power in relation to the plaintiffs who, in turn, would have been particularly vulnerable to any alleged wrongful exercise of said power. The same is true regarding Mr. Estabrooks as a City Works Department supervisor vis-à-vis subordinate employees.

[51] The claim is sufficiently laid out. Thus, any basis for rejecting it would have to be found in the law, such as if, as the City contends, there was a categorical rejection of vicarious liability in claims involving police officers. In my view, there is no such categorical rejection. There are cases where vicarious liability had been applied in matters involving a police officer. *Evans v. Sproule*, [2008] O.J. No. 4518 (S.C.)(QL), is

one of these. In that case, liability was vicariously established for a sexual assault committed by a police officer on the basis the Toronto Police Services Board had encouraged an environment of trust and obedience in the public, which facilitated the commission of the tort. Admittedly, in *Evans*, unlike in the present case, there was a statutory provision that held the chief of police liable in respect of torts committed by members of the force; however, the basis for the judge's finding was "both under the statute and the common law" (para. 100).

[52] The motion judge noted "the common law admits of some exceptions in regard to the status of police officers vis-à-vis a municipality" and also the acts alleged "were not of an investigatory nature" (para. 51). He referred to various acts and regulations the parties had filed in evidence on the motion for certification which suggest some degree of control by the City over police officers during the time period in question. After reviewing these, the judge held "that this is an issue of mixed law and fact which can best be decided on the basis of a full evidentiary record and which should not be decided in a certification motion" (para. 52).

[53] In particular, the judge raised the case of *R. v. Campbell*, [1999] 1 S.C.R. 565, [1999] S.C.J. No. 16 (QL), in which it was held that "a police officer investigating a crime is not acting as a government functionary or as an agent of anybody" (para. 27). The facts in *Campbell* were considerably different than those before us. *Campbell* involved a so-called "reverse sting operation" in which members of the RCMP sold narcotics to alleged traffickers. Defence counsel raised questions of the legality of the RCMP's conduct, prompting a consideration of whether RCMP investigations fell within the purview of Crown immunity. The judge noted that the Supreme Court had acknowledged it was "possible that in one or other of its roles the RCMP could be acting in an agency relationship with the Crown" (para. 29).

[54] *Campbell*, on which the City relies in support of its proposition that there can be no vicarious liability for the acts of a police officer, is not unequivocal. The matter involved an application for a stay of proceedings grounded on police misconduct in the

investigation of a crime. The statement upon which the City relies was made in the context of ruling that public interest immunity should not apply to the RCMP. While Binnie J., for the Court, did state that “[a] police officer investigating a crime is not acting as a government functionary or as an agent of anybody” (para. 27), he made it clear he was “concerned only with the status of an RCMP officer in the course of a criminal investigation.”

[55] Although there are unquestionably strong arguments supporting the City’s position, and although it may be that, in the end, after a full debate within the context of the factual matrix of this case, a court could conclude the common law in New Brunswick does not extend vicarious liability to a municipality for the acts of a police officer, it cannot be said the issue is resolved in this province. In *LeBlanc v. Boisvert*, 2005 NBCA 115, 294 N.B.R. (2d) 325, Drapeau C.J.N.B. observed that Rule 23.01(1)(a) “is unsuited for the resolution of unsettled, complex and difficult questions [...]” (para. 35). In my view, this is such a case. Thus, I conclude the motion judge did not err in holding that it was not plain and obvious the claim was doomed to fail.

[56] Under this heading, the City also submits the amended statement of claim does not sufficiently set out a claim for vicarious liability for the period during which Mr. Estabrooks was employed with the City Works Department. I do not agree. The pleading alleges Mr. Estabrooks used his authority as a city employee to abduct, confine and sexually assault children and minors. It also alleges that, at all material times, the City nurtured, created and fostered the risk that enabled Mr. Estabrooks to abuse children. In *E.B. v. Order of the Oblates of Mary Immaculate in the Province of British Columbia*, 2005 SCC 60, [2005] 3 S.C.R. 45, the Court observed that the imposition of vicarious liability for a sexual assault committed by an employee requires “a strong connection between what the employer was asking the employee to do (the risk created by the employer’s enterprise) and the wrongful act” (para. 2). Reading the statement of claim generously, I conclude it is not plain and obvious the claim will fail. It is true that the pleading does not contain specifics in terms of material facts on some of the criteria set

out in *E.B.*, but it cannot be said that the claim for vicarious liability is not sufficiently set out. It will be for the evidence at trial to establish whether this claim is made out.

[57] The City alleges the motion judge erred by referring to evidence presented at the hearing when what he was called upon to do was determine whether a viable claim for vicarious liability was made out in the amended statement of claim.

[58] In the extract from *Gay* cited above, the majority held the same principles that inform a motion to strike a pleading apply when determining, on a certification motion, whether a cause of action is formally advanced in the pleadings. Drawing from *Sewell*, the majority reiterated that one of these principles is that, “absent exceptional circumstances, the court must accept as proved all facts asserted in the Statement of Claim and abstain from looking beyond the pleading itself and any documents referred to therein” (para. 52).

[59] In the present case, the documents to which the judge referred were not referred to in the amended statement of claim. Those documents consisted of the Rules and Regulations for the Saint John Police Force. As Mr. Hayes points out, these are part of the historical legislation governing the relationship between the City of Saint John and its police force. In my view, while the documents were not referred to in the amended statement of claim, the judge was nevertheless justified in considering them on the basis of the exceptional circumstances to which *Sewell* refers. The documents simply revealed the regulatory framework in place at the time in question. In any event, it was not technically necessary for the judge to have resorted to those documents, since, in my view, the amended statement of claim sufficiently alleged the necessary facts upon which the judge relied.

(3) Negligence

[60] Regarding the claim in negligence, the motion judge referred to *Mustapha v. Culligan of Canada*, 2008 SCC 27, [2008] 2 S.C.R. 114, as detailing the elements necessary to make out the claim. In that case, McLachlin C.J.C. provided a helpfully succinct overview of the necessary elements stemming from a long line of jurisprudence:

A successful action in negligence requires that the plaintiff demonstrate (1) that the defendant owed him a duty of care; (2) that the defendant's behaviour breached the standard of care; (3) that the plaintiff sustained damage; and (4) that the damage was caused, in fact and in law, by the defendant's breach. [para. 3]

[61] The City asserts these necessary elements of a claim in negligence have not been laid out; more specifically, it argues the amended statement of claim does not disclose a sufficient proximity between the City and Mr. Hayes or members of the class to create a duty of care. Mr. Hayes, for his part, maintains that a duty of care did exist, and in particular leans on the assertion that the City had knowledge of Mr. Estabrooks' conduct, upon which it did not act.

[62] The motion judge disposed of the matter in these words:

The plaintiff has alleged in paragraph 38 of the statement of claim that there was a relationship of sufficient proximity between the plaintiff and the class, on the one hand, and the City, on the other, to create a duty of care. In my view the question of proximity is one of fact to be determined by the trial judge. This motion is restricted to whether or not the pleadings disclose a reasonable cause of action. [para. 39]

[63] I find no error in that statement. The motion judge considered the amended statement of claim and, reading it generously, he found all the elements of negligence had been alleged.

[64] Both parties rely on *Odhavji Estate v. Woodhouse*, 2003 SCC 69, [2003] 3 S.C.R. 263, each asserting that the principles established by the Supreme Court in that case support their argument. *Odhavji* stemmed from the officer-involved shooting death of a civilian, and the subsequent Special Investigations Unit (SIU) investigation into the circumstances surrounding it. Amongst the actions brought in *Odhavji* were a set of claims in negligence against the Metropolitan Toronto Chief of Police, the Metropolitan Toronto Police Services Board, and the Province of Ontario. Similarly to the case at bar, the question of whether there existed a duty of care was a key issue in *Odhavji*.

[65] *Odhavji* does not stand for the proposition that the Police Services Board or the Province of Ontario could not ever be liable in negligence to someone harmed by a police officer. It rather holds that, in the allegations as pleaded in that case, the relationship between the plaintiffs and the Board and the Province was not such that a duty could be imposed. The situation is not the same in the present case. The amended statement of claim essentially alleges the City knew Mr. Estabrooks was abusing children and yet did nothing to stop him from using his authority as a police officer to effect the assaults or to prevent him from having opportunities of doing the same while an employee of the City Works Department:

31. The City [...] and social workers employed by the City received complaints about Estabrooks' sexual abuse and failed to investigate and/or act on such complaints.

32. The City [...] kept the complaints against Estabrooks secret and failed to warn and protect children within the City including the Class Members that Estabrooks was [a] dangerous sexual predator.

33. The City [...] knew or ought to have known that Estabrooks had a history of sexual assault, and knew or ought to have known that Estabrooks posed a real risk of sexually assaulting the Plaintiff, the Class members and other children within the City.

