

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 for the appeal:  
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:  
*Hayes v. Saint John (City)*, 2017 NBQB 25  
*Hayes v. The City of Saint John*, 2023 NBCA 66

Appeal hearing continued:  
November 1, 2023

Case management order #2:  
November 1, 2023

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 pour l'appel :  
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 :  
*Hayes c. Saint John (City)*, 2017 NBBR 25  
*Hayes c. The City of Saint John*, 2023 NBCA 66

Suite de l'audience en appel :  
le 1<sup>er</sup> novembre 2023

Ordonnance de gestion de l'instance n° 2 :  
le 1<sup>er</sup> novembre 2023

Reasons by the Court:  
The Honourable Justice Drapeau  
The Honourable Justice Quigg  
(sitting as a panel of two pursuant to s. 8(5) of the  
*Judicature Act*, R.S.N.B. 1973, c. J-2)

Counsel at hearing:

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

For the respondent:  
Michael D. Brenton, K.C.

### THE COURT

For the reasons that follow, the Court declines to determine the pleaded, but uncertified and judicially unsettled limitations defence. A prior determination by the Court of King's Bench is appropriate, in accordance with the usual order for judicial review processes.

Motifs de la cour :  
l'honorable juge Drapeau  
l'honorable juge Quigg  
(siégeant en formation de deux juges au titre du  
par. 8(5) de la *Loi sur l'organisation judiciaire*,  
L.R.N.-B. 1973, ch. J-2)

Avocats à l'audience :

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

Pour l'intimée :  
Michael D. Brenton, c.r.

### LA COUR

Pour les motifs qui suivent, la Cour refuse de statuer sur le moyen de défense fondé sur la prescription, moyen qui, quoiqu'il ait été plaidé, n'a fait l'objet ni d'une certification ni d'un règlement en justice. Il convient que la Cour du Banc du Roi rende d'abord une décision sur la question, comme le veut l'ordre habituel de la révision judiciaire.

Case Management Order #2, and supporting reasons delivered by

THE COURT  
(Orally)

[1] For present purposes, the procedural background is outlined in our June 29, 2023 Case Management Order (2023 NBCA 66), and our reasons for decision allowing Mr. Hayes’ appeal (*Hayes v. The City of Saint John (#3)*, 2023 NBCA 79).

[2] In *Hayes v. The City of Saint John (#3)*, the Court held:

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.

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).

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. [paras. 61-63]

[3] In the Case Management Order, the Court made the following observations regarding the pleaded, but uncertified and judicially unsettled limitations defence:

In its final Amended Statement of Defence, the City denied it was vicariously liable for Estabrooks' sexual abuse. It asserted all claims were, in any event, time-barred by virtue of the *Limitation of Actions Act*, R.S.N.B. 1973, I-8 and the *Limitation of Actions Act*, S.N.B. 2009, c. L-8.5. [...]

[...]

[T]he current *Limitation of Actions Act* applies to any claim brought after its commencement. The *Act* was proclaimed and came into force May 1, 2010. The underlying claim was brought on December 4, 2013. There is no limitation period for a claim in damages for, *inter alia*, an assault of a sexual nature: s. 14.1. The applicability of that provision is a common issue for all claims, and it, too, should have been fulsomely debated and determined in first instance. At the hearing, we were not persuaded the limitations defence should be adjudicated without a ruling on the point by the common issues judge.

[...]

At the hearing, we verbally ordered the adjudication of the limitations defence be referred back to the common issues judge. However, no formal order to that effect has been entered, and during the course of our post-hearing deliberation, we came to the conclusion that the fair and expeditious determination of the proceeding would be best pursued by, at least, exploring more fulsomely the possibility of disposing of the defence ourselves and, to that end, the Court: (1) directs the City to file and serve a brief on the defence's merits on or before August 31, 2023; (2) directs the appellant to file and serve its responding brief on or before September 15, 2023; and (3) will hear the parties on September 28, 2023, at 2:00 p.m., either in person or by video-conference. [paras. 3, 8 and 12]

[4] Mr. Hayes' brief on the merits of the limitations defence provides a succinct chronology of the procedural steps taken prior to our decision on the substantive merits of Mr. Hayes' appeal in *Hayes v. The City of Saint John* (#3):

This action was commenced on December 4, 2013 and certified in 2017. At certification, the [City] proposed that a limitations defence raised in its pleadings be certified as a common issue as follows:

Are the Class Members' claims barred by operation of the *Limitation of Actions Act*, RSNB 2009, c. L-85?

