

COURT OF APPEAL OF  
NEW BRUNSWICK



COUR D'APPEL DU  
NOUVEAU-BRUNSWICK

106-22-CA

ROBERT HAYES, on behalf of himself and other  
class members

APPELLANT

- and -

THE CITY OF SAINT JOHN, a body corporate by  
Royal Charter, confirmed and amended by Acts of  
the Legislative Assembly of the Province of New  
Brunswick

RESPONDENT

Hayes v. The City of Saint John (#3), 2023 NBCA  
79

CORAM:

The Honourable Justice Drapeau  
The Honourable Justice Quigg  
The Honourable Justice LeBlond

Appeal from a decision of the Court of King's  
Bench:  
September 29, 2022

History of Case:

Decision under appeal:  
2022 NBKB 184

Preliminary or incidental proceedings:  
2023 NBCA 66 (#2)  
2023 NBKB 40  
2018 NBCA 51 (#1)

Appeal heard:  
June 29, 2023

Judgment rendered:  
September 14, 2023

Reasons for judgment by:  
The Honourable Justice Drapeau

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

APPELANT

- et -

THE CITY OF SAINT JOHN, corps constitué par  
charte royale promulguée et modifiée par des lois  
de l'Assemblée législative de la province du  
Nouveau- Brunswick,

INTIMÉE

Hayes c. The City of Saint John (n° 3), 2023  
NBCA 79

CORAM :

l'honorable juge Drapeau  
l'honorable juge Quigg  
l'honorable juge LeBlond

Appel d'une décision de la Cour du Banc du Roi :  
le 29 septembre 2022

Historique de la cause :

Décision frappée d'appel :  
2022 NBBR 184

Procédures préliminaires ou accessoires :  
2023 NBCA 66 (n° 2)  
2023 NBBR 40  
2018 NBCA 51 (n° 1)

Appel entendu :  
Le 29 juin 2023

Jugement rendu :  
le 14 septembre 2023

Motifs de jugement :  
l'honorable juge Drapeau

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

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

Counsel at hearing:

Avocats à l'audience :

For the appellant:  
Celeste Poltak, Adam Tanel, Elie Waitzer  
and John A. McKiggan, K.C.

Pour l'appelant :  
Celeste Poltak, Adam Tanel, Elie Waitzer  
et John A. McKiggan, c.r.

For the respondent:  
Michael D. Brenton, K.C. and Emilie S. Jerome

Pour l'intimée :  
Michael D. Brenton, c.r., et Emilie S. Jerome

### THE COURT

### LA COUR

The appeal by Robert Hayes and other claimants in the underlying class action takes issue with the determination by the common issues judge that The City of Saint John is not vicariously liable for their sexual abuse by a member of its police force during his working hours. That decision is set aside, with the issue of costs to be addressed later. The judge committed reversible error in finding the police officer was not an employee of the City when he perpetrated, during working hours, the sexual abuse in question and that the “strong connection” between job functions and wrongdoing required to justify the imposition of vicarious liability was not established.

L'appelant Robert Hayes et d'autres demandeurs dans le recours collectif sous-jacent contestent en appel la conclusion tirée par le juge saisi des questions communes selon laquelle The City of Saint John n'est pas responsable du fait d'autrui pour les agressions sexuelles commises contre eux par un membre de son corps de police pendant ses heures de travail. Cette décision est annulée et la question des dépens sera abordée plus tard. Le juge a commis une erreur justifiant l'infirmité de sa décision lorsqu'il a conclu que le policier n'était pas un employé municipal quand il a commis, pendant ses heures de travail, les agressions sexuelles en cause et que le « lien solide » entre les fonctions professionnelles du policier et les actes fautifs, qui était requis pour justifier que la Cour impose la responsabilité du fait d'autrui, n'avait pas été établi.

The City's cross-appeal against the finding of vicarious liability for the sexual assaults committed by the member in question after his transfer to the City Works Department has been adjourned, pending a decision by the common issues judge with respect to the defence based on the *Workers' Compensation Act*, R.S.N.B. 1973, c. W-13.

L'appel reconventionnel interjeté par la Ville contre la conclusion de responsabilité du fait d'autrui pour les agressions sexuelles commises par le membre en cause après qu'il eut été muté au Service des travaux publics a été ajourné jusqu'à ce que le juge saisi des questions communes rende une décision sur le moyen de défense fondé sur la *Loi sur les accidents du travail*, L.R.N.-B. 1973, ch. W-13.

On September 28, 2023, at 2:00 p.m., the Court will hear the parties with respect to the limitations defence.

Le 28 septembre 2023, à 14h., la Cour entendra les parties au sujet du moyen de défense fondé sur la prescription.

The judgment of the Court was delivered by

DRAPEAU, J.A.

I. Introduction and Overview

[1] On numerous occasions during his long career as a member of the City of Saint John police force, Kenneth Estabrooks used the power and status of his job to sexually abuse vulnerable and impressionable children, including the appellant, Robert Hayes. When Estabrooks initiated the abuse, which was often at the most repugnant end of the spectrum, he was wearing a City-issued police uniform and badge, and in control of a City patrol car, his City-issued handgun almost invariably visible and always within reach. In 1975, a Police Department investigation of complaints by two teenage boys confirmed recent sexual “improprieties” on Estabrooks’ part, during working hours as a police officer. As a result, Estabrooks was transferred to the City Works Department to work as a labourer. In relatively short order, he sexually assaulted co-workers, including Mr. Hayes who, by then, had reached the age of majority.

[2] In 2013, Mr. Hayes commenced an action in damages against the City, on the basis of its direct and vicarious liability for Estabrooks’ sexual abuse while with the Police Department (1953-1975) and the Works Department (1975-1983). The action was subsequently certified under the *Class Proceedings Act*, R.S.N.B. 2011, c. 125, and the City’s negligence and vicarious liability for the sexual abuse Estabrooks committed during working hours as a member of its police force became common issues. However, at the opening of trial, the claim in negligence for the Police Department period was abandoned. As a result, the claim for that period is grounded exclusively on vicarious liability, a theory the judge rejected because of his view that police officers hired by a municipality are not, as a matter of law, its employees, and the close connection required by *Bazley v. Curry*, [1999] 2 S.C.R. 534, [1999] S.C.J. No. 35 (QL) for the imposition of vicarious liability had not been established: *Hayes v. City of Saint John*, 2022 NBKB 184. I hasten to underscore, purely for emphasis and perhaps unnecessarily, that, although

the sexual abuse in question occurred during Estabrooks' working hours as a member of the City police force, it was not "done under and by virtue of" any Act of the Legislature or Parliament and, as a result, he could not claim, let alone benefit from any immunity from civil liability pursuant to the *Protection of Persons Acting under Statute Act*, R.S.N.B. 1973, c. P-20: *Boucher v. Milner* (1997), 194 N.B.R. (2d) 59, [1997] N.B.J. No. 487 (QL) (C.A.), paras. 10-11.

[3] The overarching substantive issue on appeal is whether the judge committed reversible error in finding the City was not vicariously liable for the harm caused by Estabrooks' sexual abuse of the claimants, during working hours as a police officer. In a nutshell, the complaint driving the appeal is that this finding is the product of: (1) a misunderstanding of the judicial precedents relied upon to find Estabrooks was not a City employee; and (2) a failure to properly apply the common law test for vicarious liability in circumstances where children were sexually abused during the officer's working hours, and the abuse was enabled by his job-created authority. For the reasons that follow, I am of the respectful view the complaint is well founded. Accordingly, I would allow the appeal, set aside the decision under appeal, and answer affirmatively the only certified common question under consideration: "Is the City vicariously liable for the actionable physical, mental, and/or sexual harm perpetrated by Kenneth Estabrooks [...] between 1953 and 1975 when he was a police officer?"

## II. Context

[4] On March 20, 1953, Kenneth Estabrooks became a member of the City police force. He resigned on October 29, 1975. At various times between those dates, he sexually abused numerous boys and girls, some on multiple occasions. As of 2013, seventy-nine living victims had been identified, with the youngest being seven years old at the time of Estabrooks' assault: *The City of Saint John v. Hayes (#1)*, 2018 NBCA 51, [2018] N.B.J. No. 206 (QL), at para. 9, per Richard, C.J.N.B., for the Court, leave to appeal refused, [2018] S.C.C.A. No. 415 (QL). Apparently, no one in a position to help these children was aware of this serial sexual abuse.

[5] In the fall of 1975, two of Estabrooks' victims, both teenage boys, complained to the City Police Department. The ensuing investigation confirmed the allegations of sexual abuse fuelling the complaints. When confronted, Estabrooks admitted the allegations. The power imbalance between on the one hand, this six-foot tall 200-pound police officer in full uniform and, on the other, the teenage complainants, weighs heavily against taking seriously any suggestion they consented to the sexual acts.

[6] However, Estabrooks was not charged with any criminal offence, nor was he dismissed. Rather, Estabrooks was allowed to resign and was transferred to the City Works Department, purportedly to save his pension. He eventually became a sub-foreman at the Works Department and sexually assaulted underlings, including Mr. Hayes.

[7] Throughout his 22-year career as a member of its police force, the City dealt with Estabrooks as an employee, albeit without asserting any authority over the manner of his execution of law enforcement functions, and he invariably referred to the City as his employer.

[8] Estabrooks retired from employment with the City in 1983. In 1984, he was presented with an Honour Certificate signed by the Mayor and the Common Clerk for his faithful service over the previous 25 years, a timespan that included most of his career as a municipal police officer.

[9] In 1999, Estabrooks was charged with four counts of indecent assault against different male persons, one charge of indecent assault against a female person and one charge of anal intercourse with a male person. It was alleged the offences occurred during the Police Department period (1953-1975). Estabrooks was convicted on four counts of indecent assault, and sentenced to six years in the penitentiary, where he died in 2005. In his reasons for sentence, the judge explained Estabrooks would act as a "friendly police officer" to lure disadvantaged children into his police cruiser and sexually abuse them.

[10] As noted, by 2013, seventy-nine living victims had been identified. Several testified at the trial of the common issues. It was their evidence, which was not shaken by cross-examination, that the sexual abuse took place in a City police car, while Estabrooks was in uniform, and that they got into the vehicle, obeyed his commands and did not promptly report the sexual abuse because of his status as a police officer.

[11] In December 2013, Mr. Hayes, as a representative plaintiff, commenced the underlying action against the City of Saint John, the Saint John Police Commission, and the Saint John Police Department. The actions against the Police Commission and the Police Department were eventually discontinued as the former did not exist at any relevant time, and the latter was not a legal entity. In the result, the City stands as the sole defendant.

[12] The action having been certified as a class proceeding under the *Class Proceedings Act*, a judge of the Court of King's Bench certified some common issues. The only certified common issue relevant to this appeal is whether the City is vicariously liable for the sexual abuse perpetrated and, the related harm caused, by Estabrooks between 1953 and 1975 during working hours as a member of the City police force. The judge determined it was not. He did so after concluding that, as a matter of law, Estabrooks was not a City employee at the time, and the connection between the City and Estabrooks' wrongdoing was not sufficiently close to justify a finding of vicarious liability.

[13] Mr. Hayes, on behalf of himself and all other class members, appeals, contending the trial judge committed reversible error in determining: (1) Estabrooks was not a City employee when he engaged in the sexual abuse; (2) the strong connection required to justify the imposition of vicarious liability did not exist; (3) the sexual abuse was not a materialization of a risk created by the City because it was not "authorized or encouraged" by the City; (4) s. 17 of the *Police Act*, S.N.B. 1977, c. P-9.2. forecloses a finding of vicarious liability; and (5) prior to the enactment of s. 17, the common law excluded liability on a municipality for torts committed by a member of its police force,

whether in carrying out law enforcement duties or otherwise: trial decision, at paras. 84 and 108.

### III. Analysis and Decision

[14] The appeal on the merits turns on the application of the common law of vicarious liability by a municipality for the sexual abuse of children by a member of its police force during working hours. The appeal is not concerned with vicarious liability for torts committed by a municipal police officer in the execution or purported execution of “core law enforcement functions”, a descriptor coined by Tulloch J.A., now C.J.O., in the scholarly reasons he delivered for the Court in *Smith v. Ontario (Attorney General)*, 2019 ONCA 651, [2019] O.J. No. 4155 (QL). Rather, the focus is on vicarious liability by a municipality for a tort committed by a member of its police force during working hours, but not in the execution of core law enforcement functions.

[15] Three sub-issues arise: (1) did the judge commit reversible error in ruling Estabrooks was not a City employee when he engaged in the sexual abuse in question? (2) did he commit an equally significant error in finding the requisite strong connection between the City and Estabrooks’ wrongdoing was not established? Consideration of this question brings into play s. 17 of the *Police Act*; and (3) can a finding of vicarious liability be made without evidence from each class member confirming he or she was sexually abused by Estabrooks during his working hours as a police officer?

#### A. *First sub-issue: was Estabrooks a City employee?*

[16] Both sides agree the leading authority on point is *671122 Ontario Ltd. v. Sagaz Industries Canada Inc.*, 2001 SCC 59, [2001] 2 S.C.R. 983. In that case, the Supreme Court held a “search for the total relationship of the parties” was necessary to determine whether an employer-employee or an independent contractor relationship existed (para. 46). In the run-of-the-mill cases, the key question is “whether the person who has been engaged to perform the services is performing them as a person in business

on his own account” (para. 47). Mr. Hayes submits the application of the *Sagaz* test, adapted to the situation under consideration, and having regard to the following admitted or otherwise established facts, commands the conclusion that Estabrooks was indeed a City employee at the relevant time, namely when he committed the sexual abuse.

[17] Estabrooks applied for a position with the Saint John Police Department by means of an application to the “Corporation of the City of Saint John” dated March 4, 1953. He was sworn in as a police officer on March 20, 1953, pursuant to a City of Saint John Common Council Order.

[18] Between 1957 and 1970, Estabrooks’ terms of employment were set by collective agreements between the Police Officers Union Local 61 and the City. The City was specifically referred to as the “Employer” in those agreements. Additionally, they dealt with issues readily associated with an employment relationship: rates of regular pay, overtime pay, hours of duty, lunch breaks, vacation, leaves of absence, seniority, promotions, injuries in the line of duty, discipline, uniforms and clothing allowances, equipment, fitness for duty, classes of departmental positions and terms for internal competitions for promotions.

[19] The City self-identified as Estabrooks’ employer in at least one other document, a credit card application in 1972. The record shows the first time the City claimed Estabrooks was not an employee while a member of its police force was in the pleadings.

[20] Estabrooks viewed himself as a City employee. In a June 6, 1980 letter to the City Director for Personnel and Training, Estabrooks stated: “I have been an employee of the City of Saint John since March 20, 1953”, the date of his hire as a City police officer.

[21] The City was also vested with power over its police force, and Estabrooks, through two sets of *Rules and Regulations for the Saint John Police Force* enacted by the Common Council and in force sequentially for the entire duration of Estabrooks’ career



as a police officer. The *Rules and Regulations* stated the Common Council was at all times responsible for “the control and supervision” of the general administration of the police force. It charged the City with the following specific employment-related authority:

- a) assigning the duties and responsibilities of all positions within the police force, including the deputy director, divisional inspectors, patrol sergeants and constables;
- b) setting out the necessary qualifications for all applicants;
- c) establishing the necessary elements for the training of recruits;
- d) providing general instructions to members of the Police Department; and
- e) rules of absences, time allowances, sickness and injuries, promotions, the content of orders, payroll, expenses, batons, use of firearms, saluting and discipline.

[22] The judge ruled the *Rules and Regulations* were not evidence “that the City exercised a measure of control” because they “did not originate with the City or any of its employees”, but were drafted and presented to Common Council by the Director of Police (the first set) and the Chief of Police (the second set) (trial decision, para. 93). The appellant underscores the *Rules and Regulations* were enacted by Common Council, and he submits the judge erred in law in disqualifying them as evidence of some control by the City. I agree. Exclusive involvement by police officials in the drafting and presentation of the *Rules and Regulations* does not preclude their admissibility or negate their significance as evidence of control by the City.

[23] Moreover, the City was directly involved in the employment of Estabrooks himself as a member of its police force by:

- (a) promoting him four times;
- (b) denying his requests for promotion twice;
- (c) completing performance evaluations for him;
- (d) disciplining him on two occasions;

- (e) adjudicating his grievances (and appeals) under the collective agreements;
- (f) paying for his life insurance and drug coverage; and
- (g) celebrating him, following retirement, as a 25-year service provider.

[24] Despite those badges of an employer-employee relationship, the judge felt constrained to find Estabrooks was not a City employee because, on his understanding of the law, municipal police officers are not employees of the appointing municipality “particularly, but not exclusively, in respect to the carrying out of their police duties”: (trial decision, para. 84). In the judge’s considered opinion, municipal police officers occupy a public office characterized by independence of action that is inconsonant with an employment relationship with the City. It followed Estabrooks was not a City employee when he committed the sexual abuse of the class members. The judge came to this conclusion on the basis of his understanding of statements of the law found in *McCleave v. City of Moncton* (1902), 32 S.C.R. 106, [1902] S.C.J. No. 9 (QL), *Gulkison v. Vancouver Police Board*, 2015 BCCA 361, [2015] B.C.J. No. 1761 (QL) and *R. v. Campbell*, [1999] 1 S.C.R. 565, [1999] S.C.J. No. 16 (QL). As such, the finding that Estabrooks was not a City employee raises a question of law for which the standard of appellate review is correctness. In my respectful view, the judge erred in law in so finding.

