

**Randal Craig Jacobi and Jody Marlane Saur** *Appellants*

v.

**Boys' and Girls' Club of Vernon and Harry Charles Griffiths** *Respondents*

and

**The Canadian Conference of Catholic Bishops and Wunnumin Lake First Nation** *Intervenors*

INDEXED AS: JACOBI v. GRIFFITHS

File No.: 26041.

1998: October 6; 1999: June 17.

Present: L'Heureux-Dubé, Cory, McLachlin, Iacobucci, Major, Bastarache and Binnie JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR BRITISH COLUMBIA

*Torts — Vicarious liability — Intentional torts — Sexual abuse — Children sexually abused by employee of boys' and girls' club — Most of assaults occurring at employee's home — Whether club vicariously liable for employee's sexual assault of children.*

*Employment law — Liability of employers — Intentional torts of employees — Children sexually abused by employee of boys' and girls' club — Most of assaults occurring at employee's home — Whether club vicariously liable for employee's tortious conduct.*

The respondent Boys' and Girls' Club, a non-profit organization incorporated under the *Societies Act*, employed the respondent G as Program Director. The Club required G to supervise volunteer staff and organize recreational activities and the occasional outing. G was also encouraged to form friendships and a positive rapport with the children at the Club. Both of the appellants testified that all of their friends and activities centred on the Club. There was essentially a single incident of sexual assault by G involving the male appellant

**Randal Craig Jacobi et Jody Marlane Saur** *Appelants*

c.

**Boys' and Girls' Club de Vernon et Harry Charles Griffiths** *Intimés*

et

**Conférence des évêques catholiques du Canada et Première Nation de Lac Wunnumin** *Intervenantes*

RÉPERTORIÉ: JACOBI c. GRIFFITHS

N° du greffe: 26041.

1998: 6 octobre; 1999: 17 juin.

Présents: Les juges L'Heureux-Dubé, Cory, McLachlin, Iacobucci, Major, Bastarache et Binnie.

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

*Responsabilité délictuelle — Responsabilité du fait d'autrui — Délits intentionnels — Agression sexuelle — Enfants agressés sexuellement par un employé d'un club de jeunes garçons et de jeunes filles — Agressions survenues en majeure partie au domicile de l'employé — La responsabilité du fait d'autrui du club est-elle engagée en raison de l'agression sexuelle d'enfants par l'employé?*

*Employeur et employé — Responsabilité de l'employeur — Délit intentionnel d'un employé — Enfants agressés sexuellement par un employé d'un club de jeunes garçons et de jeunes filles — Agressions survenues en majeure partie au domicile de l'employé — La responsabilité du fait d'autrui du club est-elle engagée en raison de la conduite délictueuse de l'employé?*

L'intimé G travaillait comme directeur de programme de l'intimé, le Boys' and Girls' Club, un organisme sans but lucratif constitué en personne morale sous le régime de la *Societies Act*. Le Club exigeait de G qu'il supervise le personnel bénévole et qu'il organise des activités récréatives et des sorties occasionnelles. G était également encouragé à se lier d'amitié et à établir des liens positifs avec les enfants au Club. Les deux appelants ont témoigné qu'ils rencontraient tous leurs amis et exerçaient toutes leurs activités au Club. Il y a eu essentielle-

and one incident of sexual intercourse involving the female appellant at G's home outside working hours following several lesser incidents, including one incident of sexual touching in the Club van. The disclosure of these events was first made in 1992, some ten years after they occurred. After having his employment terminated following a police investigation, G pled guilty to 14 counts of sexual assault involving the appellants and other children. The appellants sought civil damages against the Club on the legal theory that it should be held vicariously liable for the intentional sexual abuse by its employee, as well as directly liable to the appellants for negligence and breach of fiduciary duty. The trial judge addressed only the issue of vicarious liability and held the Club vicariously liable for the assaults committed by G. The Court of Appeal allowed the Club's appeal.

*Held* (L'Heureux-Dubé, McLachlin and Bastarache JJ. dissenting): The appeal should be dismissed and the matter sent back to trial for a determination as to whether the respondent Club is directly liable under a fault-based cause of action.

*Per* Cory, Iacobucci, Major and Binnie JJ.: The companion decision to this appeal, *Bazley v. Curry* (hereinafter "*Children's Foundation*"), sets out the two-step process for determining when an unauthorized act of an employee is sufficiently connected to the employer's enterprise that vicarious liability should be imposed. A court should first determine whether there are precedents which unambiguously determine on which side of the line between vicarious liability and no liability the case falls. If prior cases do not clearly suggest a solution, the next step is to determine whether vicarious liability should be imposed in light of the broader policy rationales behind strict liability.

Under the first phase of the *Children's Foundation* analysis, the case law, reflecting policy judgments by various courts over many years and across many different jurisdictions, clearly suggests that the imposition of no-fault liability in this case would overshoot the existing judicial consensus about appropriate limits of an employer's no-fault liability. Courts have consistently held that mere opportunity to commit a tort does

ment un seul épisode d'agression sexuelle de l'appelant par G, et un épisode de rapports sexuels impliquant l'appelante au domicile de G, en dehors des heures de travail, à la suite de plusieurs épisodes moins graves, dont un épisode d'attouchements sexuels dans la fourgonnette du Club. L'existence de ces événements a été révélée pour la première fois en 1992, soit une dizaine d'années après qu'ils furent survenus. Après avoir été congédié à la suite d'une enquête policière, G a plaidé coupable relativement à 14 chefs d'agression sexuelle impliquant les appelants et d'autres enfants. Les appelants ont réclamé des dommages-intérêts au civil au Club en vertu de la théorie juridique voulant qu'il soit tenu responsable du fait d'autrui en raison des actes intentionnels d'agression sexuelle accomplis par son employé, ainsi que directement responsable envers eux pour cause de négligence et de manquement à une obligation fiduciaire. Le juge de première instance n'a abordé que la question de la responsabilité du fait d'autrui et a tenu le Club responsable du fait d'autrui en raison des agressions commises par G. La Cour d'appel a accueilli l'appel du Club.

*Arrêt* (les juges L'Heureux-Dubé, McLachlin et Bastarache sont dissidents): Le pourvoi est rejeté et l'affaire est renvoyée au tribunal de première instance pour qu'il tranche la question de savoir si le Club est directement responsable en vertu d'une cause d'action fondée sur la faute.

*Les* juges Cory, Iacobucci, Major et Binnie: L'arrêt connexe au présent pourvoi, *Bazley c. Curry* (ci-après «*Children's Foundation*») énonce la procédure en deux étapes applicable pour décider quand l'acte non autorisé d'un employé est suffisamment lié à l'entreprise de l'employeur pour que la responsabilité du fait d'autrui puisse être imputée. Le tribunal doit d'abord décider s'il y a des précédents qui établissent sans équivoque la responsabilité du fait d'autrui ou encore l'absence de responsabilité dans l'affaire en cause. Si aucune solution ne ressort clairement de la jurisprudence, la prochaine étape consiste à décider si la responsabilité du fait d'autrui devrait être imputée compte tenu des raisons de politique générale qui sous-tendent la responsabilité stricte.

Selon la première étape de l'analyse de *Children's Foundation*, il ressort nettement de la jurisprudence, qui reflète les jugements de principe rendus par divers tribunaux au cours de nombreuses années et dans de nombreux ressorts différents, que l'imputation d'une responsabilité sans faute en l'espèce irait au-delà du consensus judiciaire existant sur les limites appropriées de la responsabilité sans faute d'un employeur. Les tribunaux

not suffice to impose no-fault liability. Even where the job-created opportunity is accompanied (as in the present appeal) by privileged access to the victim, Canadian courts have not thought there to be a sufficiently strong connection between the type of risk created and the actual assault that occurred. The result has been otherwise, and the employer held vicariously liable, in sexual assault cases where the strong connection between the employment and the assault was enhanced by a combination of job-created power and job-created intimacy, neither of which was present in this case to the requisite degree.