34. The Plaintiff states that for decades the City [...] knew or ought to have known that Estabrooks was a sexual predator and ignored or concealed or was willfully blind to

the fact that Estabrooks was a danger to the children in the City.

38. The City [...] were in a relationship of proximity with the Plaintiff and the Class by virtue of the Class' discrete and limited scope. Finally, proximity arose from the City [...] 's] knowledge of Estabrooks' sexual abuse and their failure to investigate and act on such complaints.

[66] As was noted above, at the certification stage it is not necessary for a plaintiff class to establish that their case will succeed at trial, but rather that there is no reason that it cannot succeed based solely on the pleadings. Mr. Hayes has asserted that a duty of care towards the class members was created by the City's knowledge of Estabrooks' conduct. In my view, it cannot be said that, in light of the allegations contained in the amended statement of claim, it is plain and obvious that such a duty did not exist.

[67] In the end, I conclude it is not plainly obvious that a claim in negligence is destined to fail on the facts as pleaded.

V. Conclusion

[68] As McLachlin C.J.C. pointed out in *Elder Advocates*, “[t]his is not a decision on the merits of the action, but on whether the causes of action pleaded are supportable at law” (para. 4). Assuming the facts pleaded to be true, I conclude the motion judge did not err in finding the statement of claim discloses a supportable cause of action in negligence or for vicarious liability. However, I also conclude that the plea of breach of fiduciary duty discloses no cause of action and should be struck out. In the end, the order certifying the action as a class proceeding under the *Act* should be upheld, but the order should be varied by striking out those portions of the order that refer to fiduciary duty.

VI. Disposition

[69] For these reasons, I would allow the appeal in part. I would uphold the order certifying the action as a class proceeding pursuant to the *Act*, but vary the order to remove items 5a and 5b, which relate to an alleged fiduciary duty, from the list of common issues. Because success on the appeal is divided, I would not make any order of costs.

LE JUGE RICHARD

I. Introduction

[1] Délinquant sexuel condamné, Kenneth Estabrooks est aujourd'hui décédé. De 1953 à 1975, M. Estabrooks était policier au Service de police de Saint John. Il est avancé qu'il a profité de la situation qu'il occupait, durant cette période, pour se livrer à des agressions sexuelles sur un certain nombre de personnes. En 1975, le Service de police a été informé de la conduite d'ordre sexuel que Kenneth Estabrooks avait eue avec deux garçons. M. Estabrooks a été muté au Service des travaux publics de Saint John et il y est demeuré jusqu'à sa retraite, en décembre 1983. Tandis qu'il était employé par ce service, les agressions sexuelles se seraient poursuivies. En 1998, M. Estabrooks a été accusé de crimes sexuels commis entre 1957 et 1982. L'année suivante, il a été déclaré coupable des crimes que lui imputaient quatre des six chefs d'accusation et il a été condamné à six ans d'emprisonnement.

[2] Robert Hayes soutient qu'il est l'une des victimes de M. Estabrooks. Il affirme avoir subi des agressions sexuelles à la fois lorsque M. Estabrooks était policier et lorsqu'il était un employé du Service des travaux publics. En décembre 2013, M. Hayes, en qualité de représentant demandeur, a introduit une action en dommages-intérêts contre The City of Saint John, la Saint John Police Commission et le Service de police de Saint John. L'action était introduite en vertu de la *Loi sur les recours collectifs*, L.N.-B. 2011, ch. 125. M. Hayes a ensuite demandé une ordonnance certifiant l'action à titre de recours collectif sous le régime de la *Loi*. Il sollicitait une ordonnance qui le nommerait représentant du groupe, définirait le groupe, définirait les questions communes à trancher au procès et statuerait sur des questions accessoires.

[3] Lors de l'audition de la demande de certification, M. Hayes a concédé que le recours était irrecevable à l'encontre de la Saint John Police Commission, puisqu'elle

n'existait pas avant le départ de M. Estabrooks du Service de police. Il a concédé aussi que le Service de police de Saint John n'était pas une entité juridique qui pouvait être poursuivie. Seule The City of Saint John, donc, demeurerait partie défenderesse.

[4] Le juge saisi de la motion a certifié l'action à titre de recours collectif en vertu de la *Loi*. Il a défini le groupe et les questions communes. En somme, il a conclu que l'action engagée par M. Hayes serait entendue en vue de déterminer si The City of Saint John (« la Ville ») avait, envers les membres du groupe, une responsabilité pour manquement à une obligation fiduciaire, pour négligence ou, du fait d'autrui, pour les préjudices causés aux membres du groupe par M. Estabrooks.

[5] La Ville a obtenu l'autorisation d'en appeler. Elle soutient que l'exposé de la demande modifié ne révèle aucune cause d'action et prie notre Cour d'annuler l'ordonnance du juge saisi de la motion certifiant l'action à titre de recours collectif.

[6] Pour les motifs exposés ci-dessous, je suis d'avis d'accueillir l'appel en partie. Je suis d'avis de ne pas annuler la décision du juge saisi de la motion de certifier l'action à titre de recours collectif, mais, ainsi que l'a fait la Cour suprême du Canada dans *Alberta c. Elder Advocates of Alberta Society*, 2011 CSC 24, [2011] 2 R.C.S. 261, je radierais l'allégation de manquement à une obligation fiduciaire et, sans les approuver, laisserais telles quelles les allégations de négligence et de responsabilité du fait d'autrui.

II. Contexte

[7] Kenneth Estabrooks a été policier au corps de police de Saint John de 1953 à 1975, donc vingt-deux ans. Son emploi au corps de police de Saint John a pris fin en 1975, après que deux jeunes personnes, âgées de quinze ans et de dix-sept ans, ont signalé au corps de police que M. Estabrooks s'était livré à une conduite d'ordre sexuel avec elles. Cinq jours plus tard, M. Estabrooks entrait au Service des travaux publics de Saint John, où il est demeuré jusqu'à sa retraite en 1983.

[8] En 1998, M. Estabrooks a été accusé d'infractions sexuelles qui auraient été perpétrées au cours d'une période de vingt-cinq ans, soit jusqu'en 1982; un an plus tard, en 1999, il a été déclaré coupable de quatre des infractions dont il était accusé et condamné à six ans de prison.

[9] Il est avancé que M. Estabrooks a commencé à se livrer à des agressions sexuelles sur des enfants dès 1953 et qu'il a continué à s'y livrer jusqu'en 1983 au moins. Outre la poursuite criminelle engagée en 1998, deux enquêtes distinctes ont été lancées. La première, lancée en 1998 également et menée par la police de Fredericton, a étudié la façon dont le corps de police de Saint John avait traité les plaintes relatives à la conduite de M. Estabrooks. En 2012, la Ville a commandé une enquête indépendante sur la totalité des allégations imputant des mauvais traitements à M. Estabrooks. En 2013, cette enquête avait recensé soixante-dix-neuf victimes toujours vivantes, dont la plus jeune avait sept ans à l'époque des agressions reprochées à M. Estabrooks.

[10] Le rapport provisoire des enquêteurs a été remis au conseil communal de Saint John en janvier 2013. En décembre, cette année-là, M. Hayes a intenté un recours collectif au nom [TRADUCTION] « des personnes ayant subi des agressions sexuelles de la part de Kenneth Estabrooks et des autres personnes ou groupes de personnes que [la Cour] reconnaîtra, ou dont elle ordonnera la représentation »; le recours englobait les cas survenus de 1953 à 1998. Les parties défenderesses étaient, à l'origine, The City of Saint John, la Saint John Police Commission et le Service de police de Saint John. Par la suite, plusieurs modifications ont apportées, de sorte que l'action n'est plus exercée que contre The City of Saint John. De même, des modifications ont été apportées à la définition du groupe proposé : une première fois avant l'audience de certification par modification de la période visée, qui prenait fin désormais en 1983, à la retraite de M. Estabrooks; une seconde fois au cours de l'audience, par ajout des mots [TRADUCTION] « toutes les personnes qui allèguent avoir subi un préjudice, une perte ou des dommages ».