The motions judge declined to certify the limitations defence as a common issue. This Honourable Court did not interfere with that aspect of the certification decision on appeal [in 2018].

The common issues trial was heard in May and June of 2022. As the limitations defence had not been certified as a common issue for determination at trial, no evidence was adduced at trial by either party to establish a factual foundation relevant to the defence.

The [City] was successful on three of the four certified common issues at trial. The trial judge found the City was vicariously liable for the actionable harm perpetrated by Estabrooks when he was employed in the City's Works department between November 1, 1975 and December 31, 1983 (the "**City Works Period**"), but not liable otherwise. [Mr. Hayes] appealed from the common issues judgment, and the [City] cross-appealed on the finding with respect to vicarious liability for the City Works Period.

This Honourable Court heard the appeal of the common issues judgment on June 29, 2023. At the outset of the hearing, this Court verbally ordered that the [City's] cross-appeal be adjourned *sine die*, and that the limitations defence be referred back to the common issues judge for determination.

During the course of its post-hearing deliberations this Court concluded that it should explore the possibility of disposing of the limitations defence itself and directed a hearing to determine the applicability of section 14.1 of the *Limitation of Actions Act*, R.S.N.B. 2009, c. L-8.5 [...] to the certified claims in negligence and vicarious liability.

[5] It is Mr. Hayes' position that, in order for the Court to determine itself the limitations defence, it must first amend the Certification Order dated June 19, 2017 by

adding a new common issue: “Are the class members’ claims in vicarious liability and/or negligence barred by operation of the *Limitations of Actions Act*, R.S.N.B. 2009, c. L-8.5?”. Correlatively, Mr. Hayes requests the Court answer this question in the negative and grant judgment in his favour and in favour of the class (para. 73). The lynchpin for consideration by this Court of the sought-after remedies (amendment to the 2017 Certification Order, a negative answer to the new common question and judgment in favour of Mr. Hayes and the class) is an appeal against the Certification Order’s failure to include the quoted question in the list of certified questions.

[6] Both sides have provided the Court with comprehensive submissions on the merits of the limitations defence. That work-product will serve them well going forward.

[7] Today, the Court heard the parties with a view to exploring the possibility of disposing of the limitations defence without the benefit of a decision on point from the Court of King’s Bench. The record shows: (1) in 2017, the City applied to the Court of King’s Bench for inclusion of the limitations defence in the list of certified common issues to be tried as such; (2) Mr. Hayes opposed the City’s application; (3) the common issues judge sustained Mr. Hayes’ objection; (4) his decision on that specific question is not under appeal or cross-appeal; (5) in *The City of Saint John v. Hayes*, 2018 NBCA 51, neither side sought reversal of that decision; and (6) the limitations defence has been neither debated nor ruled upon in the Court of King’s Bench.

[8] The extraordinary circumstances that must, of necessity, exist for the Court to pass on the validity of an un-appealed decision are not present. Accordingly, the limitations defence must first be determined by the Court of King’s Bench exercising its original adjudicative jurisdiction. In coming to this conclusion, we are not to be understood as suggesting that determination is evidence-dependent; indeed, it may well turn on a pure question of law.

[9] We conclude by confirming our previous costs order stands (*Hayes v. The City of Saint John (#3)*, at para. 63), and that it applies to the present hearing. Once again, we thank counsel for the quality of their submissions.

Version française de l'ordonnance de gestion d'instance n° 2 et des motifs  
à l'appui rendus par

LA COUR  
(Oralement)

[1] Le contexte procédural de la présente instance se trouve exposé dans notre ordonnance de gestion d'instance du 29 juin 2023 (2023 NBCA 66) et dans la décision par laquelle nous avons fait droit à l'appel de M. Hayes (*Hayes c. The City of Saint John* (n° 3), 2023 NBCA 79).

