Her Majesty The Queen in Right of the Province of British Columbia *Appellant*

v.

Leanne Rumley, John Pratt, Sharon Rumley, J.S. and M.M. *Respondents*

INDEXED AS: RUMLEY *v.* BRITISH COLUMBIA

Neutral citation: 2001 SCC 69.

File No.: 27721.

Hearing and judgment: June 13, 2001.

Reasons delivered: October 18, 2001.

Present: McLachlin C.J. and Gonthier, Iacobucci, Major, Bastarache, Binnie and Arbour JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR BRITISH COLUMBIA

Practice — Class actions — Class certification — Plaintiffs seeking to represent current and former students abused at residential school for deaf and blind operated by province — Whether plaintiffs meet certification requirements set out in provincial class action legislation — Class Proceedings Act, R.S.B.C. 1996, c. 50, s. 4.

From the early 1950s until 1992, British Columbia operated a residential school for deaf children. Until 1979, the school also enrolled blind children. Investigations by the provincial Ombudsman and later by a special counsel established that sexual, physical and emotional abuse of students by staff and peers took place at the school over many years. The government responded to the special counsel's report by acknowledging responsibility for abuse that occurred at the school and establishing an individual compensation program that awarded compensation in three tiers, with a minimum of $3,000 and a maximum of $60,000. The respondents commenced a class action against the appellant in 1998 seeking compensatory and punitive damages. Under s. 4 of the *Class Proceedings Act*, the court must certify a proceeding as a class proceeding if all of the following requirements are met: (a) the pleadings disclose a cause of action; (b) there is an identifiable class of two or more persons; (c) the claims of the class members raise common issues, whether or not those common issues predominate over issues affecting only individual members;

Sa Majesté la Reine du chef de la province de la Colombie-Britannique *Appelante*

c.

Leanne Rumley, John Pratt, Sharon Rumley, J.S. et M.M. *Intimés*

RÉPERTORIÉ : RUMLEY *c.* COLOMBIE-BRITANNIQUE

Référence neutre : 2001 CSC 69.

N° du greffe : 27721.

Audition et jugement : 13 juin 2001.

Motifs déposés : 18 octobre 2001.

Présents : Le juge en chef McLachlin et les juges Gonthier, Iacobucci, Major, Bastarache, Binnie et Arbour.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE LA COLOMBIE-BRITANNIQUE

Pratique — Recours collectifs — Certification — Les demandeurs cherchent à représenter des élèves actuels et anciens victimes d'agressions dans un pensionnat pour sourds et aveugles administré par la province — Les demandeurs respectent-ils les conditions de certification établies dans la loi provinciale sur les recours collectifs? — Class Proceedings Act, R.S.B.C. 1996, ch. 50, art. 4.

Du début des années 1950 jusqu'en 1992, la Colombie-Britannique administrait un pensionnat pour enfants sourds. Jusqu'en 1979, l'école admettait aussi des enfants aveugles. L'enquête de l'ombudsman provincial et, par la suite, celle d'un conseiller juridique spécial ont établi que des membres du personnel et des élèves avaient fait subir des agressions sexuelles, des sévices et des mauvais traitements affectifs à des élèves pendant de nombreuses années dans cette école. Le gouvernement a répondu au rapport du conseiller juridique spécial en reconnaissant sa responsabilité pour les agressions qui se sont produites à l'école et en établissant un programme d'indemnisation individuelle qui prévoyait trois niveaux d'indemnisation, d'un minimum de 3 000 $ au maximum de 60 000 $. En 1998, les intimés ont intenté contre l'appelante un recours collectif sollicitant des dommages-intérêts compensatoires et exemplaires. En vertu de l'art. 4 de la *Class Proceedings Act*, le tribunal certifie qu'une demande est un recours collectif si les conditions suivantes sont réunies : a) les actes de procédure révèlent une cause d'action; b) il existe un groupe

and (d) a class proceeding would be the preferable procedure for the fair and efficient resolution of the common issues. The British Columbia Supreme Court denied certification. The Court of Appeal allowed the respondents' appeal and certified the claims relating to sexual abuse as common issues.

Held: The appeal should be dismissed.

The respondents have satisfied the certification requirements set out in s. 4 of the *Class Proceedings Act*. The issues in dispute are whether there are questions common to the class and whether a class proceeding would be the preferable procedure for the fair and efficient resolution of the common issues. Both the commonality and preferability requirements are satisfied in this case. With regard to commonality, all class members share an interest in the question of whether the appellant breached a duty of care. The issues of duty and breach are thus common to the class. That the standard of care may have varied over the relevant time period is not an obstacle to the suit's proceeding as a class action but simply means that the court may find it necessary to provide a nuanced answer to the common question. The structure of the special counsel's report, which explicitly divides the years between 1982 and 1991 into three discrete subperiods, suggests that such an approach would not be infeasible. Moreover, the *Class Proceedings Act* contemplates the possibility of subclasses, and the court may amend the certification order at any time. The appropriateness and amount of punitive damages is also, in this case, a question amenable to resolution as a common issue.

The preferability inquiry is directed at two questions: first, whether the class proceeding would be a fair, efficient and manageable method of advancing the claim, and second, whether the class proceeding would be preferable in the sense of preferable to other procedures. The first factor to be considered under s. 4(2) is "whether questions of fact or law common to the members of the class predominate over any questions affecting only individual members". It seems likely that there will be relevant differences between class members here; as the respondents have limited their claims to claims of "systemic" negligence, however, the central issues in this suit will be the nature of the duty owed by the school to the class members and whether that duty was breached.

identifiable de deux personnes ou plus; c) les demandes des membres du groupe soulèvent des questions communes, que ces questions communes prévalent ou non sur les questions touchant uniquement les membres pris individuellement; d) le recours collectif est la meilleure procédure pour le règlement juste et efficace des questions communes. La Cour suprême de la Colombie-Britannique a refusé la certification. La Cour d'appel a accueilli l'appel des intimés et a certifié que les demandes relatives aux agressions sexuelles étaient des questions communes.

Arrêt : Le pourvoi est rejeté.

Les intimés ont satisfait aux conditions de certification prévues à l'art. 4 de la *Class Proceedings Act*. Il s'agit de savoir s'il y a des questions communes au groupe et si le recours collectif est la meilleure procédure pour le règlement juste et efficace des questions communes. La condition des questions communes de même que celle de la meilleure procédure sont remplies en l'espèce. En ce qui concerne les questions communes, tous les membres du groupe partagent un intérêt dans la question de savoir si l'appelante a contrevenu à une obligation de diligence. Les questions liées à l'obligation et au manquement sont donc communes au groupe. Le fait que la norme de diligence puisse avoir varié au cours de la période pertinente n'empêche pas la poursuite de prendre la forme d'un recours collectif, mais signifie simplement que le tribunal peut juger nécessaire de fournir une réponse nuancée à la question commune. La structure du rapport du conseiller juridique spécial, qui divise expressément les années comprises entre 1982 et 1991 en trois sous-périodes distinctes, indique qu'une telle démarche ne serait pas impossible. En outre, la *Class Proceedings Act* envisage la possibilité de sous-groupes et le tribunal peut modifier l'ordonnance de certification en tout temps. L'octroi et le montant des dommages-intérêts exemplaires sont aussi, en l'espèce, des questions susceptibles d'être résolues en tant que questions communes.

La question de la meilleure procédure vise deux questions : premièrement, le recours collectif est-il un moyen juste, efficace et pratique de faire progresser l'instance, et, deuxièmement, le recours collectif est-il préférable aux autres procédures? Le premier facteur à examiner en vertu du par. 4(2) consiste à déterminer « si les questions de fait ou de droit communes aux membres du groupe prévalent sur les questions touchant uniquement les membres pris individuellement ». Il semble probable qu'il y aura des différences entre les membres du groupe en l'espèce; toutefois, étant donné que les intimés ont restreint leurs demandes à la question de la négligence « systémique », les questions fondamentales dans la présente poursuite seront la nature de l'obligation de l'école

Those issues are amenable to resolution in a class proceeding. While the issues of injury and causation will have to be litigated in individual proceedings following resolution of the common issue (assuming the common issue is decided in favour of the class, or at least in favour of some segment of the class), the individual issues will be a relatively minor aspect of this case. There is no dispute that abuse occurred at the school. The essential question is whether the school should have prevented the abuse or responded to it differently.

Cases Cited

Referred to: *Hollick v. Toronto (City)*, [2001] 3 S.C.R. 158, 2001 SCC 68; *Western Canadian Shopping Centres Inc. v. Dutton*, [2001] 2 S.C.R. 534, 2001 SCC 46; *Anderson v. Wilson* (1999), 44 O.R. (3d) 673; *Chace v. Crane Canada Inc.* (1996), 26 B.C.L.R. (3d) 339; *Endean v. Canadian Red Cross Society* (1997), 148 D.L.R. (4th) 158.

Statutes and Regulations Cited

Class Proceedings Act, R.S.B.C. 1996, c. 50, ss. 4, 6(1), 7, 8(3), 10(1).
Class Proceedings Act, 1992, S.O. 1992, c. 6, s. 5.
School Act, R.S.B.C. 1996, c. 412.

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (1999), 72 B.C.L.R. (3d) 1 (*sub nom. R. (L.) v. British Columbia*), 180 D.L.R. (4th) 639, 48 C.C.L.T. (2d) 1, 38 C.P.C. (4th) 1, 131 B.C.A.C. 68, 214 W.A.C. 68, [1999] B.C.J. No. 2633 (QL), 1999 BCCA 689, reversing in part a decision of Kirkpatrick J. (1998), 65 B.C.L.R. (3d) 382, 25 C.P.C. (4th) 186, [1998] B.C.J. No. 2588 (QL), refusing to certify certain proceedings as a class action. Appeal dismissed.

James M. Sullivan, *D. Clifton Prowse* and *Suzanne M. Kennedy*, for the appellant.

Patrick G. Guy and *Anne Sheane*, for the respondents.

The judgment of the Court was delivered by

1 THE CHIEF JUSTICE — Like *Hollick v. Toronto (City)*, [2001] 3 S.C.R. 158, 2001 SCC 68, this case

à l'égard des membres du groupe et la violation alléguée de cette obligation. Ces questions sont susceptibles de résolution dans un recours collectif. Même si les questions du préjudice et du lien de causalité devront être jugées dans le cadre d'instances individuelles à la suite de la résolution de la question commune (à supposer que la question commune soit tranchée en faveur du groupe ou, du moins, en faveur d'une partie du groupe), les questions individuelles demeureront un aspect relativement mineur de la présente affaire. Il n'est pas contesté que des agressions se sont produites à l'école. La question essentielle est de savoir si l'école aurait dû prévenir les agressions ou y répondre différemment.