As to the second phase of the analysis set out in *Children's Foundation*, the imposition of no-fault liability is justified by the policy considerations of compensation and deterrence. The theory is that a person who employs others to advance his own economic interest should in fairness be placed under a corresponding liability for losses incurred in the course of the enterprise. Non-profit enterprises, however, lack an efficient mechanism to "internalize" such costs. They do not operate in a market environment and have little or no ability to absorb the cost of such no-fault liability by raising prices to consumers in the usual way to spread the true cost of "doing business". Deterrence, which is another key policy reason supporting vicarious liability, also has to be assessed with some sensitivity to context, including the nature of the conduct sought to be deterred, the nature of the liability sought to be imposed, and the type of enterprise sought to be rendered liable. Given the weakness of the policy justification for the expansion of vicarious liability to non-profit organizations, the respondent is entitled to insist that the requirement of a "strong connection" between the enterprise risk and the sexual assault be applied with serious rigour.

To find a strong connection, there must be a material increase in the risk of harm occurring in the sense that the employment significantly contributed to the occurrence of the harm. In this case the Club's "enterprise" was to offer group recreational activities for children to be enjoyed in the presence of volunteers and other members. The opportunity that the Club afforded G to abuse whatever power he may have had was slight. The sexual abuse only became possible when G managed to subvert the public nature of the activities. The success of his agenda of personal gratification, which ultimately

ont constamment jugé que la simple occasion de commettre un délit ne suffit pas pour imputer la responsabilité sans faute. Même dans le cas où l'occasion créée par l'emploi est accompagnée (comme en l'espèce) d'un accès privilégié auprès de la victime, les tribunaux canadiens ne croient pas qu'il y a un lien suffisamment solide entre le type de risque créé et l'agression réellement survenue. Le résultat a été différent, et l'employeur a été tenu responsable du fait d'autrui, dans des affaires d'agression sexuelle où le lien solide entre l'emploi et l'agression était accentué par une combinaison de pouvoir et d'intimité créés par l'emploi; en l'espèce, ni l'un ni l'autre n'était présent dans la mesure requise.

En ce qui concerne la deuxième étape de l'analyse énoncée dans *Children's Foundation*, l'imputation de la responsabilité sans faute est justifiée par les considérations de politique générale de l'indemnisation et de la dissuasion. En théorie, la personne qui emploie d'autres personnes pour promouvoir ses propres intérêts financiers devrait, en toute équité, se voir imputer une responsabilité correspondante pour les pertes causées dans le cadre de l'exploitation de son entreprise. Les organismes sans but lucratif n'ont toutefois aucun moyen efficace d'assumer ces coûts. Ils n'œuvrent pas dans un environnement de marché et sont peu ou ne sont pas du tout en mesure d'éponger le coût d'une telle responsabilité sans faute en augmentant les prix aux consommateurs de la façon habituelle pour répartir le coût réel de l'exploitation de leur entreprise. La dissuasion, qui est une autre raison de politique principale qui justifie la responsabilité du fait d'autrui, doit également être évaluée jusqu'à un certain point en fonction du contexte, dont la nature de la conduite que l'on cherche à dissuader d'adopter, la nature de la responsabilité que l'on cherche à imputer, et le type d'entreprise que l'on cherche à tenir responsable. En raison de la faiblesse de la justification de principe de l'application de la responsabilité du fait d'autrui aux organismes sans but lucratif, l'intimé a le droit d'insister pour que l'exigence de «lien solide» entre le risque d'entreprise et l'agression sexuelle commise soit respectée très rigoureusement.

Pour pouvoir conclure à l'existence d'un lien solide, il doit y avoir eu un accroissement sensible du risque de préjudice qui a été causé, en ce sens que l'emploi doit avoir contribué sensiblement à la matérialisation de ce préjudice. En l'espèce, l'«entreprise» du Club consistait à offrir des activités récréatives de groupe aux enfants, auxquelles ces derniers participeraient en présence de bénévoles et d'autres membres. L'occasion que le Club fournissait à G d'abuser de tout pouvoir qu'il pouvait posséder était mince. L'agression sexuelle n'est devenue possible que lorsque G a réussi à contourner la nature

progressed to sex acts, depended on his success in isolating the victims from the group. The progress from the Club's program to the sexual assaults was a chain with multiple links, none of which could be characterized as an inevitable or natural "outgrowth" of its predecessor. It is not enough to postulate a series of steps each of which might not have happened "but for" the previous steps. Where, as here, the chain of events constitutes independent initiatives on the part of the employee for his personal gratification, the ultimate misconduct is too remote from the employer's enterprise to justify "no fault" liability.

*Per* L'Heureux-Dubé, McLachlin and Bastarache JJ. (dissenting): Since the case law on the issue is inconclusive and unsatisfactory, it must be decided whether vicarious liability should be imposed in light of the considerations of principle and policy discussed in *Bazley v. Curry* (hereinafter "*Children's Foundation*"). Applying the test set out, it must be decided whether G's intentional torts were sufficiently linked to his employment duties to justify the imposition of vicarious liability. The evidence and the findings of the trial judge in this case establish that the employment materially and significantly enhanced the risk of the sexual assaults that occurred. Almost all of the factors listed in *Children's Foundation* point in favour of liability. The first factor is the opportunity that the enterprise afforded G to perpetrate his attacks. An environment into which children are entrusted not just for adult supervision, but for adult mentoring, is one highly charged with potential for an abuse of that trust. G was authorized to interact with the children at the Club, and it seems logical to conclude that he was authorized to interact with the children outside the presence of other adults. While a second factor, whether these acts could be said to further the employer's aims, militates against finding liability, this factor is of little significance here since it can be assumed that intentional torts do not further employers' ends. With respect to the third factor, whether the wrongful act was related to intimacy inherent in the employer's enterprise, the Club went further, in its nurturing activities, than encouraging rapport with a role model; it positively encouraged an intimate relationship to develop between G and his young charges. The risk associated with this position of trust was exacerbated by the troubled and vulnerable nature of many of the Club's clients. The rationales of risk allocation and deterrence are engaged, and liability may more readily be imposed. With respect to the fourth consideration, the

publique des activités. Pour réaliser ses projets de plaisir personnel, qui ont finalement abouti à des actes sexuels, il devait réussir à isoler les victimes du groupe. C'est un ensemble de faits, dont aucun ne pouvait être qualifié de «résultat» inévitable ou naturel de celui qui l'avait précédé, qui a permis de passer du programme du Club aux agressions sexuelles. Il ne suffit pas d'établir une série d'étapes dont chacune pourrait ne pas s'être matérialisée «n'eussent été» les étapes précédentes. Lorsque, comme c'est le cas en l'espèce, la suite d'événements est composée d'initiatives indépendantes que l'employé a prises pour son propre plaisir, l'inconduite qui a résulté en fin de compte est trop éloignée de l'entreprise de l'employeur pour justifier l'imputation de la responsabilité «sans faute».

*Les* juges L'Heureux-Dubé, McLachlin et Bastarache (dissidents): Étant donné que la jurisprudence sur la question n'est ni concluante ni satisfaisante, il faut décider s'il y a lieu d'imputer la responsabilité du fait d'autrui à la lumière des considérations de principe et de politique générale analysées dans *Bazley c. Curry* (ci-après «*Children's Foundation*»). Appliquant le critère qui y est énoncé, il faut décider si les délits intentionnels de G étaient suffisamment liés aux fonctions de son poste pour justifier l'imputation de la responsabilité du fait d'autrui. En l'espèce, la preuve et les conclusions du juge de première instance établissent que l'emploi a sensiblement accru le risque d'agression sexuelle qui s'est matérialisé. Les facteurs énumérés dans *Children's Foundation* militent presque tous en faveur de l'imputation d'une responsabilité. Le premier facteur est l'occasion que l'entreprise offrait à G de commettre ses agressions. Un milieu dans lequel des enfants sont non seulement placés sous la surveillance d'un adulte, mais confiés à un adulte appelé à servir de mentor, est un milieu dans lequel les possibilités d'abuser de cette confiance sont considérables. G était autorisé à interagir avec les enfants au Club, et il semble logique de conclure qu'il était autorisé à le faire sans la présence d'autres adultes. Bien qu'un deuxième facteur, soit la question de savoir s'il était possible d'affirmer que les actes en cause contribuaient à la réalisation des objectifs de l'employeur, milite contre l'imputation de responsabilité, ce facteur a peu d'importance en l'espèce puisqu'on peut présumer que des délits intentionnels ne contribuent pas à la réalisation des objectifs de l'employeur. En ce qui concerne le troisième facteur, soit la question de savoir si l'acte fautif était lié à une intimité inhérente à l'entreprise de l'employeur, le Club, dans ses activités d'éducation, est allé plus loin qu'encourager l'établissement de liens avec un modèle à imiter; il a indéniablement encouragé l'établissement de liens intimes entre G

extent of power conferred on the employee in relation to the victim, the trial judge's finding that G exercised a "god-like" authority over his victims shows that this factor also points toward liability. The fifth factor is the vulnerability of potential victims to the wrongful exercise of employees' power. It goes without saying that children are vulnerable as potential victims of intentional torts such as sexual abuse. These children, troubled adolescents, were more vulnerable than most. While G's assaults, other than the van incident, all took place off site (at his home) and after hours, it was his fostering of trust at the Club, flowing from the requirement of his employment that he forge bonds of intimacy and respect, that enabled him to commit his despicable acts. It is not the mere coincidence of location and interaction that led G to prey upon his victims — it is rather that he worked at a job where he was put in a special position of trust and power over vulnerable people and used that position to carry out an abuse of the power with which he was conferred to carry out his duties. It is this connection that justifies the Club being held liable to bear the costs of the losses inflicted by G. The policy rationales underpinning vicarious liability — fair compensation and deterrence — support this conclusion.