[11] M. Hayes demandait diverses mesures de redressement, dont une ordonnance certifiant l'action à titre de recours collectif sous le régime de la *Loi*. La

norme à laquelle il faut satisfaire pour qu'une instance soit certifiée est énoncée au par. 6(1) de la *Loi*, dont le texte suit :

Certification of class proceeding

Certification de l'instance à titre de recours collectif

6(1) The court shall certify a proceeding as a class proceeding on a motion under section 3 or 4 if, in the opinion of the court,

6(1) La cour saisie d'une motion visée à l'article 3 ou 4 certifie une instance à titre de recours collectif si elle est d'avis que les conditions suivantes sont réunies :

(a) the pleadings disclose or the Notice of Application discloses a cause of action,

a) les plaidoiries ou l'avis de requête révèlent une cause d'action;

(b) there is an identifiable class of two or more persons,

b) il existe un groupe identifiable de deux personnes ou plus;

(c) the claims of the class members raise a common issue, whether or not the common issue predominates over issues affecting only individual members,

c) les demandes des membres du groupe soulèvent une question commune, que celle-ci l'emporte ou non sur les questions touchant seulement les membres individuels;

(d) a class proceeding would be the preferable procedure for the fair and efficient resolution of the dispute, and

d) le recours collectif serait la meilleure procédure pour que soit réglé de façon juste et efficace le litige;

(e) there is a person seeking to be appointed as representative plaintiff for the class who

e) il y a une personne qui cherche à être nommée comme représentant demandeur pour le groupe et qui :

(i) would fairly and adequately represent the interests of the class,

(i) représenterait de façon juste et appropriée les intérêts du groupe,

(ii) has produced a plan for the class proceeding that sets out a workable method of advancing the class proceeding on behalf of the class and of notifying class members of the class proceeding, and

(ii) a présenté, pour le recours collectif, un plan proposant une méthode efficace de faire avancer le recours collectif au nom du groupe et d'aviser les membres du groupe de l'existence du recours collectif,

(iii) does not have, with respect to the common issues, an interest that is in conflict with the interests of other class members.

(iii) n'a pas de conflit d'intérêts avec d'autres membres du groupe en ce qui concerne les questions communes.

[Emphasis added.]

[C'est moi qui souligne.]

[12] Lors de l'audience de certification, la question de savoir si les plaidoiries révélaient des causes d'action valides a donné lieu au débat le plus soutenu.

[13] Par une décision du 9 février 2017 (2017 NBBR 25, [2017] A.N.-B. n° 57 (QL)), un juge de la Cour du Banc de la Reine a certifié l'action à titre de recours collectif et conclu que les questions communes seraient les suivantes au procès :

[TRADUCTION]

- (1) La défenderesse avait-elle, à l'endroit des membres du groupe, l'obligation fiduciaire de les protéger contre les préjudices physiques, mentaux ou sexuels susceptibles d'action causés par Kenneth Estabrooks?
- (2) À supposer une réponse affirmative à la question (1), la défenderesse a-t-elle manqué à son obligation fiduciaire?
- (3) La défenderesse avait-elle, à l'endroit des membres du groupe, l'obligation de diligence de les protéger contre les préjudices physiques, mentaux ou sexuels susceptibles d'action causés par Kenneth Estabrooks?
- (4) À supposer une réponse affirmative à la question (3), la défenderesse a-t-elle manqué à son obligation de diligence?
- (5) La défenderesse est-elle responsable du fait d'autrui des préjudices physiques, mentaux ou sexuels susceptibles d'action causés par Kenneth Estabrooks?
- (6) Les membres du groupe ont-ils droit, par suite de la conduite de la défenderesse, à des dommages-intérêts punitifs? Le cas échéant, quel en est le montant?
[par. 96]

[14] Dans ses motifs, le juge saisi de la motion a cité tant la décision prononcée par les juges majoritaires (Drapeau, J.C.N.-B., et Deschênes, j.c.a.) dans *Gay et autres c. Régie régionale de la santé 7 et D^r Menon*, 2014 NBCA 10, 421 R.N.-B. (2^e) 1, que la décision de la juge en chef McLachlin dans *Elder Advocates* en tant que faisant jurisprudence sur la façon appropriée d'aborder une motion en vue de la certification. Il a

conclu qu'un principe se dégage de l'une et de l'autre : une audience de certification n'est pas destinée à l'examen du fond même de l'affaire. Au stade de la certification, le rôle du juge est de déterminer si, les faits allégués dans l'exposé de la demande étant supposés vrais, la plaidoirie révèle une cause d'action défendable. Une demande ne devrait être radiée que s'il est évident et manifeste qu'elle ne peut être accueillie.

[15] Après avoir examiné une à une les causes d'action éventuelles, le juge a conclu, vu l'exposé de la demande, que trois pouvaient être défendues : le manquement à une obligation fiduciaire, la négligence et la responsabilité du fait d'autrui.

[16] Il s'est d'abord demandé si les éléments nécessaires avaient été plaidés au soutien d'une allégation de manquement à une obligation fiduciaire : il a appliqué *Elder Advocates et Frame c. Smith*, [1987] 2 R.C.S. 99, [1987] A.C.S. n° 49 (QL), et répondu par l'affirmative. Le juge saisi de la motion a ensuite examiné si la négligence avait été plaidée de façon appropriée. Il a constaté que les éléments nécessaires à une allégation de négligence avaient été avancés. Enfin, le juge s'est penché sur la responsabilité du fait d'autrui. Sur ce point, il s'est demandé si une municipalité peut être responsable du fait d'autrui, envers les membres du public, pour le comportement d'un policier; il a jugé que les exceptions à la règle générale et leur applicabilité en l'espèce étaient des questions mixtes de droit et de fait. Il a conclu : [TRADUCTION] « [M. Hayes] a donc plaidé cette cause d'action, laquelle est justifiable en droit à supposer des faits propices » (par. 53).

[17] Après avoir constaté que trois causes d'action soutenables étaient plaidées, le juge saisi de la motion a entrepris de déterminer si un groupe identifiable, dont les demandes soulevaient des questions communes, avait été présenté suivant les al. 6(1)b) et c) de la *Loi sur les recours collectifs*. Il a conclu que les allégations laissaient apparaître des liens rationnels avec le groupe défini, ainsi qu'avec les causes d'action avancées. Il a ensuite décidé, au chapitre des dommages-intérêts communs, que la question de l'octroi de dommages-intérêts globaux serait tranchée lors du procès. Le juge saisi de la motion n'a donc pas certifié la question, mais il a bel et bien certifié la question des dommages-intérêts punitifs comme question commune.

[18] Dernier obstacle à la certification, il fallait que le juge, suivant l'al. 6(1)d de la *Loi*, estime qu'un recours collectif était la façon appropriée de procéder dans la présente affaire. La Ville soutenait qu'un recours collectif ne ferait pas avancer considérablement l'instance, parce que trop de questions individuelles se posaient en ce qui a trait aux agressions invoquées. Le juge saisi de la motion a repoussé cet argument; il a fait observer que les questions générales de responsabilité de la Ville, pour les actions de M. Estabrooks, l'emportaient sur la question de l'admissibilité de demandes individuelles.

III. Questions à trancher en appel

[19] La Ville appelle de l'ordonnance de certification rendue par le juge saisi de la motion et en demande l'annulation. Elle soutient que :

- (1) le juge saisi de la motion a commis une erreur de droit dans son application du par. 6(1) de la *Loi* lorsqu'il a conclu que l'exposé de la demande modifié révélait :
 - i) une cause d'action contre la Ville pour manquement à une obligation fiduciaire;
 - ii) une cause d'action contre la Ville pour responsabilité du fait d'autrui;
 - iii) une cause d'action contre la Ville pour négligence;
- (2) le juge saisi de la motion a commis une erreur de droit en examinant des éléments de preuve pour rendre une décision sous le régime du par. 6(1) de la *Loi*.

IV. Analyse

A. *Norme de contrôle*

[20] Avant d'aborder les moyens d'appel, il importe de définir clairement la norme de contrôle applicable.

[21] Seule se pose en appel la question de savoir si le juge a commis une erreur lorsqu'il a conclu que l'exposé de la demande révélait une cause d'action. Le critère servant à déterminer si une cause d'action est suffisamment révélée, dans un acte de procédure, pour que l'instance puisse être certifiée à titre de recours collectif est celui qui a été élaboré dans *Hunt c. Carey Canada Inc.*, [1990] 2 R.C.S. 959, [1990] A.C.S. n° 93 (QL), et appliqué dans *Sun-Rype Products Ltd. c. Archer Daniels Midland Company*, 2013 CSC 58, [2013] 3 R.C.S. 545 :

L'alinéa 4(1)(a) de la CPA exige que les actes de procédure révèlent une cause d'action. Cette analyse s'effectue selon la norme de preuve appliquée dans *Hunt c. Carey Canada Inc.*, [1990] 2 R.C.S. 959, à la p. 980, à savoir que le demandeur répond à l'exigence à moins qu'il ne soit manifeste que sa demande ne peut être accueillie, à supposer que tous les faits invoqués soient vrais (*Alberta c. Elder Advocates of Alberta Society*, 2011 CSC 24, [2011] 2 R.C.S. 261 («*Alberta Elders*»), par. 20; *Hollick c. Toronto (Ville)*, 2001 CSC 68, [2001] 3 R.C.S. 158, par. 25). [par. 31]

[22] Le juge saisi de la motion devait donc appliquer ce critère aux causes d'action avancées et décider dans chaque cas si, à supposer que tous les faits invoqués soient vrais, il était manifeste que la demande de M. Hayes ne serait pas accueillie. Le juge a procédé ainsi. Il a appliqué la norme juridique appropriée. Il a conclu que les causes d'action contestées avaient toutes des chances d'être accueillies. La question est de savoir s'il a fait erreur lorsqu'il est arrivé à ces conclusions.