Jurisprudence

Arrêts mentionnés : *Hollick c. Toronto (Ville)*, [2001] 3 R.C.S. 158, 2001 CSC 68; *Western Canadian Shopping Centres Inc. c. Dutton*, [2001] 2 R.C.S. 534, 2001 CSC 46; *Anderson c. Wilson* (1999), 44 O.R. (3d) 673; *Chace c. Crane Canada Inc.* (1996), 26 B.C.L.R. (3d) 339; *Endean c. Canadian Red Cross Society* (1997), 148 D.L.R. (4th) 158.

Lois et règlements cités

Class Proceedings Act, R.S.B.C. 1996, ch. 50, art. 4, 6(1), 7, 8(3), 10(1).
Loi de 1992 sur les recours collectifs, L.O. 1992, ch. 6, art. 5.
School Act, R.S.B.C. 1996, ch. 412.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (1999), 72 B.C.L.R. (3d) 1 (*sub nom. R. (L.) c. British Columbia*), 180 D.L.R. (4th) 639, 48 C.C.L.T. (2d) 1, 38 C.P.C. (4th) 1, 131 B.C.A.C. 68, 214 W.A.C. 68, [1999] B.C.J. No. 2633 (QL), 1999 BCCA 689, qui a infirmé en partie la décision du juge Kirkpatrick (1998), 65 B.C.L.R. (3d) 382, 25 C.P.C. (4th) 186, [1998] B.C.J. No. 2588 (QL), qui avait refusé de certifier un recours collectif. Pourvoi rejeté.

James M. Sullivan, *D. Clifton Prowse* et *Suzanne M. Kennedy*, pour l'appelante.

Patrick G. Guy et *Anne Sheane*, pour les intimés.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE EN CHEF — Comme dans *Hollick c. Toronto (Ville)*, [2001] 3 R.C.S. 158, 2001 CSC 68,

raises the question of whether the plaintiffs below (respondents here) meet the certification requirements set out in provincial class action legislation. In this case the respondents seek to represent current and former students who were abused at the Jericho Hill School, a residential school for the deaf and blind operated by the province of British Columbia. At the end of the hearing, the Court concluded that the respondents had satisfied the certification requirements set out in s. 4 of the British Columbia *Class Proceedings Act*, R.S.B.C. 1996, c. 50, and dismissed the appeal, reasons to follow. These are those reasons.

I. Facts

From the early 1950s until 1992, Jericho Hill School ("JHS") operated as a residential school for deaf children. Until 1979, the school also enrolled blind children. Whereas most schools in British Columbia are managed by district school boards, JHS was a "provincial school" under British Columbia's governing legislation, currently the *School Act*, R.S.B.C. 1996, c. 412, and was operated and maintained by British Columbia's Ministry of Education. It is now clear that sexual and physical abuse of children took place at the school throughout its history. The first thorough investigation of abuse at the school was conducted by the British Columbia Ombudsman in 1992. His report, issued in 1993, concluded that sexual, physical and emotional abuse of students by staff and peers occurred over a period of many years. In response to the Ombudsman's report and to lawsuits initiated against the province after the report was issued, the Attorney General appointed Thomas Berger, Q.C., as special counsel. Berger's report was issued in March 1995. The Berger report concluded that "sexual abuse was at times widespread at the residence at Jericho Hill School, and . . . it went on over a period of many years" (p. 14).

The findings of the Berger report are disturbing, to say the least. Berger interviewed 35 students who were at JHS in the 1950s, 1960s, 1970s, and 1980s.

nous devons déterminer si les demandeurs dans les instances antérieures (intimés devant notre Cour) respectent les conditions de certification établies dans une loi provinciale sur les recours collectifs. Les intimés cherchent à représenter des élèves actuels et anciens qui ont été victimes d'agressions à l'école Jericho Hill, un pensionnat pour sourds et aveugles administré par la province de la Colombie-Britannique. À la fin de l'audience, notre Cour a conclu que les intimés avaient satisfait aux conditions de certification prévues à l'art. 4 de la *Class Proceedings Act*, R.S.B.C. 1996, ch. 50, et a rejeté le pourvoi, les motifs devant suivre. Voici ces motifs.

I. Les faits

2 Du début des années 1950 jusqu'en 1992, l'école Jericho Hill (« JHS ») était un pensionnat pour enfants sourds. Jusqu'en 1979, l'école admettait aussi des enfants aveugles. Alors que la plupart des écoles en Colombie-Britannique sont gérées par des conseils scolaires, JHS était une école « provinciale » en vertu de la loi en vigueur, aujourd'hui la *School Act*, R.S.B.C. 1996, ch. 412, administrée par le ministère de l'Éducation de la Colombie-Britannique. Il est maintenant clair qu'au cours de toute son histoire ont été commises dans cette école des agressions sexuelles et physiques contre des enfants. C'est l'ombudsman de la Colombie-Britannique qui mène la première enquête complète en 1992 sur les agressions. Déposé en 1993, son rapport conclut que des membres du personnel et des élèves ont fait subir des agressions sexuelles, des sévices et des mauvais traitements affectifs à des élèves pendant de nombreuses années. En réponse au rapport de l'ombudsman et aux poursuites intentées contre la province après le dépôt du rapport, le procureur général nomme Thomas Berger, c.r., conseiller juridique spécial. Le rapport Berger, déposé en mars 1995, conclut : [TRADUCTION] « l'agression sexuelle était à certaines époques largement répandue au pensionnat de Jericho Hill et [. . .] cette situation a duré de nombreuses années » (p. 14).

3 Les conclusions du rapport Berger sont pour le moins troublantes. Berger a interrogé 35 élèves qui ont fréquenté JHS dans les années 1950, 1960, 1970

He found that "[m]any of these persons allege[d] that they were sexually abused or witnessed sexual abuse by staff or other students" (p. 13). Berger focussed principally on abuse that took place after 1980. According to the Berger report, two male students complained separately about abuse at the school in the early 1980s. The first complained that he had been sexually abused by a female child care counsellor and that students at the school were encouraged and even forced to have sex with one another; the second alleged that two male child care counsellors had abused him. After the second complaint, a social worker with the Ministry of Human Resources conducted interviews with a number of boys resident at the school. Some of the boys admitted having abused girls at the school, some as young as seven years old. The boys also alleged that they had been abused by two male child care counsellors.

4 According to the Berger report, there is compelling evidence that abuse was rampant throughout the 1980s. Some of the abuse took place at the residence associated with the school, but there were also indications of abuse in a group home run by a psychologist hired by JHS in 1983. In 1984 one student at the group home stabbed another to death. At the subsequent trial, the judge expressed concern about the adequacy of supervision in the group home, stating that the accused "was receiving what I can only characterize as the most inappropriate form of care and guidance in that foster home". In 1986 one of the male students at JHS who had resided in the group home committed suicide after sexually abusing his niece at home.

5 The Berger report speaks separately about the period between 1987 and 1990. In January 1987 the student who had brought the first complaint in the early 1980s attempted suicide after abusing his younger siblings. After his suicide attempt, the student repeated his allegation of abuse at the hands of a female counsellor. He also admitted that he and

et 1980. Il conclut que [TRADUCTION] « nombre d'entre eux ont allégué avoir été agressés sexuellement ou avoir été témoins d'agressions sexuelles de la part de membres du personnel ou d'autres élèves » (p. 13). Berger met principalement l'accent sur les agressions survenues après 1980. D'après son rapport, deux garçons ont fait des plaintes distinctes relativement à des agressions qui se seraient produites à l'école au début des années 1980. Le premier se plaint d'avoir été agressé sexuellement par une conseillère en éducation et du fait que les élèves étaient incités, et même forcés, à avoir des relations sexuelles les uns avec les autres; le second allègue que deux conseillers en éducation l'ont agressé. À la suite de la deuxième plainte, un travailleur social du ministère des Ressources humaines mène des entrevues avec plusieurs garçons qui étaient pensionnaires à l'école. Certains d'entre eux admettent avoir agressé des fillettes à l'école, dont certaines n'avaient que sept ans. Les garçons soutiennent aussi avoir été agressés par deux conseillers en éducation.

Selon le rapport Berger, des éléments de preuve convaincants indiquent que les agressions étaient largement répandues au cours des années 1980. Certaines agressions se sont produites au pensionnat de l'école, mais selon certaines indications, des agressions auraient également été commises dans un foyer de groupe que dirigeait un psychologue embauché par JHS en 1983. En 1984, un élève au foyer de groupe en poignarde un autre à mort. Au procès qui s'ensuit, le juge exprime des réserves quant à la qualité de la surveillance dans le foyer de groupe, affirmant que l'accusé [TRADUCTION] « a reçu ce que je dois qualifier de la forme la plus inappropriée d'attention et d'encadrement dans ce foyer d'accueil ». En 1986, un élève de JHS qui avait résidé dans le foyer de groupe se suicide après avoir agressé sexuellement sa nièce chez lui.

Le rapport Berger traite séparément de la période allant de 1987 à 1990. En janvier 1987, le garçon qui avait déposé la première plainte au début des années 1980 tente de se suicider après avoir agressé ses frères et sœurs cadets. Après sa tentative de suicide, l'élève réitère son allégation qu'une conseillère l'a agressé. Il admet également que d'autres

other boys had abused elementary-age girls at the school. Around the same time, another male student was arrested for molesting a young boy. He stated that he himself had been abused by a child care worker at JHS and stated that he had engaged in sexual activity with boys and girls at the residence. He listed ten female students whom he had sexually abused and named three other boys who he said had abused female students. After these new allegations, the Ministries of Education and Social Services conducted an investigation, interviewing some 35 students beginning in early 1987. The students interviewed provided names of other children who they said had been forced to have sex or had forced others to have sex. One member of the investigative team, in reviewing the findings, identified "a pervasive culture at the residence that required students to submit to a sexual rite of passage if they were to successfully cohabit with their peers".

garçons et lui-même ont agressé des fillettes du cours primaire à l'école. Vers la même époque, un autre élève est arrêté pour avoir agressé un jeune garçon. Il affirme qu'il a lui-même été agressé par un éducateur spécialisé à JHS et qu'il a eu des relations sexuelles avec des garçons et des filles au pensionnat. Il donne les noms de dix filles qu'il a agressées sexuellement et nomme trois autres garçons qui auraient agressé des filles. Après ces nouvelles allégations, le ministère de l'Éducation et le ministère des Services sociaux mènent une enquête, dans le cadre de laquelle ils interrogent environ 35 élèves à partir du début de 1987. Les élèves interrogés fournissent les noms d'autres enfants qui, selon eux, ont été forcés d'avoir des relations sexuelles ou qui ont forcé d'autres enfants à en avoir. En examinant les conclusions, l'un des membres de l'équipe d'enquête signale qu'il y avait [TRADUCTION] « une culture ambiante au pensionnat qui exigeait des élèves qu'ils se soumettent à un rite de passage sexuel pour être acceptés par leurs pairs ».

