

COURT OF APPEAL OF
NEW BRUNSWICK



COUR D'APPEL DU
NOUVEAU-BRUNSWICK

103-21-CA
104-21-CA

B E T W E E N:

PROVINCE OF NEW BRUNSWICK

INTENDED APPELLANT

- and -

DARRELL TIDD as litigation guardian of DEVAN
TIDD and REID SMITH as litigation guardian of
AARON SMITH

INTENDED RESPONDENTS

- and -

REGIONAL HEALTH AUTHORITY A c/o
VITALITÉ HEALTH NETWORK

INTENDED RESPONDENT

A N D B E T W E E N:

REGIONAL HEALTH AUTHORITY A c/o
VITALITÉ HEALTH NETWORK

INTENDED APPELLANT

- and -

DARRELL TIDD as litigation guardian of DEVAN
TIDD and REID SMITH as litigation guardian of
AARON SMITH

INTENDED RESPONDENTS

- and -

PROVINCE OF NEW BRUNSWICK

INTENDED RESPONDENT

E N T R E :

PROVINCE DU NOUVEAU-BRUNSWICK

APPELANTE ÉVENTUELLE

- et -

DARRELL TIDD, tuteur d'instance de DEVAN
TIDD, et REID SMITH, tuteur d'instance de
AARON SMITH

INTIMÉS ÉVENTUELS

- et -

RÉGIE RÉGIONALE DE LA SANTÉ A (f.a.s.
RÉSEAU DE SANTÉ VITALITÉ

INTIMÉE ÉVENTUELLE

E T E N T R E :

RÉGIE RÉGIONALE DE LA SANTÉ A (f.a.s.
RÉSEAU DE SANTÉ VITALITÉ

APPELANTE ÉVENTUELLE

- et -

DARRELL TIDD, tuteur d'instance de DEVAN
TIDD, et REID SMITH, tuteur d'instance de
AARON SMITH

INTIMÉS ÉVENTUELS

- et -

PROVINCE DU NOUVEAU-BRUNSWICK

INTIMÉE ÉVENTUELLE

Motion heard by teleconference:
The Honourable Justice French

Motion entendue par téléconférence :
l'honorable juge French

Date of hearing:
October 26, 2021

Date de l'audience :
le 26 octobre 2021

Date of decision:
November 25, 2021

Date de la décision :
le 25 novembre 2021

Counsel at hearing:

Avocats à l'audience :

For the Province of New Brunswick:
Denis Georges Thériault and Karine Arseneault

Pour la Province du Nouveau-Brunswick :
Denis Georges Thériault et Karine Arseneault

For Regional Health Authority A c/o Vitalité
Health Network:
Talia Profit and Véronique Guitard

Pour la Régie régionale de la santé A (f.a.s. Réseau
de santé Vitalité) :
Talia Profit et Véronique Guitard

For the intended respondents Darrell Tidd et al.:
James Sayce and Adam Tanel

Pour les intimés éventuels Darrell Tidd et autre :
James Sayce et Adam Tanel

DECISION

[1] The Province of New Brunswick and Vitalité Health Network seek leave to appeal two discrete aspects of a decision to certify an action against them as a class proceeding, pursuant to s. 6 of the *Class Proceedings Act*, R.S.N.B. 2011, c. 125 (the “Act”). Leave to appeal from a certification order is required under s. 38(3). While the action will continue as a class proceeding regardless of the outcome of the intended appeal, the Province and Vitalité maintain the certification order should be stayed pending the appeal.

[2] The certification order defines the class as “[a]ll persons who were admitted to or resided at the [Restigouche Health Centre] between January 1, 1954 and the present [...]” The Centre has provided psychiatric care since the beginning of that nearly seventy-year period. The order identified the common issues in the action as including: whether the Province and Vitalité (1) from January 1954 to the present, breached; (a) a fiduciary duty owed to the class members to protect them from actionable physical or mental harm; and/or (b) a duty of care owed to protect them from such harm, and; (2) from April 17, 1985 to the present, breached the rights of class members under s. 15 of the *Charter* (which is not saved by s. 1) and, if so, whether damages are an appropriate remedy under s. 24. In relation to s. 15, the plaintiffs claim they were discriminated against, based on their mental and/or physical disabilities.