[25] In *McCleave*, the issue was whether the City of Moncton was vicariously liable for the wrongful execution by one of its constables of a search warrant under the *Canada Temperance Act*, S.C. 1878, c. 16. The Supreme Court held the City of Moncton could not be held liable for the acts of its constable “in his effort to secure the observance of the statute”: p. 108. It is from this narrow perspective that the Court quoted approvingly the following passage from *Buttrick v. The City of Lowell*, 1 Allen [Mass.] 172:

Police officers can *in no respect* be regarded as agents or officers of the city. Their duties are of a public nature. Their appointment is devolved on cities and towns by the legislature as a convenient mode of exercising a function of government, but this does not render them liable for their

unlawful or negligent acts. The detection and arrest of offenders, the preservation of the public peace, the enforcement of the laws and other similar powers and duties with which police officers and constables are entrusted are derived from the law, and not from the city or town under which they hold their appointment. For the mode in which they exercise their powers the city or town cannot be held liable. [Emphasis added; para. 2]

[26] In my view, the italicized phrase “in no respect”, which the judge underlined in his reasons for decision, refers to acts performed by a municipally appointed police officer in the execution of the core law enforcement functions identified in the passage. In *Lévesque and BMG Farming Ltd. v. Province of New Brunswick and New Brunswick Crop Insurance Commission*, 2011 NBCA 48, 372 N.B.R. (2d) 202, [2011] N.B.J. No. 163 (C.A.), at para. 67, the Court explained *McCleave* involved the application of the “independent discretion rule”, which posited “the Crown was not vicariously liable for the actions of a police officer in the execution of statutory or common law powers that were vested in him or her personally and which called for the exercise of independent discretion” (emphasis added). That rule applied equally to municipalities and the Crown. The phrase “in no respect” does not embrace intentional torts that are unrelated to core law enforcement functions, like sexual abuse of children during working hours.

[27] The common issues judge also quoted the following passage from *Gulkison* as supporting the view that municipal police officers are never employees of the municipality that hired them:

Prior to passage of the *Police Act* in 1974, British Columbia’s legislation providing for appointment of municipal police officers was set in the historical theory of the police role defined by the common law -- that a police constable is a holder of an ancient office and not an employee of those appointing him -- usually the Board of Police Commissioners. In the theory that animated (and which to a degree still animates) municipal policing, the office of constable connoted original authority, with the

independence of action that phrase entails, answerable only to the law and his conscience. [...] [para. 11]

[28] In *Gulkison*, the plaintiff alleged he was abused and sexually assaulted by a member of the Vancouver Police Department, and claimed against the Vancouver Police Board for damages. As the British Columbia Court of Appeal noted at the outset of its reasons, the claim was based on the premise that the defendant, the Vancouver Police Board, was responsible for the liabilities of the Board of Police Commissioners, which was, at all material times, the sole administrator of the Vancouver Police Department. The Vancouver Police Board applied for dismissal of the action, arguing it had no liability for events that occurred while the Board of Police Commissioners was charged with exclusive oversight of the Vancouver Police Department. The Notice of Application posed the following questions: (1) are the Board of Police Commissioners and Vancouver Police Board separate entities? and (2) if the answer to the foregoing is “yes”, could the Vancouver Police Board be liable for any liabilities attributed to the Board of Commissioners? The parties agreed that if the questions were answered “yes” and “no”, respectively, the Court “shall dismiss the entirety of the Plaintiff’s action against the Vancouver Police Board” (para. 2). The Court of Appeal answered the two questions in that fashion and, as a result, the Vancouver Police Board was not liable for the damages claimed against it, and the action stood to be dismissed.

[29] Thus, the statement from *Gulkison* quoted by the judge was made in *obiter* and, as such, was not binding on him. At any rate, I view the statement as overly broad, having regard to the authoritative jurisprudence on point, particularly *Campbell*. It is only where municipal police officers perform core law enforcement functions that the law recognizes them as public officers that are independent of the appointing municipality, and therefore not its agent or employee.

[30] The judge quoted, as well, the following excerpts from *Campbell*:

[...] A police officer investigating a crime is not acting as a government functionary or as an agent of anybody. He or

she occupies a public office initially defined by the common law and subsequently set out in various statutes. [...]

[...]

[...] The importance of this principle, which itself underpins the rule of law, was recognized by this Court in relation to municipal forces as long ago as *McCleave v. City of Moncton* (1902), 32 S.C.R. 106. That was a civil case, having to do with potential municipal liability for police negligence, but in the course of his judgment Strong C.J. cited with approval the following proposition, at pp. 108-9:

Police officers can in no respect be regarded as agents or officers of the city. Their duties are of a public nature. Their appointment is devolved on cities and towns by the legislature as a convenient mode of exercising a function of government, but this does not render them liable for their unlawful or negligent acts. The detection and arrest of offenders, the preservation of the public peace, the enforcement of the laws, and other similar powers and duties with which police officers and constables are entrusted are derived from the law, and not from the city or town under which they hold their appointment. [paras. 27 and 29]

[31] The judge overlooked an important qualifier to the proposition that a police officer “is not acting as a government functionary or as an agent of anybody”: that is so when he or she is “investigating a crime” or otherwise engaged in the execution of “powers and duties with which police officers and constables are entrusted”. As it underscored in *Campbell*, at para. 29, the Supreme Court was “concerned only with the status of an RCMP officer in the course of a criminal investigation, and in that regard the police are independent of the control of the executive government” (emphasis added). It is trite that, in committing the sexual abuse of class members, Estabrooks was not investigating a crime or otherwise executing core law enforcement functions. The judge’s findings on this subject bear repeating:

In this case we are concerned, not with Estabrooks’ carrying out of his police duties *per se*, but rather with his

serial commission of sexual assaults against the plaintiff and Class Members while he was supposed to be carrying out his police duties. The evidence of the plaintiff and other potential Class Members who testified about Estabrooks' sexual assaults against them was that he was in uniform, in a police car and often kept his gun visible. Thus, while he was not actually investigating crime or doing other police work, he was committing these assaults during working hours when he should have been investigating or preventing crime and, at times, under the guise of doing police work as he often used the trappings of the job to command their presence under the pretense that he wanted to talk to them about a crime he was investigating. [Emphasis added; para. 85]

[32] The view that police officers are not agents or employees of the appointing municipality is tied to their independence in carrying out core law enforcement functions. In *Smith*, Tulloch, J.A., as he then was, situated in its proper context the excerpt from *Campbell* quoted by the trial judge, and explained the circumstances under which the law treats municipal police officers as independent public officers:

[39] The modern doctrine of police independence takes its origins from English and Canadian decisions that conceptualized police officers as the holders of a civil office of trust who derived their authority directly from the law. Three English decisions -- *Fisher v. Oldham Corp.*, [1930] 2 K.B. 364, [1930] All E.R. Rep. 96; *Attorney General for New South Wales v. Perpetual Trustee Co.*, [1955] A.C. 457, [1955] 1 All E.R. 846 (P.C.); and *R. v. Metropolitan Police Commissioner, Ex parte Blackburn*, [1968] 2 Q.B. 118, [1968] 1 All E.R. 763 (C.A.) -- laid the foundations of the doctrine of police independence in English law. Canadian courts have echoed much of the reasoning from these decisions in developing the doctrine of police independence in this country.

(a) *English case law*

[40] *Fisher* is often considered the progenitor of the concept of police independence in English law: Philip C. Stenning, *Legal Status of the Police*, Law Reform Commission of Canada, Study Paper, Criminal Law Series (Ottawa: Minister of Supply and Services Canada, 1981), at

p. 113. In that case, McCardie J. held that an English municipality was not vicariously liable for a police officer's tort of false imprisonment. He determined that, at common law, police officers are not servants of the municipality, but instead are officers of the Crown with a duty to preserve and enforce the law: at pp. 370-71 K.B. He reasoned that holding the municipality vicariously liable would entitle the municipality to demand control over arrest and prosecution of offenders. In his view, the prospect of such municipal control over the police was [page319] a "grave and most dangerous constitutional change" that would jeopardize police independence: at pp. 372-73, 377-78 K.B. *Fisher* thus came to form the constitutional foundation of police independence from municipalities and served as a basis for the subsequent cases that developed the doctrine of police independence in English law: Paul Ceysens, *Legal Aspects of Policing*, looseleaf (2003-Rel. 16), (Saltspring Island, B.C.: Earls court Legal Press, 1994), vol. 1, at p. 1-19.

[41] In *Perpetual Trustee Co.*, the Privy Council applied *Fisher* to establish that the police were independent not only from municipalities, but also from the Crown itself. The case concerned whether a police constable stood in a servant-master relationship to the Crown such that the Crown could claim damages for loss of services caused by the defendant's negligent driving that injured the police officer. The Privy Council held that police officers were not servants of the Crown and dismissed the Crown's claim. Viscount Simonds endorsed the reasoning in *Fisher* and stated, at pp. 489-90 A.C.:

Their Lordships can now express their final opinion upon the case. They repeat that, in their view, there is a fundamental difference between the domestic relation of servant and master and that of the holder of a public office and the State which he is said to serve. The constable falls within the latter category. His authority is original, not delegated, and is exercised at his own discretion by virtue of his office: he is a ministerial officer exercising statutory rights independently of contract. The essential difference is recognized in the fact that his relationship to the Government is not, in ordinary parlance, described as that of servant and master.

[42] Finally, in *Blackburn*, Lord Denning provided the leading statement of police independence and applied the principles developed in the private law cases of *Fisher* and *Perpetual Trustee Co.* in a public law context. The case concerned an application to judicially review the Commissioner of Police's policy decision to direct police officers not to lay charges against clubs breaching gambling laws. Lord Denning extracted the following proposition from *Fisher* and *Perpetual Trustee Co.*, at pp. 135-36 Q.B.:

[But] I have no hesitation in holding that, like every constable in the land, [the Commissioner of Police] should be, and is, independent of the executive. He is not subject to the orders of the Secretary of State, save that under the Police Act, 1964, the Secretary of State can call upon him to give a report, or to retire in the interests of efficiency. I hold it to be the duty of the Commissioner of Police of the Metropolis, as it is of every chief constable, to enforce the law of the land. He must take steps so to post his men that crimes may be detected; and that honest citizens may go about their affairs in peace. He must decide whether or not suspected persons are to be prosecuted; and, if need be, bring the prosecution or see that it is brought; but in all these things he is not the servant of anyone, save of the law itself. No Minister of the Crown can tell him that he must, or must not, keep observation on this place [page320] or that; or that he must, or must not, prosecute this man or that one. Nor can any police authority tell him so. The responsibility for law enforcement lies on him. He is answerable to the law and to the law alone.

[43] Lord Denning ultimately dismissed the appeal on the basis that the Commissioner of Police had withdrawn the impugned policy directive and would exercise his discretion afresh to consider whether to lay charges: at pp. 137-38 Q.B.

[...]

[45] Canadian courts were also quick to apply the reasoning in *Fisher*, *Perpetual Trustee Co.* and *Blackburn* to the Canadian context. As Stenning has observed in *Legal*



*Status of the Police*, at pp. 113-15, these English cases had a powerful influence on Canadian thinking about police independence. For instance, in *Nicholson v. Haldimand Norfolk (Regional) Police Commissioners*, [1979] 1 S.C.R. 311, [1978] S.C.J. No. 88, the Supreme Court relied on *Perpetual Trustee Co.* to hold that a police officer is a holder of a public office and exercises an original authority confirmed by the police legislation to maintain public order and preserve the peace: at pp. 321-22 S.C.R.

[...]

[48] More recently, the Supreme Court confirmed and applied the principle of police independence to the criminal law context in *R. v. Campbell*, [1999] 1 S.C.R. 565, [1999] S.C.J. No. 16. In that case, the court rejected the Crown's argument that Royal Canadian Mounted Police ("RCMP") agents who violated the *Narcotic Control Act*, R.S.C. 1985, c. N-1, enjoyed public interest immunity as agents of the Crown. Relying on *McCleave*, *Perpetual Trustee Co.*, *Blackburn* and *Nicholson*, the Supreme Court held that police officers investigating a crime occupied a public office defined by the common law and statute. At paras. 32-33 of its reasons, the court explicitly adopted the passages from *Perpetual Trustee Co.* and *Blackburn* quoted above. Accordingly, the court concluded that police officers conducting a criminal investigation are "independent of the control of the executive government": at para. 29. They are not considered servants or agents of the government and are "not subject to political direction": at para. 33. Instead, they are only "answerable to the law": at para. 33.

[49] *Campbell* underlined the importance of police independence. The court emphasized that the principle of police independence in a criminal investigation "underpins the rule of law": at para. 29. It accordingly interpreted the broad language in s. 5 of the *Royal Canadian Mounted Police Act*, R.S.C. 1985, c. R-10, that the RCMP are under ministerial direction in a manner that preserved police independence from such direction in matters of core law enforcement: at paras. 28-29, 33.

[...]

[53] Beyond the case law, numerous Royal Commissions on policing issues have also echoed the holding

in Campbell that police independence protects police decision-making in core law enforcement functions from executive interference. Even reports that have struck a more cautionary tone on police independence have endorsed police independence in relation to the core law enforcement functions of conducting criminal investigations, laying charges, and making arrests. [Emphasis added; paras. 39-43, 45, 48, 49 and 53]

[33] The independence rationale for the negation of an employment relationship is bereft of traction where, as here, the acts for which vicarious liability is claimed are not in furtherance of, or incidental to, the *bona fide* execution of core law enforcement functions. I repeat: it is only where a municipally appointed police officer is engaged in the performance of those functions that the law holds he or she occupies a public office, separate from the employer-employee relationship that is otherwise in effect.

[34] Estabrooks was not executing core law enforcement functions when he sexually abused the class members. When he did so, he was not occupying a public office independent of the City; he was, quite simply, an employee of the City.

B. *Second sub-issue: a sufficiently strong connection?*

[35] The proper application of *Bazley* “is a legal issue that can be readily ‘extracted’ from the factual context”: *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, para. 23. As such, correctness is the controlling standard of review, and the Court owes no deference to the trial judge’s negative answer to the question: was there a sufficiently strong connection between Estabrooks’ functions as a police officer and his wrongdoing? In my view, there was.

[36] In *Bazley*, the Supreme Court agreed the Salmond test, broadly interpreted, applied in providing the answer to the following general question: may employers be held vicariously liable for their employees’ sexual assaults on clients or

persons within their care? Under that two-branch test, employers are vicariously liable: (1) for acts they authorized; or (2) acts they did not authorize that are so connected with authorized acts that they may be regarded as modes, albeit improper, of doing an authorized act. In *Bazley*, the Supreme Court accepted the second branch may be approached in two steps: First, a court should ascertain if there are precedents that unambiguously determine on which side of the liability line the case falls. If an answer does not emerge from the jurisprudence, the second step is to determine “whether vicarious liability should be imposed in light of the broader policy rationales behind strict liability” (para. 15). The debate in our Court focused on the second step.

[37] In *Bazley*, the Supreme Court identified the main policy considerations that lie “at the heart of vicarious liability” as: providing a just and practical remedy for the harm and deterrence of future harm (para. 29). It went on to explain:

First and foremost is the concern to provide a just and practical remedy to people who suffer as a consequence of wrongs perpetrated by an employee. Fleming expresses this succinctly (at p. 410): “a person who employs others to advance his own economic interest should in fairness be placed under a corresponding liability for losses incurred in the course of the enterprise”. The idea that the person who introduces a risk incurs a duty to those who may be injured lies at the heart of tort law. As Cardozo C.J. stated in *Palsgraf v. Long Island R. Co.*, 162 N.E. 99 (N.Y. 1928), at p. 100, “[t]he risk reasonably to be perceived defines the duty to be obeyed, and risk imports relation; it is risk to another or to others within the range of apprehension.” This principle of fairness applies to the employment enterprise and hence to the issue of vicarious liability. While charitable enterprises may not employ people to advance their economic interests, other factors, discussed below, make it fair that they should bear the burden of providing a just and practical remedy for wrongs perpetrated by their employees. This policy interest embraces a number of subsidiary goals. The first is the goal of effective compensation. “One of the most important social goals served by vicarious liability is victim compensation. Vicarious liability improves the chances that the victim can recover the judgment from a solvent defendant.” (B. Feldthusen, “Vicarious Liability for Sexual Torts”, in *Torts*

*Tomorrow* (1998), 221, at p. 224.) Or to quote Fleming, the master is “a more promising source of recompense than his servant who is apt to be a man of straw” (p. 410).

However, effective compensation must also be fair, in the sense that it must seem just to place liability for the wrong on the employer. Vicarious liability is arguably fair in this sense. The employer puts in the community an enterprise which carries with it certain risks. When those risks materialize and cause injury to a member of the public despite the employer’s reasonable efforts, it is fair that the person or organization that creates the enterprise and hence the risk should bear the loss. This accords with the notion that it is right and just that the person who creates a risk bear the loss when the risk ripens into harm. While the fairness of this proposition is capable of standing alone, it is buttressed by the fact that the employer is often in the best position to spread the losses through mechanisms like insurance and higher prices, thus minimizing the dislocative effect of the tort within society. “Vicarious liability has the broader function of transferring to the enterprise itself the risks created by the activity performed by its agents” (*London Drugs, per La Forest J.*, at p. 339).

The second major policy consideration underlying vicarious liability is deterrence of future harm. Fixing the employer with responsibility for the employee’s wrongful act, even where the employer is not negligent, may have a deterrent effect. Employers are often in a position to reduce accidents and intentional wrongs by efficient organization and supervision. Failure to take such measures may not suffice to establish a case of tortious negligence directly against the employer. Perhaps the harm cannot be shown to have been foreseeable under negligence law. Perhaps the employer can avail itself of the defence of compliance with the industry standard. Or perhaps the employer, while complying with the standard of reasonable care, was not as scrupulously diligent as it might feasibly have been. As Wilkinson J. explained in the companion appeal’s trial judgment (at para. 69):

If the scourge of sexual predation is to be stamped out, or at least controlled, there must be powerful motivation acting upon those who control institutions engaged in the care, protection and nurturing of children. That motivation will not in

my view be sufficiently supplied by the likelihood of liability in negligence. In many cases evidence will be lacking or have long since disappeared. The proof of appropriate standards is a difficult and uneven matter.

I agree. Beyond the narrow band of employer conduct that attracts direct liability in negligence lies a vast area where imaginative and efficient administration and supervision can reduce the risk that the employer has introduced into the community. Holding the employer vicariously liable for the wrongs of its employee may encourage the employer to take such steps, and hence, reduce the risk of future harm. A related consideration raised by Fleming is that by holding the employer liable, “the law furnishes an incentive to discipline servants guilty of wrongdoing” (p. 410).

The policy grounds supporting the imposition of vicarious liability – fair compensation and deterrence – are related. The policy consideration of deterrence is linked to the policy consideration of fair compensation based on the employer’s introduction or enhancement of a risk. The introduction of the enterprise into the community with its attendant risk, in turn, implies the possibility of managing the risk to minimize the costs of the harm that may flow from it.