The Berger report did not go into detail about individual cases; its principal goal was to determine the prevalence of abuse at the school, not to determine whether any particular resident had been abused. The report stated (at p. 14):

> I make no findings here regarding individual cases. I am instead confining myself to stating my finding, applying generally to the state of affairs at Jericho Hill School, that from the 1950s, extending over about a 35-year period, there was sexual abuse by some child care staff, sexual abuse by some older children against younger children, and that some of these younger children (once they became senior students) sexually abused new entrants.
>
> The case histories can be shocking. There is no need to go into them in detail. But they do indicate that sexual abuse at the school may not entirely have come to an end even in 1987. One former student states that she was assaulted by a female child care worker from 1981 to 1990. Another former student states she was sexually assaulted many times, from 1980 to 1991. It remains to be seen whether these particular allegations will be made out, but they do indicate that the possibility of incidents of sexual abuse even after 1987 cannot be dismissed.

Le rapport Berger ne traite pas en détail de cas individuels; il vise avant tout à déterminer la fréquence des agressions à l'école, et non à déterminer si un pensionnaire donné a été agressé. Voici ce qu'on y lit (à la p. 14) : 6

> [TRADUCTION] Je ne tire aucune conclusion ici en ce qui concerne les cas individuels. Je me contente plutôt d'exprimer ma conclusion, qui décrit de façon générale l'état des choses à l'école Jericho Hill, selon laquelle à partir des années 50, et pendant une période d'environ 35 ans, des agressions sexuelles ont été commises par certains membres du personnel et par certains enfants plus âgés contre des enfants plus jeunes, et que certains de ces derniers (après être devenus des élèves plus anciens) ont agressé sexuellement des nouveaux arrivants.
>
> L'historique de chaque cas peut être choquant. Il n'y a pas lieu d'exposer ces cas en détail. Mais ils indiquent que, même en 1987, les agressions sexuelles n'avaient peut-être pas entièrement cessé à l'école. Une ancienne élève prétend avoir été agressée par une éducatrice spécialisée de 1981 à 1990. Une autre ancienne élève soutient avoir été agressée sexuellement à de nombreuses reprises de 1980 à 1991. Il reste à voir si ces allégations particulières seront prouvées, mais elles indiquent qu'on ne peut écarter la possibilité que des agressions sexuelles aient été commises même après 1987.

In this report I do not go into detail about individual cases. . . . I am not . . . engaged in determining the impact of abuse in any individual case, but rather setting out the whole picture.

7 The Berger report found that JHS's response to allegations of abuse was often inadequate, noting, for example, that "[e]xcept in a few cases, Jericho Hill School failed to report the disclosures to the parents of the boys or the girls, failed to identify the student offenders and to remove them from the school, and failed to ensure that the students who had been abused received appropriate therapy" (p. 9). The report found that "[a]lthough it had responsibility for the management of the school, the Ministry of Education had no policies and procedures laid down for running a residence for deaf children" (p. 15). It also noted that in 1978, all students — boys and girls of all ages — were placed together in a single dormitory and observed that "[i]t is certainly arguable that these arrangements were not in keeping with reasonable standards of care at the time" (p. 16).

8 The Berger report also emphasized the exceptional vulnerability of the children at the school. The report stated (at p. 7):

[T]he vulnerability of the children at Jericho Hill School was the product of their failure to acquire language early; this meant that they did not have values instilled in them in the same way as hearing children do; it often meant increased vulnerability to any staff at the school who may have been disposed to abuse the children; it meant that the institution was more susceptible to the development of a culture of abuse; and it meant that the children usually did not have the ability or the means to communicate with or complain effectively to parents, teachers, physicians, police or social workers about sexual abuse.

9 The recommendations of the Berger report were that the province accept responsibility for the abuse that occurred at JHS; that the province establish a scheme to compensate those who had suffered abuse at the school; and that the compensation scheme should award compensation, for those

Dans ce rapport, je n'aborde pas en détail les cas individuels [. . .] Je ne cherche pas [. . .] à déterminer l'effet des agressions dans un cas individuel quelconque; j'essaie plutôt de brosser le tableau général de la situation.

Le rapport Berger conclut que la réponse de JHS aux allégations d'agression a souvent été inadéquate et souligne, par exemple, que [TRADUCTION] « [s]auf dans quelques cas, l'école Jericho Hill n'a pas rapporté les révélations aux parents des garçons ou des filles, n'a pas identifié les élèves qui avaient commis les agressions ni ne les a renvoyés de l'école et n'a pas veillé à ce que les victimes d'agression reçoivent une thérapie convenable » (p. 9). Il conclut que [TRADUCTION] « [m]ême s'il était responsable de la gestion de l'école, le ministère de l'Éducation n'avait établi ni politique ni procédure quant à la direction d'un pensionnat pour enfants sourds » (p. 15). Le rapport souligne également qu'en 1978, les élèves — garçons et filles de tous âges — étaient tous logés dans le même dortoir, et fait remarquer [TRADUCTION] « qu'on peut certainement penser que ces dispositions n'étaient pas conformes aux normes de diligence raisonnables à l'époque » (p. 16).

Le rapport Berger met aussi l'accent sur la vulnérabilité exceptionnelle des enfants à l'école (à la p. 7) :

[TRADUCTION] [L]a vulnérabilité des enfants à l'école Jericho Hill était due au fait qu'ils n'avaient pas pu acquérir tôt la connaissance du langage; cela signifiait qu'on n'avait pas pu leur inculquer des valeurs comme aux enfants ne souffrant pas de surdité; cela voulait souvent dire qu'ils étaient plus vulnérables face aux membres du personnel de l'école enclins à agresser les enfants; cela signifiait que l'établissement était plus susceptible de voir se développer une culture propice aux agressions; et cela voulait dire que les enfants n'avaient habituellement pas la capacité ou les moyens de faire part des agressions sexuelles aux parents, aux professeurs, aux médecins, à la police ou aux travailleurs sociaux ni de s'en plaindre efficacement auprès de ces derniers.

Le rapport Berger recommande que la province accepte la responsabilité des agressions survenues à JHS, qu'elle établisse un régime d'indemnisation des victimes d'agression à l'école et que ce régime établisse trois niveaux d'indemnisation pour ceux dont la demande est acceptée,

claims accepted, in three tiers, with a minimum of $3,000 and a maximum of $60,000.

The government responded to the Berger report by acknowledging responsibility for abuse that occurred at JHS. In a ministerial statement made in June 1995, the Attorney General acknowledged the allegations of sexual abuse at the school, acknowledged that "[t]he province was responsible for the care and well-being of these people when they were children", and stated that "[t]o the extent that the province failed them, [it] must see that they are now compensated". The province also established the Jericho Individual Compensation Program (JICP), which is structured according to the recommendations of the Berger report. The program is open to students and former students who allege abuse as a result of attending or having attended the school, and provides for awards according to the three-tier system. As of March 31, 1998, the JICP had heard 49 claims.

The respondents commenced this action in January 1998. The suit seeks compensatory and punitive damages on behalf of a class consisting of:

– all current and former JHS students who have suffered abuse or who failed to receive a proper education while students of the school;

– all family members of current or former JHS students who suffered damage as a result of the abuse of a JHS student;

– all family members or others who were themselves abused by current or former JHS students as a result of the prior abuse of the JHS student.

The respondents asserted that the following issues are common to the class:

– whether the defendant breached the standard of care it owed to the plaintiffs between 1950 and 1992;

l'indemnité minimale étant de 3 000 $ et l'indemnité maximale de 60 000 $.

10 Le gouvernement répond au rapport Berger en reconnaissant sa responsabilité pour les agressions qui se sont produites à JHS. Dans une déclaration ministérielle, en juin 1995, le procureur général admet la véracité des allégations d'agressions sexuelles à l'école, reconnaît que [TRADUCTION] « [l]a province était responsable de l'éducation et du bien-être de ces personnes lorsqu'elles étaient des enfants » et affirme que, « [d]ans la mesure où la province ne s'est pas acquittée de ses responsabilités à leur égard, elle doit maintenant veiller à ce qu'elles soient indemnisées ». La province crée aussi le Jericho Individual Compensation Program (JICP), structuré selon les recommandations du rapport Berger. Ce programme d'indemnisation est destiné aux élèves actuels et anciens qui soutiennent avoir été agressés lorsqu'ils fréquentaient l'école, et il prévoit des indemnités suivant le régime à trois niveaux. Au 31 mars 1998, 49 demandes avaient été soumises au JICP.

11 Les intimés intentent la présente action en janvier 1998, sollicitant des dommages-intérêts compensatoires et exemplaires au nom d'un groupe composé de :

– tous les élèves actuels et anciens de JHS qui ont été victimes d'agression ou qui n'ont pas reçu une éducation convenable lorsqu'ils fréquentaient l'école;

– tous les membres des familles des élèves actuels ou anciens de JHS qui ont subi un préjudice en raison de l'agression commise contre un élève de JHS;

– tous les membres des familles des élèves actuels ou anciens de JHS et les tiers qui ont été agressés par ces élèves parce que ceux-ci avaient eux-mêmes été victimes d'agression.

Les intimés affirment que les questions suivantes sont communes au groupe :

– La défenderesse a-t-elle contrevenu à la norme de diligence qu'elle devait respecter à l'égard des demandeurs entre 1950 et 1992?

– whether the defendant made negligent, reckless and/or fraudulent misrepresentations regarding the school;

– whether the defendant's conduct justified an award of punitive damages and, if so, what amount of punitive damages is appropriate.

(Initially the respondents also asserted that vicarious liability constituted a common issue, but the respondents abandoned their vicarious liability argument early in the proceedings.)

12 The only issue on this appeal is whether the respondents have satisfied the class certification requirements set out in s. 4 of British Columbia's *Class Proceedings Act*.

II. Judgments

13 In the Supreme Court of British Columbia, Kirkpatrick J. denied certification: (1998), 65 B.C.L.R. (3d) 382. First addressing s. 4(1)(a), Kirkpatrick J. found that the statement of claim did not disclose a cause of action based on misrepresentation, emotional harm and mental suffering, breach of fiduciary duty owed to parents or other third parties, or educational malpractice. She found, however, that the statement of claim did disclose causes of action based on the claims of abuse of students, the claims of "secondary" abuse committed by students against other students or third parties, and breach of fiduciary duty owed to the students. Kirkpatrick J. also found that respondents had stated an identifiable class, as required by s. 4(1)(b).