et les jeunes qui lui étaient confiés. Le risque associé à ce poste de confiance était accentué par le fait que bien des clients du Club étaient des personnes vulnérables et en difficulté. Les raisons qui sous-tendent la répartition du risque et la dissuasion s'appliquent, et la responsabilité peut être imputée plus facilement. Quant au quatrième facteur, soit l'étendue du pouvoir conféré à l'employé par rapport à la victime, la conclusion du juge de première instance que G exerçait sur ses victimes un pouvoir tenant du culte montre que ce facteur milite également en faveur de l'imputation d'une responsabilité. Le cinquième facteur est la vulnérabilité des victimes potentielles à l'exercice abusif du pouvoir d'un employé. Il va sans dire que les enfants sont vulnérables en tant que victimes potentielles de délits intentionnels comme l'agression sexuelle. Ces enfants, adolescents en difficulté, étaient plus vulnérables que la plupart des gens. Bien que, mis à part l'épisode de la fourgonnette, G ait commis toutes ses agressions ailleurs qu'au Club (à son domicile) et en dehors des heures d'ouverture de l'établissement, c'est en amenant les enfants à lui faire confiance au Club, du fait que ses fonctions l'obligeaient à tisser des liens d'intimité et de respect, qu'il a pu accomplir ses actes ignobles. Ce n'est pas une simple coïncidence de lieu et d'interaction qui a amené G à s'attaquer à ses victimes, mais plutôt le fait que les fonctions qu'il exerçait le plaçaient dans une situation particulière de confiance et de pouvoir vis-à-vis de personnes vulnérables et le fait qu'il s'est servi de cette situation pour abuser du pouvoir dont il avait été investi pour s'acquitter de ses fonctions. C'est ce lien qui justifie de tenir le Club responsable du coût des pertes causées par G. Les raisons de politique générale qui sous-tendent la responsabilité du fait d'autrui — la juste indemnisation et la dissuasion — appuient cette conclusion.

### Cases Cited

By Binnie J.

**Distinguished:** *Bazley v. Curry*, [1999] 2 S.C.R. 534, aff'd (1997), 30 B.C.L.R. (3d) 1 (*sub nom. B. (P.A.) v. Curry*); **disapproved:** *S.T. v. North Yorkshire County Council*, [1999] I.R.L.R. 98; **referred to:** *Boothman v. Canada*, [1993] 3 F.C. 381; *The Queen v. Levy Brothers Co.*, [1961] S.C.R. 189; *E.D.G. v. Hammer*, [1998] B.C.J. No. 992 (QL); *Q. v. Minto Management Ltd.* (1985), 15 D.L.R. (4th) 581, aff'd (1986), 34 D.L.R. (4th) 767; *Goodwin v. Commission scolaire Laurenval*, [1991] R.R.A. 673, 8 C.C.L.T. (2d) 267; *B. (J.-P.) v. Jacob* (1998), 166 D.L.R. (4th) 125; *Barrett v. The Ship "Arcadia"* (1977), 76 D.L.R. (3d) 535; *Boykin v. District of Columbia*, 484 A.2d 560 (1984); *Lourim v.*

### Jurisprudence

Citée par le juge Binnie

**Distinction d'avec l'arrêt:** *Bazley c. Curry*, [1999] 2 R.C.S. 534, conf. (1997), 30 B.C.L.R. (3d) 1 (*sub nom. B. (P.A.) c. Curry*); **arrêt critiqué:** *S.T. c. North Yorkshire County Council*, [1999] I.R.L.R. 98; **arrêts mentionnés:** *Boothman c. Canada*, [1993] 3 C.F. 381; *The Queen c. Levy Brothers Co.*, [1961] R.C.S. 189; *E.D.G. c. Hammer*, [1998] B.C.J. No. 992 (QL); *Q. c. Minto Management Ltd.* (1985), 15 D.L.R. (4th) 581, conf. par (1986), 34 D.L.R. (4th) 767; *Goodwin c. Commission scolaire Laurenval*, [1991] R.R.A. 673; *B. (J.-P.) c. Jacob* (1998), 166 D.L.R. (4th) 125; *Barrett c. The Ship «Arcadia»* (1977), 76 D.L.R. (3d) 535; *Boykin c. District of Columbia*, 484 A.2d 560 (1984); *Lourim c.*

*Swensen*, 936 P.2d 1011 (1997); *Ciarochi v. Boy Scouts of America, Inc.*, Alaska Sup. Ct., Ketchikan Registry IKE-89-42 CI, August 6, 1990; *Lloyd v. Grace, Smith & Co.*, [1912] A.C. 716; *Lockhart v. Canadian Pacific Railway Co.*, [1941] S.C.R. 278; *W. W. Sales Ltd. v. City of Edmonton*, [1942] S.C.R. 467; *McDonald v. Mombourquette* (1996), 152 N.S.R. (2d) 109, leave to appeal refused, [1997] 2 S.C.R. xi; *Destefano v. Grabrian*, 763 P.2d 275 (1988); *Tichenor v. Roman Catholic Church of the Archdiocese of New Orleans*, 32 F.3d 953 (1994); *Milla v. Tamayo*, 232 Cal. Rptr. 685 (1986); *Canadian Pacific Railway Co. v. Lockhart*, [1942] A.C. 591; *Big Brother/Big Sister of Metro Atlanta, Inc. v. Terrell*, 359 S.E.2d 241 (1987); *Rabon v. Guardsmark, Inc.*, 571 F.2d 1277 (1978); *Webb by Harris v. Jewel Companies, Inc.*, 485 N.E.2d 409 (1985); *Doe v. Village of St. Joseph, Inc.*, 415 S.E.2d 56 (1992); *Noto v. St. Vincent's Hospital and Medical Center of New York*, 537 N.Y.S.2d 446 (1988); *A. (C.) v. Critchley* (1998), 166 D.L.R. (4th) 475; *D.C.B. v. Boulianne*, [1996] B.C.J. No. 2183 (QL); *B. (K.L.) v. British Columbia* (1998), 51 B.C.L.R. (3d) 1; *B. (W.R.) v. Plint* (1998), 161 D.L.R. (4th) 538; *K. (W.) v. Pornbacher* (1997), 32 B.C.L.R. (3d) 360; *Doe v. Samaritan Counseling Center*, 791 P.2d 344 (1990); *Mary M. v. City of Los Angeles*, 814 P.2d 1341 (1991); *John R. v. Oakland Unified School District*, 769 P.2d 948 (1989); *London Drugs Ltd. v. Kuehne & Nagel International Ltd.*, [1992] 3 S.C.R. 299; *Bradley Egg Farm, Ltd. v. Clifford*, [1943] 2 All E.R. 378; *Dodd v. Cook*, [1956] O.R. 470; *Olinski v. Johnson* (1997), 32 O.R. (3d) 653; *Armagas Ltd. v. Mundogas SA*, [1986] 2 All E.R. 385.

By McLachlin J. (dissenting)

*Bazley v. Curry*, [1999] 2 S.C.R. 534, aff'g (1997), 30 B.C.L.R. (3d) 1 (*sub nom. B. (P.A.) v. Curry*); *McDonald v. Mombourquette* (1996), 152 N.S.R. (2d) 109.

#### Statutes and Regulations Cited

*Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 271.  
*Societies Act*, R.S.B.C. 1960, c. 362, s. 3(1).

#### Authors Cited

Atiyah, P. S. *Vicarious Liability in the Law of Torts*. London: Butterworths, 1967.  
Baty, T. *Vicarious Liability*. Oxford: Clarendon Press, 1916.