Policy considerations relating to the fair allocation of loss to risk-creating enterprises and the deterrence of harms tend to support the imposition of vicarious liability on employers. But, as Fleming notes, there often exists a countervailing concern. At one time the law held masters responsible for all wrongs committed by servants. Later, that policy was abandoned as too harsh in a complex commercial society where masters might not be in a position to supervise their servants closely. Servants may commit acts, even on working premises and during working hours, which are so unconnected with the employment that it would seem unreasonable to fix an employer with responsibility for them. For example, if a man assaults his wife’s lover (who coincidentally happens to be a co-worker) in the employees’ lounge at work, few would argue that the employer should be held responsible. Similarly, an employer would not be liable for the harm caused by a security guard who decides to commit arson for his or her own amusement: see, e.g., *Plains Engineering*

*Ltd. v. Barnes Security Services Ltd.* (1987), 43 C.C.L.T. 129 (Alta. Q.B.).

On further analysis, however, this apparently negative policy consideration of when liability would be appropriate is revealed as nothing more than the absence of the twin policies of fair compensation and deterrence that justify vicarious liability. A wrong that is only coincidentally linked to the activity of the employer and duties of the employee cannot justify the imposition of vicarious liability on the employer. To impose vicarious liability on the employer for such a wrong does not respond to common sense notions of fairness. Nor does it serve to deter future harms. Because the wrong is essentially independent of the employment situation, there is little the employer could have done to prevent it. Where vicarious liability is not closely and materially related to a risk introduced or enhanced by the employer, it serves no deterrent purpose, and relegates the employer to the status of an involuntary insurer. I conclude that a meaningful articulation of when vicarious liability should follow in new situations ought to be animated by the twin policy goals of fair compensation and deterrence that underlie the doctrine, rather than by artificial or semantic distinctions. [Emphasis added; paras. 30-36]

[38] The policy considerations in question – fair and practical compensation, and deterrence – militate strongly in favour of a finding of vicarious liability in the present case. It appears the City is the only realistic source of compensation for the harm caused to the class members. Moreover, holding the City liable will encourage consideration and pursuit of measures susceptible of reducing the risk of future misconduct and harm of the kind revealed by the record in the case at hand. That said, the Supreme Court emphasized in *Bazley* that the policy purposes are served only where the connection between the “employment enterprise” and the wrongdoing is sufficiently strong:

Underlying the cases holding employers vicariously liable for the unauthorized acts of employees is the idea that employers may justly be held liable where the act falls within the ambit of the risk that the employer’s enterprise creates or exacerbates. Similarly, the policy purposes

underlying the imposition of vicarious liability on employers are served only where the wrong is so connected with the employment that it can be said that the employer has introduced the risk of the wrong (and is thereby fairly and usefully charged with its management and minimization). The question in each case is whether there is a connection or nexus between the employment enterprise and that wrong that justifies imposition of vicarious liability on the employer for the wrong, in terms of fair allocation of the consequences of the risk and/or deterrence. [Emphasis added; para. 37]

[39] *Bazley* provides a general framework to assess the strength of the connection between the employment enterprise and the wrong:

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:

- (1) They should openly confront the question of whether liability should lie against the employer, rather than obscuring the decision beneath semantic discussions of "scope of employment" and "mode of conduct".
- (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;
  - (b) the extent to which the wrongful act may have furthered the employer's aims (and hence be more likely to have been committed by the employee);
  - (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. [Emphasis added; para. 41]

As I will explain, the underlined subsidiary factors are most salient in this case.

[40] In *Bazley*, the Supreme Court went on to deal with the considerations that are of particular interest in cases of sexual abuse by employees:

Applying these general considerations to sexual abuse by employees, there must be 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. It must be possible to say that the employer significantly increased the risk of the harm by putting the employee in his or her position and requiring him to perform the assigned tasks. The policy considerations that justify imposition of vicarious liability for an employee's sexual misconduct are unlikely to be satisfied by incidental considerations of time and place. For example, an incidental or random attack by an employee that merely happens to take place on the employer's premises during working hours will scarcely justify holding the employer liable. Such an attack is unlikely to be related to the business the employer is conducting or what the employee was asked to do and, hence, to any risk that was created. Nor is the imposition of liability likely to have a significant deterrent effect; short of closing the premises or discharging all employees, little can be done to avoid the random wrong. Nor is foreseeability of harm used in negligence law the test. What is required is a material increase in the risk as a consequence of the employer's enterprise and the duties he entrusted to the employee, mindful of the policies behind vicarious liability.

What factors are relevant to whether an employer's enterprise has introduced or significantly exacerbated a risk of sexual abuse by an employee? (Again, I speak generally, supplementing the factors suggested above.) It is obvious that the risk of an employee sexually abusing a child may be materially enhanced by giving the employee an opportunity to commit the abuse. There are many kinds of opportunity and the nature of the opportunity in a particular case must be carefully evaluated in determining whether it has, in fact, materially increased the risk of the harm that ensued. If an employee is permitted or required to be with children for brief periods of time, there may be a small risk of such harm – perhaps not much greater than if the employee were a stranger. If an employee is permitted [...] to be alone with a child for extended periods of time, the opportunity for abuse may be greater. If in addition to being permitted to be alone with a child for extended periods, the employee is expected to supervise the child in intimate activities like bathing or toileting, the opportunity for abuse becomes greater still. As the opportunity for abuse becomes greater, so the risk of harm increases.

The risk of harm may also be enhanced by the nature of the relationship the employment establishes between the employee and the child. Employment that puts the employee in a position of intimacy and power over the child (i.e., a parent-like, role-model relationship) may enhance the risk of the employee feeling that he or she is able to take advantage of the child and the child submitting without effective complaint. The more the employer encourages the employee to stand in a position of respect and suggests that the child should emulate and obey the employee, the more the risk may be enhanced. In other words, the more an enterprise requires the exercise of power or authority for its successful operation, the more materially likely it is that an abuse of that power relationship can be fairly ascribed to the employer. See *Boothman v. Canada, supra*.

Other factors may be important too, depending on the nature of the case. To require or permit an employee to touch the client in intimate body zones may enhance the risk of sexual touching, just as permitting an employee to handle large sums of money may enhance the risk of embezzlement or conversion. This is the common sense core of the “mode of conduct” argument accepted by the trial judge in this case. (The same factor might of course be analyzed in terms of enhanced opportunity.) Time and place arguments may also be relevant in particular cases. The mere fact that the wrong occurred during working hours or on the jobsite may not, standing alone, be of much importance; the assessment of material increase in risk cannot be resolved by the mechanical application of spatial and temporal factors. This said, spatial and temporal factors may tend to negate the suggestion of materially enhanced risk of harm, insofar as they suggest that the conduct was essentially unrelated to the employment and any enhanced risk it may have created (for example, the employee’s tort occurred offsite and after hours). The policy considerations of fair compensation and deterrence upon which vicarious liability is premised may be attenuated or completely eliminated in such circumstances.

In summary, 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. The test must not be applied

mechanically, but with a sensitive view to the policy considerations that justify the imposition of vicarious liability – fair and efficient compensation for wrong and deterrence. This requires trial judges to investigate the employee’s specific duties and determine whether they gave rise to special opportunities for wrongdoing. Because of the peculiar exercises of power and trust that pervade cases such as child abuse, special attention should be paid to the existence of a power or dependency relationship, which on its own often creates a considerable risk of wrongdoing. [Emphasis added; paras. 42-46]

[41] Having found Estabrooks was not a City employee, but an independent public officer, the judge did not consider Estabrooks’ functions outside the realm of core law enforcement. Those functions likely occupied more of his time than actual law enforcement. For our purposes, suffice it to focus on those designed to enhance proximity to the community, such as friendly interaction with the public, including children, during neighborhood visits, while at the wheel of a City police car, and wearing a police uniform and badge. Those authorized functions were the means by which Estabrooks impressed the children and gained their trust, which in turn led them to board the police cruiser where they were sexually abused. Those functions, which were not core law enforcement in nature, were an integral part of both his job and his “system” to sexually abuse the children. By empowering Estabrooks to engage in those job-related activities, the City materially increased the risk of sexual abuse.

[42] The judge found the connection between the City and Estabrooks’ wrongdoing “was not sufficiently close that it would be appropriate to impose vicarious liability on the City for the torts committed by [him] against [Mr. Hayes] and the Class Members while he was a police officer between 1953 and 1975”: para. 105. The judge came to this conclusion based on the following:

- a) the City did not create a power or dependency relationship between him and his victims;
- b) the power over the victims that he abused originated from the law, not the City;

- c) he was working for the public at large;
- d) the objects or aims of the City's enterprise were not furthered by his sexual assaults which, I find, were committed solely for his own purposes;
- e) the City did not encourage any of his behavior so as to enhance the risk of the harm that he inflicted on the plaintiff and other Class Members as a police officer;
- f) the City had no control over how Estabrooks carried out his police duties which was entirely up to the Chief of Police. [para. 102]

[43] In my respectful view, the first three bases do not withstand scrutiny. The appellant submits the last three are either neutral on the scales of justice or irrelevant, particularly if it is accepted Estabrooks was a City employee when he sexually abused class members. That may be so, but I need not dwell on their significance given the unsustainability of the first three. I begin with the first and second bases proffered by the judge to deny vicarious liability.

- (1) the City did not create a power or dependency relationship between Estabrooks and his victims, and the power over the victims that he abused originated from the law, not the City

[44] I do not share this view. The City did create, through Estabrooks' employment as a municipal police officer and his authorized interaction with the community where the children lived, a power relationship with his victims. From a juridical standpoint, his law enforcement powers were obviously sourced in the law, but, as a practical matter, in the real world in which Estabrooks worked and the victims lived, his power over them originated from his job as a City police officer, and its manifestation when dealing with them. As noted in my introductory remarks, the uncontradicted evidence is that Estabrooks used the power and status of his job as City police officer to sexually abuse vulnerable and impressionable children. He initiated each incident of

sexual abuse while wearing a City-issued police uniform and badge, and in control of a City patrol car. The trial judge noted there could be no argument with the following submission, albeit “as far as it goes”:

The plaintiff further submits that as children Mr. Hayes and the other Class Members who were abused by Estabrooks during this time were particularly vulnerable due to Estabrooks’ status as a police officer and the inherent power that conferred on him. [para. 97]

[45] Following the criminal trial where he was found guilty of four charges of indecent assault on children while a police officer, the sentencing judge described Estabrooks’ “system” for perpetrating the assaults; it involved acting as a “friendly police officer”, picking up disadvantaged children, and sexually abusing them in the police car. The victims who testified at the common issues trial described how Estabrooks used his position of power and authority as a City police officer to achieve his deviant ends. Their evidence on point bears emphasizing:

- (a) the assaults took place in Estabrooks’ City police car, while Estabrooks was in uniform;
- (b) each of the victims got into Estabrooks’ City police car and obeyed his commands because of his status as a police officer. Mr. O’Hearn testified Estabrooks threatened to put him in jail, and that he “got in the car because [Estabrooks] is a Saint John police officer[.]” Mr. Beshara testified he got into Estabrooks’ police car “because he asked me to [...] and he is a police officer”. Mr. Hayes complied with Estabrooks’ demands because he was afraid of being sent to jail, and because Estabrooks threatened to kill his family with his handgun. Mr. Vautour testified he got in Estabrooks’ police car because he believed police officers were trustworthy.

[46] Moreover, victims were reluctant to report the abuse because Estabrooks was a City police officer. The appellant highlights the following evidence to make the point. Mr. Thorne testified he felt the City police would not believe him because Estabrooks was “one of their own”. Mr. O’Hearn testified his mother was too afraid of the police to file a complaint. This evidence brings into sharp focus the following observation in *Bazley*: “Employment that puts the employee in a position of [...] power over the child [...] may enhance the risk of the employee feeling that he or she is able to take advantage of the child and the child submitting without effective complaint” (para. 44).

(2) Estabrooks “was working for the public at large”

[47] This statement speaks to situations where Estabrooks was engaged in core law enforcement functions. Estabrooks was not serving the public at large when he sexually abused the class members. As I have endeavoured to explain, he did not then occupy any public office independent of the City; indeed, he was, at all material times, an employee of the City.

[48] The common law on the specific situation under consideration here has evolved, and will no doubt continue doing so. I distill its current state from *Bazley* and the two sets of reasons in *Jacobi v. Griffiths*, [1999] 2 S.C.R. 570, [1999] S.C.J. No. 36 (QL), where in the course of determining vicarious liability of a Boys and Girls Club for sexual assaults by one of its employees, both McLachlin J., later C.J.C., (for herself and two other justices in dissent) and Binnie J. (for himself and three other justices) made observations on the very issue at the heart of this appeal, namely vicarious liability in power relationships, including the relationship between police officers and children. Admittedly, these observations are, strictly speaking, incidental. However, they are in sync with *Bazley* and, in my view, authoritative given that they constitute a link in the chain of reasoning laid out by the authors to explain their respective positions.

[49] *Jacobi v. Griffiths* is particularly significant for our present purposes because both Justice McLachlin for the minority and Justice Binnie for the majority turned their minds to the application of the doctrine of vicarious liability for a police officer's sexual assault while on duty.

[50] Justice McLachlin made the following pertinent observations:

A fourth consideration is the extent of power conferred on the employee in relation to the victim. Courts must be conscious of both expressly and implicitly conferred power. In this case, I need go no further than the trial judge's finding that Griffiths exercised a "god-like" authority over his victims to conclude that yet another factor points toward liability. This negates the suggestion that "[t]he Club did not confer any meaningful 'power' over the appellants" (Binnie J., at para. 83). While the child's subjective assessment of the situation is not alone conclusive of the nature of the power the employee exercised, when analysing the degree of power a job carries, it is certainly appropriate to consider what a reasonable child would think of the employee's position in assessing whether the employer should be held vicariously liable for the employee's tort. While Griffiths was hardly a police officer or foster parent, power must be understood in context. Here, as a role model at a club that dealt with vulnerable children, there is little to negate the trial judge's conclusion that Griffiths' position over the children was one of power. By clothing the employee with that power, the employer introduced a risk, small but real, of its abuse. This, in turn, supports the view that the employer may fairly be held responsible for the misuses of such power. [Emphasis added; para. 18]

[51] I take from the statement "Griffiths was hardly a police officer" that, if he had been, the case for vicarious liability would have been indisputable, having regard to the extent of the power conferred on police officers. As for Justice Binnie, he made the following comments:

I would not want to be taken as suggesting that creation of a parent-type relationship constitutes a precondition to vicarious liability in child abuse cases. However, not only

do the “parental” cases have a particular relevance to the facts of this appeal, they show how high the courts have set the bar before imposing no-fault liability. I think Huddart J.A. was correct in this case in the B.C. Court of Appeal to emphasize job-created power as the most relevant source of “connectedness” (p. 7) to the present appeal. Of course, other power relationships have also been held to supply the necessary “strong connection” in different fact situations. In the United States, the cases suggest that job-created authority is sufficient, for example, if it could be expected to intimidate a reasonable individual in the shoes of the victim. Thus the Supreme Court of California dealt with police power in *Mary M. v. City of Los Angeles*, 814 P.2d 1341 (1991). The majority of that court, sitting *en banc*, found the City of Los Angeles to be liable for the rape of a motorist by a police officer. The majority concluded, in terms of the Salmond test, that the rape had occurred in “the course of employment”. A police officer, in uniform, found a motorist impaired while driving, and instead of taking her to the police station, he took her to her house and raped her. He was convicted and sent to prison. The issue was whether his employer should be held vicariously liable to provide financial compensation. The majority of the court found that in view of the significant power and authority granted to the officer by the City, which included the power to detain persons at gunpoint, place them in handcuffs, remove them from their residences, frisk them, and even use deadly force, “it is neither startling nor unexpected that on occasion an officer will misuse that authority by engaging in assaultive conduct” (p. 1350). In other words, the manifest power inherent in the job-created role of police officer made the employer liable for its abuse. By contrast, the job-created power of a high school teacher over his pupil was considered by the same court to be insufficient to impose vicarious liability in *John R. v. Oakland Unified School District*, 769 P.2d 948 (Cal. 1989), discussed below. [Emphasis added; para. 64]

While Justice Binnie does not explicitly endorse the principles he extracts from American case-law, the context points to their acceptance.

[52] In *Jacobi v. Griffiths*, the minority rejected the suggestion “that an employee’s job must bear a sufficient similarity to parenting to invoke vicarious liability



in child abuse cases”: para. 26. Justice Binnie’s observations quoted above were designed to refute the suggestion he was espousing the view that “creation of a parent-type relationship constitutes a precondition to vicarious liability in child abuse cases”: para. 64. It is to this end, that Justice Binnie mentions vicarious liability for sexual assaults by police officers, while on duty, which he offers as an example of vicarious liability in the absence of a parent-type relationship. Correlatively, he refers to the majority decision in *Mary M. v. City of Los Angeles*, 54 Cal. (3d) 202 (Cal. 1991) without suggesting, in any way, that it is incorrect.

[53] In that case, the Supreme Court of California found the City of Los Angeles vicariously liable for a rape committed by one of its police officers while on duty. The trial judge distinguished *Mary M.* on two grounds: (1) it was not disputed that the rapist was an employee of the City of Los Angeles; and (2) there was a statute in force which governed the liability of public entities for injuries caused by their employees in the course of their employment. With respect, I do not agree *Mary M.* is distinguishable. Estabrooks was an employee of the City of Saint John when he committed the sexual assaults between 1953 and 1975, while on duty. As I have stated, perhaps too often, he was not then executing core law enforcement functions or even purporting to do so. Moreover, the California statute to which the trial judge referred simply incorporated general standards of tort liability as the primary basis for *respondeat superior* liability of public entities: *Mary M.*, para. 3. Accordingly, the statute’s wording did not enlarge vicarious liability at common law for public entities, such as the City of Los Angeles. Unlike the trial judge, I attribute no weight to the wording of the California statute in assessing the precedential value of *Mary M.* See, as well, *Applewhite v. City of Baton Rouge*, 380 So. (2d) 119 (La. Ct. App. 1979), which is cited approvingly by the majority in *Mary M.*

[54] The denial of vicarious liability by the City for Estabrooks’ sexual abuse of class members, during his working hours as a City police officer, cannot be reconciled with the observations of both the majority and the minority in *Jacobi v. Griffiths* relating to vicarious liability for sexual assaults committed by police officers while on duty. Nor,

for that matter, can the denial be harmonized with the factors *Bazley* tells us predominate in determining vicarious liability in cases involving sexual abuse of children by employees with job-created authority over them.