14 Kirkpatrick J. rejected the contention, however, that there were issues common to the class as required by s. 4(1)(c). She addressed each of the asserted common issues in turn. As to the negligence issues, she reasoned that the standard of care owed by the defendant would not have been constant over the 42-year period identified in the statement of claim and, while this problem could be partially addressed by subdividing the 42-year period and determining the standard of care for

– La défenderesse a-t-elle fait des déclarations inexactes de façon négligente, insouciante et/ou frauduleuse relativement à l'école?

– La conduite de la défenderesse justifie-t-elle l'octroi de dommages-intérêts exemplaires et, dans l'affirmative, de quel montant?

(Au début, les intimés disaient aussi que la responsabilité du fait d'autrui était une question commune mais ont renoncé, tôt dans l'instance, à cet argument.)

La seule question en litige dans le présent pourvoi est de savoir si les intimés satisfont aux conditions de certification prescrites par l'art. 4 de la *Class Proceedings Act* de la Colombie-Britannique.

II. Les jugements

En Cour suprême de la Colombie-Britannique, le juge Kirkpatrick refuse la certification : (1998), 65 B.C.L.R. (3d) 382. Abordant en premier lieu l'al. 4(1)a), elle conclut que la déclaration ne révèle pas de cause d'action fondée sur des déclarations inexactes, un préjudice émotionnel et des souffrances morales, la violation d'une obligation de fiduciaire envers les parents ou les tiers, ou la faute professionnelle en éducation. Elle estime toutefois que la déclaration révèle des causes d'action fondées sur les allégations d'agression faites par les élèves, les allégations d'agressions « secondaires » commises par des élèves contre d'autres élèves ou contre des tiers ainsi que la violation de l'obligation de fiduciaire à l'égard des élèves. Le juge Kirkpatrick conclut également que les intimés ont indiqué un groupe identifiable, comme l'exige l'al. 4(1)b).

Le juge Kirkpatrick rejette cependant l'argument selon lequel il y a des questions communes au groupe conformément à l'al. 4(1)c). Elle examine chaque question commune alléguée. Pour les questions de négligence, elle suit le raisonnement selon lequel la norme de diligence que devait respecter la défenderesse n'était pas toujours la même au cours de la période de 42 ans indiquée dans la déclaration et que, même s'il est possible de régler en partie ce problème en divisant cette période et en

each subdivision, "[s]uch an approach would not resolve the anticipated problems of individuals who spanned one or more periods, or whose own individual circumstances changed along with the standard of care during the times in question" (p. 402). Further, variations in the standard of care would "not necessarily relate only to when the claim is alleged to have arisen, but will likely depend also on who advances the claim, who is alleged to have perpetrated the wrong, and, perhaps, the nature of the abuse alleged" (p. 403).

déterminant la norme de diligence applicable à chaque division, [TRADUCTION] « [u]ne telle méthode ne résoudrait pas les problèmes à prévoir dans le cas de personnes touchées par plus d'une période ou dont la situation a changé en même temps que la norme de diligence pendant les périodes en question » (p. 402). En outre, les variations de la norme de diligence n'ont [TRADUCTION] « pas nécessairement trait uniquement au moment où la demande aurait pris naissance, mais dépendent vraisemblablement de l'auteur de cette demande, de l'identité de la personne qui aurait commis le tort et, peut-être, de la nature de l'agression alléguée » (p. 403).

Kirkpatrick J. rejected the misrepresentation issues as common to the class for similar reasons, writing that these issues were "individualistic in the sense that each plaintiff must demonstrate that [he or she] relied upon the defendant's alleged misrepresentation such that the representation had a real and substantial effect on the individual plaintiff's decision to enrol and continue to enrol the student at the school" (p. 404).

15 Le juge Kirkpatrick estime pour les mêmes motifs que les questions portant sur les déclarations inexactes ne sont pas communes au groupe, car elles sont [TRADUCTION] « de nature individuelle en ce sens que chaque demandeur doit démontrer qu'il s'est fondé sur les déclarations inexactes qu'aurait faites la défenderesse et que ces déclarations ont eu un effet réel et important sur la décision d'inscrire et de continuer d'inscrire à l'école » (p. 404).

Finally, Kirkpatrick J. rejected the punitive damages issue as common to the class, reasoning that assessing punitive damages would require an individualized showing on the part of each plaintiff and noting that "the conduct of the defendant in relation to individual plaintiffs may aggravate or mitigate the assessment of punitive damages, which would fail to be considered in the determination of entitlement to punitive damages as a common issue" (p. 406). Kirkpatrick J. noted that even if punitive damages were certified as a common issue, the amount of punitive damages could not be a common issue because traditionally "[p]unitive damages are . . . only awarded if compensatory damages are insufficient to deter or punish the defendant" (p. 406). The amount of punitive damages, therefore, could not be assessed until individual proceedings were completed.

16 Enfin, le juge Kirkpatrick écarte comme question commune la question des dommages-intérêts exemplaires pour la raison que leur évaluation exigerait la présentation d'une preuve individuelle de la part de chaque demandeur et que [TRADUCTION] « la conduite de la défenderesse à l'égard de chaque demandeur pourrait aggraver ou mitiger l'évaluation des dommages-intérêts exemplaires mais ne serait pas examinée si on déterminait le droit à ces dommages-intérêts en tant que question commune » (p. 406). Le juge Kirkpatrick fait remarquer que même si le tribunal certifiait que les dommages-intérêts exemplaires constituent une question commune, on ne peut pas en dire autant de leur montant parce que traditionnellement on n'accorde [TRADUCTION] « des dommages-intérêts exemplaires que si les dommages-intérêts compensatoires ne suffisent pas pour dissuader ou punir le défendeur » (p. 406). On ne peut donc pas évaluer le montant des dommages-intérêts exemplaires avant la fin des instances individuelles.

17 Kirkpatrick J. determined that there were no common issues as required by s. 4(1)(c) and, as there were no common issues, a class action could not be "the preferable procedure for the fair and efficient resolution of the common issues", as required by s. 4(1)(d). She conceded, however, that the JICP is not an adequate alternative to judicial resolution of the dispute. She noted that the JICP limits awards to $60,000, does not compensate family members, and does not provide compensation for loss of income, opportunity, or future care. Further, the JICP prohibits applicants from being represented by counsel before the compensation panel. In Kirkpatrick J.'s view, however, the absence of common issues meant that individual litigation was nonetheless preferable to a class proceeding.

Selon le juge Kirkpatrick, il n'y a aucune question commune, contrairement à ce qu'exige l'al. 4(1)c), de sorte que le recours collectif ne peut pas être [TRADUCTION] « la meilleure procédure pour le règlement juste et efficace des questions communes », comme le prévoit l'al. 4(1)d). Elle admet cependant que le JICP ne constitue pas une solution de rechange adéquate au règlement judiciaire du litige. Elle note que le JICP limite les indemnités à 60 000 $, qu'il n'indemnise pas les membres des familles et qu'il ne prévoit aucune indemnisation pour la perte de revenus et de possibilités ni pour les soins à venir. De plus, le JICP interdit aux demandeurs de se faire représenter par un avocat devant le comité d'indemnisation. Selon le juge Kirkpatrick, toutefois, l'absence de questions communes signifie que les litiges individuels sont malgré tout préférables au recours collectif.

18 The Court of Appeal for British Columbia, *per* Mackenzie J.A., allowed the appeal, disagreeing with the chambers judge with respect to commonality and preferability: (1999), 72 B.C.L.R. (3d) 1. In Mackenzie J.A.'s view, the chambers judge had erred in failing to recognize the "limited grounds" on which the respondents sought certification. While he conceded that there were relevant differences amongst the class members, Mackenzie J.A. reasoned that the "duty of the school to reasonably protect its students from sexual abuse is clear and immutable throughout the period that the school was in operation" (p. 8). He wrote (at pp. 8-9):

La Cour d'appel de la Colombie-Britannique, par la voix du juge Mackenzie, accueille l'appel en exprimant son désaccord avec le juge en chambre quant à l'existence de questions communes et la meilleure procédure : (1999), 72 B.C.L.R. (3d) 1. Le juge Mackenzie pense que le juge en chambre a commis une erreur en ne reconnaissant pas les [TRADUCTION] « questions restreintes » pour lesquelles les intimés demandaient la certification. Il admet qu'il existe des différences pertinentes entre les membres du groupe, mais estime que « l'obligation de l'école de prendre des mesures raisonnables pour protéger ses élèves contre les agressions sexuelles est claire et immuable pendant toute la période de fonctionnement de l'école » (p. 8). Il dit (aux p. 8-9) :

> It is true that the claims of class members may span a period of 42 years and that standards of operation and management of the school may have changed several times over that lengthy period. Nevertheless, . . . the duty of the school to reasonably protect its students from sexual abuse is clear and immutable throughout the period that the school was in operation. . . .
>
> Claimants will not have to prove that the abuse was caused by a particular staff member or other student in

> [TRADUCTION] Il est vrai que les demandes des membres du groupe peuvent couvrir une période de 42 ans et que les normes de fonctionnement et de gestion de l'école peuvent avoir changé plusieurs fois au cours de cette longue période. Néanmoins, [. . .] l'obligation de l'école de prendre des mesures raisonnables pour protéger ses élèves contre les agressions sexuelles est claire et immuable pendant toute la période de fonctionnement de l'école . . .
>
> Les demandeurs n'auront pas à prouver que les agressions ont été commises par un membre du personnel ou

the absence of a claim for vicarious liability. In essence the claims will be based on systemic negligence, the failure to have in place management and operations procedures that would reasonably have prevented the abuse.

Mackenzie J.A. concluded that the standard-of-care issue — an aspect of both the negligence claim and the fiduciary duty claim — was common to all those who alleged that they had been sexually abused at JHS. He also found that the preferability requirement had been satisfied, holding that the JICP was an inadequate alternative.

The issue of punitive damages was also common to all those who alleged that they had themselves been abused at JHS, Mackenzie J.A. concluded. "Any award for punitive damages," he wrote, "should reflect the overall culpability of the defendant. It does not have to be linked to the harm caused to any particular claimant and does not require individualized assessment." He continued: "[a] global award can be assessed for the successful class members as a group, and allocated among them as the trial judge considers appropriate" (p. 17).