[3] As the next step in the class proceeding, the certification order set a date for a Case Management Conference to “schedule a further hearing to consider the issues of costs and the Litigation Plan proposed by the Plaintiffs.” The Litigation Plan is proposed pursuant to s. 6(1)(e)(ii) of the *Act*, and a copy is attached to the certification order.

The Statement of Claim – s. 15 of the Charter

[4] The first of the two targets of the intended appeal is the decision to certify the action in relation to the alleged breach of s. 15. The Province and Vitalité maintain

the judge applied the wrong test to determine whether the Statement of Claim disclosed a cause of action for the purposes of s. 6(1)(a) of the *Act*.

[5] The court “shall” certify an action as a class proceeding “if, in the opinion of the court,” the prescribed conditions exist:

Certification of class proceeding

Certification de l’instance à titre de recours collectif

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

[6] There is no dispute that the test for whether “the pleadings disclose [...] a cause of action” is as set out in *Gay et al. v. Regional Health Authority 7 and Dr. Menon*, 2014 NBCA 10, 421 N.B.R. (2d) 1, per Drapeau C.J.N.B. (as he then was) and Deschênes J.A.:

[...] On a certification motion, the question is not whether the claims are likely to succeed on the merits at trial, but whether a cause of action is formally advanced in the pleadings (see *Hollick*, at para. 16, and *Vivendi Canada Inc.*, at para. 4). **The issue under s. 6(1)(a) of the Class Proceedings Act must be determined solely by reference to the pleadings as is the case on a Rule 23.01(1)(b) motion to strike a statement of claim for failure to disclose a reasonable cause of action.** The correct analytical framework is articulated in *Sewell v. ING Insurance Co. of Canada*, 2007 NBCA 42, 314 N.B.R. (2d) 330:

The principles that inform the determination of a defendant's motion to strike under Rule 23.01(1)(b) are well settled and can be summarized as follows: (1) **the only question for judicial resolution is whether it is plain and obvious that the Statement of Claim fails to disclose the essential elements of a cause of action tenable at law. That conclusion should be reached only in the clearest of cases;** (2) correlatively, **absent exceptional circumstances, the court must accept as proved all facts asserted in the Statement of Claim and abstain from looking beyond the pleading itself and any documents referred to therein** (see *Hogan v. Doiron et al.* (2001), 243 N.B.R. (2d) 263, [2001] N.B.J. No. 382 (QL), 2001 NBCA 97, para. 38 and *Boisvert v. LeBlanc* (2005), 294 N.B.R. (2d) 325, [2005] N.B.J. No. 561 (QL), 2005 NBCA 115, para. 21). To expand the exercise beyond those limits would operate to morph the motion under Rule 23.01(1)(b) into an application for summary judgment under Rule 22, the appropriate vehicle to

determine prior to trial whether there is factual merit to a claim; (3) **the Statement of Claim is to be read generously to accommodate drafting deficiencies; and (4) where a generous reading of its provisions fails to breathe life into a pleading, all suitable amendments should be allowed** (see Rule 27.10(1) and *LeDrew et al. v. Conception Bay South (Town)* (2003), 231 Nfld. & P.E.I.R. 61, [2003] N.J. No. 276 (QL), 2003 NLCA 56). [para. 26]

A motion for certification must not be transformed into a motion for summary judgment, which deals with the merits of the action. [...]

[Emphasis added; paras. 52-53]

[7] A different test applies to determine whether the other conditions exist. What has been described as the “some basis in fact test” is used to determine whether: (1) there is an identifiable class of two or more persons; (2) the claims made raise common issues; (3) a class procedure would be the preferable procedure for the fair and efficient resolution of the claims; and (4) there is a person seeking to be a representative plaintiff who satisfies prescribed criteria. The conditions were contested at the three-day hearing of the motion for certification and are addressed in the judge’s decision.