*Swensen*, 936 P.2d 1011 (1997); *Ciarochi c. Boy Scouts of America, Inc.*, Alaska Sup. Ct., Ketchikan Registry IKE-89-42 CI, 6 août 1990; *Lloyd c. Grace, Smith & Co.*, [1912] A.C. 716; *Lockhart c. Canadian Pacific Railway Co.*, [1941] R.C.S. 278; *W. W. Sales Ltd. c. City of Edmonton*, [1942] R.C.S. 467; *McDonald c. Mombourquette* (1996), 152 N.S.R. (2d) 109, autorisation de pourvoi refusée, [1997] 2 R.C.S. xi; *Destefano c. Grabrian*, 763 P.2d 275 (1988); *Tichenor c. Roman Catholic Church of the Archdiocese of New Orleans*, 32 F.3d 953 (1994); *Milla c. Tamayo*, 232 Cal. Rptr. 685 (1986); *Canadian Pacific Railway Co. c. Lockhart*, [1942] A.C. 591; *Big Brother/Big Sister of Metro Atlanta, Inc. c. Terrell*, 359 S.E.2d 241 (1987); *Rabon c. Guardsmark, Inc.*, 571 F.2d 1277 (1978); *Webb by Harris c. Jewel Companies, Inc.*, 485 N.E.2d 409 (1985); *Doe c. Village of St. Joseph, Inc.*, 415 S.E.2d 56 (1992); *Noto c. St. Vincent's Hospital and Medical Center of New York*, 537 N.Y.S.2d 446 (1988); *A. (C.) c. Critchley* (1998), 166 D.L.R. (4th) 475; *D.C.B. c. Boulianne*, [1996] B.C.J. No. 2183 (QL); *B. (K.L.) c. British Columbia* (1998), 51 B.C.L.R. (3d) 1; *B. (W.R.) c. Plint* (1998), 161 D.L.R. (4th) 538; *K. (W.) c. Pornbacher* (1997), 32 B.C.L.R. (3d) 360; *Doe c. Samaritan Counseling Center*, 791 P.2d 344 (1990); *Mary M. c. City of Los Angeles*, 814 P.2d 1341 (1991); *John R. c. Oakland Unified School District*, 769 P.2d 948 (1989); *London Drugs Ltd. c. Kuehne & Nagel International Ltd.*, [1992] 3 R.C.S. 299; *Bradley Egg Farm, Ltd. c. Clifford*, [1943] 2 All E.R. 378; *Dodd c. Cook*, [1956] O.R. 470; *Olinski c. Johnson* (1997), 32 O.R. (3d) 653; *Armagas Ltd. c. Mundogas SA*, [1986] 2 All E.R. 385.

Citée par le juge McLachlin (dissidente)

*Bazley c. Curry*, [1999] 2 R.C.S. 534, conf. (1997), 30 B.C.L.R. (3d) 1 (*sub nom. B. (P.A.) c. Curry*); *McDonald c. Mombourquette* (1996), 152 N.S.R. (2d) 109.

#### Lois et règlements cités

*Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 271.  
*Societies Act*, R.S.B.C. 1960, ch. 362, art. 3(1).

#### Doctrine citée

Atiyah, P. S. *Vicarious Liability in the Law of Torts*. London: Butterworths, 1967.  
Baty, T. *Vicarious Liability*. Oxford: Clarendon Press, 1916.

Flannigan, Robert. "The Liability Structure of Nonprofit Associations: Tort and Fiduciary Liability Assignments" (1998), 77 *Can. Bar Rev.* 73.

Fleming, John G. *The Law of Torts*, 9th ed. Sydney: LBC Information Services, 1998.

Fridman, G. H. L. *The Law of Torts in Canada*, vol. 2. Toronto: Carswell, 1990.

Laski, Harold J. "The Basis of Vicarious Liability" (1916), 26 *Yale L.J.* 105.

*Salmond and Heuston on the Law of Torts*, 21st ed. By R. F. V. Heuston and R. A. Buckley. London: Sweet & Maxwell, 1996.

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (1997), 31 B.C.L.R. (3d) 1 (*sub nom. T. (G.) v. Griffiths*), 89 B.C.A.C. 126, 145 W.A.C. 126, [1997] 5 W.W.R. 203, 27 C.C.E.L. (2d) 307, [1997] B.C.J. No. 695 (QL) (*sub nom. G.J. v. Griffiths*), reversing a decision of the British Columbia Supreme Court, [1995] B.C.J. No. 2370 (QL), finding the respondent Club vicariously liable for intentional sexual abuse by one of its employees. Appeal dismissed, L'Heureux-Dubé, McLachlin and Bastarache JJ. dissenting.

*Christopher R. Penty*, for the appellants.

*Gordon G. Hilliker and Julie D. Fisher*, for the respondent Boys' and Girls' Club of Vernon.

*William J. Sammon*, for the intervener the Canadian Conference of Catholic Bishops.

*Susan M. Vella and Jonathan Eades*, for the intervener Wunnumin Lake First Nation.

The reasons of L'Heureux-Dubé, McLachlin and Bastarache JJ. were delivered by

MCLACHLIN J. (dissenting) —

### Introduction

<sup>1</sup> This case involves claims for damages by a brother and sister against the Vernon Boys' and Girls' Club ("the Club") for incidents of sexual assault by one of the Club's employees. The plain-

Flannigan, Robert. «The Liability Structure of Nonprofit Associations: Tort and Fiduciary Liability Assignments» (1998), 77 *R. du B. can.* 73.

Fleming, John G. *The Law of Torts*, 9th ed. Sydney: LBC Information Services, 1998.

Fridman, G. H. L. *The Law of Torts in Canada*, vol. 2. Toronto: Carswell, 1990.

Laski, Harold J. «The Basis of Vicarious Liability» (1916), 26 *Yale L.J.* 105.

*Salmond and Heuston on the Law of Torts*, 21st ed. By R. F. V. Heuston and R. A. Buckley. London: Sweet & Maxwell, 1996.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (1997), 31 B.C.L.R. (3d) 1 (*sub nom. T. (G.) c. Griffiths*), 89 B.C.A.C. 126, 145 W.A.C. 126, [1997] 5 W.W.R. 203, 27 C.C.E.L. (2d) 307, [1997] B.C.J. No. 695 (QL) (*sub nom. G.J. c. Griffiths*), qui a infirmé la décision de la Cour suprême de la Colombie-Britannique, [1995] B.C.J. No. 2370 (QL), de tenir le Club intimé responsable du fait d'autrui en raison des actes intentionnels d'agression sexuelle accomplis par l'un de ses employés. Pourvoi rejeté, les juges L'Heureux-Dubé, McLachlin et Bastarache sont dissidents.

*Christopher R. Penty*, pour les appelants.

*Gordon G. Hilliker et Julie D. Fisher*, pour l'intimé le Boys' and Girls' Club de Vernon.

*William J. Sammon*, pour l'intervenante la Conférence des évêques catholiques du Canada.

*Susan M. Vella et Jonathan Eades*, pour l'intervenante la Première Nation de Lac Wunnumin.

Version française des motifs des juges L'Heureux-Dubé, McLachlin et Bastarache rendus par

LE JUGE MCLACHLIN (dissidente) —

### Introduction

La présente affaire concerne des actions en dommages-intérêts intentées par un frère et une sœur contre le Boys' and Girls' Club de Vernon (le «Club») relativement à des épisodes d'agression

tiffs sought damages against the Club on the legal theory that it should be held vicariously liable for the intentional sexual abuse of its employee. The appeal from the trial judge's finding that the Club was vicariously liable was heard before the British Court of Appeal as a companion appeal to the *Children's Foundation* appeal ((1997), 30 B.C.L.R. (3d) 1 (*sub nom. B. (P.A.) v. Curry*)).

My colleague Binnie J. adopts the test set out in *Bazley v. Curry*, [1999] 2 S.C.R. 534 (hereinafter "*Children's Foundation*"), which the reasons in this case do not alter. However, he finds that on the facts in this case, that test is not met. I cannot, with respect, agree. The findings of fact of the trial judge, who concluded the Club should be held vicariously liable, confirm the same conclusion on the test set out in *Children's Foundation*.