Mackenzie J.A. rejected, however, the other common issues asserted by the respondents. He rejected abuse claims of a non-sexual nature, finding that non-sexual abuse was not a central concern of the pleadings and that there was some uncertainty as to whether non-sexual abuse falls within the definition of assault. He also rejected "secondary" abuse claims — that is, abuse by a JHS student who had himself or herself been abused at the school. On this issue he agreed with the chambers judge that questions of duty, foreseeability, and proximity rendered secondary-abuse claims prohibitively complicated and individualized. Mackenzie J.A. also rejected the educational malpractice claims, finding no precedent suggesting that such claims could be prosecuted successfully and stating that "any attempt to litigate these issues in the same class proceedings as the sexual abuse claims would complicate the proceedings immensely" (p. 15). Finally

un élève en particulier puisqu'il n'y a pas de demande fondée sur la responsabilité du fait d'autrui. Les demandes reposeront essentiellement sur la négligence systémique, soit l'absence de procédures de gestion et de fonctionnement qui auraient vraisemblablement empêché les agressions.

Le juge Mackenzie conclut que la question de la norme de diligence — un aspect des demandes fondées sur la négligence et sur l'obligation de fiduciaire — est commune à tous ceux qui allèguent avoir été agressés sexuellement à JHS. Il conclut également que la condition de la meilleure procédure est remplie, estimant que le JICP est une solution de rechange inadéquate.

19 Selon lui, la question des dommages-intérêts exemplaires est également commune à tous ceux qui allèguent avoir eux-mêmes été agressés à JHS : [TRADUCTION] « L'octroi de dommages-intérêts exemplaires est fonction de la culpabilité globale de la défenderesse. Il n'a pas à être lié au préjudice causé à un demandeur précis et ne requiert aucune évaluation individuelle », et qu'« une indemnité globale peut être évaluée pour les membres qui ont gain de cause, en tant que groupe, et répartie entre eux de la manière que le juge de première instance estime appropriée » (p. 17).

20 Le juge Mackenzie rejette toutefois les autres questions communes invoquées par les intimés. Il rejette les demandes fondées sur des sévices d'ordre non sexuel, concluant que ce type d'agression ne fait pas directement l'objet des actes de procédure et qu'il n'est pas certain qu'il est visé par la définition d'agression. Il rejette également les demandes fondées sur les agressions « secondaires », soit les agressions commises par un élève de JHS qui avait lui-même été agressé à l'école. Sur cette question, il partage l'opinion du juge en chambre selon laquelle les questions d'obligation, de prévisibilité et de causalité rendent les demandes fondées sur les agressions secondaires trop compliquées et individualisées. Le juge Mackenzie rejette aussi les demandes fondées sur les fautes professionnelles en éducation, concluant à l'absence de précédent indiquant qu'elles peuvent aboutir et affirmant que [TRADUCTION] « toute tentative de trancher ces questions dans le cadre du recours

he rejected claims for family members' emotional harm and suffering — claims that relied in part on an allegation of negligent misrepresentation, reasoning that the claims were "amorphous" and in any event "[i]ssues of reliance and causation linking representations to the harm alleged will undoubtedly vary from claimant to claimant" (p. 16).

21 Ultimately Mackenzie J.A. defined the class as follows (at p. 18):

> Students at the Jericho Hill School between 1950 and 1992 who reside in British Columbia and claim to have suffered injury, loss or damage as a result of misconduct of a sexual nature occurring at the school.

He certified the following questions as common issues (at p. 18):

1. Was the defendant negligent or in breach of fiduciary duty in failing to take reasonable measures in the operation or management of the school to protect students from misconduct of a sexual nature by employees, agents or other students at the school?

2. If the answer to common issue no. 1 is "yes", was the defendant guilty of conduct that justifies an award of punitive damages?

3. If the answer to common issue no. 2 is "yes", what amount of punitive damages is awarded?

22 The appellant now challenges Mackenzie J.A.'s decision, contending that he erred in certifying even the narrower class.

III. Legislation

23 *Class Proceedings Act*, R.S.B.C. 1996, c. 50

4 (1) The court must certify a proceeding as a class proceeding on an application under section 2 or 3 if all of the following requirements are met:

collectif concernant les agressions sexuelles compliquerait l'instance énormément » (p. 15). Enfin, il rejette les demandes liées au préjudice et aux souffrances morales des membres des familles, demandes fondées en partie sur l'allégation de négligence tenant à des déclarations inexactes, en expliquant que les demandes étaient [TRADUCTION] « inconsistantes » et que, de toute manière, [TRADUCTION] « [l]es questions de confiance et de causalité liant les déclarations au préjudice allégué varieront sans aucun doute d'un demandeur à l'autre » (p. 16).

En fin de compte, le juge Mackenzie définit le groupe de la façon suivante (à la p. 18) :

> [TRADUCTION] Les personnes qui ont fréquenté l'école Jericho Hill entre 1950 et 1992, qui résident en Colombie-Britannique et qui prétendent avoir subi un préjudice, une perte ou un dommage en raison d'une faute de nature sexuelle commise à l'école.

Il certifie que les questions suivantes sont des questions communes (à la p. 18) :

[TRADUCTION]

1. La défenderesse a-t-elle été négligente ou a-t-elle contrevenu à son obligation de fiduciaire en ne prenant pas des mesures raisonnables dans le fonctionnement ou la gestion de l'école pour protéger les élèves contre des fautes de nature sexuelle de la part d'employés, de mandataires ou d'autres élèves?

2. Si la réponse à la question commune n^{o} 1 est « oui », la défenderesse est-elle coupable d'une conduite justifiant des dommages-intérêts exemplaires?

3. Si la réponse à la question commune n^{o} 2 est « oui », quel montant convient-il d'accorder à titre de dommages-intérêts exemplaires?

L'appelante conteste maintenant la décision du juge Mackenzie au motif qu'il a commis une erreur en certifiant même le groupe plus restreint.

III. Les dispositions législatives

Class Proceedings Act, R.S.B.C. 1996, ch. 50

[TRADUCTION]

4 (1) Le tribunal saisi d'une demande visée à l'article 2 ou 3 certifie qu'il s'agit d'un recours collectif si les conditions suivantes sont réunies :

(a) the pleadings disclose a cause of action;

(b) there is an identifiable class of 2 or more persons;

(c) the claims of the class members raise common issues, whether or not those common issues predominate over issues affecting only individual members;

(d) a class proceeding would be the preferable procedure for the fair and efficient resolution of the common issues;

. . .

(2) In determining whether a class proceeding would be the preferable procedure for the fair and efficient resolution of the common issues, the court must consider all relevant matters including the following:

(a) whether questions of fact or law common to the members of the class predominate over any questions affecting only individual members;

(b) whether a significant number of the members of the class have a valid interest in individually controlling the prosecution of separate actions;

(c) whether the class proceeding would involve claims that are or have been the subject of any other proceedings;

(d) whether other means of resolving the claims are less practical or less efficient;

(e) whether the administration of the class proceeding would create greater difficulties than those likely to be experienced if relief were sought by other means.

7 The court must not refuse to certify a proceeding as a class proceeding merely because of one or more of the following:

(a) the relief claimed includes a claim for damages that would require individual assessment after determination of the common issues;

(b) the relief claimed relates to separate contracts involving different class members;

a) les actes de procédure révèlent une cause d'action;

b) il existe un groupe identifiable de 2 personnes ou plus;

c) les demandes des membres du groupe soulèvent des questions communes, que ces questions communes prévalent ou non sur les questions touchant uniquement les membres pris individuellement;

d) le recours collectif est la meilleure procédure pour le règlement juste et efficace des questions communes;

. . .

(2) Pour déterminer si le recours collectif est la meilleure procédure pour le règlement juste et efficace des questions communes, le tribunal doit examiner toutes les questions pertinentes, notamment les questions suivantes :

a) si les questions de fait ou de droit communes aux membres du groupe prévalent sur les questions touchant uniquement les membres pris individuellement;

b) si un nombre important de membres du groupe ont valablement intérêt à mener individuellement la poursuite d'une action distincte;

c) si le recours collectif comporte des demandes faisant ou ayant fait l'objet d'autres instances;

d) si les autres moyens de résoudre les demandes sont moins pratiques ou moins efficaces;

e) si l'administration du recours collectif créerait des difficultés plus grandes que celles qui surviendront vraisemblablement dans le cas où la réparation est sollicitée par d'autres moyens.

7 Le tribunal ne doit pas refuser de certifier qu'une instance est un recours collectif en se fondant simplement sur l'un ou plusieurs des motifs suivants :

a) les mesures de redressement demandées comprennent une demande de dommages-intérêts qui exigerait, une fois les questions communes décidées, une évaluation individuelle;

b) les mesures de redressement demandées portent sur des contrats distincts concernant différents membres du groupe;

(c) different remedies are sought for different class members;

(d) the number of class members or the identity of each class member is not known;

(e) the class includes a subclass whose members have claims that raise common issues not shared by all class members.

IV. Issues

24 Have the respondents satisfied the certification requirements set out in British Columbia's *Class Proceedings Act*?

V. Analysis

25 The only issue in this case is whether the Court of Appeal erred in granting certification. As the respondents do not cross-appeal from the decision of Mackenzie J.A., we need not consider whether certification could have been granted on a broader basis than was recognized by the Court of Appeal. The only question is whether, given the Court of Appeal's redefinition of the class and common issues, the certification requirements were met. Those requirements are set out in s. 4 of the British Columbia *Class Proceedings Act* and are similar to the certification requirements set out in Ontario's class action legislation, which I discuss at some length in *Hollick*. These reasons discuss the specifics of the British Columbia certification requirements only insofar as they differ materially from those set out in s. 5 of the Ontario *Class Proceedings Act, 1992*, S.O. 1992, c. 6, and only to the extent that those differences bear directly on my analysis in this case.

26 Not all of the certification requirements are at issue on this appeal. The appellant does not dispute that the respondents have met the requirements of s. 4(1)(a), (b), and (e) — that is, the appellant does not dispute that the pleadings disclose a cause of action, that the respondents have stated an identifiable class, and that the respondents would serve as

c) des mesures correctives différentes sont demandées pour différents membres du groupe;

d) le nombre des membres du groupe ou l'identité de chaque membre est inconnu;

e) il existe au sein du groupe un sous-groupe dont les demandes soulèvent des questions communes que ne partagent pas tous les membres du groupe.

IV. La question en litige

Les intimés ont-ils satisfait aux conditions de certification prévues dans la *Class Proceedings Act* de la Colombie-Britannique?