[2] Dans *Hayes c. The City of Saint John* (n° 3), notre Cour est arrivée aux conclusions suivantes :

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.

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 14 h (voir



l'ordonnance de gestion de l'instance, *Hayes c. City of Saint John (#2)*, 2023 NBCA 66).

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. [par. 61 à 63]

[3] Dans l'ordonnance de gestion d'instance, la Cour a formulé les observations ci-dessous à propos du moyen de défense fondé sur la prescription, moyen qui, quoique plaidé, n'a fait l'objet ni d'une certification ni d'un règlement en justice :

Dans son dernier exposé de la défense modifié, la Ville a nié être responsable du fait d'autrui à l'égard des agressions sexuelles commises par M. Estabrooks. Elle a affirmé que, de toute façon, les demandes étaient prescrites par application de la *Loi sur la prescription*, L.R.N.-B. 1973, ch. L-8, et de la *Loi sur la prescription*, L.N.-B. 2009, ch. L-8.5. [...]

[...]

[L]a *Loi sur la prescription* dans sa version actuelle s'applique aux demandes présentées après son entrée en vigueur. La *Loi* a été proclamée et est entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> mai 2010. La demande sous-jacente a été présentée le 4 décembre 2013. Aucun délai de prescription n'est prévu dans le cas d'une réclamation en dommages-intérêts pour une agression de nature sexuelle : art. 14.1. L'application de cette disposition est aussi une question commune et elle aurait dû, elle aussi, être débattue en profondeur et tranchée en première instance. À l'audience, nous n'étions pas convaincus que le moyen de défense fondé sur la prescription devait être tranché sans une décision sur la question par le juge saisi des questions communes.

[...]

À l'audience, nous avons ordonné que la question de la validité du moyen de défense fondé sur la prescription soit

renvoyée au juge saisi des questions communes pour qu'il la tranche. Cependant, aucune ordonnance formelle à cet effet n'a été inscrite et, durant le cours de notre délibération suivant l'audience, nous avons conclu qu'une résolution juste et expéditive du différend pourrait être favorisée par un examen plus approfondi de la possibilité de trancher ce moyen de défense nous-mêmes et, à cette fin, la Cour : (1) ordonne à la Ville de déposer et signifier un mémoire portant sur le fond du moyen de défense en question [au plus tard le 31 août 2023]; (2) ordonne à l'appelant de déposer et signifier son mémoire en réplique [au plus tard] le 15 septembre 2023; et (3) entendra les parties le 28 septembre 2023 à 14 h, soit en personne ou par vidéoconférence. [par. 3, 8 et 12]

- [4] Le mémoire de M. Hayes sur le moyen de défense fondé sur la prescription établit une chronologie succincte des étapes procédurales qui ont précédé la décision que nous avons rendue, dans l'arrêt *Hayes c. The City of Saint John (n° 3)*, sur le fond de son appel :

[TRADUCTION]

L'action a été introduite le 4 décembre 2013, puis certifiée en 2017. À l'audience de certification, [la Ville] a proposé que soit certifié en tant que question commune le moyen de défense fondé sur la prescription avancé dans ses plaidoiries. La question devait être formulée ainsi :

Les demandes des membres du groupe sont-elles prescrites par application de la *Loi sur la prescription*, [L.N.-B. 2009, ch. L-8.5]?

Le juge saisi de la motion a refusé de certifier ce moyen de défense en tant que question commune. La Cour n'a pas modifié ce point, en appel [en 2018], de la décision sur la certification.

L'instruction des questions communes a eu lieu en mai et en juin 2022. Étant donné que le moyen de défense fondé sur la prescription n'avait pas été certifié et ne comptait pas parmi les questions communes à trancher, ni l'une ni l'autre partie n'a présenté de preuves, lors du procès, qui ait pu établir une assise factuelle pertinente.

[La Ville] a obtenu gain de cause, au procès, sur trois des quatre questions communes certifiées. Le juge a conclu que la Ville était responsable du fait d'autrui des préjudices susceptibles d'action causés par M. Estabrooks à l'époque où il était employé au Service des travaux publics, soit du 1<sup>er</sup> novembre 1975 au 31 décembre 1983 (la « **période d'activité aux Travaux publics** »), et qu'elle n'avait d'autre responsabilité que celle-là. [M. Hayes] a porté en appel le jugement rendu sur les questions communes, tandis que [la Ville] formait un appel reconventionnel contre la conclusion prononcée sur sa responsabilité du fait d'autrui à l'égard de la période d'activité aux Travaux publics.