[55] In cases of sexual assaults on children by police officers, it is their job-created power over the children that is the most relevant source of “connectedness”: *Jacobi v. Griffiths*, para. 64. Indeed, the power relationship between Estabrooks and the children he sexually abused, which is traceable to his job with the City, provides the close connection needed to warrant the imposition of vicarious liability: *Bazley*, para. 46. The City provided not only the locale (City police cruiser) and the opportunity to commit the sexual assaults; it enhanced the risk of their occurrence by providing Estabrooks with job-sourced authority over the children and all the “bells and whistles” that led them to trust him unconditionally (police cruiser, police uniform and police badge) and to fear him (handgun).

[56] In my judgment, the requisite strong connection between Estabrooks’ job and his wrongdoing is established. I am satisfied that, on a proper application of the principles adopted in *Bazley* and *Jacobi v. Griffiths*, the City is vicariously liable, at common law, for Estabrooks’ sexual abuse of the class members, during his working hours as a City police officer. For an illustration of the application of those principles to a case of sexual assault by a police officer, while on duty, see *Evans v. Sproule*, [2008] O.J. No. 4518 (QL) (S.C.J.), paras. 83-100. That brings me to s. 17(1) of the *Police Act*, which imposes vicarious liability on municipalities for torts committed by a member of their police force in the performance or purported performance of the police duties enunciated in s. 12.

[57] Section 17 has no application in respect of an act occurring before it came into force: s. 17(3). Since Estabrooks’ sexual abuse took place before s. 17 came into force, the judge acknowledged and the City concedes the provision does not apply. Nevertheless, the judge concluded that, because s. 17 is deemed remedial by virtue of the *Interpretation Act*, R.S.N.B. 1973, c. I-13, it amounts to a declaration by the Legislature

that the pre-existing common law did not impose liability on municipalities for torts committed by members of their police forces, no matter the circumstances (trial decision, at para. 108). In other words, s. 17 is declaratory of a pre-existing total exclusion of municipal vicarious liability under the common law. I respectfully disagree for the following reasons.

[58] I discern no such declaration of the prior state of the common law from the text and context of s. 17. Counsel advised the related debates in the Legislature do not reveal an intent to declare the common law prescribed a total exclusion of municipal vicarious liability. As I have explained, the common law excluded vicarious liability only where the member of the municipal police force was engaged in the performance of core law enforcement functions, in which event the “independent discretion rule” applied (see *Lévesque v. New Brunswick*, at para. 66, and the authorities cited therein). That limited exclusion, which has been effectively eliminated by s. 17, is not in play in this case. Moreover, there is nothing in the wording of s. 17 or any other provision of the *Police Act* to displace the common law in respect of torts by a municipal police officer, during working hours, that are not committed in the execution of core law enforcement functions. Accordingly, the common law pertaining to that situation remains applicable: *R. v. Basque*, 2023 SCC 18, [2023] S.C.J. No. 18 (QL), para. 40. Nor does s. 17 purport to freeze the common law as of the date of its enactment. As a result, the test for vicarious liability set out in *Bazley, Jacobi v. Griffiths* and *E.B. v. Order of the Oblates of Mary Immaculate in the Province of British Columbia*, among other recent Supreme Court decisions, governs and its application compels a finding of vicarious liability.

C. *Third sub-issue: can a finding of vicarious liability be made without evidence from each class member confirming sexual abuse by Estabrooks during his working hours as a police officer?*

[59] The City submits a negative answer must be given to this question. The judge rejected the submission for the following reasons:

In this case the court received evidence from seven potential members of the class, the size of which is yet to be determined, all of whom testified about being sexually assaulted by Estabrooks while he was a police officer and one of whom, Mr. Hayes, also testified about being sexually assaulted by him while he worked at the City works department.

The size of the Class and the extent of each Class Member's injuries are matters to be determined later in the Class Proceeding if and when liability under one or more of the common issues has been proven. I therefore find there is no merit to the City's submission that the court can't make a finding at this stage on this common issue. [paras. 74-75]

[60] I am in respectful agreement with the judge's reasons and finding of no merit.

#### IV. Conclusion and Disposition

[61] Estabrooks was a City employee when he sexually abused, during working hours as a police officer, the claimants in the underlying class action. Moreover, the record shows the connection between the City and Estabrooks' wrongdoing was sufficiently strong to justify the imposition of vicarious liability for those sexual assaults and any causally related harm. In my respectful view, the common issues judge committed reversible error in answering "no" to the following certified common question: "Is the City vicariously liable for the actionable physical, mental, and/or sexual harm perpetrated by Kenneth Estabrooks [...] between 1953 and 1975 when he was a police officer?" Accordingly, I would allow the appeal, set aside the decision under appeal and answer the question affirmatively.

[62] The City contends in its last Statement of Defence that the action was commenced after the expiry of the applicable limitation period. The common issues judge did not settle the question. The Court will hear the parties on the point on September 28,

2023 at 2:00 p.m. (see Case Management Order, *Hayes v. City of Saint John* (#2), 2023 NBCA 66).

[63]                   The issue of costs for all or part of the proceedings, at trial and on appeal, stands un-addressed by the parties. Given the multiplicity of the closely related proceedings relevant to the resolution of the case, it behooves the Court to exercise its discretion in favour of retaining jurisdiction to hear the parties regarding costs, and to make an appropriate determination.

LE JUGE DRAPEAU

I. Introduction et vue d'ensemble

[1] À de nombreuses occasions au cours de sa longue carrière de membre du corps de police de The City of Saint John (la Ville), Kenneth Estabrooks a utilisé l'autorité que lui conférait son poste et sa situation professionnelle pour commettre des agressions sexuelles contre des enfants vulnérables et influençables, notamment contre l'appelant, Robert Hayes. Lorsque M. Estabrooks se livrait aux actes d'agression sexuelle, qui souvent se trouvaient parmi les actes les plus répugnants dans la gamme des agressions sexuelles, il portait l'uniforme et l'insigne de policier que lui avait remis la Ville, il avait la charge d'une voiture de patrouille de la Ville, et l'arme de poing que lui avait confiée la Ville était invariablement visible et toujours à portée de la main. En 1975, une enquête menée par le corps de police sur des plaintes déposées par deux adolescents a confirmé que M. Estabrooks s'était livré récemment à des conduites [TRADUCTION] « inappropriées » d'ordre sexuel pendant ses heures de travail comme policier. En conséquence, M. Estabrooks a été muté au Service des travaux publics de la Ville à titre de manœuvre. Peu après, il a commis des agressions sexuelles contre des collègues de travail, notamment sur la personne de M. Hayes qui, à cette époque, avait atteint l'âge de la majorité.

[2] En 2013, M. Hayes a intenté une action en dommages-intérêts contre la Ville, en invoquant la responsabilité directe et la responsabilité du fait d'autrui de la Ville pour les agressions sexuelles commises par M. Estabrooks pendant qu'il était employé du corps de police (1953 à 1975) et du Service des travaux publics (1975 à 1983). L'action a par la suite été certifiée à titre de recours collectif sous le régime de la *Loi sur les recours collectifs*, L.R.N.-B. 2011, ch. 125, et les questions de la négligence de la Ville et de sa responsabilité du fait d'autrui pour les agressions sexuelles commises par M. Estabrooks pendant ses heures de travail à titre de membre du corps de police sont devenues des

questions communes. Toutefois, à l'ouverture du procès, la demande fondée sur la négligence de la Ville pendant la période où M. Estabrooks était employé du corps de police a été abandonnée. En conséquence, la demande afférente à cette période est fondée exclusivement sur la responsabilité du fait d'autrui, thèse que le juge a rejetée parce qu'il estimait que les policiers embauchés par une municipalité ne sont pas, en droit, les employés de celle-ci, et que le lien solide prescrit par l'arrêt *Bazley c. Curry*, [1999] 2 R.C.S. 534, [1999] A.C.S. n° 35 (QL), pour que soit imputée la responsabilité du fait d'autrui n'avait pas été établi : *Hayes c. City of Saint John*, 2022 NBBR 184. Je m'empresse de souligner, peut-être sans qu'il soit nécessaire de le faire, mais très simplement pour insister, que, même si les agressions sexuelles ont été commises pendant les heures de travail de M. Estabrooks en tant que membre du corps de police de la Ville, elles ne sont pas des actes qui ont été « accomplis en vertu » d'une loi de l'Assemblée législative ou du Parlement et, en conséquence, ce dernier ne pouvait invoquer quelque immunité que ce soit en matière de responsabilité civile délictuelle, et encore moins en bénéficier, qui serait prévue par la *Loi sur la protection des personnes chargées de l'exécution de la loi*, L.R.N.-B. 1973, ch. P-20 : *Boucher c. Milner* (1997), 194 R.N.-B. (2<sup>e</sup>) 59, [1997] A.N.-B. n° 487 (QL) (C.A.), par. 10 et 11.

[3] La question fondamentale que soulève l'appel est celle de savoir si le juge a commis une erreur justifiant l'infirmité de sa décision lorsqu'il a conclu que la Ville n'était pas responsable du fait d'autrui pour le préjudice causé par les agressions sexuelles commises par M. Estabrooks à l'endroit des demandeurs pendant ses heures de travail en tant que policier. Bref, le moyen principal qui sous-tend le présent appel veut que la conclusion énoncée ci-dessus soit le résultat (1) d'une mauvaise interprétation des sources jurisprudentielles ayant servi de fondement à la conclusion selon laquelle M. Estabrooks n'était pas un employé de la Ville; et (2) du défaut d'appliquer comme il se doit le critère de common law afférent à la responsabilité du fait d'autrui, dans des circonstances où des enfants avaient été agressés sexuellement pendant les heures de travail du policier et où l'autorité conférée au policier par son poste avait facilité ces agressions. Pour les motifs qui suivent, et avec égards, j'estime que ce moyen d'appel est fondé. En conséquence, j'accueillerais l'appel, j'annulerais la décision portée en appel et

je répondrais par l'affirmative à la seule question commune certifiée qui doit être tranchée, savoir : [TRADUCTION] « La Ville est-elle responsable du fait d'autrui des préjudices physiques, mentaux ou sexuels, susceptibles d'action et causés par Kenneth Estabrooks [...] entre 1953 et 1975, lorsqu'il était policier? »

## II. Contexte

[4] Le 20 mars 1953, Kenneth Estabrooks est devenu membre du corps de police de la Ville. Il a démissionné de ce poste le 29 octobre 1975. À diverses occasions entre ces deux dates, il a commis des agressions sexuelles contre de nombreux enfants, garçons et filles, à de multiples reprises pour certains d'entre eux. En 2013, 79 victimes qui étaient toujours vivantes avaient été recensées, la plus jeune étant âgée de sept ans à l'époque de l'agression reprochée à M. Estabrooks : *The City of Saint John c. Hayes (# 1)*, 2018 NBCA 51, [2018] A.N.-B. n° 206 (QL), par. 9 de la décision rendue par le juge en chef Richard, de notre Cour, demande de pourvoi refusée, [2018] C.S.C.R. n° 415 (QL). Il semblerait que personne qui aurait pu venir en aide à ces enfants n'était au courant de ces agressions sexuelles en série.

[5] À l'automne de 1975, deux des victimes de M. Estabrooks, deux adolescents, ont porté plainte auprès du corps de police de la Ville. L'enquête menée par la suite a confirmé les allégations d'agression sexuelle faisant l'objet des plaintes. Lorsqu'on lui a présenté les résultats de l'enquête, M. Estabrooks a admis la véracité des allégations. Le déséquilibre de pouvoir, d'une part, entre ce policier en uniforme de 6 pieds, 200 livres, et, d'autre part, les plaignants adolescents, milite fortement contre toute suggestion que ces adolescents auraient consenti aux actes sexuels.

[6] Cela dit, M. Estabrooks n'a pas été accusé d'une infraction criminelle et n'a pas non plus été congédié. Plutôt, on lui a permis de démissionner de son poste et la Ville l'a muté au Service des travaux publics, afin qu'il puisse conserver sa pension de retraite, semble-t-il. Éventuellement, il a été nommé à un poste de sous-contremaître au sein du Service des travaux publics et a commis des agressions sexuelles contre des subalternes, notamment M. Hayes.



- [7] Tout au long de sa carrière de 22 ans comme membre du corps de police, M. Estabrooks a été traité par la Ville comme un employé, même si la Ville n'exerçait aucune autorité sur la manière dont il accomplissait ses fonctions d'application de la loi, et M. Estabrooks renvoyait invariablement à la Ville comme étant son employeur.
- [8] M. Estabrooks a pris sa retraite de l'emploi qu'il occupait auprès de la Ville en 1983. En 1984, il a reçu un certificat de reconnaissance signé par la mairesse et le greffier communal pour ses services exemplaires au cours de 25 années précédentes, période qui englobe la majeure partie de sa carrière de policier au sein du corps de police municipal.
- [9] En 1999, M. Estabrooks a été accusé de quatre chefs d'attentat à la pudeur contre plusieurs personnes de sexe masculin, d'un chef d'attentat à la pudeur contre une personne de sexe féminin et d'un chef de relation sexuelle anale sur une personne de sexe masculin. Selon les allégations, les infractions auraient été commises pendant la période où M. Estabrooks était employé du corps de police (1953 à 1975). M. Estabrooks a été déclaré coupable à l'égard de quatre chefs d'attentat à la pudeur et condamné à une peine carcérale de six ans à purger dans un pénitencier, où il est décédé en 2005. Dans ses motifs à l'appui de la peine, le juge a expliqué que M. Estabrooks jouait le rôle d'un [TRADUCTION] « agent de police amical » afin d'attirer des enfants provenant de milieux défavorisés dans son véhicule de patrouille, où il les agressait sexuellement.
- [10] Comme je l'ai fait remarquer, en 2013, 79 victimes toujours vivantes avaient été identifiées. Plusieurs de ces victimes ont témoigné au procès sur les questions communes. Selon leurs témoignages, auxquels les victimes ont tenu fermement en contre-interrogatoire, les agressions sexuelles ont été commises dans la voiture de police municipale, pendant que M. Estabrooks portait l'uniforme de police, et les victimes ont pris place dans le véhicule, ont obéi aux ordres de M. Estabrooks et n'ont pas signalé promptement les agressions sexuelles parce que M. Estabrooks était un policier.

[11] En décembre 2013, M. Hayes a intenté, à titre de représentant demandeur, l'action sous-jacente contre The City of Saint John, le comité des commissaires de police de Saint John et la Force policière de Saint John. Les actions intentées au comité des commissaires de police et à la Force policière ont subséquemment été abandonnées, puisque le comité n'existait pas aux époques pertinentes et la Force policière n'était pas une entité juridique. Par conséquent, la Ville est la seule partie défenderesse.

[12] L'action ayant été certifiée à titre de recours collectif sous le régime de la *Loi sur les recours collectifs*, un juge de la Cour du Banc du Roi a certifié certaines questions communes. La seule question commune certifiée qui est pertinente pour le présent appel est celle de savoir si la Ville est responsable du fait d'autrui à l'égard des agressions sexuelles perpétrées par M. Estabrooks entre 1953 et 1975, pendant ses heures de travail comme membre du corps de police de la Ville, et pour les préjudices qui ont été ainsi causés. Le juge a conclu que la Ville n'était pas responsable du fait d'autrui. Il a rendu cette décision après avoir conclu, en droit, que M. Estabrooks n'était pas employé de la Ville à l'époque en cause et que le lien entre la Ville et les actes fautifs commis par M. Estabrooks n'était pas suffisamment solide pour justifier une conclusion de responsabilité du fait d'autrui.

[13] En son propre nom et au nom de tous les autres membres du groupe, M. Hayes interjette appel en soutenant que le juge du procès a commis une erreur justifiant l'infirmité de sa décision lorsqu'il a tiré les conclusions suivantes : (1) M. Estabrooks n'était pas un employé de la Ville lorsqu'il s'est livré aux agressions sexuelles; (2) le lien solide nécessaire pour justifier l'imputation à la Ville de la responsabilité du fait d'autrui n'existait pas; (3) les agressions sexuelles n'étaient pas la concrétisation d'un risque créé par la Ville, parce que celle-ci n'avait [TRADUCTION] « ni autorisé ni encouragé » les actes commis; (4) l'art. 17 de la *Loi sur la police*, L.N.-B. 1977, ch. P-9.2, empêche de conclure à la responsabilité du fait d'autrui; et (5) avant l'adoption de l'art. 17, la common law écartait la responsabilité d'une municipalité pour des délits civils commis par un membre de son corps de police, que ce soit dans l'exercice de ses fonctions d'application de la loi ou dans d'autres circonstances : décision rendue au procès, par. 84 et 108.

III. Analyse et décision

[14] L'appel sur le fond repose sur l'application à une municipalité du principe de common law de la responsabilité du fait d'autrui pour l'agression sexuelle d'enfants commise par un membre de son corps de police pendant ses heures de travail. L'appel ne soulève pas la responsabilité du fait d'autrui pour des délits commis par un policier municipal dans l'exécution effective ou réputée de ses [TRADUCTION] « fonctions de base d'application de la loi », description utilisée par le juge d'appel Tullock, maintenant juge en chef de l'Ontario, dans les motifs érudits qu'il a énoncés au nom de la Cour dans l'arrêt *Smith c. Ontario (Attorney General)*, 2019 ONCA 651, [2019] O.J. No. 4155 (QL). La véritable question en appel est plutôt celle de la responsabilité du fait d'autrui d'une municipalité à l'égard d'un délit commis par un membre de son corps de police pendant ses heures de travail, mais non dans l'exécution par celui-ci de ses fonctions de base d'application de la loi.

[15] L'affaire soulève trois sous-questions. (1) Le juge a-t-il commis une erreur justifiant l'infirmité de sa décision lorsqu'il a conclu que M. Estabrooks n'était pas un employé de la Ville lorsqu'il a commis les agressions sexuelles en cause? (2) Le juge a-t-il commis une erreur tout aussi importante en concluant que le lien solide nécessaire entre la Ville et les actes fautifs commis par M. Estabrooks n'avait pas été établi? L'examen de cette dernière question appelle l'application de l'art. 17 de la *Loi sur la police*. (3) Une conclusion de responsabilité du fait d'autrui peut-elle être tirée sans une preuve provenant de chacun des membres du groupe qui confirme qu'il ou elle a subi une agression sexuelle aux mains de M. Estabrooks pendant les heures de travail de celui-ci en tant que policier?