[23] Dans *Gay et autres c. Régie régionale de la santé 7 et D^r Menon*, les juges majoritaires se sont reportés à *Canada (Attorney General) c. Anderson*, 2011 NLCA 82, [2011] N.J. No. 445 (QL), et ont constaté que, si les critères énoncés au par. 6(1) de la *Loi* soulèvent pour la plupart des questions mixtes de droit et de fait exigeant de faire preuve d'une déférence considérable envers le juge saisi de la demande d'autorisation du recours collectif, il n'en va pas de même du critère énoncé à l'al. 6(1)a), qui veut qu'une cause d'action soit révélée. Statuer sur ce point précis [TRADUCTION] « appelle des décisions sur des questions de droit et la norme de contrôle [qui s'applique] est donc celle de la décision correcte » (*Anderson*, par. 38, par renvoi à *Dow Chemical Company c. Ring, Sr.*, 2010 NLCA 20, [2010] N.J. No. 107 (QL), et *Gay*, par. 48).

[24] Le jugement de la majorité, dans *Gay*, aborde la question du cadre d'analyse qu'il convient d'adopter pour déterminer, au stade de la certification, si le critère de l'al. 6(1)a) est rempli :

Dans le cadre d'une motion en certification, la question n'est pas de savoir s'il est vraisemblable que les demandes soient accueillies sur le fond au procès mais plutôt celle de savoir si une cause d'action est officiellement invoquée dans les plaidoiries (voir les arrêts *Hollick [Hollick c. Toronto (Ville)]*, 2001 CSC 68, [2001] 3 R.C.S. 158], au par. 16, et *Vivendi Canada Inc. [Vivendi Canada Inc. c. Dell'Aniello]*, 2014 CSC 1, [2014] 1 R.C.S. 3], au par. 4). La question à trancher sous le régime de l'al. 6(1)a) de la *Loi sur les recours collectifs* doit l'être sur la seule base des plaidoiries comme c'est le cas dans le cadre d'une motion déposée en vertu de la règle 23.01(1)b) en vue de la radiation d'une plaidoirie qui ne révèle aucune cause d'action raisonnable. Le cadre analytique applicable a été énoncé dans l'arrêt *Sewell c. Compagnie d'assurance ING du Canada*, 2007 NBCA 42, 314 R.N.-B. (2^e) 330 :

Les principes qui orientent la décision à rendre sur la motion en radiation présentée par un défendeur en application de la règle 23.01(1)b) sont solidement établis et peuvent se résumer comme suit : (1) la seule question qu'aient à trancher les tribunaux est celle de savoir s'il est évident et manifeste que l'exposé de la demande ne révèle pas les éléments essentiels d'une

cause d'action soutenable en droit, conclusion à laquelle ils n'arriveront que dans les cas les plus manifestes; (2) parallèlement, sauf circonstances exceptionnelles, les tribunaux doivent tenir pour prouvés tous les faits énoncés dans l'exposé de la demande et s'abstenir d'un examen qui déborderait la plaidoirie même et les documents auxquels elle renvoie (*Hogan c. Doiron et al.* (2001), 243 R.N.-B. (2^e) 263, [2001] A.N.-B. n^o 382 (QL), 2001 NBCA 97, par. 38, et *Boisvert c. LeBlanc* (2005), 294 R.N.-B. (2^e) 325, [2005] A.N.-B. n^o 561 (QL), 2005 NBCA 115, par. 21). Passer ces limites transmueraient une motion présentée en application de la règle 23.01(1)b en une demande de jugement sommaire fondée sur la règle 22, cadre approprié pour déterminer avant le procès si une demande a un fondement factuel; (3) il y a lieu de donner une interprétation généreuse de l'exposé de la demande pour faire montre de souplesse devant les lacunes de rédaction qu'il pourrait présenter; (4) lorsqu'une interprétation généreuse de ses dispositions ne rétablit pas la plaidoirie, il convient de permettre toute modification opportune (règle 27.10(1) et *LeDrew et al. c. Conception Bay South (Town)* (2003), 231 Nfld. & P.E.I.R. 61, [2003] N.J. No. 276 (QL), 2003 NLCA 56). (par. 26) [par. 52]

[25] La question de savoir si une plaidoirie révèle une cause d'action étant une question de droit, et la norme de contrôle étant celle de la décision correcte, il incombe à notre Cour de déterminer si le juge saisi de la motion, lorsqu'il a appliqué le cadre d'analyse ci-dessus, qui prescrit à vrai dire un critère préliminaire très peu exigeant, a correctement conclu que l'exposé de la demande révélait une cause d'action. À cette fin, nous devons appliquer ce critère à chacune des allégations contestées : manquement à une obligation fiduciaire, négligence et responsabilité du fait d'autrui.

B. *Causes d'action invoquées*

(1) Manquement à une obligation fiduciaire

[26] The City of Saint John soutient que le juge saisi de la motion a commis une erreur lorsqu'il a conclu que l'exposé de la demande modifié révélait une cause d'action pour manquement à une obligation fiduciaire. Elle convient que le juge a reconnu avec raison *Elder Advocates* comme l'arrêt de principe en la matière, mais affirme qu'il a fait erreur dans son interprétation et dans son application de cet arrêt de la Cour suprême.

[27] Dans *Elder Advocates*, des pensionnaires de foyers de soins infirmiers et d'hôpitaux de soins prolongés souhaitaient intenter un recours collectif contre la Province de l'Alberta. La demande avançait que la Province, en facturant en trop des frais de logement et de repas aux pensionnaires, avait commis un certain nombre de fautes, parmi lesquelles un manquement à une obligation fiduciaire. Au nom d'une Cour unanime, la juge en chef McLachlin a défini le cadre dans lequel il fallait évaluer la demande et a traité du cas particulier des obligations fiduciaires en contexte gouvernemental.

[28] Dans *Elder Advocates*, l'analyse constate d'abord que « [l]'obligation fiduciaire est une notion issue du droit des fiducies » qui « exige qu'une partie, le fiduciaire, fasse preuve de loyauté absolue envers une autre partie, le bénéficiaire ou le *cestui que trust*, dans la gestion des affaires de ce dernier » (par. 22). La juge en chef McLachlin s'est référée aux motifs dissidents donnés par la juge Wilson dans *Frame c. Smith*, adoptés et appliqués par la suite dans *Lac Minerals Ltd. c. International Corona Resources Ltd.*, [1989] 2 R.C.S. 574, [1989] A.C.S. n° 83 (QL), et a indiqué qu'il existe des rapports qui sont connus pour donner naissance à des obligations fiduciaires. Elle a ajouté que, selon la juge Wilson, ces rapports :

[...] semblent posséder trois caractéristiques générales :

- (1) le fiduciaire peut exercer un certain pouvoir discrétionnaire.
- (2) le fiduciaire peut unilatéralement exercer ce pouvoir discrétionnaire de manière à avoir un effet sur les intérêts juridiques ou pratiques du bénéficiaire.
- (3) le bénéficiaire est particulièrement vulnérable ou à la merci du fiduciaire qui détient le pouvoir discrétionnaire. [par. 27]

[29] Après avoir fait remarquer que « la vulnérabilité, à elle seule, ne suffit pas à justifier l'existence d'une obligation fiduciaire » (par. 28), la juge en chef McLachlin a écrit que « les trois "caractéristiques" mentionnées dans l'arrêt *Frame* [...] ne constituent pas un code complet permettant de reconnaître les obligations fiduciaires » (par. 29). Pour que soit reconnue l'existence d'une obligation fiduciaire, dans les cas non visés par une catégorie existante de cas dans lesquels l'existence d'une obligation fiduciaire a été reconnue, certains autres éléments sont nécessaires.

[30] « D'abord », a-t-elle expliqué, « la preuve doit démontrer que le fiduciaire s'est engagé délibérément à agir au mieux des intérêts du bénéficiaire »; elle a cité le juge Cromwell, qui, dans *Galambos c. Perez*, 2009 CSC 48, [2009] 3 R.C.S. 247, a indiqué qu'« il faut, dans tous les cas, un engagement du fiducial, exprès ou implicite, d'agir dans le respect du devoir de loyauté qui lui incombe » (par. 30, citation du par. 75 de *Galambos*). La juge en chef McLachlin a ensuite apporté ces précisions :

L'existence et la nature de l'engagement reposent sur les normes relatives au rapport particulier : *Galambos*, par. 77. La partie invoquant l'obligation doit pouvoir démontrer que, relativement à l'intérêt juridique particulier en jeu, le fiduciaire a renoncé aux intérêts de toutes les autres parties en faveur de ceux du bénéficiaire.