V. Analyse

La seule question en litige en l'espèce est de savoir si la Cour d'appel a commis une erreur en accordant la certification. Étant donné que les intimés n'interjettent pas d'appel incident contre la décision du juge Mackenzie, nous n'avons pas à déterminer si la Cour d'appel aurait pu accorder une certification sur un fondement plus large. La seule question est de savoir si les conditions de certification ont été respectées, compte tenu des nouvelles définitions du groupe et des questions communes que la Cour d'appel a établies. Ces conditions, prescrites par l'art. 4 de la *Class Proceedings Act* de la Colombie-Britannique, sont semblables aux conditions de certification prévues par la loi ontarienne sur les recours collectifs, loi que j'analyse en profondeur dans *Hollick*. Dans les présents motifs, j'aborde les particularités des conditions de certification de la Colombie-Britannique seulement dans la mesure où elles diffèrent de façon importante de celles de l'art. 5 de la *Loi de 1992 sur les recours collectifs* de l'Ontario, L.O. 1992, ch. 6, et où ces différences ont un effet direct sur mon analyse en l'espèce.

Les conditions de certification ne sont pas toutes en litige dans le présent pourvoi. L'appelante ne conteste pas le fait que les intimés respectent les conditions prescrites par les al. 4(1)a), b) et e) — c'est-à-dire qu'elle ne conteste pas que les actes de procédure révèlent une cause d'action, que les intimés ont établi un groupe identifiable et qu'ils

satisfactory representatives of the class. The issues in dispute are whether there are questions common to the class, as required by s. 4(1)(c), and whether a class proceeding would be the preferable procedure for the fair and efficient resolution of the common issues, as required by s. 4(1)(d).

In my view, both the commonality and preferability requirements are satisfied in this case. With regard to commonality, I agree with Mackenzie J.A. that all class members share an interest in the question of whether the appellant breached a duty of care. On claims of negligence and breach of fiduciary duty, no class member can prevail without showing duty and breach. Resolving those issues, therefore, is "necessary to the resolution of each class member's claim": *Western Canadian Shopping Centres Inc. v. Dutton*, [2001] 2 S.C.R. 534, 2001 SCC 46, at para. 39. Accordingly I would conclude that Mackenzie J.A. was correct to find that the issues of duty and breach are common to the class.

The appellant concedes that none of the class members can prevail without showing that the appellant's conduct fell below an acceptable standard, but contends that the nature of the required showing is inescapably individualistic and not amenable to resolution in general terms applicable to all class members. The appellant does not dispute Mackenzie J.A.'s statement that the "duty of the school to reasonably protect its students from sexual abuse is clear and immutable throughout the period that the school was in operation" (p. 8). However in the appellant's view, "[t]he result of this litigation depends not on the definition of the standard of care, but rather the application of that standard to the facts found in respect of the circumstances of each claimant" (appellant's factum, at para. 64 (emphasis in original)). The appellant argues that in this case "[l]iability turns not on the breach of a standard of care in the abstract, but on whether the standard

représenteraient le groupe de façon satisfaisante. Il s'agit de savoir s'il y a des questions communes au groupe, comme l'exige l'al. 4(1)c), et si le recours collectif est la meilleure procédure pour le règlement juste et efficace des questions communes, comme l'exige l'al. 4(1)d).

27 À mon avis, les conditions relatives aux questions communes et à la meilleure procédure sont respectées en l'espèce. En ce qui concerne les questions communes, je suis d'accord avec le juge Mackenzie pour dire que tous les membres du groupe ont un intérêt commun dans la question de savoir si l'appelante a contrevenu à une obligation de diligence. Aucun membre du groupe ne peut obtenir gain de cause dans les demandes fondées sur la négligence et la violation d'une obligation de fiduciaire sans démontrer l'existence d'une obligation et d'une violation. La résolution de ces questions est donc « nécessaire pour le règlement des demandes de chaque membre du groupe » : *Western Canadian Shopping Centres Inc. c. Dutton*, [2001] 2 R.C.S. 534, 2001 CSC 46, par. 39. En conséquence, j'estime que le juge Mackenzie a eu raison de conclure que les questions liées à l'obligation et à la violation sont communes au groupe.

28 L'appelante admet qu'aucun membre du groupe ne peut obtenir gain de cause sans démontrer que le comportement de l'appelante était en-deçà d'une norme acceptable, mais elle avance que la preuve requise est inévitablement de nature individuelle et que cette question n'est pas susceptible d'être résolue d'une façon générale qui soit applicable à tous les membres du groupe. L'appelante ne conteste pas l'affirmation du juge Mackenzie selon laquelle [TRADUCTION] « l'obligation de l'école de prendre des mesures raisonnables pour protéger ses élèves contre les agressions sexuelles est claire et immuable pendant toute la période de fonctionnement de l'école » (p. 8). Toutefois, elle estime que [TRADUCTION] « [l]'issue du présent litige ne pas dépend de la définition de la norme de diligence, mais de l'application de cette norme aux faits établis relativement à la situation de chaque demandeur » (mémoire de l'appelante, par. 64 (souligné dans l'original)); elle prétend qu'en l'espèce, « [l]a

of care was breached with respect to the school's supervision of the particular class member in a way that contributed materially to his/her abuse" (appellant's factum, at para. 64). The theory of the appellant is essentially that the Court of Appeal was able to find a common issue within the meaning of s. 4(1)(c) only by framing the commonality between the class members in overly general terms.

29 There is clearly something to the appellant's argument that a court should avoid framing commonality between class members in overly broad terms. As I discussed in *Western Canadian Shopping Centres*, *supra*, at para. 39, the guiding question should be the practical one of "whether allowing the suit to proceed as a representative one will avoid duplication of fact-finding or legal analysis". It would not serve the ends of either fairness or efficiency to certify an action on the basis of issues that are common only when stated in the most general terms. Inevitably such an action would ultimately break down into individual proceedings. That the suit had initially been certified as a class action could only make the proceeding less fair and less efficient.

30 I cannot agree, however, that such are the circumstances here. As Mackenzie J.A. noted, the respondents' argument is based on an allegation of "systemic" negligence — "the failure to have in place management and operations procedures that would reasonably have prevented the abuse" (pp. 8-9). The respondents assert, for example, that JHS did not have policies in place to deal with abuse, and that JHS acted negligently by placing all residential students in one dormitory in 1978. These are actions (or omissions) whose reasonability can be determined without reference to the circumstances of any individual class member. It is true that the respondents' election to limit their allegations to systemic negligence may make the individual component of the proceedings more difficult; clearly it would be easier for any given complainant to show causation if the established breach were that JHS

responsabilité ne repose pas sur la violation d'une norme de diligence abstraite, mais sur la question de savoir s'il y a eu violation de la norme de diligence applicable à la surveillance par l'école d'un membre donné du groupe d'une manière qui a contribué de façon importante à l'agression subie par le membre » (mémoire de l'appelante, par. 64). Essentiellement, la théorie de l'appelante est que la Cour d'appel n'a réussi à trouver une question commune au sens de l'al. 4(1)c) qu'en formulant les questions communes au groupe en termes trop généraux.

Il y a manifestement du vrai dans l'argument de l'appelante selon lequel les tribunaux doivent éviter de formuler les questions communes en des termes trop larges. Comme je l'indique dans *Western Canadian Shopping Centres*, précité, par. 39, la question directrice doit être la question pratique de « savoir si le fait d'autoriser le recours collectif permettra d'éviter la répétition de l'appréciation des faits ou de l'analyse juridique ». Il ne serait ni juste ni efficace de certifier une action en fonction de questions qui ne sont communes que si on les énonce en termes très généraux. Une telle action se diviserait inévitablement en instances individuelles. Le fait que la poursuite ait d'abord été certifiée en tant que recours collectif ne ferait que rendre l'instance moins juste et moins efficace.

Je ne peux toutefois pas convenir que tel est le cas en l'espèce. Comme le juge Mackenzie le fait remarquer, l'argument des intimés repose sur une allégation de négligence [TRADUCTION] « systémique, soit l'absence de procédures de gestion et de fonctionnement qui auraient vraisemblablement empêché l'agression » (p. 8-9). Les intimés affirment, par exemple, que JHS n'avait aucune politique portant sur l'agression et qu'elle a été négligente en logeant tous les pensionnaires dans le même dortoir en 1978. Il s'agit d'actes (ou d'omissions) dont il est possible de déterminer le caractère raisonnable indépendamment de la situation individuelle des membres du groupe. Il est vrai que le choix des intimés de restreindre leurs allégations à la négligence systémique peut compliquer la composante individuelle de l'instance; il serait manifestement plus facile pour un plaignant donné

had failed to address her own complaint of abuse (an individualized breach) than it would be if, for example, the established breach were that JHS had as a general matter failed to respond adequately to some complaints (a "systemic" breach). As Mackenzie J.A. wrote, however, the respondents "are entitled to restrict the grounds of negligence they wish to advance to make the case more amenable to class proceedings if they choose to do so" (p. 9).

de démontrer le lien de causalité s'il était établi que JHS n'avait pas répondu à sa propre plainte d'agression (une violation individualisée) qu'il le serait, par exemple, s'il était établi que, de façon générale, JHS ne répondait pas adéquatement à certaines plaintes (une violation « systémique »). Comme le dit le juge Mackenzie, toutefois, les intimés [TRADUCTION] « ont le droit de restreindre les motifs pour lesquels ils désirent invoquer la négligence afin de rendre l'affaire plus susceptible de faire l'objet d'un recours collectif si c'est ce qu'ils veulent faire » (p. 9).

In arguing that the necessary inquiry is inescapably individualistic, the appellant's principal contention is that the relevant standard of care, if framed at the appropriate level of specificity, would have varied over time. I am not persuaded that this should be an obstacle to the suit's proceeding as a class action. It is true that there has been a "dramatic . . . evolution" in law relating to sexual abuse between 1950 and 1992 and it is quite possible that the nature of a school's obligations to its students has changed over time. However, courts have often allowed class actions to proceed in similar circumstances: see, e.g., *Anderson v. Wilson* (1999), 44 O.R. (3d) 673 (C.A.) (certifying class action for medical malpractice even though the action "concern[ed] allegations of a general practice over a number of years falling below acceptable standards" (p. 683)); *Chace v. Crane Canada Inc.* (1996), 26 B.C.L.R. (3d) 339 (S.C.) (certifying class action for negligent manufacture and sale over 11-year period on grounds that, if the defendant were "partially successful in its defence and ultimately found to have been negligent over part of the period only, that result c[ould] be accommodated in the answer to the general question" (p. 347)); *Endean v. Canadian Red Cross Society* (1997), 148 D.L.R. (4th) 158 (B.C.S.C.) (certifying class action for negligence and spoliation over four-year period notwithstanding defendant's argument that "the standard of care would have been in flux throughout the material time" (p. 168)).