A. *Première sous-question : M. Estabrooks était-il un employé de la Ville?*

[16] Les deux parties s'entendent sur le fait que l'arrêt-clé sur la question susmentionnée est l'arrêt *671122 Ontario Ltd. c. Sagaz Industries Canada Inc.*, 2001 CSC 59, [2001] 2 R.C.S. 983. Dans cette affaire, la Cour suprême a dit qu'il fallait

« déterminer quelle relation globale les parties entretiennent entre elles » afin de déterminer s'il existe une relation employeur-employé ou une relation d'entrepreneur indépendant (par. 46). S'agissant d'affaires courantes, la question centrale à laquelle il faut répondre est de savoir « si la personne qui a été engagée pour fournir les services les fournit en tant que personne travaillant à son compte » (par. 47). Selon M. Hayes, si l'on applique le critère énoncé dans l'affaire *Sagaz* en l'adaptant à la situation qui nous occupe et en tenant compte des faits qui suivent et qui sont admis ou autrement établis, il faut conclure que M. Estabrooks était effectivement un employé de la Ville durant la période pertinente, et notamment lorsqu'il a commis les agressions sexuelles.

[17] M. Estabrooks a présenté auprès de la Force policière de Saint John une demande d'emploi adressée à [TRADUCTION] « The City of Saint John, personne morale » le 4 mars 1953. Il a prêté serment à titre de policier le 20 mars 1953, conformément à un décret du conseil communal de The City of Saint John.

[18] Entre 1957 et 1970, les conditions d'emploi de M. Estabrooks étaient établies par voie de conventions collectives entre le syndicat des policiers, section locale 61, et la Ville. Dans ces conventions collectives, la Ville était expressément appelée [TRADUCTION] « employeur ». En outre, elles traitaient de questions qui sont facilement associées à une relation employeur-employé : les taux de salaire ordinaires, la rémunération des heures supplémentaires, les heures de travail, les pauses-repas, les congés annuels, les congés autorisés, l'ancienneté, l'avancement, les blessures subies au travail, les mesures disciplinaires, les allocations pour les uniformes et autres articles vestimentaires, l'équipement, l'aptitude au travail, les catégories d'emploi au sein du service et les conditions afférentes aux concours internes pour l'avancement.

[19] La Ville s'est elle-même identifiée comme étant l'employeur de M. Estabrooks dans au moins un autre document, soit une demande de carte de crédit faite en 1972. Le dossier indique que c'est dans ses plaidoiries que la Ville a prétendu, pour la première fois, que M. Estabrooks n'était pas un employé de la Ville lorsqu'il était membre de son corps de police.

[20] M. Estabrooks se considérait comme employé de la Ville. Le 6 juin 1980, dans une lettre adressée au directeur du personnel et de la formation de la Ville, M. Estabrooks a dit : [TRADUCTION] « Je suis employé de The City of Saint John depuis le 20 mars 1953 », soit la date de son embauchage à titre d'agent de police municipal.

[21] En outre, deux séries de règles et de règlements visant la Force policière de Saint John, les *Rules and Regulations for the Saint John Police Force*, adoptés par le conseil communal et en vigueur successivement pendant la durée entière de la carrière de M. Estabrooks en tant qu'agent de police, conféraient à la Ville l'autorité sur son corps de police et sur M. Estabrooks. Ces règles et règlements prévoyaient que [TRADUCTION] « la direction et la surveillance » de l'administration générale du corps de police incombaient en tout temps au conseil communal. Ils prévoyaient que la Ville avait les pouvoirs spécifiques liés à l'emploi qui sont énoncés ci-dessous :

- a) assigner les tâches et les responsabilités afférentes à tous les postes au sein du corps de police, notamment le poste de directeur adjoint, d'inspecteur de division, de sergent de patrouille et d'agent de police;
- b) établir les qualités requises de tous les candidats à des postes;
- c) établir les éléments nécessaires à la formation des candidats retenus;
- d) fournir des directives générales aux membres du corps de police;
- e) établir les consignes afférentes aux absences, aux allocations de temps, aux absences pour cause de maladie et de blessures, à l'avancement, au contenu des ordres, à la feuille de paie, aux dépenses, à l'utilisation des bâtons et des armes à feu, au salut et aux mesures disciplinaires.

[22] Le juge a déterminé que ces règles et règlements ne constituaient pas la preuve que [TRADUCTION] « la Ville exerçait une certaine direction », parce que cette réglementation [TRADUCTION] « n'avait pas été créée par la Ville ou l'un de ses employés », mais avait été rédigée et présentée au conseil communal par le directeur du corps de police (la première série de règles et règlements) et le chef de police (la

deuxième série) (décision rendue au procès, par. 93). L'appelant prétend que ces règles et règlements ont été adoptés par le conseil communal et que le juge a commis une erreur de droit en les rejetant à titre de preuve de l'exercice par la Ville d'une certaine direction. Je souscris à sa prétention. Le fait que ce soient les autorités policières, et elles seules, qui ont rédigé et présenté les règles et règlements n'empêche pas leur admissibilité et n'élimine pas leur importance comme preuve d'une direction exercée par la Ville.

[23] Qui plus est, la Ville a participé directement aux décisions prises pendant la période d'emploi de M. Estabrooks comme membre de son corps de police, ayant pris les mesures suivantes :

- a) elle lui a accordé de l'avancement à quatre reprises;
- b) elle a refusé ses demandes d'avancement à deux reprises;
- c) elle a rempli ses évaluations du rendement;
- d) elle lui a imposé des mesures disciplinaires à deux reprises;
- e) elle a tranché les griefs qu'il a déposés (et les appels qu'il a interjetés) sous le régime des conventions collectives;
- f) elle a payé son assurance-vie et son assurance-médicaments;
- g) elle a reconnu ses 25 années de service auprès de la Ville après sa retraite.

[24] Malgré ces indices d'une relation employeur-employé, le juge s'est estimé obligé de conclure que M. Estabrooks n'était pas un employé de la Ville parce que, d'après son interprétation du droit, les agents de police d'une municipalité ne sont pas des employés de la municipalité qui les nomme à leur poste, [TRADUCTION] « particulièrement, mais non exclusivement, pour ce qui a trait à l'exécution de leurs fonctions de policier » (décision rendue au procès, par. 84). Selon l'opinion arrêtée du juge, les policiers municipaux remplissent une charge publique caractérisée par une liberté d'action qui ne concorde pas avec une relation employeur-employé avec la Ville. Il s'ensuivait que M. Estabrooks n'était pas un employé de la Ville lorsqu'il a commis les agressions sexuelles contre les membres du groupe. Le juge est parvenu à cette conclusion en se fondant sur son interprétation des énoncés du droit qui figurent dans les

arrêts *McCleave c. City of Moncton* (1902), 32 S.C.R. 106, [1902] A.C.S. n° 9 (QL), *Gulkison c. Vancouver Police Board*, 2015 BCCA 361, [2015] B.C.J. No. 1761 (QL), et *R. c. Campbell*, [1999] 1 R.C.S. 565, [1999] A.C.S. n° 16 (QL). En conséquence, la conclusion selon laquelle M. Estabrooks n'était pas un employé de la Ville soulève une question de droit et la norme de révision en appel est celle de la décision correcte. À mon humble avis, le juge a commis une erreur de droit en tirant cette conclusion.

[25] Dans l'arrêt *McCleave*, la question à trancher était celle de savoir si la ville de Moncton était responsable du fait d'autrui pour l'exécution illégale par un de ses agents de police d'un mandat de perquisition décerné en vertu de la loi intitulée *Canada Temperance Act*, S.C. 1878, ch. 16. La Cour suprême a affirmé que la ville de Moncton ne pouvait être tenue responsable des actes commis par son agent de police [TRADUCTION] « dans ses efforts pour assurer le respect de la loi » : p. 108. C'est dans cette optique étroite que la Cour a cité avec approbation l'extrait suivant de la décision *Buttrick c. The City of Lowell*, 1 Allen [Mass.] 172 :

[TRADUCTION]

Les policiers ne peuvent *aucunement* être considérés comme des mandataires ou des fonctionnaires de la ville. Leurs fonctions sont publiques par nature. Le pouvoir de les nommer est délégué par le législateur aux cités et villes, car il s'agit d'un moyen pratique d'exercer une fonction gouvernementale, mais cela ne les rend pas responsables des actes illégaux ou négligents qu'ils commettent. Le dépistage et l'arrestation des contrevenants, le maintien de la paix publique, l'exécution des lois ainsi que les autres pouvoirs et fonctions similaires conférés aux policiers découlent de la loi, et ne proviennent pas de la cité ou de la ville qui les a nommés. La cité ou la ville ne peut pas être tenue responsable de la manière dont ils exercent leurs pouvoirs. [Je souligne; par. 2]

[26] À mon avis, le terme [TRADUCTION] « aucunement », qui a été mis en italique par le juge dans ses motifs de décision, se rapporte aux actes accomplis par un policier nommé par une municipalité dans l'exécution de ses fonctions de base d'application de la loi qui sont énoncées dans l'extrait susmentionné. Dans l'arrêt

*Lévesque et BMG Farming Inc. c. Province du Nouveau-Brunswick et Commission de l'assurance-récolte du Nouveau-Brunswick*, 2011 NBCA 48, (2011), 372 R.N.-B. (2<sup>e</sup>) 202, au par. 66, la Cour a expliqué que l'arrêt *McCleave* portait sur l'application de la « règle du pouvoir discrétionnaire indépendant », qui veut que « la Couronne ne soit pas responsable du fait d'autrui à l'égard des actes d'un agent de police exerçant les pouvoirs d'origine législative ou de common law qui lui étaient conférés personnellement et faisaient appel à l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire indépendant » (je souligne). Cette règle s'applique tant aux municipalités qu'à la Couronne. Le terme « aucunement » ne vise pas des délits intentionnels, comme l'agression sexuelle d'enfants pendant les heures de travail, qui n'ont aucun lien avec les fonctions de base d'application de la loi.

[27] Le juge saisi des questions communes a cité également l'extrait suivant de la décision *Gulkison* à l'appui de son opinion selon laquelle les policiers municipaux ne sont jamais des employés de la municipalité qui les a embauchés :

[TRADUCTION]

Avant l'adoption, en 1974, de la loi intitulée *Police Act*, la loi en Colombie-Britannique qui régissait la nomination de policiers municipaux était fondée sur la thèse historique voulant que le rôle de policier soit défini par la common law, c'est-à-dire qu'un agent de police est le titulaire d'une charge historique et non un employé de l'entité qui le nomme, habituellement le comité des commissaires de police. Selon la thèse qui servait de fondement (et qui sert toujours de fondement dans une certaine mesure) à la fonction de police municipale, la charge d'agent de police supposait que celui-ci exerçait son propre pouvoir, avec la liberté d'action que ce terme laisse entendre, et qu'il n'était redevable que devant la loi et sa propre conscience [...]  
[par. 11]

[28] Dans l'affaire *Gulkison*, le demandeur alléguait avoir subi des mauvais traitements et des agressions sexuelles aux mains d'un membre du corps de police de Vancouver et présentait une demande de dommages-intérêts contre la Vancouver Police Board. Ainsi que l'a fait remarquer la Cour d'appel de la Colombie-Britannique au début de ses motifs, la demande était fondée sur l'hypothèse voulant que la défenderesse, la



Vancouver Police Board, était responsable de satisfaire aux obligations du comité des commissaires de police qui, durant toute la période pertinente, était l'administratrice unique du corps de police de Vancouver. La Vancouver Police Board a présenté une demande de rejet de l'action, faisant valoir qu'elle n'était pas responsable des événements survenus pendant que le comité des commissaires de police était chargé exclusivement de la surveillance du corps de police. L'avis de requête soulevait les questions suivantes : (1) le comité des commissaires de police et la Vancouver Police Board sont-ils des entités distinctes, et (2) si la réponse est « oui », la Vancouver Police Board peut-elle être tenue responsable de remplir les obligations imposées au comité des commissaires de police? Les parties s'entendaient pour dire que, si la réponse aux questions ci-dessus était « oui » et « non », respectivement, la Cour [TRADUCTION] « devait alors rejeter dans son intégralité l'action intentée par le demandeur contre la Vancouver Police Board » (par. 2). La Cour d'appel a effectivement répondu de cette façon aux deux questions et, en conséquence, la Vancouver Police Board n'était pas responsable de payer les dommages-intérêts sollicités et l'action devait être rejetée.

[29] Ainsi, l'extrait de l'affaire *Gulkison* que le juge a cité est une remarque incidente et n'avait donc pas pour effet de le lier. Quoiqu'il en soit, j'estime que la remarque est trop large, compte tenu de la jurisprudence faisant autorité sur la question, particulièrement l'arrêt *Campbell*. C'est uniquement dans l'exécution de leurs fonctions de base d'application de la loi que le droit reconnaît que les policiers municipaux sont des fonctionnaires indépendants de la municipalité qui les a nommés à leurs postes et, ainsi, ne sont ni les mandataires de la municipalité ni ses employés.

[30] En outre, le juge a cité les extraits suivants de l'arrêt *Campbell* :

[...] Un policier qui enquête sur un crime n'agit ni en tant que fonctionnaire ni en tant que mandataire de qui que ce soit. Il occupe une charge publique qui a été définie à l'origine par la common law et qui a été établie par la suite dans différentes lois. [...]

[...]

[...] L'importance de ce principe, qui est lui-même à la base de la primauté du droit, a été reconnu[e] par notre Cour relativement aux forces policières municipales dans un arrêt aussi ancien que *McCleave c. City of Moncton* (1902), 32 R.C.S. 106. Il s'agissait d'une affaire civile portant sur la responsabilité municipale éventuelle pour cause de négligence policière, mais, dans le cadre de ses motifs, le juge en chef Strong a approuvé la proposition suivante, aux pp. 108 et 109:

[TRADUCTION] Les policiers ne peuvent aucunement être considérés comme des mandataires ou des fonctionnaires de la ville. Leurs fonctions sont publiques par nature. Le pouvoir de les nommer est transféré par la législature aux cités et villes car il s'agit d'un moyen pratique d'exercer une fonction gouvernementale, mais cela ne les rend pas responsables des actes illégaux ou négligents qu'ils commettent. Le dépistage et l'arrestation des auteurs d'infractions, le maintien de la paix publique, l'exécution des lois ainsi que les autres fonctions similaires conférées aux policiers découlent de la loi, et ne proviennent pas de la cité ou de la ville qui les a nommés. [par. 27 et 29]

[31] Le juge a omis de tenir compte d'une nuance importante apportée à la proposition selon laquelle un policier « n'agit ni en tant que fonctionnaire ni en tant que mandataire de qui que ce soit », savoir que c'est le cas lorsqu'il « enquête sur un crime » ou se livre autrement à l'exécution de [TRADUCTION] « fonctions similaires conférées aux policiers ». Comme elle l'a souligné au par. 29 de l'arrêt *Campbell*, la Cour suprême examinait uniquement « la question du statut d'un agent de la GRC agissant dans le cadre d'une enquête criminelle, et, à cet égard, la police n'est pas sous le contrôle de la branche exécutive du gouvernement » (je souligne). Il est bien établi que, lorsqu'il a commis les agressions sexuelles contre les membres du groupe, M. Estabrooks ne se livrait pas à une enquête criminelle et n'exécutait pas non plus des fonctions de base d'application de la loi. Il vaut la peine de répéter les conclusions du juge à ce sujet :

[TRADUCTION]

En l'espèce, ce n'est pas l'exécution par M. Estabrooks de ses fonctions policières comme telles qui nous intéresse, mais plutôt la perpétration d'agressions sexuelles en série contre le demandeur et les membres du groupe pendant qu'il était censé exécuter ses fonctions policières. Selon la preuve fournie par le demandeur et d'autres membres éventuels du groupe qui ont témoigné au sujet des agressions sexuelles commises à leur endroit, M. Estabrooks portait l'uniforme de police, se trouvait dans un véhicule de police et, souvent, son arme de poing était visible. Par conséquent, même s'il ne menait pas réellement une enquête sur un crime ou n'effectuait pas une autre tâche policière, il commettait ces agressions pendant ses heures de travail lorsqu'il aurait dû mener des enquêtes ou travailler à la prévention du crime et, parfois, sous prétexte qu'il effectuait un travail de policier, car il utilisait souvent les signes extérieurs de son travail pour exiger la présence [du demandeur et des autres] en prétendant qu'il souhaitait s'entretenir avec eux au sujet d'un crime sur lequel il menait une enquête. [Je souligne; par. 85]

[32] L'idée voulant que les policiers ne soient pas des mandataires ou des employés de la municipalité qui les a nommés à leurs postes découle de l'indépendance de ces derniers dans l'exécution de leurs fonctions de base d'application de la loi. Dans l'arrêt *Smith*, le juge d'appel Tullock, tel était alors son titre, a situé dans son contexte approprié l'extrait de l'arrêt *Campbell* cité par le juge du procès et a expliqué les circonstances dans lesquelles le droit traite les policiers municipaux comme des titulaires d'une charge publique indépendants :

[TRADUCTION]

[39] La doctrine moderne de l'indépendance de la police tire son origine de décisions judiciaires anglaises et canadiennes qui considèrent les policiers comme des titulaires d'une charge publique de confiance qui tiennent leur pouvoir directement de la loi. Trois décisions anglaises – *Fisher c. Oldham Corp.*, [1930] 2 K.B. 364, [1930] All E.R. Rep. 96; *Attorney General for New South Wales c. Perpetual Trustee Co.*, [1955] A.C. 457, [1955] 1 All E.R. 846 (C.P.); et *R. c. Metropolitan Police Commissioner, Ex parte Blackburn*, [1968] 2 Q.B. 118, [1968] 1 All E.R. 763 (C.A.) – ont établi les fondements de

la doctrine de l'indépendance policière en droit anglais. Les tribunaux canadiens ont adopté une bonne partie des motifs de ces décisions dans leur élaboration de la doctrine de l'indépendance policière dans notre pays.

a) *Jurisprudence de l'Angleterre*

[40] Le jugement *Fisher* est souvent considéré comme étant à l'origine de la notion de l'indépendance de la police en Angleterre : Philip C. Stenning, *Le statut juridique de la police*, Commission de réforme du droit du Canada, document d'étude, Séries droit pénal (Ottawa : ministère des Approvisionnements et Services Canada, 1981), p. 113. Dans cette affaire, le juge McCardie a conclu qu'une municipalité en Angleterre n'était pas responsable du fait d'autrui pour le délit de séquestration commis par un policier. Il a conclu que, en common law, les policiers ne sont pas des préposés de la municipalité, mais qu'ils sont plutôt des fonctionnaires de l'État ayant le devoir d'assurer le respect et l'exécution de la loi : p. 370 et 371, K.B. Il a jugé que, si une municipalité devait être tenue responsable du fait d'autrui, cela lui donnerait un droit de regard sur l'arrestation et la poursuite des délinquants. À son avis, conférer à une municipalité un tel droit de regard sur les actes de policiers constituerait [p. 319] un [TRADUCTION] « changement constitutionnel important et très dangereux » qui mettrait en péril l'indépendance de la police : p. 372, 373, 377 et 378, K.B. C'est ainsi que l'arrêt *Fisher* est venu à constituer le fondement constitutionnel de l'indépendance de la police par rapport aux municipalités et le fondement aussi de décisions subséquentes qui ont élaboré la doctrine de l'indépendance de la police dans la jurisprudence anglaise : Paul Ceysens, *Legal Aspects of Policing*, feuillet mobile (2003, publication 16), (Saltspring Island, C.-B. : Earls court Legal Press, 1994), vol. 1, p. 1 à 19.