L'engagement peut découler de la relation entre les parties, d'une responsabilité imposée par une loi, ou d'une entente expresse que le fiduciaire agira en tant que fiduciaire des

intérêts du bénéficiaire. Suivant l'arrêt *Galambos* au par. 77 :

L'engagement du fiduciaire peut résulter de l'exercice de pouvoirs conférés par la loi, des conditions – expresses ou implicites – d'une entente, ou, peut-être, simplement de l'engagement d'agir ainsi. Lorsque la relation est en soi fiduciaire, cet engagement sera fonction de la nature de la catégorie à laquelle la relation en question appartient. Le point central demeure qu'il y aura, tant dans les relations fiduciaires en soi que dans les relations fiduciaires *ad hoc*, un engagement du fiduciaire d'agir loyalement. [par. 31 et 32]

[Soulignement de la juge en chef McLachlin]

[31] Les relations fiduciaires en soi sont celles qui, historiquement reconnues, « existent systématiquement dans les catégories de relations habituelles, comme celles entre le fiduciaire et le *cestui que trust*, l'exécuteur et le bénéficiaire, l'avocat et son client, le mandataire et le mandant, l'administrateur et la société, ainsi que le tuteur et le pupille ou le parent et l'enfant ». À l'inverse, « les relations fiduciaires *ad hoc* doivent être établies selon les circonstances de chaque cas » (par. 33).

[32] Le deuxième élément requiert que l'obligation « exist[e] envers une personne ou un groupe de personnes définies, qui doivent être vulnérables par rapport au fiduciaire en ce sens que ce dernier exerce un pouvoir discrétionnaire sur eux », car « [l]es obligations fiduciaires n'existent pas en général; elles sont limitées à des relations précises entre des parties précises » (par. 33).

[33] Le troisième élément complémentaire exige que la personne qui invoque l'existence d'une relation fiduciaire démontre « que le pouvoir du fiduciaire peut avoir un effet sur les intérêts juridiques du bénéficiaire ou sur ses intérêts pratiques essentiels » (par. 34). Dans le cas des relations *ad hoc*, elle « doit être en mesure d'indiquer qu'un intérêt juridique ou un intérêt pratique essentiel identifiable est en jeu » (par. 35).

[34] La juge en chef McLachlin a donné un sommaire utile de ces éléments :

En bref, pour prouver l'existence d'une obligation fiduciaire *ad hoc*, le demandeur doit démontrer, en plus de la vulnérabilité découlant du rapport décrit par la juge Wilson dans l'arrêt *Frame* : (1) un engagement de la part du fiduciaire à agir au mieux des intérêts du bénéficiaire ou des bénéficiaires; (2) l'existence d'une personne ou d'un groupe de personnes définies vulnérables au contrôle du fiduciaire (le bénéficiaire ou les bénéficiaires); et (3) un intérêt juridique ou un intérêt pratique important du bénéficiaire ou des bénéficiaires sur lequel l'exercice, par le fiduciaire, de son pouvoir discrétionnaire ou de son contrôle pourrait avoir une incidence défavorable. [par. 36]

[35] La juge en chef a ensuite traité, dans son analyse, de la façon dont ces éléments s'appliquent dans le contexte gouvernemental. Elle a expliqué que « les caractéristiques précises des responsabilités et des fonctions du gouvernement signifient que le gouvernement aura des obligations fiduciaires seulement dans des circonstances restreintes et particulières » (par. 37).

[36] Quoique des situations particulières, telles les relations entre Sa Majesté et les peuples autochtones du Canada, aient amené à conclure à des obligations fiduciaires du gouvernement, ces cas sont uniques. En général, « [l]a nature particulière du contexte gouvernemental a une incidence sur les conditions d'une relation fiduciaire » (par. 41). Dans le contexte gouvernemental, les considérations suivantes entrent en jeu :

- « [L]a condition selon laquelle le fiduciaire doit s'engager à agir dans l'intérêt du bénéficiaire sera généralement absente si l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire du gouvernement est en cause » (par. 42).
- Imposer à l'État le fardeau de faire passer avant toute autre chose les intérêts du bénéficiaire « va naturellement à l'encontre de son obligation d'agir au mieux des intérêts de la société dans son ensemble et de répartir les ressources limitées entre les groupes opposés dont les demandes d'aide sont tout aussi valables », de sorte que « [l']obligation de loyauté [de l'État] envers une personne ou un groupe en particulier ne sera démontrée que dans de rares cas » (par. 44).

- « En règle générale, un lien étroit avec l'une des catégories habituelles de relation fiduciaire – entre le fiduciaire et le *cestui que trust*, l'exécuteur et le bénéficiaire, l'avocat et son client, le mandataire et le mandant, l'administrateur et la société, le tuteur et le pupille ou le parent et l'enfant – constitue une condition préalable pour pouvoir conclure à l'existence d'une obligation fiduciaire implicite de l'État » (par. 47).
- « [U]ne obligation générale envers le public ou des secteurs du public ne peut remplir les conditions d'un engagement » (par. 48).
- Sauf dans les cas où « l'obligation de l'État est effectivement une obligation privée dont il s'acquitte », il est difficile de postuler « l'existence d'un groupe de personnes précis envers qui le gouvernement a une obligation de loyauté exclusive », parce que, en règle générale, le gouvernement doit agir dans l'intérêt de tous les citoyens (par. 49).
- « Il n'existe aucune obligation fiduciaire envers le public dans son ensemble et, généralement, il faut examiner chaque cas séparément pour établir l'existence d'une obligation fiduciaire envers une personne ou un groupe en particulier » (par. 50).
- « Il ne suffit pas que les mesures qu'aurait prises le fiduciaire aient une incidence d'un caractère général sur le bien-être, les biens ou la sécurité d'une personne. L'intérêt touché doit être un intérêt de *droit privé* précis sur lequel la personne exerçait déjà un droit distinct et absolu. À titre d'exemples de tels intérêts, mentionnons les droits de propriété, les intérêts analogues aux droits de propriété et les intérêts humains fondamentaux ou personnels du genre de ceux qui entrent en jeu lorsque l'État assume la tutelle d'un enfant ou d'une personne incapable » (par. 51).

[37] Comme je l'ai mentionné précédemment, le juge saisi de la motion s'est reporté aux facteurs énoncés dans *Elder Advocates*. À son avis, les trois premiers – les facteurs issus de *Frame* – étaient nettement plaidés dans l'exposé de la demande modifié, qui avançait que le pouvoir, l'autorité et l'obligation fiduciaire de M. Estabrooks auprès du demandeur et des membres du groupe avaient été créés et soutenus par la Ville, et que

les voies de fait et batteries sexuelles avaient été causées par le manquement de la Ville à une obligation fiduciaire, du fait de l'assujettissement de M. Hayes et des membres du groupe à l'autorité et au contrôle de M. Estabrooks. Pour ce qui est de l'exigence d'un engagement du fiduciaire d'agir au mieux des intérêts des bénéficiaires, le juge a fait remarquer que cet engagement peut découler implicitement de la relation des parties, indiqué que les catégories de fiduciaires ne sont pas exhaustives et exprimé l'avis suivant : [TRADUCTION] « [L]a Cour pourrait établir un lien avec une catégorie traditionnelle de relation fiduciaire, telle la relation entre tuteur et pupille, dans les circonstances ». Il a conclu qu'il n'était [TRADUCTION] « pas évident et manifeste que la cour ne déduir[ait] pas un engagement implicite de la Ville d'agir au mieux des intérêts du demandeur et des membres du groupe » (par. 33).

[38] À mon très respectueux avis, le raisonnement et la conclusion du juge saisi de la motion, sur ce point, sont entachés d'erreur. Il faudrait, afin que soit révélée une cause d'action pour manquement à une obligation fiduciaire, que l'exposé de la demande fasse valoir un engagement précis de la Ville d'agir au mieux des intérêts de M. Hayes et des membres du groupe. Il ne fait valoir rien de tel. Il est affirmé, au par. 27 de l'exposé de la demande modifié, que le Service de police de Saint John et la Police Commission, [TRADUCTION] « à titre de représentants du système de justice, avaient une obligation fiduciaire envers » M. Hayes et les membres du groupe. À supposer qu'il soit possible d'avancer cet argument, pour plaider l'existence de l'engagement précis nécessaire afin qu'une obligation fiduciaire soit établie, il n'est évidemment pas avancé contre la Ville, qu'on peut difficilement considérer comme une représentante du système de justice. Au paragraphe 28, M. Hayes affirme qu'Estabrooks avait une obligation fiduciaire envers lui et les autres, et que la Ville a créé et soutenu cette obligation. Cet argument, encore une fois, n'avance rien qui fonderait à conclure qu'est plaidé un engagement précis, de la part de la Ville, d'agir au mieux des intérêts de M. Hayes et des membres du groupe.