31 Pour démontrer que l'examen nécessaire est inévitablement de nature individuelle, l'appelante affirme principalement que la norme de diligence pertinente, formulée au niveau voulu de spécificité, peut s'être modifiée au fil du temps. Je ne suis pas convaincue que ce devrait être un obstacle au recours collectif. Il est vrai qu'il y a eu une [TRADUCTION] « évolution spectaculaire » du droit relatif aux agressions sexuelles entre 1950 et 1992, et il est très possible que la nature des obligations d'une école envers ses élèves ait changé avec le temps. Toutefois, les tribunaux ont souvent permis les recours collectifs dans des circonstances semblables : voir, p. ex., *Anderson c. Wilson* (1999), 44 O.R. (3d) 673 (C.A.) (recours collectif certifié en matière de faute professionnelle médicale bien que l'action [TRADUCTION] « concern[e] des allégations visant une pratique générale contraire aux normes acceptables, suivie pendant plusieurs années » (p. 683)); *Chace c. Crane Canada Inc.* (1996), 26 B.C.L.R. (3d) 339 (C.S.) (recours collectif certifié pour un cas de négligence dans la fabrication et la vente visant une période de 11 ans au motif que, si la défenderesse avait [TRADUCTION] « gain de cause en partie dans sa défense et qu'elle était en fin de compte jugée n'avoir été négligente que pendant une partie de la période, cette conclusion pourrait être intégrée dans la réponse à la question générale » (p. 347)); *Endean c. Canadian Red Cross Society* (1997), 148 D.L.R. (4th) 158 (C.S.C.-B.) (certification d'un recours collectif pour négligence et destruction de preuve sur une période de quatre ans, malgré l'argument de la défenderesse selon lequel [TRADUCTION] « la norme de diligence aurait fluctué au cours de la période pertinente » (p. 168)).

32 That the standard of care may have varied over the relevant time period simply means that the court may find it necessary to provide a nuanced answer to the common question. The structure of the Berger report, which explicitly divides the years between 1982 and 1991 into three discrete subperiods, suggests that such an approach would not be infeasible. I further note that the *Class Proceedings Act* contemplates the possibility of subclasses and that the court may amend the certification order at any time: see s. 6(1) (permitting court to recognize subclasses under certain conditions); s. 7(e) (stating that the court "must not refuse to certify a proceeding as a class proceeding merely because . . . the class includes a subclass whose members have claims that raise common issues not shared by all class members"); s. 8(3) (stating that "[t]he court, on the application of a party or class member, may at any time amend a certification order"); s. 10(1) (stating that "[w]ithout limiting section 8(3), at any time after a certification order is made . . . the court may amend the certification order"). In my view the *Class Proceedings Act* provides the court with ample flexibility to deal with limited differentiation amongst the class members as and if such differentiation becomes evident.

Le fait que la norme de diligence puisse avoir varié au cours de la période en cause signifie simplement que le tribunal peut juger nécessaire de fournir une réponse nuancée à la question commune. La structure du rapport Berger, qui divise expressément les années comprises entre 1982 et 1991 en trois sous-périodes distinctes, indique qu'une telle démarche ne serait pas impossible. Je souligne en outre que la *Class Proceedings Act* envisage la possibilité de sous-groupes et que le tribunal peut modifier l'ordonnance de certification en tout temps : voir le par. 6(1) (le tribunal peut reconnaître des sous-groupes à certaines conditions); l'al. 7e) (le tribunal [TRADUCTION] « ne doit pas refuser de certifier qu'une instance est un recours collectif [. . .] simplement [parce qu'] il existe au sein du groupe un sous-groupe dont les demandes soulèvent des questions communes que ne partagent pas tous les membres du groupe »); le par. 8(3) ([TRADUCTION] « [l]e tribunal peut, sur demande présentée par une partie ou un membre du groupe, modifier l'ordonnance de certification »); le par. 10(1) ([TRADUCTION] « [s]ans restreindre l'application du paragraphe 8(3), le tribunal peut modifier l'ordonnance de certification en tout temps »). À mon avis, la *Class Proceedings Act* confère au tribunal toute la souplesse voulue pour traiter des différenciations réduites entre les membres du groupe dans la mesure où les différences se manifestent.

33 As the Court of Appeal noted (at p. 9), it is in fact quite likely that there will be relevant differences between the class members:

> Limiting the ground of liability to systemic negligence does not eliminate all differences among class members. As the Berger report noted, the duty owed may vary over time depending upon the state of knowledge of those in charge of the school, the reasonably informed educational standards and policies of the day, the measures implemented to prevent abuse and other factors. At the end of the case, liability could be imposed for abuse during certain periods of the school's operation and not in others. It is conceivable that liability might be differentiated in other ways, for example abuse inflicted by staff but not by other students.

Comme la Cour d'appel le souligne (à la p. 9), il est en réalité très probable qu'il y ait des différences entre les membres du groupe :

> [TRADUCTION] Restreindre le motif de responsabilité à la négligence systémique n'élimine pas toutes les différences entre les membres du groupe. Comme le rapport Berger le fait remarquer, l'obligation peut varier au fil du temps selon le degré de connaissances des responsables de l'école, les normes et politiques raisonnablement éclairées de l'époque, les mesures de prévention de l'agression qui sont mises en œuvre ainsi que d'autres facteurs. Il se peut qu'à la fin de l'affaire, la responsabilité soit retenue à l'égard des agressions pour certaines périodes de fonctionnement de l'école mais pas pour d'autres périodes. Il est concevable que la responsabilité fasse l'objet d'autres distinctions, par exemple qu'elle soit reconnue dans les cas d'agressions par des membres du personnel, et non dans les cas d'agressions par d'autres élèves.

For the reasons stated above, however, I agree with Mackenzie J.A. that these differences are not insurmountable. In any event I question the extent to which differences between the class members should be taken into account at this stage. The British Columbia *Class Proceedings Act* explicitly states that the commonality requirement may be satisfied "whether or not [the] common issues predominate over issues affecting only individual members": s. 4(1)(c). (This distinguishes the British Columbia legislation from the corresponding Ontario legislation, which is silent as to whether predominance should be a factor in the commonality inquiry.) While the British Columbia *Class Proceedings Act* clearly contemplates that predominance will be a factor in the preferability inquiry (a point to which I will return below), it makes equally clear that predominance should not be a factor at the commonality stage. In my view the question at the commonality stage is, at least under the British Columbia *Class Proceedings Act*, quite narrow.

Pour les motifs susmentionnés, toutefois, je suis d'accord avec le juge Mackenzie que ces différences ne sont pas insurmontables. De toute manière, je me demande jusqu'à quel point il faut prendre en considération les différences entre les membres du groupe à ce stade-ci. La *Class Proceedings Act* de la Colombie-Britannique dit expressément que la condition relative aux questions communes peut être respectée, [TRADUCTION] « que ces questions communes prévalent ou non sur les questions touchant uniquement les membres pris individuellement » : al. 4(1)c). (Cela différencie la loi de la Colombie-Britannique de la loi ontarienne correspondante, qui n'indique pas si la prédominance des questions communes est un facteur.) Bien que la *Class Proceedings Act* de la Colombie-Britannique prévoie clairement que la prédominance est un facteur dans la question de la meilleure procédure (sur laquelle je reviens plus loin), elle indique tout aussi clairement que la prédominance n'est pas un facteur à l'étape de l'examen des questions communes. À mon sens, la question est très limitée à cette étape, du moins en vertu de la *Class Proceedings Act* de la Colombie-Britannique.

As noted above, Mackenzie J.A. certified as common not only the standard-of-care issue but also the punitive damages issues. Here, too, I agree with his reasoning. In this case resolving the primary common issue — whether JHS breached a duty of care or fiduciary duty to the complainants — will require the court to assess the knowledge and conduct of those in charge of JHS over a long period of time. This is exactly the kind of fact-finding that will be necessary to determine whether punitive damages are justified: see, e.g., *Endean*, *supra*, at para. 48 ("An award of punitive damages is founded on the conduct of the defendant, unrelated to its effect on the plaintiff."). Clearly, the appropriateness and amount of punitive damages will not always be amenable to determination as a common issue. Here, however, the respondents have limited the possible grounds of liability to systemic negligence — that is, negligence not specific to any one victim but rather to the class of victims as a group. In my view the appropriateness and amount of punitive damages is, in this case, a question amenable to resolution

34

Comme je le dis plus haut, le juge Mackenzie a certifié que, non seulement la question de la norme de diligence, mais aussi celle des dommages-intérêts exemplaires, étaient des questions communes. Sur ce point aussi, je suis d'accord avec son raisonnement. En l'espèce, la résolution de la question commune principale — à savoir si JHS a contrevenu à une obligation de diligence ou à une obligation de fiduciaire à l'égard des plaignants — obligera le tribunal à évaluer la connaissance et la conduite des responsables de JHS pendant une longue période. C'est exactement le genre de recherche des faits à laquelle le tribunal devra se livrer pour déterminer si des dommages-intérêts exemplaires sont justifiés : voir, p. ex., *Endean*, précité, par. 48 ([TRADUCTION] « L'octroi de dommages-intérêts exemplaires repose sur la conduite du défendeur, sans égard à son effet sur le demandeur ».). Manifestement, les questions de l'octroi et du montant des dommages-intérêts exemplaires ne pourront pas être traitées dans tous les cas comme des questions communes. En l'espèce, toutefois, les

as a common issue: see *Chace*, *supra*, at para. 30 (certifying punitive damages as a common issue on the grounds that the plaintiffs' negligence claim was "advance[d] . . . as a general proposition" rather than by reference to conduct specific to any one plaintiff).

35 The question remains whether a class action would be the preferable procedure. Here I would begin by incorporating my discussion in *Hollick* as to the meaning of preferability: see *Hollick*, *supra*, at paras. 28-31. While the legislative history of the British Columbia *Class Proceedings Act* is of course different from that of the corresponding Ontario legislation, in my view the preferability inquiry is, at least in general terms, the same under each statute. The inquiry is directed at two questions: first, "whether or not the class proceeding [would be] a fair, efficient and manageable method of advancing the claim", and second, whether the class proceedings would be preferable "in the sense of preferable to other procedures" (*Hollick*, at para. 28). I would note one difference, however, between the British Columbia *Class Proceedings Act* and the corresponding Ontario legislation. Like the British Columbia legislation, the Ontario legislation requires that a class action be "the preferable procedure" for the resolution of the common issues: see Ontario *Class Proceedings Act, 1992*, s. 5(1)(d); British Columbia *Class Proceedings Act*, s. 4(1)(d). Unlike the Ontario legislation, however, the British Columbia legislation provides express guidance as to how a court should approach the preferability question, listing five factors that the court must consider: see s. 4(2). I turn, now, to these factors.

intimés ont restreint les motifs possibles de responsabilité à la négligence systémique — soit la négligence ne se rapportant pas à une victime en particulier, mais aux victimes en tant que groupe. J'estime que l'octroi et le montant des dommages-intérêts exemplaires sont en l'espèce des questions susceptibles d'être résolues en tant que questions communes : voir *Chace*, précité, par. 30 (certifiant que les dommages-intérêts exemplaires sont une question commune au motif que l'allégation de négligence a été avancée [TRADUCTION] « en tant que proposition générale » et ne vise pas spécifiquement la conduite d'un demandeur donné).