#### Facts

The Club employed Harry Griffiths as Program Director from 1980 to 1992. Among others, the objectives of the Club were "to provide behaviour guidance and to promote the health, social, educational, vocational and character development of boys and girls". As Program Director during this time, Griffiths was encouraged to cultivate positions of trust and respect with his young charges. His relationship with the appellants in this case resulted in one incident of sexual assault against the male appellant and several incidents of assault, culminating in sexual intercourse, with the female appellant. The disclosure of these events was first made in 1992, some ten years after they occurred. After being removed from office, pursuant to the instigation of a police investigation, Griffiths pled guilty to 14 counts of sexual assault involving the plaintiffs and other children. The appellants in this

sexuelle par un employé du Club. Les demandeurs réclamaient des dommages-intérêts au Club en vertu de la théorie juridique voulant que sa responsabilité du fait d'autrui soit engagée en raison des actes intentionnels d'agression sexuelle accomplis par son employé. L'appel interjeté contre la conclusion du juge de première instance que le Club était responsable du fait d'autrui a été entendu par la Cour d'appel de la Colombie-Britannique à titre d'appel connexe à l'appel *Children's Foundation* ((1997), 30 B.C.L.R. (3d) 1 (*sub nom. B. (P.A.) c. Curry*)).

Mon collègue le juge Binnie adopte le critère énoncé dans *Bazley c. Curry*, [1999] 2 R.C.S. 534 (ci-après «*Children's Foundation*»), que les motifs exposés en l'espèce ne modifient pas. Cependant, il conclut que, d'après les faits de la présente affaire, ce critère n'est pas respecté. Je ne saurais, en toute déférence, être d'accord. Les conclusions de fait du juge de première instance, qui a décidé qu'il y avait lieu de tenir le Club responsable du fait d'autrui, confirment la même conclusion tirée au sujet du critère énoncé dans *Children's Foundation*.

#### Les faits

Harry Griffiths a travaillé pour le Club comme directeur de programme de 1980 à 1992. Le Club avait pour objectif notamment [TRADUCTION] «de guider la conduite des jeunes garçons et des jeunes filles et de favoriser leur épanouissement sur les plans physique, social, pédagogique, professionnel et moral». En tant que directeur de programme durant cette période, Griffiths était encouragé à cultiver la confiance et le respect chez les jeunes qui lui étaient confiés. Sa relation avec les appellants en l'espèce est à l'origine d'un épisode d'agression sexuelle de l'appelant et de plusieurs épisodes d'agression de l'appelante qui ont abouti à des rapports sexuels avec elle. L'existence de ces événements a été révélée pour la première fois en 1992, soit une dizaine d'années après qu'ils furent survenus. Après avoir été démis de ses fonctions à la suite de l'ouverture d'une enquête policière, Griffiths a plaidé coupable relativement à 14 chefs d'agression sexuelle impliquant les demandeurs et d'autres enfants. Les appellants en l'espèce ont

2

3



appeal sought civil damages from both Griffiths and the Club.

4 Activities at the Club generally were carried on after school and on Saturdays. While most activities occurred on Club premises, various outings took place for camping, sporting, and other purposes. During the appellants' time at the Club, Griffiths developed a friendship with them and paid particular attention to them. Every effort was made to present the Club as a trusted place to be and safe environment. The Club held Griffiths out to be a trusted confidant and role model.

5 The appellants were among the children who frequented the Club. There they met and developed relationships with Griffiths. In the beginning, the relationships were entirely appropriate. In the end, it is alleged, they culminated in sexual assaults. In the case of the male appellant, then 10 or 11 years old, the allegation is that while at the Club, Griffiths invited him to his home and engaged him in a conversation of a sexual nature that devolved into an assault. In the case of the female appellant, it is alleged that after a period of working with her and encouraging her to develop a leadership role, Griffiths repeatedly assaulted her. In one of the incidents, on board a van drive to a Club-related sporting event, Griffiths allegedly placed her hand on his exposed penis.

#### Judgments Below

*British Columbia Supreme Court*, [1995] B.C.J. No. 2370 (QL)

6 The trial judge, Wilkinson J., found that Griffiths had cultivated a "god-like" relationship with the children. Wilkinson J. also found that it was Griffiths' position at the Club that allowed him to create the relationships of trust that predicated the attacks: "the cultivation of his victims by Griffiths took place on Club premises during Club working hours and that without that special relationship and the cultivation that took place, the actual acts would not have taken place" (para. 74). Comparing the case to the precedents discussed in

réclamé des dommages-intérêts au civil à Griffiths et au Club.

En général, les activités du Club avaient lieu après l'école et le samedi. La plupart du temps, elles se déroulaient dans les locaux du Club, mais différentes sorties étaient organisées, notamment pour faire du camping et du sport. À l'époque où les appelants fréquentaient le Club, Griffiths s'est lié d'amitié avec eux et leur a accordé une attention particulière. Tout était mis en œuvre pour présenter le Club comme un endroit sûr et fiable. Le Club présentait Griffiths comme un confident digne de confiance et comme un modèle.

Les appelants comptaient parmi les enfants qui fréquentaient le Club. Ils s'y rencontraient et y ont établi des liens avec Griffiths. Au début, ces liens étaient tout à fait convenables. À la fin, allègue-t-on, ils ont abouti à des agressions sexuelles. En ce qui concerne l'appelant, qui n'avait alors que 10 ou 11 ans, il est allégué que, pendant qu'il se trouvait au Club, Griffiths l'a invité à son domicile, où il a engagé avec lui une conversation de nature sexuelle qui a dégénéré en agression. Quant à l'appelante, il est allégué que Griffiths l'a agressée à maintes reprises, après avoir travaillé avec elle pendant un certain temps et l'avoir incitée à jouer un rôle de premier plan. À une occasion, Griffiths lui aurait placé la main directement sur son pénis pendant un trajet en fourgonnette pour se rendre à un événement sportif auquel participait le Club.

#### Les jugements des tribunaux d'instance inférieure

*Cour suprême de la Colombie-Britannique*, [1995] B.C.J. No. 2370 (QL)

Le juge Wilkinson, qui a présidé le procès, est arrivé à la conclusion que Griffiths avait incité les enfants à lui vouer un culte. Le juge Wilkinson a également conclu que c'est le poste qu'occupait Griffiths au Club qui lui a permis d'établir la relation de confiance à l'origine des agressions: [TRADUCTION] «Griffiths a enjôlé ses victimes dans les locaux du Club pendant les heures d'ouverture du Club et [. . .], n'eût été cette relation particulière et l'attitude enjôleuse adoptée, les actes en question n'auraient pas été accomplis» (par. 74).

our *Children's Foundation* decision, Wilkinson J. found that the incidents fell closer to the dishonest employee cases. He also, however, resorted to policy-based considerations for the ascription of vicarious liability (at paras. 67-70):

The principles set out in the authorities on vicarious liability rely on the usual questions, "Was he engaged on his master's business?" or "Was he acting as a stranger to his contract of employment?" Unless the business of the principal is to molest children, the answers to these and other questions may result in a denial of liability. Is that a result to be desired in the case of children who are sexually molested while in the care of adults?

Institutions engaged in the care of children are able to protect themselves with insurance and, more importantly, are in a better position than the children to prevent sexual misconduct.

If the scourge of sexual predation is to be stamped out, or at least controlled, there must be powerful motivation acting upon those who control institutions engaged in the care, protection and nurturing of children. That motivation will not in my view be sufficiently supplied by the likelihood of liability in negligence. In many cases evidence will be lacking or have long since disappeared. The proof of appropriate standards is a difficult and uneven matter.

In my view liability ought to, and does, follow where an employee's responsibility and employment involve the care and protection of children and the actions in question amount to doing wrongfully or criminally that which the employee was to do properly.

Based on these conclusions, Wilkinson J. held the Club vicariously liable for Griffiths' intentional torts.

*British Columbia Court of Appeal* (1997), 31 B.C.L.R. (3d) 1

The same panel that decided the *Children's Foundation* appeal presided over the proceedings

Comparant l'affaire aux précédents qui sont analysés dans notre arrêt *Children's Foundation*, le juge Wilkinson a décidé que les épisodes en question relevaient davantage de la jurisprudence relative aux employés malhonnêtes. Il s'est toutefois également fondé sur des considérations de politique générale pour imputer une responsabilité du fait d'autrui (aux par. 67 à 70):

[TRADUCTION] Les principes énoncés dans la jurisprudence et la doctrine portant sur la responsabilité du fait d'autrui reposent sur les questions habituelles: «Travaillait-il pour l'entreprise de son employeur?» ou «Agissait-il en dehors de son contrat de travail?» À moins que l'entreprise du commettant ne consiste à agresser sexuellement des enfants, les réponses à ces questions notamment peuvent entraîner une dénégaration de responsabilité. S'agit-il d'un résultat souhaitable dans le cas d'enfants qui sont agressés sexuellement par des adultes à qui ils sont confiés?