[41] Dans l'arrêt *Perpetual Trustee Co.*, le Conseil privé a appliqué l'arrêt *Fisher* pour conclure à l'indépendance policière, non seulement par rapport aux municipalités, mais également par rapport à l'État. Dans cette affaire, il était question de savoir si un policier était le préposé de l'État, de sorte que l'État pouvait réclamer des dommages-intérêts pour la perte de services découlant de la conduite négligente du défendeur qui avait causé des blessures à l'agent de police. Le Conseil privé a jugé que

les agents de police n'étaient pas des préposés de l'État et a rejeté la demande de l'État. Le vicomte Simonds a souscrit au raisonnement adopté dans l'arrêt *Fisher* et, aux p. 489 et 490 A.C., il a dit :

[TRADUCTION]

Leurs Seigneuries peuvent maintenant exprimer leur opinion définitive dans l'affaire. Ils répètent que, selon eux, les rapports entre préposé et maître, d'une part, et entre le titulaire d'une charge publique et l'État qu'il est censé servir, d'autre part, comportent une différence essentielle. L'agent de police appartient à la dernière catégorie. Ne lui étant pas délégué, son pouvoir lui appartient en propre et, en vertu de sa charge, il a toute liberté quant à la manière de l'exercer : c'est un représentant du pouvoir exécutif exerçant des droits qui lui sont conférés par la loi, indépendamment de tout contrat. Dans la langue courante, l'on n'emploie pas les termes préposé et maître pour décrire ses rapports avec le gouvernement : cela confirme le caractère fondamentalement différent de ces rapports.

[42] Finalement, dans l'arrêt *Blackburn*, lord Denning a fait une déclaration judiciaire clé sur l'indépendance de la police et appliqué les principes élaborés dans les affaires de droit privé *Fisher* et *Perpetual Trustee Co.* à un contexte de droit public. Dans l'affaire *Blackburn*, une requête en révision judiciaire avait été présentée à l'égard d'une décision de principe du commissaire de police qui ordonnait aux agents de police de ne pas porter d'accusations contre les cercles qui contrevenaient aux lois sur le jeu. Lord Denning a cité la proposition suivante faite dans les arrêts *Fisher* et *Perpetual Trustee Co.*, aux p. 135 et 136, Q.B. :

[TRADUCTION]

[Mais] je n'ai pas la moindre hésitation à affirmer que, comme tous les agents de police de notre pays, [le commissaire de police] doit être indépendant du pouvoir exécutif, et qu'il l'est en fait. Il n'est pas soumis aux ordres du Secrétaire d'État, sauf dans la mesure où, en vertu de la loi intitulée *Police Act* de 1964, ce dernier peut lui demander de lui faire rapport ou de prendre sa retraite pour le bien du service. D'après moi, le commissaire de police de la

ville, à l'instar de tous les chefs de police, a le devoir d'appliquer les lois du pays. Il doit prendre des mesures pour poster ses hommes de telle manière qu'ils soient en mesure de découvrir les crimes et de veiller à ce que les honnêtes citoyens puissent vaquer à leurs occupations en paix. C'est à lui qu'incombe la décision de poursuivre ou non les personnes faisant l'objet de soupçons. Lorsque cela est nécessaire, il doit tenter des poursuites ou veiller à ce que ce soit fait. Mais, dans l'exercice de ces fonctions, il n'est le préposé de personne; il est au service de la loi. Aucun ministre de l'État ne peut lui dire de surveiller tel ou tel endroit, ou de ne pas le faire, ou d'intenter des poursuites contre telle ou telle personne [page 320], ou de ne pas le faire. Aucune autorité policière ne peut non plus lui donner des instructions à ce sujet. C'est lui qui est responsable de l'application de loi, et il n'est responsable que devant la loi.

[43] Au bout du compte, lord Denning a rejeté l'appel pour le motif que le commissaire de police avait retiré la directive contestée et qu'il exercerait à nouveau son pouvoir discrétionnaire de décider s'il y avait lieu de porter des accusations : p. 137 et 138, Q.B.

[...]

[45] Les tribunaux canadiens se sont empressés eux aussi d'appliquer au contexte canadien le raisonnement adopté dans les arrêts *Fisher*, *Perpetual Trustee Co.* et *Blackburn*. Comme l'a fait remarquer l'auteur Stenning dans *Le statut juridique de la police*, aux p. 113 à 115, ces décisions de l'Angleterre ont eu une incidence importante sur la façon dont l'indépendance de la police est conçue au Canada. À titre d'exemple, dans l'arrêt *Nicholson c. Haldimand-Norfolk Regional Police Commissioners*, [1979] 1 R.C.S. 311, [1978] A.C.S. n° 88, la Cour suprême s'est fondée sur l'arrêt *Perpetual Trustee Co.* pour conclure qu'un agent de police est le titulaire d'une charge publique et qu'il exerce un pouvoir spécifique confirmé par la loi sur la police afin de maintenir l'ordre public et la paix : p. 321 et 322, R.C.S.

[...]

[48] Plus récemment, la Cour suprême a confirmé et appliqué le principe de l'indépendance de la police dans un contexte de droit criminel, dans l'affaire *R. c. Campbell*, [1999] 1 R.C.S. 565, [1999] A.C.S. n° 16. Dans cette affaire, la Cour a rejeté l'argument du ministère public voulant que des agents de la Gendarmerie royale du Canada (la GRC) qui avaient violé la *Loi sur les stupéfiants*, L.R.C. 1985, ch. N-1, jouissaient de l'immunité d'intérêt public en leur qualité de mandataires de l'État. Se fondant sur les arrêts *McCleave*, *Perpetual Trustee Co.*, *Blackburn* et *Nicholson*, la Cour suprême a conclu qu'un policier qui enquête sur un crime occupe une charge publique définie par la common law et par la loi. Aux par. 32 et 33 de ses motifs, la Cour a explicitement adopté les extraits des arrêts *Perpetual Trustee Co.* et *Blackburn* cités dans les paragraphes précédents. Ainsi, la Cour a conclu qu'un policier qui mène une enquête criminelle « n'est pas sous le contrôle de la branche exécutive du gouvernement » : par. 29. Il ne faut pas considérer ce policier comme un préposé ou un mandataire du gouvernement et il « n'est soumis à aucune directive politique » : par. 33. Il est, plutôt, « redevable envers la loi, et seulement envers elle » : par. 33.

[49] L'arrêt *Campbell* souligne l'importance de l'indépendance de la police. La Cour a insisté sur le fait que le principe de l'indépendance policière dans une enquête criminelle est « à la base de la primauté du droit » : par. 29. Ainsi, la Cour a interprété le libellé large de l'art. 5 de la *Loi sur la Gendarmerie royale du Canada*, L.R.C. 1985, ch. R-10, comme affirmant que la GRC est sous contrôle ministériel, mais elle conserve son indépendance par rapport à ce contrôle dans ses activités fondamentales d'application de la loi, par. 28, 29 et 33.

[...]

[53] En plus de la jurisprudence, de nombreuses commissions d'enquête parlementaires traitant de l'activité policière ont repris les propos énoncés dans l'arrêt *Campbell* selon lesquels l'indépendance de la police protège le pouvoir décisionnel de la police dans ses fonctions de base d'application de la loi contre l'ingérence par la branche exécutive. Même les rapports dans lesquels les auteurs ont exprimé davantage de réserve quant à l'indépendance de la police ont tout de même appuyé

l'indépendance de la police dans ses fonctions de base d'application de la loi, soit mener des enquêtes criminelles, porter des accusations et procéder à des arrestations. [Je souligne; par. 39 à 43, 45, 48, 49 et 53]

[33] La justification de l'inexistence d'une relation employeur-employé par l'indépendance est dépourvue de fondement lorsque, comme en l'espèce, les actes au sujet desquels on soulève la responsabilité du fait d'autrui n'ont pas été accomplis dans l'exécution de bonne foi des fonctions de base d'application de la loi ou de fonctions connexes. Je le répète, c'est uniquement lorsqu'un policier nommé par une municipalité exécute de telles fonctions qu'il occupe, en application de la loi, une charge publique, laquelle charge est distincte de sa relation employeur-employé qui, autrement, est en cause.

[34] M. Estabrooks n'exécutait pas des fonctions de base d'application de la loi lorsqu'il a commis les agressions sexuelles contre les membres du groupe. Ce faisant, il n'occupait pas une charge publique indépendante de la Ville; très simplement, il était tout simplement un employé de la Ville.

B. *Deuxième sous-question : le lien est-il suffisamment étroit?*

[35] L'application appropriée du critère de l'arrêt *Bazley* est « une question de droit qu'on peut sans problème “disjoindre” du contexte factuel » : *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, par. 23. Ainsi, la norme de contrôle qui s'applique est celle de la décision correcte, alors la Cour n'a pas à faire preuve de retenue à l'égard de la réponse négative donnée par le juge du procès à la question de savoir si le lien entre les fonctions de M. Estabrooks en sa qualité d'agent de police et ses actes fautifs est suffisamment solide. À mon avis, ce lien était suffisamment solide.

[36] Dans l'arrêt *Bazley*, la Cour suprême était d'avis que le critère *Salmond*, interprété largement, s'applique pour répondre à la question générale suivante : les employeurs peuvent-ils être tenus responsables du fait d'autrui à l'égard des agressions



sexuelles commises par leurs employés à l'endroit des clients ou des personnes dont ils ont la charge? Selon ce critère à deux volets, les employeurs sont responsables du fait d'autrui : (1) à l'égard des actes qu'ils ont autorisés; ou (2) à l'égard des actes qu'ils n'ont pas autorisés, mais qui présentent un lien tel avec les actes autorisés qu'ils peuvent être considérés comme des façons, quoiqu'elles soient inappropriées, d'accomplir un acte autorisé. Dans l'arrêt *Bazley*, la Cour suprême a convenu que le second volet pouvait être abordé en deux étapes. Premièrement, un tribunal doit déterminer s'il y a des précédents qui établissent sans équivoque la responsabilité du fait d'autrui ou encore l'absence de responsabilité dans l'affaire en cause. Si aucune solution ne ressort clairement de la jurisprudence, la deuxième étape consiste à décider « si la responsabilité du fait d'autrui *devrait* être imputée compte tenu des raisons de politique générale qui sous-tendent la responsabilité stricte » (par. 15). Le débat tenu devant notre Cour était axé sur la seconde étape.

[37] Dans l'arrêt *Bazley*, la Cour suprême a isolé les principales considérations de politique générale qui sont « au cœur de la responsabilité du fait d'autrui » : fournir un recours juste et pratique pour le préjudice subi et dissuader de causer un préjudice à l'avenir (par. 29). Le Cour a expliqué :

D'abord et avant tout, il y a le souci de fournir un recours juste et pratique aux gens qui subissent les conséquences des fautes d'un employé. Fleming exprime cela de façon succincte (à la p. 410) : [TRADUCTION] « la personne qui emploie d'autres personnes pour promouvoir ses propres intérêts financiers devrait, en toute équité, se voir imputer une responsabilité correspondante pour les pertes causées dans le cadre de l'exploitation de son entreprise ». L'idée que la personne qui crée le risque a une obligation envers les gens qui peuvent subir un préjudice est au cœur du droit de la responsabilité délictuelle. Comme le juge en chef Cardozo l'a affirmé dans *Palsgraf c. Long Island R. Co.*, 162 N.E. 99 (N.Y. 1928), à la p. 100, [TRADUCTION] « [l]e risque raisonnablement perceptible définit l'obligation à remplir, et le risque entraîne un rapport; il s'agit du risque que l'on peut appréhender pour autrui. » Ce principe d'équité s'applique à l'entreprise qui procure

l'emploi et, partant, à la question de la responsabilité du fait d'autrui. Bien qu'il se puisse que des organismes de bienfaisance n'embauchent pas des gens pour servir leurs intérêts économiques, d'autres facteurs, analysés plus loin, font en sorte qu'il est juste qu'ils soient tenus de fournir une réparation juste et pratique pour les fautes de leurs employés. Cet intérêt général comporte plusieurs objectifs secondaires. Le premier est celui de l'indemnisation efficace. [TRADUCTION] « L'un des objectifs sociaux les plus importants de la responsabilité du fait d'autrui est l'indemnisation des victimes. La responsabilité du fait d'autrui augmente les chances de la victime de recouvrer le montant du jugement auprès d'un défendeur solvable. » (B. Feldthusen, « Vicarious Liability for Sexual Torts », dans *Torts Tomorrow* (1998), 221, à la p. 224.) Ou pour citer Fleming, l'employeur est [TRADUCTION] « une source de dédommagement plus prometteuse que son employé qui est susceptible d'être un homme de paille » (p. 410).

Toutefois, l'indemnisation efficace doit également être équitable, en ce sens qu'il doit sembler juste de tenir l'employeur responsable de la faute commise. Dans ce sens, il est possible de soutenir que la responsabilité du fait d'autrui est équitable. L'employeur plante dans la collectivité une entreprise qui comporte certains risques. Quand ces risques se matérialisent et causent un préjudice à un membre du public malgré les efforts raisonnables de l'employeur, il est juste que la perte soit assumée par la personne ou l'organisme qui a créé l'entreprise et, en conséquence, le risque. Cela concorde avec l'idée qu'il est juste et équitable que la personne à l'origine d'un risque assume la perte qui résulte quand le risque se matérialise et cause un préjudice. Quoique la justesse de cette proposition puisse être évidente en soi, elle est étayée par le fait que l'employeur est souvent le mieux placé pour répartir les pertes au moyen de mécanismes comme l'assurance et la hausse de prix, et ainsi pour réduire l'effet perturbateur du délit dans la société. « La responsabilité du fait d'autrui a pour fonction plus générale de transférer à l'entreprise elle-même les risques créés par l'activité à laquelle se livrent ses mandataires » (*London Drugs*, le juge La Forest, à la p. 339).

La deuxième considération majeure de politique générale qui sous-tend la responsabilité du fait d'autrui est la

dissuasion de causer un préjudice à l'avenir. L'imputation à l'employeur, même non négligent, de la responsabilité de l'acte fautif accompli par l'employé peut avoir un effet dissuasif. L'employeur est souvent en mesure de réduire les accidents et les fautes intentionnelles au moyen d'une organisation et d'une supervision efficaces. Il se peut que l'omission de prendre de telles mesures ne soit pas suffisante pour constituer une preuve de négligence délictuelle directement contre lui. Il peut se révéler impossible de démontrer que le préjudice était prévisible au sens du droit en matière de négligence. L'employeur peut être en mesure d'invoquer comme moyen de défense la conformité avec la norme industrielle. Ou encore, il se peut que, même en respectant la norme de la diligence raisonnable, l'employeur n'ait pas aussi scrupuleusement fait preuve de diligence qu'il aurait pu le faire. Comme le juge Wilkinson l'a expliqué dans le jugement de première instance rendu dans l'affaire connexe (au par. 69) :

[TRADUCTION] Pour éliminer ou, du moins, freiner le fléau de la prédation sexuelle, il faut une motivation puissante chez les dirigeants d'établissements qui se consacrent à la garde, à la protection et à l'éducation d'enfants. À mon avis, la probabilité d'une responsabilité pour négligence ne suffira pas à fournir cette motivation. Dans bien des cas, la preuve sera inexistante ou aura depuis longtemps disparu. La preuve des normes appropriées est une question difficile et changeante.

Je partage cet avis. Au-delà de la gamme restreinte des comportements d'un employeur qui engendrent la responsabilité directe pour négligence, il existe un large secteur où un mode de gestion et de surveillance original et efficace peut réduire le risque auquel l'employeur expose la collectivité. Imputer à l'employeur la responsabilité du fait d'autrui pour les fautes de son employé peut l'inciter à prendre de telles mesures et, par conséquent, à réduire le risque de préjudice futur. Fleming fait observer, à titre connexe, qu'en tenant l'employeur responsable [TRADUCTION] « le droit l'incite à imposer des mesures disciplinaires à l'employé qui a commis une faute » (p. 410).

Les motifs de politique générale justifiant l'imputation de la responsabilité du fait d'autrui, soit la juste indemnisation et la dissuasion, sont connexes. La considération de politique générale que représente la dissuasion est liée à celle de la juste indemnisation fondée sur la création ou l'accroissement d'un risque par l'employeur. L'implantation de l'entreprise dans la collectivité avec les risques qu'elle comporte implique, en revanche, la possibilité de gérer le risque afin de réduire les coûts du préjudice qui peut en découler.

Les considérations de politique générale concernant l'attribution équitable de la perte aux entreprises qui créent des risques et la dissuasion de causer un préjudice tendent à justifier l'imputation de la responsabilité du fait d'autrui à l'employeur. Cependant, comme Fleming le fait remarquer, il y a souvent un facteur atténuant. À une époque, le droit tenait l'employeur responsable de toutes les fautes de son employé. Cette politique a été abandonnée parce qu'elle était trop dure dans une société commerciale complexe où il est possible que des employeurs ne soient pas en mesure de surveiller étroitement leurs employés. Des employés peuvent accomplir des actes, même sur les lieux de travail et pendant les heures de travail, qui ont si peu de rapport avec leurs fonctions qu'il semblerait déraisonnable d'en tenir l'employeur responsable. Par exemple, si un homme se livrait à des voies de fait sur l'amant de sa femme (qui tout à fait par hasard se trouve être un collègue) dans le salon des employés au travail, peu de gens soutiendraient que l'employeur doit être tenu responsable. De même, un employeur ne serait pas responsable du préjudice causé par un gardien de sécurité qui décide d'allumer un incendie criminel pour se distraire : voir, par exemple, *Plains Engineering Ltd. c. Barnes Security Services Ltd.* (1987), 43 C.C.L.T. 129 (B.R. Alb.).