Il reste à déterminer si le recours collectif serait la meilleure procédure. En l'espèce, j'intégrerais d'abord aux présents motifs l'analyse que je fais dans *Hollick*, précité, par. 28-31, de ce que signifie la meilleure procédure. Bien que l'historique législatif de la *Class Proceedings Act* de la Colombie-Britannique soit naturellement différent de celui de la loi ontarienne correspondante, j'estime que l'examen relatif à la meilleure procédure est, du moins de façon générale, le même dans les deux lois. L'examen porte sur deux questions : Premièrement, [TRADUCTION] « le recours collectif est-il un moyen juste, efficace et pratique de faire progresser l'instance? » Deuxièmement, le recours collectif est-il [TRADUCTION] « préférable aux autres procédures? » (*Hollick*, précité, par. 28). Je soulignerais toutefois une différence entre la *Class Proceedings Act* de la Colombie-Britannique et la loi ontarienne correspondante. Comme la loi de la Colombie-Britannique, la loi ontarienne exige que le recours collectif soit « le meilleur moyen » (ou « la meilleure procédure ») pour régler les questions communes : voir la *Loi de 1992 sur les recours collectifs* de l'Ontario, al. 5(1)d); *Class Proceedings Act* de la Colombie-Britannique, al. 4(1)d). Contrairement à la loi ontarienne, cependant, la loi de la Colombie-Britannique fournit expressément des directives sur la manière dont le tribunal doit aborder la question de la meilleure procédure, énumérant cinq facteurs que le tribunal doit prendre en considération : voir par. 4(2). J'examine maintenant ces facteurs.

The first factor is "whether questions of fact or law common to the members of the class predominate over any questions affecting only individual members": s. 4(2)(a). As I noted above, it seems likely that there will be relevant differences between class members here. It should be remembered, however, that as the respondents have limited their claims to claims of "systemic" negligence, the central issues in this suit will be the nature of the duty owed by JHS to the class members and whether that duty was breached. Those issues are amenable to resolution in a class proceeding. While the issues of injury and causation will have to be litigated in individual proceedings following resolution of the common issue (assuming the common issue is decided in favour of the class, or at least in favour of some segment of the class), in my view the individual issues will be a relatively minor aspect of this case. There is no dispute that abuse occurred at the school. The essential question is whether the school should have prevented the abuse or responded to it differently. I would conclude that the common issues predominate over those affecting only individual class members.

36 Le premier facteur consiste à déterminer « si les questions de fait ou de droit communes aux membres du groupe prévalent sur les questions touchant uniquement les membres pris individuellement » : al. 4(2)a). Comme je le note plus haut, il y aura vraisemblablement des différences entre les membres du groupe en l'espèce. Il faut toutefois se rappeler qu'étant donné que les intimés ont restreint leurs demandes à la question de la négligence « systémique », les questions fondamentales dans la présente poursuite seront la nature de l'obligation de JHS à l'égard des membres du groupe et la violation alléguée de cette obligation. Ces questions sont susceptibles de résolution dans un recours collectif. Je suis d'avis que même si les questions du préjudice et du lien de causalité devront être jugées dans le cadre d'instances individuelles à la suite de la résolution de la question commune (à supposer que la question commune soit tranchée en faveur du groupe ou, du moins, en faveur d'une partie du groupe), les questions individuelles demeureront un aspect relativement mineur de la présente affaire. Il n'est pas contesté que des agressions se sont produites à l'école. La question essentielle est de savoir si l'école aurait dû prévenir les agressions ou y répondre différemment. Je suis d'avis que les questions communes prévalent sur les questions touchant uniquement les membres du groupe pris individuellement.

The second factor is "whether a significant number of the members of the class have a valid interest in individually controlling the prosecution of separate actions", and the third is "whether the class proceeding would involve claims that are or have been the subject of any other proceedings": s. 4(2)(b), (c). On these factors I would note again that no class member will be able to prevail without making an individual showing of injury and causation. Thus it cannot be said that allowing this suit to proceed as a class action will force complainants into a passive role. Each class member will retain control over his or her individual action, and his or her ultimate recovery will be determined by the outcome of the individual proceedings on injury and causation (assuming, again, that the common issue is resolved in favour of the class). Further there is little evidence here to suggest that any significant

37 Le deuxième facteur consiste à déterminer « si un nombre important de membres du groupe ont valablement intérêt à mener individuellement la poursuite d'une action distincte », et le troisième, « si le recours collectif comporte des demandes faisant ou ayant fait l'objet d'autres instances » : al. 4(2)b), c). Sur ces points, je souligne de nouveau qu'aucun membre du groupe ne pourra avoir gain de cause sans faire la preuve individuelle du préjudice et du lien de causalité. On ne peut donc pas dire que le fait de permettre que la présente poursuite prenne la forme d'un recours collectif obligera les plaignants à se cantonner dans un rôle passif. Chaque membre du groupe conservera le contrôle sur sa propre action, et l'indemnité éventuellement touchée dépendra de l'issue de l'instance individuelle relativement au préjudice et au lien de causalité (à supposer aussi que la question

number of class members would prefer to proceed individually.

38 I turn next to the fourth factor, which asks "whether other means of resolving the claims are less practical or less efficient": s. 4(2)(d). On this point I would agree with the Court of Appeal that individual actions would be less practical and less efficient than would be a class proceeding. As Mackenzie J.A. noted (at pp. 9-10), "[i]ssues related to policy and administration of the school, qualification and training of staff, dormitory conditions and so on are likely to have common elements". Further, "[t]he overall history and evolution of the school is likely to be important background for the claims generally and it would be needlessly expensive to require proof in separate individual cases" (p. 10). I would also agree with Mackenzie J.A. (and indeed with Kirkpatrick J.) that the JICP does not provide an adequate alternative to a class action. Amongst other limitations, the JICP program limits the recovery of any one complainant to $60,000, and it does not permit complainants to be represented by counsel before the panel. The JICP simply cannot be said to be an adequate alternative to a class proceeding.

39 The final factor is "whether the administration of the class proceeding would create greater difficulties than those likely to be experienced if relief were sought by other means": s. 4(2)(e). On this point it is necessary to emphasize the particular vulnerability of the plaintiffs in this case. The individual class members are deaf or blind or both. Litigation is always a difficult process but I am convinced that it will be extraordinarily so for the class members here. Allowing the suit to proceed as a class action may go some way toward mitigating the difficulties that will be faced by the class members. I am in full agreement, therefore, with Mackenzie J.A.'s conclusion that "[t]he communications barriers faced by the students both at

commune soit tranchée en faveur du groupe). De plus, rien dans la preuve n'indique qu'un nombre important de membres du groupe préfèrent poursuivre individuellement.

Le quatrième facteur soulève la question de savoir « si les autres moyens de résoudre les demandes sont moins pratiques ou moins efficaces » : al. 4(2)d). Sur ce point, je partage l'opinion de la Cour d'appel selon laquelle des actions individuelles seraient moins pratiques et moins efficaces que le recours collectif. Le juge Mackenzie souligne d'abord que [TRADUCTION] « [l]es questions liées à la politique et à l'administration de l'école, à la qualification et à la formation du personnel, aux conditions du dortoir et autres auront vraisemblablement des éléments communs » (p. 9-10), puis que « l'évolution et l'historique de l'école seront probablement un élément de fond important pour les demandes en général, et il serait inutilement coûteux d'exiger que la preuve en soit faite dans des affaires individuelles séparées » (p. 10). Je partage aussi l'opinion du juge Mackenzie (et celle du juge Kirkpatrick sur ce point) selon laquelle le JICP ne constitue pas une solution de rechange adéquate au recours collectif. Entre autres restrictions, le JICP limite à 60 000 $ l'indemnité qu'un plaignant peut recevoir et il ne permet pas aux plaignants d'être représentés par un avocat devant le comité. On ne peut tout simplement pas dire que le JICP est une solution de rechange au recours collectif.

Le dernier facteur consiste à déterminer « si l'administration du recours collectif créerait des difficultés plus grandes que celles qui surviendront vraisemblablement dans le cas où la réparation est sollicitée par d'autres moyens » : al. 4(2)e). À ce sujet, il est nécessaire de souligner la vulnérabilité particulière des demandeurs en l'espèce. Les membres du groupe sont sourds, aveugles ou les deux. Le recours en justice est toujours un processus difficile, mais je suis convaincue qu'il sera extrêmement difficile pour les membres du groupe en l'espèce. Permettre que la poursuite prenne la forme d'un recours collectif peut contribuer à mitiger les difficultés des membres du groupe. Je suis donc entièrement d'accord avec la conclusion

the time of the assaults alleged and currently in the litigation process favour a common process to explain the significance of those barriers and to elicit relevant evidence." As he wrote, "[a] group action should assist in marshalling the expertise required to assist individual students in communicating their testimony effectively" (p. 9).

du juge Mackenzie selon laquelle [TRADUCTION] « [l]es barrières à la communication auxquelles les élèves faisaient face au moment des présumées agressions et auxquelles ils font face actuellement dans le processus judiciaire favorisent une procédure commune pour expliquer l'importance de ces barrières et recueillir des preuves pertinentes ». Il ajoute : « [l]e recours collectif devrait contribuer à combiner l'expertise requise pour aider les élèves à communiquer leur témoignage de façon efficace » (p. 9).

I conclude that the respondents have satisfied the certification requirements set out in s. 4 of the British Columbia *Class Proceedings Act*.

Je conclus que les intimés ont satisfait aux conditions de certification prévues à l'art. 4 de la *Class Proceedings Act* de la Colombie-Britannique. 40

The appeal is dismissed. The respondents shall have costs throughout.

Le pourvoi est rejeté. Les dépens sont adjugés aux intimés dans toutes les cours. 41

Appeal dismissed with costs.

Pourvoi rejeté avec dépens.

Solicitor for the appellant: The Ministry of the Attorney General, Vancouver.

Procureur de l'appelante : Le ministère du procureur général, Vancouver.

Solicitors for the respondents: Acheson & Company, Victoria; McDonagh Sheane, Victoria.

Procureurs des intimés : Acheson & Company, Victoria; McDonagh Sheane, Victoria.