[39] Il est affirmé, dans l'exposé de la demande modifié, que M. Hayes et les membres du groupe [TRADUCTION] « étaient particulièrement vulnérables et à la merci

de la Ville », mais l'engagement précis nécessaire afin d'établir une cause d'action pour manquement à une obligation fiduciaire n'est pas plaidé.

[40] Il est vrai que l'exposé de la demande modifié avance que la Ville a fait passer ses intérêts avant les intérêts de M. Hayes et des membres du groupe, mais cette allégation de manquement ne fonde pas à conclure à l'existence d'une obligation.

[41] Outre qu'il ne révèle pas l'engagement requis, l'exposé de la demande modifié ne désigne pas de personne ou de groupe de personnes définies auprès de qui l'engagement aurait été pris. Il avance que M. Hayes et les membres du groupe étaient vulnérables en raison de leur âge, mais n'identifie ni personne ni groupe, en particulier, auprès de qui la Ville aurait pris l'engagement d'agir au mieux de ses intérêts.

[42] Je rappelle qu'une allégation de manquement à une obligation fiduciaire, pour être accueillie, doit toucher « un intérêt de *droit privé* précis sur lequel la personne exerçait déjà un droit distinct et absolu ». « Il ne suffit pas que les mesures qu'aurait prises le fiduciaire aient une incidence d'un caractère général sur le bien-être, les biens ou la sécurité d'une personne » (*Elder Advocates*, par. 51). L'exposé de la demande modifié n'indique pas qu'un intérêt de droit privé déjà existant a été touché. La demande, pour l'essentiel, sollicite des dommages-intérêts pour le préjudice porté au bien-être ou à la sécurité des demandeurs. Les prétentions de l'exposé de la demande modifié ne sont donc pas suffisantes pour plaider le troisième des éléments requis, dont la juge en chef a traité aux par. 34 et 51 d'*Elder Advocates*.

[43] En somme, l'exposé de la demande modifié ne me paraît pas contenir d'allégations qui seraient suffisantes, si elles étaient vraies, pour qu'une cour puisse conclure, par application des principes énoncés dans *Elder Advocates*, à un engagement de la Ville d'assumer une obligation fiduciaire envers une personne ou un groupe de personnes en particulier. Je suis d'avis que, s'il était supposé qu'elles sont vraies, les allégations auxquelles le juge s'est reporté ne donneraient pas naissance à une obligation fiduciaire de la Ville, puisqu'elles ne révèlent pas d'engagement précis, qu'elles ne

désignent ni personne ni groupe définis auprès de qui cet engagement aurait été pris et qu'elles n'indiquent pas qu'a été touché, par-delà le bien-être et la sécurité en général, un intérêt de droit privé déjà existant.

[44] Contrairement au juge saisi de la motion, je ne crois pas que l'exposé de la demande modifié révèle des faits suffisants qui justifieraient de déduire un engagement implicite et qui permettraient à une cour d'[TRADUCTION] « établir un lien avec une catégorie traditionnelle de relation fiduciaire, telle la relation entre tuteur et pupille » (par. 33). Il n'existe aucune ressemblance entre la vaste obligation que M. Hayes et les membres du groupe souhaitent voir attribuée à la Ville et la relation fiduciaire entre tuteur et pupille. Dans *Callan c. Cooke*, 2012 BCSC 1589, [2012] B.C.J. No. 2220 (QL), autre affaire où des agressions sexuelles sur la personne d'un mineur étaient imputées à un policier, la Cour suprême de la Colombie-Britannique a examiné s'il fallait radier, entre autres, une allégation de manquement à des obligations fiduciaires de la part de la GRC. La juge Arnold-Bailey a indiqué qu'il se pouvait, malgré que la nature des obligations de la GRC envers le grand public ait signifié qu'une obligation fiduciaire envers le demandeur ne pouvait être établie, qu'une relation entre tuteur et mineur ait existé pendant que le demandeur participait au programme de « co-patrouille », mais que les faits nécessaires à l'établissement de l'obligation correspondante n'avaient pas été plaidés. La situation n'est pas la même en l'espèce. Sont essentiellement plaidées dans l'exposé de la demande modifié des obligations susceptibles d'entraîner une responsabilité délictuelle, et non les obligations et devoirs nécessaires pour asseoir une obligation fiduciaire.

[45] Au paragraphe 54 d'*Elder Advocates*, la juge en chef McLachlin a écrit que, même si les catégories d'obligation fiduciaire ne sont pas exhaustives, l'instruction de demandes vouées à l'échec ne devrait pas être autorisée. J'estime, après un examen attentif des allégations contenues dans l'exposé de la demande modifié, et présumant vrais les faits qui s'y trouvent plaidés, qu'il est évident et manifeste que l'allégation de manquement à une obligation fiduciaire ne peut être accueillie.

(2) Responsabilité du fait d'autrui

[46] Pour statuer sur ce moyen d'appel, j'applique certains autres principes formulés dans *Sewell* par le juge Drapeau, J.C.N.-B., et repris par les juges majoritaires dans *Gay*. Premièrement, la conclusion qu'il est évident et manifeste qu'un exposé de la demande ne révèle pas les éléments essentiels d'une cause d'action soutenable en droit ne sera tirée que « dans les cas les plus manifestes »; deuxièmement, il convient de « donner une interprétation généreuse de l'exposé de la demande » auquel un critère est appliqué, « pour faire montre de souplesse devant les lacunes de rédaction qu'il pourrait présenter » (*Sewell*, par. 26).

[47] Le juge saisi de la motion, dans les motifs qui l'ont amené à conclure que l'exposé de la demande modifié révélait une cause d'action fondée sur la responsabilité du fait d'autrui, s'est référé au critère énoncé dans *Bazley c. Curry*, [1999] 2 R.C.S. 534, [1999] A.C.S. n° 35 (QL) : « [L]e critère de la responsabilité du fait d'autrui découlant de l'agression sexuelle d'un client par un employé devrait être axé sur la question de savoir si l'entreprise de l'employeur et l'habilitation de l'employé ont accru sensiblement le risque d'agression sexuelle et, par conséquent, de préjudice » (par. 46). Le juge a estimé, cependant, que l'applicabilité de *Bazley* était douteuse, en l'espèce, en raison de décisions de common law établissant que les policiers ne sont pas des préposés ou des employées d'une municipalité.

[48] La juge McLachlin, juge puînée à l'époque, a énuméré dans *Bazley* des facteurs que les tribunaux sont appelés à prendre en considération dans les poursuites intentées pour responsabilité du fait d'autrui par suite d'agressions sexuelles commises par des employés. Plusieurs sont pertinents en l'espèce :

Après avoir examiné la jurisprudence et les questions de politique générale soulevées, je conclus que, pour décider si la responsabilité du fait d'autrui d'un employeur est engagée en raison de la faute intentionnelle et non autorisée d'un employé dans des cas où la jurisprudence n'est pas

concluante, les tribunaux devraient appliquer les principes suivants :

[...]

(2) Il s'agit essentiellement de savoir si l'acte fautif est suffisamment lié à la conduite autorisée par l'employeur pour justifier l'imputation de la responsabilité du fait d'autrui. La responsabilité du fait d'autrui est généralement fondée quand il existe un lien important entre la création ou l'accroissement d'un risque et la faute qui en découle, même si elle n'a rien à voir avec les souhaits de l'employeur. Le cas échéant, la responsabilité du fait d'autrui satisfera aux considérations de politique générale de la dissuasion et de la réparation juste et appropriée. Des liens accessoires avec l'entreprise qui procure l'emploi, comme la date, l'heure et le lieu (sans plus), ne sont pas suffisants. Lorsque l'employeur exerce une activité particulière, il est juste qu'il soit obligé d'acquitter les coûts généralement prévisibles de cette activité. Par contre, l'imputation de la responsabilité des coûts non liés au risque ferait effectivement de l'employeur un assureur involontaire.