Les établissements qui sont chargés de veiller sur des enfants sont en mesure de se protéger en souscrivant une assurance et, qui plus est, ils sont mieux placés que les enfants pour prévenir l'inconduite sexuelle.

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

Selon moi, une responsabilité devrait s'ensuivre, et s'ensuit, lorsque, de par ses fonctions et son travail, un employé est appelé à veiller sur des enfants et à les protéger et que les actes en cause reviennent à faire d'une manière fautive ou criminelle ce qui devait être fait correctement.

S'appuyant sur ces conclusions, le juge Wilkinson a décidé que la responsabilité du fait d'autrui du Club était engagée en raison des délits intentionnels de Griffiths.

*Cour d'appel de la Colombie-Britannique* (1997), 31 B.C.L.R. (3d) 1

Les juges qui ont entendu l'appel interjeté en l'espèce sont les mêmes qui ont tranché l'appel

7

8

below. Newbury J.A., applying the multi-faceted test she formulated in the *Children's Foundation* decision, would have allowed the appeal in part. For her, a critical factor was that most of the assaults occurred off Club property. Only the one incident of assault (involving the van trip to the Club-related sporting event) could anchor vicarious liability, as the others, which occurred off site and in Griffiths' own home, were too disconnected from the performance of Griffiths' job functions. Finch J.A. concurred, noting his independent reasons in *Children's Foundation*. Huddart J.A., however, applying the control-oriented test she developed in *Children's Foundation*, would have allowed the appeal *in toto*. In her opinion, there was no exercise of authority under which Griffiths carried out his assaults. As such, there could be no basis for vicarious liability. Hollinrake J.A. (for himself and Donald J.A.) concurred with Huddart J.A., also noting his separate reasons in *Children's Foundation*. Accordingly, the appeal was allowed and the finding of vicarious liability against the Club was reversed.

#### Issue

- 9 The issue in this appeal is whether vicarious liability should attach to the Club for Griffiths' intentional sexual torts.

#### Analysis

- 10 The reasons in *Children's Foundation* outline the preferable focus of inquiry for whether vicarious liability should attach for intentional torts such as the child abuse in this case. It might be noted at the outset that the learned trial judge proceeded much in the manner we suggest: he first analysed the relevant case law and then focussed the analysis through the lens of policy (albeit in a cursory manner).

*Children's Foundation*. Appliquant le critère à volets multiples qu'elle avait formulé dans l'arrêt *Children's Foundation*, le juge Newbury aurait accueilli l'appel en partie. Selon elle, un élément crucial était le fait que la plupart des agressions étaient survenues ailleurs qu'au Club. Un seul épisode d'agression (celui du trajet en fourgonnette à l'occasion d'un événement sportif auquel participait le Club) pouvait engager la responsabilité du fait d'autrui puisque les autres épisodes, qui sont survenus ailleurs qu'au Club et au domicile même de Griffiths, étaient trop dissociés de l'exercice des fonctions du poste occupé par Griffiths. Le juge Finch était du même avis et a évoqué les motifs distincts qu'il avait rédigés dans *Children's Foundation*. Le juge Huddart, toutefois, appliquant le critère axé sur le contrôle qu'elle avait établi dans *Children's Foundation*, était d'avis d'accueillir l'appel en totalité. Selon elle, Griffiths avait commis les agressions indépendamment de tout exercice d'autorité. Pour cette raison, rien ne justifiait d'imputer la responsabilité du fait d'autrui. Le juge Hollinrake (en son propre nom et en celui du juge Donald) s'est dit d'accord avec le juge Huddart et a aussi évoqué les motifs distincts qu'il avait rédigés dans *Children's Foundation*. En conséquence, l'appel a été accueilli et la décision d'imputer une responsabilité du fait d'autrui au Club a été infirmée.

#### La question en litige

Il s'agit en l'espèce de savoir si la responsabilité du fait d'autrui du Club devrait être engagée en raison des délits sexuels intentionnels de Griffiths.

#### Analyse

Les motifs exposés dans *Children's Foundation* indiquent sous quel angle il est préférable d'examiner la question de savoir si la responsabilité du fait d'autrui devrait être engagée pour des délits intentionnels comme l'agression sexuelle des enfants en l'espèce. On pourrait souligner, au départ, que le juge de première instance a procédé à peu près de la même façon que celle que nous proposons: il a d'abord examiné la jurisprudence pertinente, puis il a effectué son analyse sous l'angle de la politique générale (quoique de manière superficielle).

The trial judge concluded that the case law clearly supported holding the employer vicariously liable on this case. By contrast, Justice Binnie concludes that the cases point against holding the employer vicariously liable. Some courts have found vicarious liability in circumstances such as these. Others, some of which are emphasized by my colleague, have reasoned formalistically that no vicarious liability can lie when sexual abuse is antithetical to the employer's aims (e.g. *McDonald v. Mombourquette* (1996), 152 N.S.R. (2d) 109 (C.A.)). As discussed in *Children's Foundation*, the state of the case law on the issue is inconclusive and unsatisfactory. The cases therefore do not advance us. We must focus rather on the considerations of principle and policy discussed in the companion appeal.

Applying the test expressed in the companion appeal of *Children's Foundation* and mindful of the policy reasons for which vicarious liability exists, we must decide whether Griffiths' intentional torts were sufficiently linked to his employment duties to justify the imposition of vicarious liability. As explained in *Children's Foundation*, the key question is whether the Club's operation of its business and use of Griffiths in his employment position created or materially enhanced the risk of the sexual assaults that took place. We must be mindful not to reduce this inquiry to mere "but-for" causation analysis. Clearly "but for" his employment, Griffiths would never have even been introduced to the complainants. The analysis is more nuanced. Did the Club's operation throw into the community a very real risk that something like Griffiths' molestations would occur, and hence, should it be held liable to compensate for the realized losses accruing from that risk?

Le juge de première instance a conclu que la jurisprudence militait clairement en faveur de déclarer l'employeur responsable du fait d'autrui en l'espèce. Par contre, le juge Binnie arrive à la conclusion que la jurisprudence milite contre une conclusion de responsabilité du fait d'autrui de l'employeur. Certains tribunaux ont conclu à la responsabilité du fait d'autrui dans des circonstances comme celles de la présente affaire. D'autres, dont certains sont soulignés par mon collègue, ont jugé de façon formaliste que la responsabilité du fait d'autrui ne saurait être engagée lorsque l'agression sexuelle va à l'encontre des objectifs de l'employeur (par exemple, *McDonald c. Mombourquette* (1996), 152 N.S.R. (2d) 109 (C.A.)). Comme nous l'avons vu dans *Children's Foundation*, l'état de la jurisprudence sur la question n'est ni concluant ni satisfaisant. Les précédents ne nous sont donc d'aucune utilité. Nous devons plutôt nous concentrer sur les considérations de principe et de politique générale analysées dans le pourvoi connexe.

Applicant le critère énoncé dans le pourvoi connexe *Children's Foundation* et compte tenu des raisons de politique générale qui sous-tendent la responsabilité du fait d'autrui, il nous faut décider si les délits intentionnels de Griffiths étaient suffisamment liés aux fonctions de son poste pour justifier l'imputation de la responsabilité du fait d'autrui. Comme je l'ai expliqué dans l'arrêt *Children's Foundation*, la question fondamentale est de savoir si l'entreprise que le Club exploitait et le recours aux services de Griffiths ont créé ou sensiblement accru le risque d'agression sexuelle qui s'est matérialisé en l'espèce. Nous devons prendre garde de ne pas ramener cet examen à une simple question de causalité de type «n'eût été». Il est évident que, «n'eût été» son emploi, Griffiths n'aurait jamais fait la connaissance des plaignants. L'analyse est plus nuancée. L'entreprise exploitée par le Club a-t-elle exposé la collectivité au risque très réel que se produisent des choses semblables aux agressions sexuelles commises par Griffiths et, partant, le Club devrait-il être contraint de procéder à l'indemnisation des pertes résultant de la matérialisation de ce risque?