[8] The Province and Vitalité maintain the judge erroneously allowed the “some basis in fact test” to taint her assessment of each of the three claims advanced in the Statement of Claim. However, they advised that, since the application of the correct test would lead to the same conclusion in relation to the plaintiffs’ breach of fiduciary duty and negligence claims, they seek leave to challenge on appeal only the judge’s determination that the pleadings disclose a cause of action respecting s. 15. They intend to ask this court to apply the correct test, conclude it is plain and obvious the Statement of Claim fails to disclose the essential elements of a s. 15 claim and vary the certification order to exclude the claim as a common issue in the proceeding.

[9] The judge’s concluding paragraph to her assessment of each of the three claims includes a reference to there being “*some basis in fact*” for the claim. While inviting a question as to which test was applied, a reading of the reasons relating to her

assessment of all of the claims, under the heading “Do the Pleadings Disclose a Cause of Action?,” provides context which indicates her analysis of each claim focused on whether it was plain and obvious the pleadings failed to disclose the essential elements of a cause of action, including the s. 15 claim, and she decided the issues on that basis. She correctly began this part of her reasons by stating that at the certification stage “the court is not asked to determine the merits of the claims but merely to determine if a cause of action is appropriately set out in the pleadings” (para. 43). How she viewed the issue in relation to s. 15 is also reflected in her description of the positions taken by the Province and Vitalité in opposing the motion to certify: she noted they alleged that the Statement of Claim “failed to plead sufficient facts to meet either of the two part tests required to advance a claim pursuant to section 15 of the *Charter*” (para. 66) and it did “not properly [plead] how the potential Class members have been discriminated against” (para. 71). As would be expected, the judge reviewed the claims made in the Statement of Claim and she explained why she did not accept the positions of the Province and Vitalité. While difficult to explain, the reference to “*some basis in fact*” is discordant with the analysis that precedes this statement.

[10] Even if I were to conclude the judge’s analysis was tainted by blending in facts from the record that were beyond those contained in the parties’ pleadings, as the Province and Vitalité argue, I do not doubt the correctness of the disposition. As with the claims based on fiduciary duty and negligence, I am not persuaded a different conclusion would be likely from an application of the proper test. Finally, since I do not find the other criteria to grant leave under Rule 62.03(4) of the *Rules of Court* applicable, even if there was some basis to doubt the decision, I am not of the view that an exercise of the discretion to grant leave to appeal this discrete, early interlocutory determination is justifiable. Given that the other claims will proceed, delay of the proceedings at this stage is neither proportionate nor expeditious. Certification of the proceeding does not impair the ability of the Province and Vitalité to subsequently challenge the s. 15 claim, or any other claim for that matter.

[11] As a final observation respecting the s. 15 claim, I would note that Vitalité raised concerns over statements made in the judge’s analysis, which it views are more

than a little open to being interpreted as her having impermissibly determined certain facts or elements in relation to the merits of the s. 15 claim. While appreciating there is some basis for these apprehensions within the part of the judge's reasons that explain the basis for her rejecting the specific submissions of the Province and Vitalité on the deficiencies in the plaintiffs' s. 15 claim, it is my opinion that, when read as a whole and in context, it is quite apparent the judge did not make any such findings or determinations; the judge was deciding only whether the pleadings failed to disclose the essential elements of the claims that formed the basis for the action. More importantly, neither the certification order, nor the judge's reasons for decision, are capable of being interpreted as determining any fact or element in relation to the merits of the claims.

The 15-year limitation period

[12] The Province and Vitalité also seek leave to appeal the judge's determination that the operation of the *Limitation of Actions Act*, S.N.B. 2009, c. L-8.5 including the 15-year ultimate limitation period under s. 5(1)(b), should not bar the class definition (as approved by the certification order) and its application to the claims should be addressed later in the class proceeding.

[13] While initially indicating they wanted some temporal limit on the class definition, in response to an inquiry regarding the change or variation being sought to the certification order, the Province and Vitalité advised this Court would be asked to establish subclasses. This would permit those persons within the defined class who are subject to the potential application of the 15-year limitation period, to be treated separately from those members who are not. The intended appeal would not seek to amend the class to have it commence as of 2002, 15 years before the action was commenced (or some other such time), instead of 1954, as it is currently defined.