Toutefois, si on poursuit l'analyse, cette considération de politique générale apparemment négative des cas où il conviendrait d'imputer la responsabilité se révèle n'être rien de plus que l'absence des politiques jumelées de la juste indemnisation et de la dissuasion qui justifient la responsabilité du fait d'autrui. Une faute qui n'est liée que tout à fait par hasard à l'activité de l'employeur et aux fonctions de l'employé ne saurait justifier l'imputation de la responsabilité du fait d'autrui à l'employeur. L'imputation de cette responsabilité à l'employeur pour

une telle faute ne satisfait pas aux notions logiques d'équité et ne contribue pas non plus à dissuader de causer un préjudice à l'avenir. Étant donné que la faute commise est essentiellement indépendante des conditions de travail, il n'y a pas grand-chose que l'employeur aurait pu faire pour la prévenir. Quand la responsabilité du fait d'autrui n'est pas liée étroitement et sensiblement à un risque que l'employeur a créé ou accru, elle n'a aucun effet dissuasif et relègue l'employeur au rang d'assureur involontaire. Je conclus que, pour préciser utilement quand la responsabilité du fait d'autrui devrait être engagée dans de nouvelles situations, il faut se fonder sur les objectifs de politique générale jumelés de la juste indemnisation et de la dissuasion qui sous-tendent cette théorie, plutôt que sur des distinctions artificielles ou sémantiques. [Je souligne; par. 30 à 36]

[38] Les considérations de politique générale qui sont engagées – l'indemnisation juste et efficace et la dissuasion – militent fortement en faveur d'une conclusion de responsabilité du fait d'autrui en l'espèce. Il semble que la Ville soit la seule source réaliste d'indemnisation pour le préjudice causé aux membres du groupe. Qui plus est, le fait de tenir la Ville responsable aura pour effet d'encourager la prise en compte et l'application de mesures susceptibles de réduire le risque d'inconduite future et de préjudice futur du genre que révèle le dossier en l'espèce. Cela dit, la Cour suprême a souligné, dans l'arrêt *Bazley*, que pour que soient respectés les objectifs de politique générale, il doit y avoir un lien suffisamment solide entre « l'entreprise de l'employeur » et la faute :

La jurisprudence selon laquelle l'acte non autorisé d'un employé engage la responsabilité du fait d'autrui de son employeur repose sur l'idée que l'employeur peut être tenu responsable à juste titre quand l'acte ressortit au risque que son entreprise a créé ou accru. De même, les objectifs de politique générale qui sous-tendent l'imputation de la responsabilité du fait d'autrui à l'employeur ne sont respectés que dans le cas où la faute est si étroitement liée à l'emploi qu'il est possible de dire que l'employeur a créé le risque de faute (et qu'il est donc équitablement et utilement chargé de le gérer et de le réduire). Dans chaque cas, il

s'agit de savoir s'il existe un lien entre l'entreprise qui procure l'emploi et la faute qui justifie l'imputation de la responsabilité du fait d'autrui à l'employeur, en ce qui concerne la dissuasion ou la répartition équitable des conséquences du risque, ou les deux à la fois. [Je souligne; par. 37]

[39] L'arrêt *Bazley* décrit une démarche générale pour évaluer la solidité du lien entre l'entreprise de l'employeur et la faute reprochée :

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:

- (1) Ils devraient s'attaquer ouvertement à la question de savoir si la responsabilité de l'employeur devrait être engagée, au lieu d'embrouiller la décision par des analyses sémantiques de l'« exercice des fonctions » et du « mode de comportement ».
- (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;
  - b) la mesure dans laquelle l'acte fautif peut avoir contribué à la réalisation des objectifs de l'employeur (et avoir donc été plus susceptible d'être commis par l'employé);
  - 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.  
[Je souligne; par. 41]

Comme je l'expliquerai, les facteurs subsidiaires qui sont soulignés sont les plus importants pour la présente affaire.

[40] Dans l'arrêt *Bazley*, la Cour suprême s'est ensuite penchée sur les facteurs qui sont d'intérêt particulier pour les affaires d'agression sexuelle commise par des employés :

Pour appliquer ces considérations générales à l'agression sexuelle commise par un employé, il doit exister 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. Il doit être possible de dire que l'employeur a accru sensiblement le risque de préjudice en plaçant l'employé dans son poste et en lui demandant d'accomplir les tâches qui lui étaient assignées. Il est peu probable que les considérations accessoires de la date, de l'heure et du lieu constitueront des considérations de politique générale justifiant l'imputation de la responsabilité du fait d'autrui pour l'inconduite sexuelle d'un employé. Par exemple, une attaque à laquelle un employé se livre purement par hasard dans les locaux de l'employeur pendant les heures de travail ne justifie guère de tenir l'employeur responsable. Il est peu probable qu'une telle attaque aura un rapport avec l'entreprise que l'employeur exploite ou avec [...] ce que l'employé est requis de faire et, en conséquence, avec quelque risque que ce soit. Il est également peu probable que l'imputation de la responsabilité aura un effet dissuasif important; à moins de fermer les lieux ou de congédier tous les employés, la faute commise au hasard est difficile à éviter. Le critère applicable n'est pas non plus celui de la prévisibilité du préjudice auquel recourt le droit en matière de négligence. Ce qui est nécessaire est un accroissement sensible du risque résultant de l'entreprise de l'employeur et des fonctions qu'il a confiées à l'employé, sans oublier les politiques générales qui sous-tendent la responsabilité du fait d'autrui.

Quels sont les facteurs pertinents pour décider si l'entreprise de l'employeur a créé ou sensiblement accru le risque d'agression sexuelle de la part d'un employé? (Là encore, je parle de manière générale, pour compléter les facteurs proposés plus haut.) Il est évident qu'un employé risque beaucoup plus d'agresser sexuellement un enfant si on lui donne l'occasion de commettre l'agression. Il y a de nombreux types d'occasion et la nature de l'occasion dans un cas particulier doit être soigneusement évaluée pour décider si elle a effectivement accru sensiblement le risque de préjudice qui a résulté. Si on permet ou on demande à un employé de tenir compagnie à des enfants pendant de courtes périodes, il peut y avoir un faible risque de préjudice, peut-être pas beaucoup plus important que si l'employé était un étranger. Si on permet [...] à un employé de rester seul avec un enfant pendant de longues périodes,



les chances qu'une agression se produise peuvent être accrues. Si en plus de l'autoriser à demeurer seul avec un enfant pendant de longues périodes, on s'attend à ce que l'employé surveille l'enfant lors d'activités intimes comme le bain ou la toilette, les chances qu'une agression se produise sont encore plus grandes. Plus grandes sont les chances qu'une agression se produise, plus le risque de préjudice s'accroît.

La nature de la relation que l'emploi établit entre l'employé et l'enfant est également susceptible d'accroître le risque de préjudice. L'emploi qui place l'employé dans une situation d'intimité et d'autorité vis-à-vis de l'enfant (c'est-à-dire une relation dans laquelle l'employé agit à la manière d'un parent ou fait fonction de modèle) est susceptible d'accroître le risque que l'employé sente qu'il peut profiter de l'enfant et que l'enfant se soumette sans pouvoir se plaindre de manière efficace. Plus l'employeur encourage l'employé à imposer le respect autour de lui et propose que l'enfant imite cet employé et lui obéisse, plus le risque est susceptible de croître. Autrement dit, plus une entreprise requiert l'exercice de pouvoir ou d'autorité pour la réussite de ses activités, plus un abus de ce rapport de force pourra être attribué, à juste titre, à l'employeur. Voir *Boothman c. Canada*, précité.

D'autres facteurs peuvent être également importants, selon la nature de l'affaire. Demander ou permettre à un employé de toucher les parties intimes du corps d'un client peut accroître le risque d'attouchements sexuels, tout comme permettre à un employé de manipuler des sommes d'argent importantes peut accroître le risque de détournement de fonds ou d'appropriation illicite. Telle est la logique qui est au cœur de l'argument du « mode de comportement » que le juge de première instance a retenu dans la présente affaire. (Le même facteur pourrait évidemment être analysé sous l'angle de l'occasion plus grande.) Les arguments de la date, de l'heure et du lieu peuvent aussi être pertinents dans certains cas particuliers. Le simple fait que la faute a été commise pendant les heures de travail ou au travail ne saurait, à lui seul, être d'une grande importance; l'évaluation de l'accroissement sensible du risque ne peut pas se faire par l'application machinale de facteurs spatiaux et temporels. Cela étant dit, les facteurs spatiaux et temporels peuvent tendre à annihiler l'idée d'accroissement sensible du risque de préjudice, dans la mesure où ils

portent à croire que la conduite n'avait essentiellement rien à voir avec l'emploi et tout risque qu'il peut avoir créé (par exemple, lorsque le délit de l'employé est survenu en dehors des lieux de travail et après les heures de travail). Les considérations de politique générale de la juste indemnisation et de la dissuasion qui sous-tendent la responsabilité du fait d'autrui peuvent être atténuées ou complètement éliminées dans de telles circonstances.

En résumé, le 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. L'application du critère ne doit pas être machinale mais doit tenir compte des considérations de politique générale qui justifient l'imputation de la responsabilité du fait d'autrui, soit la dissuasion et l'indemnisation juste et efficace de la faute. Pour ce faire, les juges de première instance doivent examiner les tâches particulières de l'employé et décider si elles créent des occasions spéciales de commettre une faute. Compte tenu des utilisations particulières qui sont faites de l'autorité et de la confiance dans les cas d'agression d'un enfant, il faut prêter une attention spéciale à l'existence d'un rapport de force ou de dépendance, qui crée souvent en soi un risque considérable de faute. [Je souligne; par. 42 à 46]

[41] Ayant conclu que M. Estabrooks n'était pas un employé de la Ville, mais un fonctionnaire indépendant, le juge n'a pas examiné les fonctions de M. Estabrooks qui ne faisaient pas partie de ses fonctions de base d'application de la loi. Toutefois, ces fonctions occupaient probablement davantage son temps que ses fonctions d'application de la loi comme telles. Pour les besoins de la présente affaire, il suffit de diriger notre attention vers les fonctions de M. Estabrooks qui consistaient à accroître les contacts avec la collectivité, par exemple interagir de façon amicale avec les membres du public, y compris les enfants, pendant les visites dans les quartiers, assis au volant du véhicule de police de la Ville et portant l'uniforme et l'insigne de policier. Ces fonctions autorisées étaient la manière dont M. Estabrooks impressionnait les enfants et gagnait leur confiance, ce qui les amenait à s'approcher du véhicule de patrouille et d'y monter, où ils

subissaient des agressions sexuelles. Ces fonctions, qui ne constituaient pas des fonctions de base d'application de la loi, faisaient partie intégrante de son travail et de [TRADUCTION] « la méthode » qu'il avait mise en place pour agresser sexuellement les enfants. En autorisant M. Estabrooks à se livrer à ces activités liées à son poste, la Ville a augmenté sensiblement le risque de perpétration d'agressions sexuelles.

[42] Le juge a conclu que le lien entre la Ville et les actes fautifs de M. Estabrooks [TRADUCTION] « n'était pas suffisamment solide pour qu'il soit approprié d'imputer la responsabilité du fait d'autrui à la Ville pour les délits commis par [M. Estabrooks] contre [M. Hayes] et les membres du groupe lorsque M. Estabrooks était agent de police entre 1953 et 1975 » : par. 105. Le juge s'est fondé sur les facteurs suivants pour tirer cette conclusion :

[TRADUCTION]

- a) la Ville n'a pas créé une relation de pouvoir ou de dépendance entre lui et ses victimes;
- b) le pouvoir qu'il exerçait sur les victimes de ses agressions sexuelles tirait son origine dans la loi et non de la Ville;
- c) il travaillait pour la population générale;
- d) les agressions sexuelles commises par lui n'avaient pas pour effet de favoriser la réalisation des buts ou des objectifs de l'entreprise de la Ville et [a conclu le juge] étaient commises uniquement pour les fins de l'agresseur;
- e) la Ville n'a encouragé aucun de ses comportements de manière à accroître le risque de préjudice qu'il a causé au demandeur et aux autres membres du groupe en tant qu'agent de police;
- f) la Ville n'exerçait aucune direction quant à la façon dont M. Estabrooks exécutait ses fonctions de policier, cette direction relevant entièrement du chef de police. [par. 102]

[43] Avec égards, je suis d'avis que les trois premiers facteurs ne résistent pas à l'analyse. L'appelant soutient que les trois derniers facteurs soit ont un effet neutre sur les plateaux de la balance de la justice, soit ne sont pas pertinents, particulièrement si l'on accepte que M. Estabrooks fût un employé de la Ville lorsqu'il a commis les agressions sexuelles contre les membres du groupe. Il en est peut-être ainsi, toutefois, je n'ai pas à me pencher sur leur importance étant donné que les trois premiers sont insoutenables. J'examine d'abord les deux premiers facteurs énoncés par le juge pour rejeter la responsabilité du fait d'autrui.

- (3) La Ville n'a pas créé une relation de pouvoir ou de dépendance entre M. Estabrooks et ses victimes et le pouvoir qu'il exerçait sur les victimes de ses agressions sexuelles tirait son origine dans la loi et non de la Ville

[44] Je ne souscris pas à ces conclusions. En embauchant M. Estabrooks à titre de policier municipal et en l'autorisant à interagir avec la collectivité où habitaient les enfants, la Ville a effectivement créé une relation de pouvoir entre lui et ses victimes. Sur le plan juridique, son pouvoir d'application de la loi tirait effectivement son origine dans la loi, mais, sur le plan pratique et dans le monde réel où M. Estabrooks travaillait et où les victimes vivaient, le pouvoir dont il jouissait à leur égard découlait de son poste d'agent de police de la Ville et de la façon dont il était exercé dans les interactions avec eux. Comme je l'ai indiqué dans mes remarques introductives, la preuve incontestée établit que M. Estabrooks utilisait le pouvoir et le statut que lui conférait son poste d'agent de police de la Ville pour commettre des agressions sexuelles contre des enfants vulnérables et influençables. Il a pris l'initiative de chaque incident d'agression sexuelle pendant qu'il portait l'uniforme et l'insigne de policier que lui avait remis la Ville et qu'il était au volant d'un véhicule de patrouille de la Ville. Le juge du procès a fait remarquer que l'observation suivante était incontestable, quoiqu'il ait ajouté [TRADUCTION] « en soi » :

[TRADUCTION]

Le demandeur soutient, en outre, que M. Hayes et les autres membres du groupe, lorsqu'ils étaient enfants et qu'ils

subissaient alors les agressions sexuelles de M. Estabrooks, étaient particulièrement vulnérables en raison du statut de policier de M. Estabrooks et du pouvoir inhérent que ce poste lui conférait. [par. 97]

[45] À l'issue d'un procès criminel, où M. Estabrooks a été déclaré coupable à l'égard de quatre chefs d'accusation d'attentat à la pudeur commis contre des enfants lorsqu'il était policier, le juge chargé de la détermination de la peine a décrit la [TRADUCTION] « méthode » de M. Estabrooks dans la perpétration de ces agressions; il agissait comme un [TRADUCTION] « agent de police amical », il faisait monter dans son véhicule des enfants défavorisés, puis il les agressait sexuellement dans son véhicule de police. Les victimes, qui ont témoigné au procès portant sur les questions communes, ont décrit comment M. Estabrooks profitait de sa situation de pouvoir et d'autorité à titre de policier de la Ville pour parvenir à ses fins perverses. Il vaut la peine de souligner ce qu'ils ont dit à ce sujet dans leur témoignage :

- a) les agressions ont eu lieu dans le véhicule de patrouille municipal que M. Estabrooks conduisait, pendant que M. Estabrooks portait l'uniforme de police;
- b) chacune des victimes a pris place dans le véhicule de police de la Ville que conduisait M. Estabrooks et a obéi aux ordres de M. Estabrooks en raison de son statut de policier. M. O'Hearn a témoigné que M. Estabrooks avait menacé de le jeter en prison et qu'il [TRADUCTION] « avait pris place dans le véhicule parce que [M. Estabrooks] était un agent de police de Saint John ». M. Beshara a témoigné qu'il est monté dans le véhicule de police de M. Estabrooks [TRADUCTION] « parce qu'il [lui] a demandé de le faire [...] et qu'il est agent de police ». M. Hayes a obéi à M. Estabrooks parce qu'il craignait d'être envoyé en prison et parce que M. Estabrooks avait menacé de tuer sa famille avec son arme de poing. M. Vautour a témoigné qu'il est monté dans le véhicule de police de M. Estabrooks parce qu'il croyait qu'on pouvait faire confiance aux policiers.

[46] En outre, les victimes ont hésité à signaler les mauvais traitements parce que M. Estabrooks était agent de police de la Ville. L'appelant attire l'attention sur la preuve suivante pour illustrer ce fait. M. Thorne a témoigné qu'il pensait que la police municipale n'ajouterait pas foi à toute déclaration qu'il ferait parce que M. Estabrooks était [TRADUCTION] « l'un des leurs ». M. O'Hearn a témoigné que sa mère craignait trop la police pour déposer une plainte. Cette preuve met en parfaite évidence l'observation suivante faite dans l'arrêt *Bazley* : « L'emploi qui place l'employé dans une situation [...] d'autorité vis-à-vis de l'enfant [...] est susceptible d'accroître le risque que l'employé sente qu'il peut profiter de l'enfant et que l'enfant se soumette sans pouvoir se plaindre de manière efficace » (par. 44).

(4) M. Estabrooks [TRADUCTION] « travaillait pour la population générale »

[47] Cet énoncé fait référence aux situations où M. Estabrooks était engagé dans ses fonctions de base d'application de la loi. M. Estabrooks ne desservait pas le grand public lorsqu'il agressait sexuellement les membres du groupe. Comme j'ai tenté de l'expliquer, il n'occupait pas à ce moment une charge publique indépendante de la Ville; il était plutôt, durant toutes les périodes pertinentes, un employé de la Ville.