(3) Pour décider s'il existe un lien suffisant entre la création ou l'accroissement du risque par l'employeur et la faute reprochée, il est possible de tenir compte de facteurs subsidiaires qui peuvent varier selon la nature de l'affaire. Quand ils se rapportent à des délits intentionnels, les facteurs pertinents peuvent notamment comprendre les suivants :

a) l'occasion que l'entreprise a fournie à l'employé d'abuser de son pouvoir;

[...]

c) la mesure dans laquelle l'acte fautif était lié à la situation de conflit, d'affrontement ou d'intimité propre à l'entreprise de l'employeur;

d) l'étendue du pouvoir conféré à l'employé relativement à la victime;

e) la vulnérabilité des victimes potentielles à l'exercice fautif du pouvoir de l'employé. [par. 41]

[49] Il est avancé dans l'exposé de la demande modifié que M. Estabrooks, à la fois lorsqu'il était membre du corps de police et lorsqu'il travaillait pour le Service des travaux publics de Saint John, était un employé de la Ville. Il est avancé en outre que M. Estabrooks s'est servi de la situation d'autorité, de pouvoir et de confiance où il se trouvait, tant à titre de policier qu'à titre d'employé municipal, pour commettre les fautes qu'on lui impute. L'exposé de la demande ajoute que la Ville a donné à M. Estabrooks l'occasion, en le plaçant dans cette situation, d'abuser de son pouvoir sur M. Hayes et sur les membres du groupe. Il est affirmé, enfin, que le risque à l'origine des violences sexuelles a été engendré par la Ville, qui l'a créé et favorisé.

[50] En somme, la demande indique que les actes délictueux de M. Estabrooks sont directement attribuables à sa situation d'emploi et à l'autorité dont il était investi à titre de policier et, par la suite, à titre d'employé du Service des travaux publics. Il existe une nette correspondance entre ces faits, tels qu'ils ont plaidés, et l'analyse formulée par la Cour suprême dans *Bazley*. Il est avancé que l'occasion a été fournie à M. Estabrooks, vu les fonctions et l'autorité que son emploi lui conférait, de commettre les fautes qu'on lui reproche. Policier en mesure d'arrêter, de fouiller et de détenir des enfants, comme le fait valoir l'exposé de la demande, M. Estabrooks devait se trouver dans une situation de pouvoir considérable relativement aux demandeurs, qui devaient être particulièrement vulnérables à un exercice fautif de ce pouvoir. Il en était ainsi, également, de la situation de M. Estabrooks, lorsqu'il était surveillant au Service des travaux publics, face aux employés subalternes.

[51] L'exposé de l'allégation de responsabilité du fait d'autrui est suffisant. En conséquence, seul un motif prévu par le droit pourrait fonder à exclure cette allégation, par exemple s'il y avait, comme le soutient la Ville, rejet catégorique de la responsabilité du fait d'autrui dans les poursuites où des policiers sont en cause. À mon sens, ce rejet catégorique n'existe pas. Il est arrivé que les tribunaux appliquent la responsabilité du fait d'autrui dans une affaire mettant en cause un policier. Le cas s'est présenté dans *Evans c.*

Sproule, [2008] O.J. No. 4518 (C. sup. Ont.) (QL). Dans cette affaire, il a été établi que la Commission de services policiers de Toronto était responsable du fait d'autrui, pour une agression sexuelle commise par un policier, parce qu'elle avait suscité dans le public un climat de confiance et d'obéissance qui avait facilité la perpétration du délit. Il est vrai qu'une disposition législative, absente ici, prévoyait dans *Evans* que le chef de police était responsable des délits civils commis par les membres du corps de police; toutefois, le juge a conclu à la responsabilité de la Commission [TRADUCTION] « à la fois sous le régime de la loi et sous le régime de la common law » (par. 100).

[52] Le juge saisi de la motion a écrit que [TRADUCTION] « la common law admet certaines exceptions quant au statut dont les policiers jouissent à l'égard d'une municipalité » et que les actes reprochés [TRADUCTION] « ne ressortissaient pas à la conduite d'une enquête » (par. 51). Il s'est reporté aux divers lois et règlements déposés en preuve par les parties à la motion en vue de la certification, qui semblaient indiquer que la Ville exerçait quelque contrôle sur les policiers pendant la période visée. Après les avoir passés en revue, le juge a conclu [TRADUCTION] « qu'il s'agit d'une question mixte de droit et de fait, qu'il vaut mieux trancher sur la base d'un dossier de preuve complet et qui ne devrait pas être tranchée dans le cadre d'une motion en vue de la certification » (par. 52).

[53] Le juge a notamment invoqué l'arrêt *R. c. Campbell*, [1999] 1 R.C.S. 565, [1999] A.C.S. n° 16 (QL), où la Cour a conclu qu'« [u]n policier qui enquête sur un crime n'agit ni en tant que fonctionnaire ni en tant que mandataire de qui que ce soit » (par. 27). Les faits de *Campbell* diffèrent sensiblement des faits de l'espèce. Lors d'une opération dite « de vente surveillée », des membres de la GRC avaient vendu des stupéfiants à des individus soupçonnés de trafic. Les avocats de la défense avaient mis en doute la légalité de la conduite de la GRC, ce qui avait amené la Cour à examiner si les enquêtes de la GRC bénéficiaient de l'immunité de l'État. Le juge a indiqué que la Cour suprême avait reconnu qu'il était « possible que, dans l'exercice de l'un ou de l'autre de ses rôles, la GRC agisse en tant que mandataire de l'État » (par. 29).

[54] L'arrêt *Campbell*, sur lequel la Ville se fonde pour affirmer que les actes d'un policier ne peuvent donner lieu à une responsabilité du fait d'autrui, n'est pas sans équivoque. Un arrêt des procédures était demandé, dans cette affaire, pour inconduite policière dans l'enquête menée sur un crime. L'énoncé que la Ville invoque se trouve formulé dans le contexte d'une décision défavorable à l'octroi de l'immunité d'intérêt public à la GRC. Quoique le juge Binnie, au nom de la Cour, ait bel et bien affirmé qu'« [u]n policier qui enquête sur un crime n'agit ni en tant que fonctionnaire ni en tant que mandataire de qui que ce soit » (par. 27), il a précisé que le pourvoi « ne soul[evait] toutefois que la question du statut d'un agent de la GRC agissant dans le cadre d'une enquête criminelle ».

[55] S'il est certain que la thèse de la Ville s'appuie sur de solides arguments, et s'il se peut qu'en définitive, après avoir pleinement débattu le point dans le contexte des faits de l'espèce, une cour conclue que la common law, au Nouveau-Brunswick, n'étend pas la responsabilité du fait d'autrui à une municipalité, pour les actes d'un policier, la question ne peut être considérée comme résolue dans notre province. Dans *LeBlanc c. Boisvert*, 2005 NBCA 115, 294 R.N.-B. (2^e) 325, le juge en chef Drapeau a écrit que la règle 23.01(1)a) « est une disposition inadaptée à la décision de questions d'interprétation législative irrésolues, complexes et difficiles » (par. 35). À mon sens, il en est ainsi en l'espèce. J'estime que le juge saisi de la motion n'a pas commis d'erreur lorsqu'il a conclu qu'il n'était pas évident et manifeste que la demande était destinée à échouer.

[56] La Ville soutient par ailleurs que l'exposé de la demande modifié ne précise pas suffisamment l'allégation de responsabilité du fait d'autrui pour ce qui est de la période durant laquelle M. Estabrooks était employé par le Service des travaux publics. Je ne suis pas de cet avis. Il est avancé dans la plaidoirie que M. Estabrooks s'est servi de l'autorité dont il était revêtu à titre d'employé municipal pour enlever, séquestrer et agresser sexuellement des enfants et des mineurs. Il est avancé également que, pendant toute la période pertinente, la Ville a engendré, créé et favorisé le risque qui s'est traduit par des violences de M. Estabrooks sur des enfants. Dans *E.B. c. Order of the Oblates of*

Mary Immaculate in the Province of British Columbia, 2005 CSC 60, [2005] 3 R.C.S. 45, la Cour a rappelé qu'imposer une responsabilité du fait d'autrui pour une agression sexuelle commise par un employé exige « un lien solide entre ce que l'employeur demandait à l'employé de faire (le risque créé par l'entreprise de l'employeur) et l'acte fautif » (par. 2). Une interprétation généreuse de l'exposé de la demande me conduit à la conclusion qu'il n'est pas évident et manifeste que la demande échouera. Il est vrai que la plaidoirie n'apporte pas de détails, au chapitre des faits déterminants, en ce qui a trait à certains des critères énoncés dans *E.B.*, mais l'on ne peut affirmer que l'allégation de responsabilité du fait d'autrui n'est pas suffisamment précisée. La preuve produite au procès établira si cette allégation est prouvée.

[57] La Ville soutient que le juge saisi de la motion a commis une erreur lorsqu'il s'est référé à des éléments introduits en preuve lors de l'audience, alors qu'il était appelé à déterminer si l'exposé de la demande modifié présentait une allégation de responsabilité du fait d'autrui qui pût tenir.