[14] The plaintiffs acknowledged it would be appropriate to establish subclasses to reflect the limitation issues. While subclasses could have been established as part of the certification order, the plaintiffs maintain the creation of such subclasses does not require, and should not be the object of, an appeal. The certification order does

not preclude the creation of subclasses; the decision to have the limitation issues addressed later anticipates such issues being subsequently determined by a judge of the Court of Queen's Bench as the class action proceeds further. The Court of Queen's Bench may vary a certification order pursuant to s. 10 of the *Act*.

[15] In relation to the alleged error by the certification judge, the Province and Vitalité maintain her decision to defer the limitations issue was impaired by the erroneous belief that the 15-year limitation period could be suspended during the period a plaintiff was incapacitated by a physical, mental or psychological condition, pursuant to s. 18(1) of the *Limitations of Actions Act*.

[16] It is common ground the suspension for incapacity under s. 18 does not apply to the 15-year limitation period (s. 5(1)(b)), it applies to the general 2-year limitation period (s. 5(1)(a)), as well as certain other specified limitation periods. It is also not disputed that where the application of limitation periods depends upon factual issues, they should generally not be addressed on certification. This said, in most of the authorities referenced by the parties, the factual issues related to discoverability.

[17] However, even if the judge was mistaken as to the applicability of incapacity (s. 18) to the 15-year limitation, the plaintiffs contend there is no reason to doubt the correctness of her conclusion that it is preferable in the circumstances to defer the issue of limitations until after certification. They maintain, in this case, even the 15-year ultimate limitation period engages factual issues since the plaintiff's claims include complaints of acts of a sexual nature, for which, they submit, there is no limitation, under s. 14.1. Also, the 15-year limitation cannot be relied on if the defendant(s) wilfully concealed from a plaintiff the existence of the claims (s. 16).

[18] The judge was alive to all such issues. In her reasons, she canvassed the positions of the parties respecting the limitation issues, including the defendants' assertion that "no claim can go beyond 15 years in time" (para. 82), and various authorities respecting limitation issues on certification. Admittedly, her brief concluding comments, which observe that the limitation issues are not straight forward "given the

particular reality of these potential Class members” (para. 86), and should not be addressed at the certification stage, do not identify the factual issues she considers to be relevant to the application of the 15-year limitation period, distinct from the 2-year limitation. However, it was acknowledged the possible application of s. 16 (willful concealment) and s. 14.1 (respecting acts of a sexual nature) on the 15-year limitation period was raised with, and a live issue before, the certification judge. Undoubtedly, the factual circumstances considered by the judge in concluding she should defer addressing limitations issues included the issues raised by those provisions; they were not confined to incapacity (s. 18).

[19] As a result, even if the reasons for decision may be read so as to cast doubt on whether s. 18 was properly interpreted, given the issues regarding the applicability of the 15-year limitation in view of ss. 14.1 and 16, the submissions of the Province and Vitalité do not cause me to doubt the judge’s determination that it was preferable to not address limitation issues as part of certification and to leave them for later in the class process.

[20] Moreover, meeting the criteria for leave under Rule 62.03(4), does not oust consideration of whether the discretion to grant leave should be exercised in the circumstances. This is influenced by the practical reality of the fact that the issue of how the limitation issues will be address is yet to be resolved by the Court of Queen’s Bench and the order sought on appeal could still be made by a judge of that court. Related to this is the possibility that, even if an appeal of the decision to defer addressing limitation issues were allowed, this Court could refer the issue back to the certification judge to make an initial determination on the issue, after giving the parties the opportunity to make further submissions.

[21] Having concluded leave to appeal should not be granted, the motions are dismissed, and I direct each intended appellant to pay costs of \$1,000.

DÉCISION

[1] La Province du Nouveau-Brunswick et le Réseau de santé Vitalité demandent l'autorisation d'appeler de deux aspects distincts d'une décision de certifier une action intentée contre eux à titre de recours collectif, en application de l'art. 6 de la *Loi sur les recours collectifs*, L.R.N.-B. 2011, ch. 125 (la *Loi*). L'autorisation d'interjeter appel d'une ordonnance de certification est exigée aux termes du par. 38(3). Quoique l'action se poursuivra en tant que recours collectif quelle que soit l'issue de l'appel éventuel, la Province et Vitalité soutiennent qu'il devrait être sursis à l'ordonnance de certification en attendant le jugement en appel.