La Cour a entendu le 29 juin 2023 l'appel du jugement rendu sur les questions communes. À l'ouverture de l'audience, la Cour a ordonné oralement l'ajournement *sine die* de l'appel reconventionnel de [la Ville] et le renvoi au juge saisi des questions communes pour décision du moyen de défense fondé sur la prescription.

Durant le cours de ses délibérations suivant l'audience, la Cour a conclu qu'il convenait qu'elle examine la possibilité de statuer elle-même sur le moyen de défense fondé sur la prescription. Elle a donc ordonné la tenue d'une audience où elle déciderait de l'applicabilité de l'art. 14.1 de la *Loi sur la prescription*, [L.N.-B.] 2009, ch. L-8.5 [...], aux demandes en négligence et en responsabilité du fait d'autrui qui avaient fait l'objet d'une certification.

- [5] M. Hayes avance que la Cour, pour pouvoir statuer elle-même sur le moyen de défense fondé sur la prescription, doit d'abord modifier l'ordonnance de certification datée du 19 juin 2017 par l'ajout de la nouvelle question commune suivante : [TRADUCTION] « Les demandes des membres du groupe fondées sur la négligence ou la responsabilité du fait d'autrui sont-elles prescrites par application de la *Loi sur la prescription*, [L.N.-B.] 2009, ch. L-8.5? » Il prie corrélativement la Cour de répondre à la question par la négative et de rendre jugement en sa faveur et en faveur du groupe (par. 73). La clé, pour que notre Cour puisse se pencher sur ces mesures (modification de l'ordonnance de certification de 2017, réponse négative à la nouvelle question commune et jugement en faveur de M. Hayes et du groupe), est un appel contestant la non-inclusion, dans l'ordonnance de certification, de la question précitée parmi les questions certifiées.

[6] Les parties ont présenté l'une et l'autre à la Cour des observations détaillées sur le bien-fondé du moyen de défense fondé sur la prescription. Le fruit de leur travail leur sera très utile pour la suite des choses.

[7] Notre Cour a entendu les parties, aujourd'hui, dans le dessein d'examiner la possibilité de statuer sur le moyen de défense fondé sur la prescription sans disposer d'une décision de la Cour du Banc du Roi à cet égard. Le dossier révèle ce qui suit : 1) en 2017, la Ville a prié la Cour du Banc du Roi d'inclure le moyen de défense fondé sur la prescription parmi les questions communes certifiées, en vue de son instruction en tant que question de cet ordre; 2) M. Hayes s'y est opposé; 3) le juge saisi des questions communes a accueilli l'objection élevée par M. Hayes; 4) la décision du juge sur ce point précis n'a donné lieu ni à un appel ni à un appel reconventionnel; 5) dans *The City of Saint John c. Hayes*, 2018 NBCA 51, aucune des parties n'a demandé l'infirmité de la décision; 6) le moyen de défense fondé sur la prescription n'a fait l'objet ni d'un débat ni d'une décision à la Cour du Banc du Roi.

[8] Les circonstances extraordinaires qui doivent se présenter, de nécessité, afin que la Cour puisse statuer sur la validité d'une décision dont appel n'est pas interjeté sont absentes. Par conséquent, le moyen de défense fondé sur la prescription doit d'abord faire l'objet d'une décision que la Cour du Banc du Roi rendra dans l'exercice de sa compétence juridictionnelle originale. Nous ne voudrions pas donner à penser, par cette conclusion, que la décision sera fonction de la preuve; au contraire, la question à trancher pourrait bien être de pur droit.

[9] Nous concluons nos motifs en précisant que l'ordonnance que nous avons rendue en matière de dépens est maintenue (*Hayes c. The City of Saint John (n° 3)*, par. 63) et s'applique à la présente audience. Encore une fois, nous remercions les avocats pour la qualité des observations présentées.