11

12

13 I conclude that this question must be answered in the affirmative, given the findings of fact of the trial judge. In *Children's Foundation*, in addition to general principles, I listed a number of factors that can aid a court in considering this question. I turn now to those factors, almost all of which point in favour of liability.

Je conclus que, compte tenu des conclusions de fait du juge de première instance, il faut répondre à cette question par l'affirmative. Dans *Children's Foundation*, outre les principes généraux, j'ai énuméré un certain nombre de facteurs qui peuvent aider un tribunal à examiner cette question. J'en viens maintenant à ces facteurs, qui militent presque tous en faveur de l'imputation d'une responsabilité.

14 The first factor is the opportunity that the enterprise afforded Griffiths to perpetrate his attacks. An environment into which children are entrusted not just for adult supervision, but for adult mentoring, is one highly charged with potential for an abuse of that trust. Griffiths was authorized to interact with the children at the Club, and it seems logical to conclude that he was authorized to interact with the children outside the presence of other adults (there were only two permanent staff members at the Club, himself and the Executive Director). The evidence reveals no requirement that he be in the presence of other adults when working with the children. The trial judge explicitly emphasized opportunity in imposing vicarious liability, finding that it was only because Griffiths was put in this special position vis-à-vis these children that he was able to effect his illicit plan.

Le premier facteur est l'occasion que l'entreprise offrait à Griffiths de commettre ses agressions. Un milieu dans lequel des enfants sont non seulement placés sous la surveillance d'un adulte, mais confiés à un adulte appelé à servir de mentor, est un milieu dans lequel les possibilités d'abuser de cette confiance sont considérables. Griffiths était autorisé à interagir avec les enfants au Club, et il semble logique de conclure qu'il était autorisé à le faire sans la présence d'autres adultes (le Club ne comptait que deux employés permanents, lui-même et le directeur général). D'après la preuve, il n'était pas tenu de travailler avec les enfants en présence d'autres adultes. Le juge de première instance a expressément insisté sur l'occasion fournie en imposant la responsabilité du fait d'autrui, concluant que c'est uniquement parce que Griffiths se trouvait dans cette situation particulière par rapport aux enfants qu'il a pu mettre à exécution son plan illicite.

15 A second factor, whether these acts could be said to further the employer's aims, militates against finding liability. Clearly the Club was not in the business of molesting children. But this observation is almost tautological. This suggests that whether the wrongful act furthers the employer's aims is more relevant when it points the other way, i.e., because we assume that intentional torts do not further employers' ends, it is only remarkable when the intentional torts do, in fact, further those ends, making imposition of vicarious liability in those instances almost always appropriate.

Un deuxième facteur, soit la question de savoir s'il était possible d'affirmer que les actes en cause contribuaient à la réalisation des objectifs de l'employeur, milite contre l'imputation de responsabilité. De toute évidence, l'entreprise du Club ne consistait pas à agresser sexuellement des enfants. Toutefois, cette observation est presque tautologique. Cela porte à croire que la question de savoir si l'acte fautif contribue à la réalisation des objectifs de l'employeur est plus pertinente lorsqu'elle laisse supposer le contraire, c'est-à-dire que, parce que nous présumons que des délits intentionnels ne contribuent pas à la réalisation des objectifs de l'employeur, ce facteur n'est remarquable que lorsque les délits intentionnels contribuent effectivement à la réalisation de ces objectifs, ce qui fait qu'il est presque toujours indiqué d'imputer la

In the instant appeal, however, this factor is of little significance.

Although the sexual tort itself was not in furtherance of the Club's aims, the securing of a position of trust, power and intimacy in order to effectively mentor the children was squarely within the organization's objectives. The trial judge found that according to its own constitution, the Club's mandate was "to provide behaviour guidance and to promote the health, social, education, vocational and character development of boys and girls" (emphasis added). He characterized the enterprise as devoted to "the care, protection, and nurturing of children" (para. 69). The employer's objective of a trusting and intimate relationship between its employees and the children flowed from this objective. The evidence and findings establish that it was crucial for Griffiths to secure a position of trust in order to cultivate his victim pool. Thus while the intentional tort of sexual assault itself was unauthorized, its necessary predicate — cultivation of a position of trust and intimacy — was. It is this authorization of the trusting relationship that favours the attribution of vicarious liability under the second factor. I thus draw a distinction between a situation where, for example, an intimate situation of trust develops serendipitously, as a matter of chance, and one where the relationship develops as a necessity of the employer's objectives. (I would contrast a situation where a school student quite by chance befriends, and subsequently trusts, a school janitor whose work does not require trust-like contact with students, with one where a school student develops a situation of trust with the guidance counsellor.) The Club, by making one of its goals "to provide behaviour guidance", and thus authorizing the development of a trusting and intimate relationship, introduced the risks associated with such relationships between adults and children. This strengthens the argument that it should be held financially responsible for those risks when they materialized.

responsabilité du fait d'autrui dans ces cas-là. Dans le présent pourvoi, ce facteur a toutefois peu d'importance.

Même si le délit sexuel lui-même ne contribuait pas à la réalisation des objectifs du Club, l'établissement d'une situation de confiance, de pouvoir et d'intimité afin d'encadrer efficacement les enfants y contribuait directement. Le juge de première instance a conclu que, d'après son propre acte constitutif, le Club avait pour mission [TRADUCTION] «de guider la conduite des jeunes garçons et des jeunes filles et de favoriser leur épanouissement sur les plans physique, social, pédagogique, professionnel et moral» (je souligne). Il a considéré qu'il s'agissait d'une entreprise consacrée [TRADUCTION] «à la garde, à la protection et à l'éducation d'enfants» (par. 69). Le but de l'employeur d'établir une relation de confiance et d'intimité entre ses employés et les enfants découlait de cet objectif. La preuve soumise et les conclusions tirées établissent qu'il était capital que Griffiths obtienne un poste de confiance pour enjôler son bassin de victimes. Donc, bien que le délit intentionnel d'agression sexuelle lui-même n'ait pas été autorisé, son prédicat nécessaire — l'établissement d'une situation de confiance et d'intimité — l'était. C'est cette autorisation de la relation de confiance qui favorise l'imputation de la responsabilité du fait d'autrui en vertu du deuxième facteur. J'établis donc une distinction entre la situation où, par exemple, des liens intimes basés sur la confiance sont noués par un heureux hasard, et celle où ces liens sont noués par la force des choses eu égard aux objectifs de l'employeur. (J'opposerais le cas de l'élève qui établit une relation de confiance avec le conseiller d'orientation à celui de l'élève qui se lie fortuitement d'amitié avec le concierge de son école et en vient à faire confiance à cette personne qui, dans le cadre de son travail, n'a pas à avoir avec les élèves des contacts apparentés à des rapports de confiance.) En se donnant comme objectif de «guider la conduite» et en autorisant ainsi l'établissement d'une relation de confiance et d'intimité, le Club a engendré les risques associés à de telles relations entre adultes et enfants. Cela renforce l'argument qu'il devrait être tenu financièrement responsable de ces risques lorsqu'ils se matérialisent.

17

This brings us to the third factor discussed in *Children's Foundation*: whether the wrongful act was related to intimacy inherent in the employer's enterprise and the opportunity for abuse it afforded. On this point, I part company with my colleague Binnie J. The care, protection and nurturing of children to which the trial judge alluded on the facts of how the Club and Mr. Griffiths operated clearly encouraged relationships of intimacy. The Club went further, in its nurturing activities, than encouraging rapport with a role model; it positively encouraged an intimate relationship to develop between Griffiths and his young charges. The risk associated with this position of trust was exacerbated by the troubled and vulnerable nature of many of the Club's clients. The Boys' and Girls' Club was not a garden-variety sports league. It rather took as its function the goal of guidance and moral direction to youths, many of whom had disadvantaged or even troubled backgrounds, like the appellants in this appeal. For this, the Club cannot be criticized. Indeed, it may be lauded. But the fact remains that having assumed this special mentoring responsibility, the Club may also be properly viewed as having assumed responsibility for the heightened risks it introduced. The rationales of risk allocation and deterrence discussed in *Children's Foundation* are engaged, and liability may more readily be imposed.