[2] L'ordonnance de certification définit le groupe ainsi : [TRADUCTION] « Toutes les personnes qui ont été admises ou ont séjourné au [Centre hospitalier Restigouche] entre le 1^{er} janvier 1954 et aujourd'hui [...] ». Le centre hospitalier a offert des soins psychiatriques depuis le début de cette période de près de 70 ans. L'ordonnance a défini les questions communes dans l'action comme étant celles de savoir si la Province et Vitalité, 1) depuis janvier 1954 jusqu'à présent, ont manqué a) à un devoir fiduciaire qu'elles avaient envers les membres du groupe de les protéger contre un préjudice physique ou mental susceptible d'action, ou b) à un devoir de diligence de les protéger contre un tel préjudice, et 2) depuis le 17 avril 1985 jusqu'à présent, ont porté atteinte aux droits garantis aux membres du groupe par l'art. 15 de la *Charte* (violation qui ne saurait être justifiée par application de l'art. 1), et, dans l'affirmative, si des dommages-intérêts sont une réparation convenable au sens de l'art. 24. Relativement à l'art. 15, les demandeurs soutiennent qu'ils ont été victimes de discrimination fondée sur leurs déficiences mentales ou physiques.

[3] Comme étape suivante du recours collectif, l'ordonnance de certification a fixé la date d'une conférence de gestion de l'instance pour [TRADUCTION] « prévoir une autre audience pour trancher la question des dépens et examiner le plan de poursuite de l'instance qui a été proposé par les demandeurs ». Le plan de poursuite de l'instance est proposé conformément au s.-al. 6(1)e)(ii) de la *Loi*, et une copie en est jointe à l'ordonnance de certification.

L'exposé de la demande – art. 15 de la Charte

[4] Le premier des deux objets de l'appel éventuel porte sur la décision de certifier l'action relativement à la violation présumée de l'art. 15. La Province et Vitalité soutiennent que la juge a appliqué le mauvais critère pour déterminer si l'exposé de la demande révélait une cause d'action pour l'application de l'al. 6(1)a) de la *Loi*.

[5] La cour « certifie » une action à titre de recours collectif « si elle est d'avis que » les conditions prescrites sont réunies :

Certification of class proceeding

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

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

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

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

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

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

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

Certification de l'instance à titre de recours collectif

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

[6] Nul ne conteste que le critère à appliquer pour savoir si « les plaidoiries [...] révèlent une cause d'action » est celui qui est énoncé dans l'arrêt *Gay et autres c. Régie régionale de la santé 7 et D' Menon*, 2014 NBCA 10, 421 R.N.-B. (2^e) 1, motifs du juge en chef Drapeau (tel était alors son titre) et du juge Deschênes :

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

Les principes qui orientent la décision à rendre sur la motion en radiation présentée par un défendeur en application de la règle 23.01(1)b) sont solidement établis et peuvent se résumer comme suit : (1) **la seule question qu'aient à trancher les tribunaux est celle de savoir s'il est évident et manifeste que l'exposé de la demande ne révèle pas les éléments essentiels d'une cause d'action soutenable en droit, conclusion à laquelle ils n'arriveront que dans les cas les plus manifestes;** (2) parallèlement, **sauf circonstances**

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

Une motion en certification ne doit pas être transformée en une motion en jugement sommaire, laquelle se rapporte au fond de l'action. [...]

[Les caractères gras et le soulignement sont de moi;
par. 52 et 53]

- [7] Un critère différent s'applique pour déterminer si les autres conditions sont réunies. On utilise ce qui a été décrit comme le [TRADUCTION] « critère de l'existence d'un certain fondement factuel » pour déterminer : 1) s'il existe un groupe identifiable de deux personnes ou plus; 2) si les demandes soulèvent des questions communes; 3) si le recours collectif est la meilleure procédure pour que les demandes soient réglées de façon juste et efficace; et 4) s'il y a une personne qui cherche à être nommée comme représentant demandeur et qui satisfait aux critères prescrits. Les conditions ont été contestées pendant l'audition de la motion en certification, qui a duré trois jours, et la juge les a discutées dans sa décision.