[58] Dans l'arrêt *Gay*, comme l'indique l'extrait cité précédemment, les juges majoritaires ont conclu que les principes qui orientent la décision à rendre sur une motion en radiation s'appliquent également lorsqu'il s'agit de décider, dans le contexte d'une motion en vue de la certification, si une cause d'action en due forme est invoquée dans les plaidoiries. Ils se sont reportés à *Sewell* et ont répété que l'un de ces principes veut que, « sauf circonstances exceptionnelles, les tribunaux doivent tenir pour prouvés tous les faits énoncés dans l'exposé de la demande et s'abstenir d'un examen qui déborderait la plaidoirie même et les documents auxquels elle renvoie » (par. 52).

[59] Les documents auxquels le juge s'est référé en l'espèce n'étaient pas des documents auxquels renvoyait l'exposé de la demande modifié. Il s'agissait de règlements ayant régi le corps de police de Saint John. Cette réglementation, comme l'a signalé M. Hayes, fait partie de mesures législatives passées qui ont défini les rapports de Saint John avec son corps de police. À mon sens, bien que l'exposé de la demande modifié n'ait pas renvoyé à ces documents, leur examen par le juge était justifié du fait de

circonstances exceptionnelles, suivant *Sewell*. Les documents indiquaient tout simplement quel était le cadre réglementaire à l'époque. Quoi qu'il en soit, il n'était pas strictement essentiel pour le juge d'avoir recours à ces documents, puisque, à mon sens, l'exposé de la demande modifié alléguait suffisamment les faits nécessaires, sur lesquels il s'est fondé.

(3) Négligence

[60] Le juge saisi de la motion a cité *Mustapha c. Culligan du Canada Ltée*, 2008 CSC 27, [2008] 2 R.C.S. 114, en tant qu'arrêt détaillant les éléments nécessaires à l'établissement d'une allégation de négligence. La juge en chef McLachlin y résume ces éléments nécessaires, issus d'une longue jurisprudence, dans un texte d'une précieuse concision :

Pour avoir gain de cause dans une action fondée sur la négligence, le demandeur à une telle action doit établir les éléments suivants : (1) le défendeur avait envers lui une obligation de diligence; (2) par ses agissements, le défendeur a manqué à la norme de diligence; (3) le demandeur a subi des dommages; (4) ces dommages lui ont été causés, en fait et en droit, par le manquement du défendeur. [par. 3]

[61] La Ville affirme que les éléments nécessaires à une demande fondée sur la négligence ne sont pas plaidés; plus précisément, elle soutient que l'exposé de la demande modifié ne révèle pas une proximité suffisante entre elle et M. Hayes, ou les membres du groupe, pour qu'une obligation de diligence soit créée. M. Hayes, lui, maintient que cette obligation de diligence existait bel et bien, et s'appuie en particulier sur l'affirmation que la Ville avait connaissance de la conduite de M. Estabrooks, devant laquelle elle n'a pas agi.

[62] Le juge saisi de la motion a statué ainsi :

[TRADUCTION]

Il est avancé, au par. 38 de l'exposé de la demande, qu'il existait un lien de proximité suffisant entre le demandeur et le groupe, d'une part, et la Ville, d'autre part, pour qu'une obligation de diligence soit créée. À mon sens, la question de la proximité est une question de fait qu'il appartient au juge du procès de trancher. La présente motion n'appelle qu'à déterminer si la plaidoirie révèle une cause d'action raisonnable. [par. 39]

[63] Je ne relève aucune erreur dans cet énoncé. Le juge saisi de la motion a examiné l'exposé de la demande modifié, dont il a donné une interprétation généreuse pour conclure que tous les éléments de la négligence étaient plaidés.

[64] Les parties invoquent l'une et l'autre *Succession Odhavji c. Woodhouse*, 2003 CSC 69, [2003] 3 R.C.S. 263, et chacune affirme que les principes établis dans cet arrêt par la Cour suprême étayent son argumentation. L'affaire *Odhavji* faisait suite à la mort par balle d'un civil, mort à laquelle des policiers avaient été mêlés, et à l'enquête menée après coup sur les circonstances du décès par l'unité des enquêtes spéciales (UES). Parmi les actions intentées dans *Odhavji*, un faisceau de poursuites en négligence visait le chef de police de la communauté urbaine de Toronto, la Commission de services policiers de la communauté urbaine de Toronto et la Province de l'Ontario. Comme en l'espèce, la question de l'existence d'une obligation de diligence était déterminante dans *Odhavji*.

[65] L'arrêt *Odhavji* n'établit pas que la Commission de services policiers ou la Province de l'Ontario ne pourrait en aucun cas voir une responsabilité en négligence lui être attribuée envers une personne à qui un policier aurait porté préjudice. Il constatait en fait que, étant donné les allégations avancées, le lien entre les demandeurs, d'une part, et la Commission et la Province, d'autre part, ne permettait pas d'imposer une obligation. La situation n'est pas la même en l'espèce. L'exposé de la demande modifié avance essentiellement que la Ville avait connaissance des violences exercées sur des enfants par M. Estabrooks et qu'elle n'a rien entrepris, pourtant, afin d'empêcher qu'il se serve de l'autorité dont il était investi en tant que policier pour perpétrer les agressions ou afin

d'éviter de lui en donner l'occasion à l'époque où il était un employé du Service des travaux publics :

[TRADUCTION]

31. La Ville [...] et des travailleurs sociaux employés par la Ville ont reçu des plaintes à propos des violences sexuelles d'Estabrooks et n'ont, ni enquêté sur ces plaintes, ni agi.

32. La Ville [...] [a] tenu secrètes les plaintes portées contre Estabrooks et n'[a] ni prévenu ni protégé les enfants de la municipalité, y compris les membres du groupe, en signalant qu'Estabrooks était [un] prédateur sexuel dangereux.

33. La Ville [...] savai[t] ou aurai[t] dû savoir qu'Estabrooks avait des antécédents d'agression sexuelle et qu'il existait un risque réel d'agression sexuelle, de sa part, contre le demandeur, les membres du groupe et d'autres enfants de la municipalité.

34. Le demandeur affirme que, pendant des décennies, la Ville [...] [a] su ou aurai[t] dû savoir qu'Estabrooks était un prédateur sexuel, mais [a] méconnu ou caché le fait qu'Estabrooks représentait un danger pour les enfants de la ville, ou fait preuve d'aveuglement volontaire sur ce point.

38. La Ville [...] avai[t] un lien de proximité avec le demandeur ou le groupe, du fait de la délimitation distincte et de l'étendue restreinte du groupe. Un lien de proximité s'ensuivait, enfin, de la connaissance qu'avai[t] la Ville [...] des violences sexuelles d'Estabrooks, de même que de [son] défaut d'enquêter sur ces plaintes et d'agir.

[66] Nous avons vu que, au stade de la certification, il est nécessaire, non pas que le groupe demandeur établisse que ses prétentions seront accueillies au procès, mais que rien n'exclut qu'elles soient accueillies, sur la seule base des plaidoiries. M. Hayes affirme que la connaissance qu'avait la Ville de la conduite de M. Estabrooks a créé une obligation de diligence envers les membres du groupe. Je suis d'avis que, vu le contenu de l'exposé de la demande modifié, il ne peut être affirmé qu'il est évident et manifeste que cette obligation n'existait pas.

[67] Ainsi, je conclus qu'il n'est pas nettement manifeste, vu les faits plaidés, qu'une allégation de négligence est destinée à échouer.

V. Conclusion

[68] À l'instar de la juge en chef McLachlin dans *Elder Advocates*, je signale que « [l]a présente décision ne tranche pas le bien-fondé de l'action mais examine le caractère justifiable en droit des causes d'action invoquées » (par. 4). À supposer que les faits invoqués soient vrais, je conclus que le juge saisi de la motion n'a pas fait erreur lorsqu'il a constaté que l'exposé de la demande révélait une cause d'action défendable, en négligence ou en responsabilité du fait d'autrui. Je conclus également, en revanche, que l'allégation de manquement à une obligation fiduciaire ne révèle pas de cause d'action et qu'elle doit être radiée. En définitive, il convient de confirmer l'ordonnance certifiant l'action à titre de recours collectif sous le régime de la *Loi*, mais de la modifier en radiant les éléments qui se rapportent à l'obligation fiduciaire.

VI. Dispositif

[69] Pour les motifs qui précèdent, je suis d'avis d'accueillir l'appel en partie. Je suis d'avis de confirmer l'ordonnance certifiant l'action à titre de recours collectif sous le régime de la *Loi*, mais de la modifier en supprimant de la liste des questions communes les alinéas 5a et 5b, qui ont trait à une prétendue obligation fiduciaire. L'appelante et l'intimé ayant obtenu partiellement gain de cause, je ne condamnerais ni l'une ni l'autre aux dépens.