[48] S'agissant de la situation précise que nous examinons, la common law a évolué à cet égard et il va sans dire qu'elle continuera de le faire. Je dégage l'état actuel de la common law de l'arrêt *Bazley* et des deux ensembles de motifs énoncés dans l'arrêt *Jacobi c. Griffiths*, [1999] 2 R.C.S. 570, [1999] A.C.S. n° 36 (QL). Dans cette affaire, en tranchant la question de la responsabilité du fait d'autrui d'un Boys' and Girls' Club pour des agressions sexuelles commises par l'un de ses employés, tant la juge McLachlin, plus tard juge en chef du Canada (qui s'exprimait en son nom et au nom de deux autres juges dissidents), que le juge Binnie (qui s'exprimait en son nom et au nom de trois autres juges), ont fait des observations sur la question même qui est au cœur du présent appel, savoir la responsabilité du fait d'autrui dans les relations de pouvoir, notamment la relation entre des policiers et des enfants. Il est vrai qu'il s'agit, à proprement parler, de

remarques incidentes. Qu'à cela ne tienne, elles sont en harmonie avec l'arrêt *Bazley* et, à mon sens, elles font autorité puisqu'elles s'inscrivent dans la série des motifs énoncés par les divers auteurs pour expliquer leur thèse respective.

[49] L'arrêt *Jacobi c. Griffiths* est particulièrement important pour les fins du présent appel parce que tant la juge McLachlin, qui fournissait les motifs des juges minoritaires, que le juge Binnie, qui rendait jugement au nom de la majorité, s'y sont penchés sur l'application de la doctrine de la responsabilité du fait d'autrui pour des agressions sexuelles commises par un agent de police lorsqu'il est de service.

[50] La juge McLachlin a fait les observations suivantes, qui sont pertinentes :

Un quatrième facteur est l'étendue du pouvoir conféré à l'employé par rapport à la victime. Les tribunaux doivent être conscients du pouvoir conféré tant explicitement qu'implicitement. En l'espèce, il n'est pas nécessaire d'aller plus loin que la constatation du juge de première instance que Griffiths exerçait sur ses victimes un pouvoir tenant du culte pour conclure qu'un autre facteur milite en faveur de l'imputation d'une responsabilité. Cela écarte l'idée que « [l]e Club ne conférait aucun "pouvoir" significatif sur les appelants » (le juge Binnie, au par. 83). Bien que l'appréciation subjective de la situation par l'enfant ne soit pas à elle seule concluante quant à la nature du pouvoir exercé par l'employé, lorsqu'on analyse le degré de pouvoir que comporte un emploi, il convient sûrement, pour déterminer si la responsabilité du fait d'autrui de l'employeur devrait être engagée en raison du délit de l'employé, de tenir compte de ce qu'un enfant raisonnable penserait de la situation de cet employé. Bien que Griffiths n'ait guère été un policier ou un parent de famille d'accueil, pour comprendre le pouvoir exercé il faut le situer dans son contexte. Ici, vu qu'il servait de modèle dans un club qui s'occupait d'enfants vulnérables, il n'y a pas grand-chose qui milite contre la conclusion du juge de première instance que la situation de Griffiths par rapport aux enfants, était une situation de pouvoir. En investissant l'employé de ce pouvoir, l'employeur a créé un risque, léger mais réel, qu'il en abuse. Cela étaye alors l'opinion que l'employeur peut

légitimement être tenu responsable de l'usage abusif de ce pouvoir. [Je souligne; par. 18]

[51] J'en déduis de l'observation selon laquelle « Griffiths n'ait guère été un policier » que, s'il l'avait été, la responsabilité du fait d'autrui aurait été irréfutable, compte tenu de l'étendue du pouvoir conféré aux policiers. Pour sa part, le juge Binnie a fait les observations suivantes :

Je ne voudrais pas que l'on interprète mes propos comme laissant entendre que la création d'une relation de type parental est une condition préalable de la responsabilité du fait d'autrui dans les cas de mauvais traitements infligés à des enfants. Cependant, non seulement les affaires « parentales » sont pertinentes relativement aux faits du présent pourvoi, mais encore elles montrent à quelle hauteur les tribunaux ont fixé la barre pour que la responsabilité sans faute puisse être imputée. Je crois que le juge Huddart de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique a eu raison, en l'espèce, de souligner que le pouvoir créé par l'emploi est la source la plus pertinente de « connexité » (p. 7) avec le présent pourvoi. Il va sans dire que d'autres rapports de force ont aussi été considérés comme fournissant le « lien solide » nécessaire dans des situations factuelles différentes. Aux États-Unis, la jurisprudence porte à croire que le pouvoir créé par l'emploi suffit, par exemple, si l'on pouvait s'attendre qu'il intimide une personne raisonnable dans la situation de la victime. Ainsi, la Cour suprême de la Californie a traité du pouvoir de la police dans *Mary M. c. City of Los Angeles*, 814 P.2d 1341 (1991). Cette cour, siégeant en formation plénière, a tenu à la majorité la ville de Los Angeles responsable du viol d'une automobiliste par un policier. Les juges majoritaires ont conclu, pour reprendre les termes du critère *Salmond* que le viol avait été commis dans « l'exercice des fonctions ». Un policier en uniforme avait découvert une conductrice dont les facultés étaient affaiblies, et au lieu de l'amener au poste de police, il l'avait amenée chez elle où il l'avait violée. Il a été déclaré coupable et emprisonné. La question était de savoir si son employeur devait être tenu de verser une indemnité pécuniaire en vertu de la responsabilité du fait d'autrui. La cour a décidé à la majorité qu'en raison du pouvoir important dont le policier était investi par la ville, lequel



pouvoir comportait celui de détenir des personnes sous la menace d'un pistolet, de les menotter, de les faire sortir de leur résidence, de les fouiller sommairement, et même d'avoir recours à une force meurtrière, [TRADUCTION] « il n'est ni surprenant ni inattendu qu'un policier abuse parfois de ce pouvoir en adoptant un comportement violent » (p. 1350). Autrement dit, le pouvoir manifeste, inhérent au rôle de policier créé par l'emploi, rendait l'employeur responsable de l'abus qui en avait été fait. Par contre, dans l'affaire *John R. c. Oakland Unified School District*, 769 P.2d 948 (Cal. 1989), analysée plus loin, le même tribunal a jugé que le pouvoir, créé par l'emploi, qu'un professeur d'école secondaire exerçait sur son élève était insuffisant pour imputer la responsabilité du fait d'autrui. [Je souligne; par. 64]

Même si le juge Binnie n'a pas expressément souscrit aux principes qu'il avait dégagés de la jurisprudence américaine, le contexte suppose qu'il les acceptait.

[52] Dans l'arrêt *Jacobi c. Griffiths*, les juges minoritaires ont rejeté l'idée voulant que « le travail d'un employé [doive] être suffisamment semblable au rôle parental pour que puisse être invoquée la responsabilité du fait d'autrui dans des cas d'agression d'enfants » : par. 26. Les observations du juge Binnie qui figurent au paragraphe ci-dessus ont été faites afin d'éliminer toute suggestion selon laquelle il était d'avis que « la création d'une relation de type parental est une condition préalable de la responsabilité du fait d'autrui dans les cas de mauvais traitements infligés à des enfants » : par. 64. C'est pourquoi le juge Binnie mentionne la responsabilité du fait d'autrui dans le cas d'agressions sexuelles commises par des policiers lorsqu'ils sont de service, et il cite cela comme exemple de la responsabilité du fait d'autrui en l'absence d'une relation de type parental. En même temps, il fait référence à la décision majoritaire rendue dans l'affaire *Mary M. c. City of Los Angeles*, 54 Cal. (3d) 202 (Cal. 1991), sans laisser du tout entendre que cette décision est incorrecte.

[53] Dans cette affaire, la Cour suprême de la Californie avait conclu que la Ville de Los Angeles était responsable du fait d'autrui pour un viol commis par un de ses policiers pendant qu'il était de service. Le juge du procès a établi une distinction par

rapport à l'arrêt *Mary M.* pour deux motifs : (1) il n'était pas contesté que l'auteur du viol était un employé de la Ville de Los Angeles; et (2) une loi alors en vigueur régissait la responsabilité des organismes publics à l'égard des préjudices causés par leurs employés au cours de leur emploi. Avec égards, je ne suis pas d'avis qu'il faut établir une distinction par rapport à l'affaire *Mary M. M. Estabrooks* était un employé de The City of Saint John lorsqu'il a commis les agressions sexuelles entre 1953 et 1975 pendant qu'il était de service. Comme je l'ai déjà mentionné, peut-être à répétition, il n'était pas alors en train d'exécuter des fonctions de base d'application de la loi, et il n'était même pas réputé le faire non plus. Qui plus est, la loi californienne à laquelle le juge du procès a renvoyé incorporait tout simplement des normes générales de responsabilité civile délictuelle comme fondement principal à l'application de la maxime *respondeat superior* pour établir la responsabilité des organismes publics : *Mary M.*, par. 3. Par conséquent, le libellé de la loi n'avait pas pour effet d'étendre la responsabilité du fait d'autrui en common law aux organismes publics, tels que la ville de Los Angeles. À la différence du juge du procès, je n'attache aucun poids au libellé de la loi californienne pour déterminer la valeur de précédent de l'arrêt *Mary M.* Voir également la décision *Applewhite c. City of Baton Rouge*, 380 So. (2d) 119 (La. Ct. App. 1979), citée avec approbation par les juges majoritaires dans l'arrêt *Mary M.*

[54] Il est impossible de concilier la dénégation par la Ville de sa responsabilité du fait d'autrui à l'égard des agressions sexuelles commises par M. Estabrooks sur les membres du groupe, pendant ses heures de travail en tant que policier municipal, avec les observations faites à la fois par les juges majoritaires et les juges minoritaires dans l'arrêt *Jacobi c. Griffiths* au sujet de la responsabilité du fait d'autrui à l'égard d'agressions sexuelles commises par des agents de police pendant qu'ils sont de service. Il n'est pas possible non plus de justifier cette dénégation à la lumière des facteurs qui, selon l'arrêt *Bazley*, doivent avoir priorité lorsqu'il s'agit de déterminer la responsabilité du fait d'autrui dans des situations d'agressions sexuelles commises contre des enfants par des employés qui, du fait de leur emploi, exercent un pouvoir sur eux.

[55] S'agissant d'agressions sexuelles commises à l'endroit d'enfants par des policiers, c'est le pouvoir sur ces enfants que leur confère leur emploi qui est la source la plus pertinente de « connexité » : *Jacobi c. Griffiths*, par. 64. En effet, la relation de pouvoir entre M. Estabrooks et les enfants qu'il agressait sexuellement, cette relation découlant de son emploi auprès de la Ville, établit le lien solide nécessaire pour justifier l'imputation de la responsabilité du fait d'autrui : *Bazley*, par. 46. La Ville a fourni non seulement le lieu (le véhicule de patrouille de la Ville) et l'occasion de commettre les agressions sexuelles, elle a augmenté le risque que ces agressions aient lieu en conférant à M. Estabrooks l'autorité découlant de son emploi qu'il pouvait exercer sur les enfants, ainsi que [TRADUCTION] « l'éventail d'équipement et d'accessoires » qui portait les enfants à lui faire confiance inconditionnellement (véhicule de patrouille, uniforme et insigne de policier) et à le craindre (arme de poing).

[56] J'estime que le lien solide nécessaire entre l'emploi de M. Estabrooks et ses actes fautifs est établi. Je suis convaincu que si les principes adoptés dans les arrêts *Bazley* et *Jacobi c. Griffiths* sont appliqués comme il se doit, la Ville est responsable du fait d'autrui en common law à l'égard des agressions sexuelles commises par M. Estabrooks contre les membres du groupe pendant ses heures de travail en tant que policier municipal. À titre d'exemple de l'application de ces principes à un cas d'agression sexuelle par un policier pendant qu'il est de service, voir *Evans c. Sproule*, [2008] O.J. No. 4518 (QL) (C. sup. Ont.), par. 83 à 100. Je passe maintenant au par. 17(1) de la *Loi sur la police*, qui impose à une municipalité la responsabilité du fait d'autrui à l'égard des délits civils commis par un membre de son corps de police dans l'exercice actuel ou réputé des fonctions de policier qui sont prévues à l'art. 12.

[57] L'article 17 ne s'applique pas aux actes commis avant son entrée en vigueur : par. 17(3). Puisque M. Estabrooks a commis les agressions sexuelles avant l'entrée en vigueur de l'art. 17, le juge a reconnu, tout comme la Ville, que cet article ne s'applique pas. Néanmoins, le juge a conclu que, puisque l'art. 17 est considéré comme un article réparateur par application de la *Loi d'interprétation*, L.R.N.-B. 1973, ch. I-13, il équivaut à une déclaration par le législateur du fait que les règles préexistantes de common law n'imposent aux municipalités aucune responsabilité à l'égard des délits

civils commis par des membres de leurs corps de police, peu importe les circonstances (décision rendue au procès, par. 108). Autrement dit, l'art. 17 est un article à caractère interprétatif établissant une exclusion totale préexistante de la responsabilité du fait d'autrui des municipalités en common law. Avec égards, je ne suis pas de cet avis, pour les motifs qui suivent.

[58] Je ne dégage aucune déclaration de la sorte quant à l'état antérieur de la common law à partir du texte et du contexte de l'art. 17. Les avocats ont indiqué que les débats tenus à l'Assemblée législative à ce sujet ne révèlent aucune intention de déclarer que la common law prescrivait l'exclusion totale de la responsabilité du fait d'autrui des municipalités. Comme je l'ai expliqué ci-dessus, la common law prévoyait l'exclusion de la responsabilité du fait d'autrui uniquement lorsque le membre de la force policière municipale se livrait à l'exercice de ses fonctions de base d'application de la loi, auquel cas la « règle du pouvoir discrétionnaire indépendant » s'appliquait (voir *Lévesque et BMG Farming Inc. c. Province du Nouveau-Brunswick et Commission de l'assurance-récolte du Nouveau-Brunswick*, par. 66, ainsi que les sources citées dans cet arrêt). Cette exclusion limitée, qui a effectivement été supprimée par l'art. 17, n'entre pas en ligne de compte dans la présente affaire. Qui plus est, rien dans le libellé de l'art. 17 ou de toute autre disposition de la *Loi sur la police* ne contient quoi que ce soit qui aurait pour effet d'écarter la common law dans le cas de délits commis par un agent de police d'une municipalité, pendant ses heures de travail, et alors qu'il n'est pas en voie d'accomplir des fonctions de base d'application de la loi. En conséquence, les règles de common law se rapportant à cette situation demeurent applicables : *R. c. Basque*, 2023 CSC 18, 2023 A.C.S. n° 18 (QL), par. 40. L'article 17 n'entend pas non plus figer les règles de common law à la date de sa promulgation. En conséquence, le critère applicable à la responsabilité du fait d'autrui qui est énoncé dans les arrêts *Bazley, Jacobi c. Griffiths* et *E.B. c. Order of the Oblates of Mary Immaculate in the Province of British Columbia*, parmi d'autres décisions récentes de la Cour suprême, est déterminant et, par conséquent, une conclusion de responsabilité du fait d'autrui s'impose.

C. *Troisième sous-question : une conclusion de responsabilité du fait d'autrui peut-elle être tirée sans preuve provenant de chacun des membres du groupe qui confirme qu'il ou elle a subi une agression sexuelle aux mains de M. Estabrooks pendant ses heures de travail en tant que policier?*

[59] La Ville soutient qu'il faut répondre à cette sous-question par la négative. Le juge a rejeté cet argument pour les motifs suivants :

[TRADUCTION]

Dans la présente affaire, la Cour a reçu la preuve de sept membres éventuels du groupe, le nombre de membres restant à déterminer, et tous ont témoigné qu'ils avaient été agressés sexuellement par M. Estabrooks pendant qu'il était policier, un des membres, M. Hayes, ayant en outre témoigné qu'il avait été agressé sexuellement par M. Estabrooks pendant que ce dernier travaillait au Service des travaux publics de la Ville.

La taille du groupe et l'étendue des préjudices subis par chaque membre du groupe sont des questions qui devront être tranchées plus tard, durant le recours collectif, si la responsabilité est établie relativement à une des questions communes ou plus. Par conséquent, je conclus qu'il n'y a aucun fondement à la prétention de la Ville voulant que la Cour ne puisse tirer une conclusion à ce stade sur cette question commune. [par. 74 et 75]

[60] Je souscris aux motifs et à la conclusion du juge selon lesquels cette prétention n'est pas fondée.

IV. Conclusion et dispositif

[61] M. Estabrooks était un employé de la Ville lorsqu'il a agressé sexuellement, pendant ses heures de travail en tant que policier, les demandeurs dans le recours collectif sous-jacent. Qui plus est, le dossier révèle que le lien entre la Ville et les actes fautifs commis par M. Estabrooks était suffisamment solide pour justifier l'imputation de la responsabilité du fait d'autrui pour ces agressions sexuelles et tout

préjudice en découlant. Avec égards, j'estime que le juge saisi des questions communes a commis une erreur justifiant l'infirmité de sa décision lorsqu'il a répondu par la négative à la question commune certifiée suivante : [TRADUCTION] « La Ville est-elle responsable du fait d'autrui des préjudices physiques, mentaux ou sexuels, susceptibles d'action et causés par Kenneth Estabrooks [...] entre 1953 et 1975, lorsqu'il était policier? » En conséquence, j'accueillerais l'appel, j'annulerais la décision qui a été portée en appel et je répondrais à cette question par l'affirmative.

[62] La Ville soutient dans son dernier exposé de la défense que l'action a été commencée après l'expiration de la période de prescription pertinente. Le juge saisi des questions communes n'a pas tranché la question. La Cour entendra les parties sur le sujet le 28 septembre 2023, à 14h. (voir l'ordonnance de gestion de l'instance, *Hayes c. City of Saint John* (#2), 2023 NBCA 66).

[63] La question des dépens pour tout ou partie des procédures, au procès et en appel, n'a pas été abordée par les parties. Étant donné la multitude de procédures étroitement liées et pertinentes pour le règlement de l'affaire au fond, il incombe à la Cour d'exercer son pouvoir discrétionnaire et conserver sa compétence pour entendre les parties au sujet des dépens, et pour rendre une décision appropriée.