[8] La Province et Vitalité soutiennent que la juge a fait erreur en laissant le [TRADUCTION] « critère de l'existence d'un certain fondement factuel » fausser son évaluation de chacune des trois demandes soulevées dans l'exposé de la demande. Toutefois, elles ont indiqué que, puisque l'application du bon critère aboutirait à la même conclusion relativement aux réclamations des demandeurs fondées sur le manquement au devoir fiduciaire et la négligence, elles sollicitent l'autorisation de contester en appel uniquement la décision de la juge voulant que les plaidoiries révèlent une cause d'action relativement à l'art. 15. Elles ont l'intention de demander à notre Cour d'appliquer le bon critère, de conclure qu'il est évident et manifeste que l'exposé de la demande ne révèle pas les éléments essentiels d'une demande fondée sur l'art. 15 et de modifier l'ordonnance de certification de sorte à exclure cette demande en tant que question commune dans l'instance.

[9] Le paragraphe final de l'évaluation faite par la juge de chacune des trois demandes inclut une mention indiquant que la demande a [TRADUCTION] « *un certain fondement factuel* ». Tout en nous amenant à nous demander quel critère a été appliqué, une lecture des motifs se rapportant à son évaluation de toutes les demandes, sous la rubrique [TRADUCTION] « Les plaidoiries révèlent-elles une cause d'action? », donne un contexte qui indique que son analyse de chaque demande s'est concentrée sur la question de savoir s'il était évident et manifeste que les plaidoiries ne révélaient pas les éléments essentiels d'une cause d'action, y compris les éléments relatifs à la demande fondée sur l'art. 15, et elle a tranché les questions en conséquence. Elle a commencé à juste titre cette partie de ses motifs en affirmant que, à l'étape de la certification, [TRADUCTION] « la Cour n'est pas appelée à statuer sur le bien-fondé des demandes, mais seulement à déterminer si les plaidoiries font bel et bien état d'une cause d'action » (par. 43). Sa façon de considérer la question relativement à l'art. 15 est aussi exprimée dans sa description des positions adoptées par la Province et Vitalité dans leur opposition à la motion en certification, à savoir sa remarque selon laquelle elles soutiennent que l'exposé de la demande [TRADUCTION] « ne plaidait pas suffisamment de faits pour satisfaire à l'un ou l'autre des deux volets du critère applicable à la présentation d'une demande fondée sur l'art. 15 de la *Charte* » (par. 66) et [TRADUCTION] « [ne formulait] pas adéquatement de quelle manière les membres éventuels du groupe avaient

subi de la discrimination » (par. 71). Comme on pouvait s'y attendre, la juge a examiné les demandes faites dans l'exposé de la demande et a expliqué pourquoi elle ne retenait pas les positions de la Province et de Vitalité. Bien que cela soit difficile à expliquer, la mention d'[TRADUCTION] « *un certain fondement factuel* » ne cadre pas avec l'analyse qui la précède.

[10] Même si je concluais que l'analyse de la juge a été viciée du fait qu'elle a tenu compte de faits tirés du dossier, mais non mentionnés dans les plaidoiries des parties, comme le prétendent la Province et Vitalité, je ne doute pas du bien-fondé de la décision. Comme pour les demandes fondées sur le devoir fiduciaire et la négligence, je ne suis pas convaincu qu'il y ait de fortes chances que l'application du bon critère mènerait à une conclusion différente. Enfin, puisque je conclus que les autres critères de la règle 62.03(4) des *Règles de procédure* qui régissent l'octroi de l'autorisation d'appel ne s'appliquent pas en l'espèce, même s'il existait un motif de douter de la décision, je ne suis pas d'avis qu'il soit justifiable d'exercer le pouvoir discrétionnaire d'accorder l'autorisation d'appeler de cette décision interlocutoire distincte rendue au tout début de l'instance. Étant donné que les autres demandes seront instruites, un retard dans l'instance à cette étape-ci n'est pas proportionné et n'assure pas une solution expéditive. La certification de l'instance ne compromet pas la capacité de la Province et de Vitalité de contester plus tard la demande fondée sur l'art. 15, ni en fait de contester toute autre demande.

[11] Comme observation finale concernant la demande fondée sur l'art. 15, je signalerais que Vitalité a soulevé des préoccupations au sujet d'affirmations faites dans l'analyse de la juge qui laissent, à son avis, beaucoup de place à une interprétation voulant qu'elle ait statué de façon inadmissible sur certains faits ou certains éléments relatifs au bien-fondé de la demande fondée sur l'art. 15. Bien que je comprenne que l'on trouve un certain fondement à ces inquiétudes dans la partie des motifs de la juge qui explique le fondement de son rejet des prétentions spécifiques de la Province et de Vitalité sur les lacunes de la réclamation des demanderesse fondée sur l'art. 15, je suis d'avis que, si on lit les motifs globalement et dans leur contexte, il est bien évident que la juge n'a pas tiré de conclusion ou rendu de décision en ce sens; elle déterminait

seulement si les plaidoiries ne révélaient pas les éléments essentiels des demandes qui constituaient le fondement de l'action. Surtout, ni l'ordonnance de certification, ni les motifs de décision de la juge ne peuvent être interprétés comme étant des décisions sur des faits ou des éléments relatifs au bien-fondé des demandes.

Le délai de prescription de 15 ans

[12] La Province et Vitalité demandent aussi l'autorisation d'appeler de la décision de la juge selon laquelle l'effet de la *Loi sur la prescription*, L.N.-B. 2009, ch. L-8.5, y compris le délai ultime de prescription de 15 ans prévu à l'al. 5(1)b), ne devrait pas faire obstacle à la définition du groupe (telle qu'elle a été approuvée dans l'ordonnance de certification), et son application aux demandes devrait être débattue plus tard dans le recours collectif.

[13] Bien qu'elles aient indiqué au début qu'elles voulaient qu'une limite temporelle soit appliquée à la définition du groupe, en réponse à une demande concernant le changement ou la modification de l'ordonnance de certification qui était sollicité, la Province et Vitalité ont indiqué qu'il serait demandé à notre Cour d'établir des sous-groupes. Cela permettrait aux membres du groupe défini à qui pourrait éventuellement s'appliquer le délai de prescription de 15 ans d'être traités séparément des membres à qui le délai n'est pas susceptible de s'appliquer. L'appel éventuel ne viserait pas à modifier le groupe afin que n'en fassent partie que les personnes ayant subi un préjudice depuis 2002, 15 ans avant l'introduction de l'action (ou à une autre date), plutôt que depuis 1954, tel qu'il est défini actuellement.

[14] Les demandeurs ont reconnu qu'il serait approprié d'établir des sous-groupes pour tenir compte des questions de prescription. Des sous-groupes auraient certes pu être établis comme éléments de l'ordonnance de certification, mais les demandeurs font valoir que la création de tels sous-groupes ne nécessite pas un appel et ne devrait pas faire l'objet d'un appel. L'ordonnance de certification n'empêche pas la création de sous-groupes; la décision d'aborder plus tard les questions de prescription laisse entendre que de telles questions seront tranchées ultérieurement par un juge de la Cour du Banc de la

Reine à mesure que le recours collectif progressera. La Cour du Banc de la Reine peut modifier une ordonnance de certification en vertu de l'art. 10 de la *Loi*.

[15] Pour ce qui est de l'erreur présumée de la juge saisie de la demande de certification, la Province et Vitalité affirment que sa décision de remettre à plus tard la question de la prescription a été viciée par sa croyance erronée que le cours de prescription de 15 ans puisse être interrompu pendant la période où un demandeur était incapable de présenter une réclamation du fait de son état physique, mental ou psychologique, au titre du par. 18(1) de la *Loi sur la prescription*.

[16] Nul ne conteste que l'interruption du cours de la prescription en cas d'incapacité, interruption qui est prévue à l'art. 18, ne s'applique pas au délai de prescription de 15 ans (al. 5(1)b)), mais qu'il s'applique au délai de prescription général de deux ans (al. 5(1)a)) ainsi qu'à certains autres délais de prescription spécifiques. Nul ne conteste non plus que dans les cas où l'application de délais de prescription dépend de questions factuelles, cette application ne devrait habituellement pas être débattue à l'étape de la certification. Cela dit, dans la plupart des sources jurisprudentielles invoquées par les parties, les questions factuelles se rapportaient à la possibilité de découvrir le préjudice.

[17] Toutefois, selon les demandeurs, même si la juge s'est trompée quant à l'application de l'interruption pour cause d'incapacité (art. 18) au délai de prescription de 15 ans, il n'y a pas de raison de douter qu'elle ait eu raison de conclure qu'il est préférable dans les circonstances de reporter après la certification la question des délais de prescription. Ils soutiennent que, en l'espèce, même le délai ultime de prescription de 15 ans fait intervenir des questions factuelles, puisque les réclamations des demandeurs contiennent des plaintes pour actes de nature sexuelle, pour lesquels, affirment-ils, il n'y a pas de délai de prescription, par application de l'art. 14.1. De plus, le délai de prescription de 15 ans ne peut pas être invoqué si les défendeurs ont dissimulé délibérément à un demandeur les faits qui donnent naissance aux réclamations (art. 16).

[18] La juge était consciente de toutes ces questions. Dans ses motifs, elle a examiné à fond les positions des parties concernant les questions de délais de prescription, y compris l’assertion des défenderesses selon laquelle [TRADUCTION] « aucune réclamation ne peut être faite après 15 ans » (par. 82), ainsi que divers précédents concernant les questions de délais de prescription qui se posent au moment de la certification. Certes, ses brèves remarques en conclusion, où elle dit que ces questions ne sont pas simples [TRADUCTION] « étant donné la réalité particulière de ces membres éventuels du groupe » (par. 86) et ne devraient pas être débattues à l’étape de la certification, ne précisent pas les questions factuelles qu’elle considère comme pertinentes pour ce qui est de l’application du délai de prescription de 15 ans, par opposition au délai de deux ans. Toutefois, il a été reconnu que l’application possible de l’art. 16 (dissimulation délibérée) et de l’art. 14.1 (actes de nature sexuelle) au délai de prescription de 15 ans a été soulevée devant la juge qui a entendu la demande de certification et que la juge en était saisie. Il ne fait pas de doute que les questions soulevées par ces dispositions figuraient parmi les circonstances factuelles considérées par la juge quand elle a conclu qu’elle devrait remettre à plus tard les débats sur la prescription; les circonstances factuelles considérées ne se sont pas limitées à l’incapacité (art. 18).

[19] En conséquence, même si les motifs de la décision peuvent être interprétés de manière à mettre en doute le fait que l’art. 18 a été interprété correctement, étant donné les questions concernant l’application du délai de prescription de 15 ans compte tenu des art. 14.1 et 16, les prétentions de la Province et de Vitalité ne me font pas douter du bien-fondé de la décision de la juge selon laquelle il était préférable de ne pas aborder les questions de délais de prescription dans le contexte de la certification et de les remettre à plus tard dans la procédure de recours collectif.

[20] De plus, le fait que les critères prévus à la règle 62.03(4) sont satisfaits ne m’empêche pas d’examiner s’il y a lieu d’exercer le pouvoir discrétionnaire d’accorder l’autorisation dans les circonstances. Cela est la conséquence d’une réalité pratique : la Cour du Banc de la Reine n’a pas encore tranché la question de savoir comment les questions se rapportant aux délais de prescription seront abordées, et l’ordonnance

sollicitée en appel pourrait encore être rendue par un juge de cette Cour. Sur ce sujet, même si elle accueillait l'appel de la décision de reporter le débat sur les questions de délais de prescription, notre Cour pourrait toujours renvoyer la question à la juge saisie de la demande de certification pour qu'elle rende une décision initiale sur la question, après avoir accordé aux parties l'occasion de faire des observations additionnelles.

[21] Puisque j'ai conclu que l'autorisation d'appel ne devrait pas être accordée, les motions sont rejetées, et j'ordonne à chaque appelante éventuelle de payer des dépens de 1 000 \$.