18

A fourth consideration is the extent of power conferred on the employee in relation to the victim. Courts must be conscious of both expressly and implicitly conferred power. In this case, I need go no further than the trial judge's finding that Griffiths exercised a "god-like" authority over his victims to conclude that yet another factor points toward liability. This negates the suggestion that "[t]he Club did not confer any meaningful 'power' over the appellants" (Binnie J., at para. 83). While the child's subjective assessment of the situation is not alone conclusive of the nature of the power the employee exercised, when analysing the degree of power a job carries, it is certainly appropriate to

Cela nous amène au troisième facteur analysé dans *Children's Foundation*, à savoir si l'acte fautif était lié à une intimité inhérente à l'entreprise de l'employeur et à l'occasion d'abus qu'elle procurait. À ce sujet, je me dissocie du juge Binnie. La garde, la protection et l'éducation d'enfants, auxquelles le juge de première instance a fait allusion relativement à la façon de fonctionner du Club et de Griffiths, encourageaient nettement l'établissement de liens intimes. Dans ses activités d'éducation, le Club est allé plus loin qu'encourager l'établissement de liens avec un modèle à imiter; il a indéniablement encouragé l'établissement de liens intimes entre Griffiths et les jeunes qui lui étaient confiés. Le risque associé à ce poste de confiance était accentué par le fait que bien des clients du Club étaient des personnes vulnérables et en difficulté. Le Boys' and Girls' Club n'était pas une ligue sportive ordinaire. Il se donnait plutôt pour mission de guider et d'orienter sur le plan moral des jeunes qui, dans bien des cas, provenaient d'un milieu défavorisé ou étaient même en difficulté, comme les appelants dans le présent pourvoi. À cet égard, le Club ne saurait être critiqué. En réalité, il est digne d'éloges. Mais il reste que, du fait qu'il a assumé cette responsabilité particulière d'encadrement, le Club peut également être considéré à bon droit comme ayant assumé la responsabilité des risques accrus qu'il a engendrés. Les raisons qui sous-tendent la répartition du risque et la dissuasion analysées dans l'arrêt *Children's Foundation* s'appliquent, et la responsabilité peut être imputée plus facilement.

Un quatrième facteur est l'étendue du pouvoir conféré à l'employé par rapport à la victime. Les tribunaux doivent être conscients du pouvoir conféré tant explicitement qu'implicitement. En l'espèce, il n'est pas nécessaire d'aller plus loin que la constatation du juge de première instance que Griffiths exerçait sur ses victimes un pouvoir tenant du culte pour conclure qu'un autre facteur milite en faveur de l'imputation d'une responsabilité. Cela écarte l'idée que «[l]e Club ne conférerait aucun «pouvoir» significatif sur les appelants» (le juge Binnie, au par. 83). Bien que l'appréciation subjective de la situation par l'enfant ne soit pas à elle seule concluante quant à la nature du pouvoir

consider what a reasonable child would think of the employee's position in assessing whether the employer should be held vicariously liable for the employee's tort. While Griffiths was hardly a police officer or foster parent, power must be understood in context. Here, as a role model at a club that dealt with vulnerable children, there is little to negate the trial judge's conclusion that Griffiths' position over the children was one of power. By clothing the employee with that power, the employer introduced a risk, small but real, of its abuse. This, in turn, supports the view that the employer may fairly be held responsible for the misuses of such power.

The fifth factor is the vulnerability of potential victims to the wrongful exercise of employees' power. When victims are vulnerable, a heightened risk exists that a predatory employee will exploit the chance to abuse positions of trust or power. It goes without saying that children are vulnerable as potential victims of intentional torts such as sexual abuse. These children, troubled adolescents, were more vulnerable than most.

The analysis does not end with the non-exhaustive list of factors in *Children's Foundation* provided to give guidance to lower courts. The ultimate focus must be on the connection between the employment and the tort, and whether the former materially and significantly enhanced or exacerbated the risk of the latter. As suggested in *Children's Foundation*, negating factors may come into play in making this determination. This case provides such an example. Other than the van incident, Griffiths' assaults all took place off site (at his home) and after hours. This fact weighs against holding the Club liable for the Griffiths' torts, buttressing the submission that Griffiths'

exercé par l'employé, lorsqu'on analyse le degré de pouvoir que comporte un emploi, il convient sûrement, pour déterminer si la responsabilité du fait d'autrui de l'employeur devrait être engagée en raison du délit de l'employé, de tenir compte de ce qu'un enfant raisonnable penserait de la situation de cet employé. Bien que Griffiths n'ait guère été un policier ou un parent de famille d'accueil, pour comprendre le pouvoir exercé il faut le situer dans son contexte. Ici, vu qu'il servait de modèle dans un club qui s'occupait d'enfants vulnérables, il n'y a pas grand-chose qui milite contre la conclusion du juge de première instance que la situation de Griffiths par rapport aux enfants, était une situation de pouvoir. En investissant l'employé de ce pouvoir, l'employeur a créé un risque, léger mais réel, qu'il en abuse. Cela étaye alors l'opinion que l'employeur peut légitimement être tenu responsable de l'usage abusif de ce pouvoir.

Le cinquième facteur est la vulnérabilité des victimes potentielles à l'exercice abusif du pouvoir d'un employé. Le risque qu'un employé prédateur saisisse la chance de commettre un abus de confiance ou de pouvoir est accru lorsque les victimes sont vulnérables. Il va sans dire que les enfants sont vulnérables en tant que victimes potentielles de délits intentionnels comme l'agression sexuelle. Ces enfants, adolescents en difficulté, étaient plus vulnérables que la plupart des gens.

La liste non exhaustive de facteurs fournie dans *Children's Foundation* pour guider les tribunaux inférieurs ne met pas fin à l'analyse. En fin de compte, il faut se concentrer sur le lien entre l'emploi et le délit, et sur la question de savoir si l'emploi a sensiblement accru le risque de délit. Comme on le propose dans *Children's Foundation*, des facteurs militant contre l'imputation d'une responsabilité peuvent entrer en ligne de compte pour répondre à cette question. La présente affaire en est un exemple. Mis à part l'épisode de la fourgonnette, Griffiths a commis toutes ses agressions ailleurs qu'au Club (à son domicile) et en dehors des heures d'ouverture de l'établissement. Ce fait milite contre l'imputation d'une responsabilité au Club pour les délits de Griffiths, étant donné qu'il étaye l'argument que la conduite de Griffiths était

19

20



conduct was perverse personal frolic, wholly unrelated to the scope of his employment.

un jeu personnel pervers qui n'avait rien à voir avec l'exercice de ses fonctions.

21 The force of that suggestion, however, is largely dissipated by two countervailing considerations. First, spatial and temporal factors such as when and where the torts occurred must be considered together with all the other relevant factors. They are not *per se* determinative. The issue of whether a sufficient connection to posit vicarious liability exists between the wrongful act and the employment involves much more than when and where the wrongful act occurred. This leads to the second countervailing consideration. To treat the torts simply as discrete incidents that occurred at Griffiths' house ignores the careful plan of entrapment that Griffiths laid. It was his fostering of trust at the Club, flowing from the requirement of his employment that he forge bonds of intimacy and respect, that enabled him to commit his despicable acts. Again, a comparison might be useful. If one cashier at a supermarket invites another over to dinner and assaults him, the tort cannot be said to arise out of the employment. This is so even though the employment provided the opportunity, through on-the-job socialization, to convince the co-worker to accept the invitation. The incident would remain an example of otherwise unremarkable "mere opportunity". Without more, it provides no basis to draw the tort back to the supermarket. The current case, however, is entirely different. It is not the mere coincidence of location and interaction that led Griffiths to prey upon his victims — it is rather that he worked at a job where he was put in a special position of trust and power over particularly vulnerable people and used that position to carry out an abuse of the power with which he was conferred to carry out his duties. It is this considerably stronger connection that justifies the Club being held liable to bear the costs of the losses inflicted by Griffiths.

La force de cette proposition est toutefois largement diminuée par deux considérations atténuantes. Premièrement, les facteurs spatial et temporel, comme l'endroit et le moment où les délits ont été commis doivent être pris en considération avec tous les autres facteurs pertinents. Ils ne sont pas déterminants en soi. Pour décider s'il existe, entre l'acte fautif et l'emploi, un lien suffisant pour engager la responsabilité du fait d'autrui, il est loin d'être suffisant de savoir où et quand cet acte fautif a été commis. Cela nous amène à la deuxième considération atténuante. Considérer les délits comme de simples épisodes distincts survenus au domicile de Griffiths, c'est faire abstraction du plan soigneusement conçu par Griffiths pour prendre les enfants au piège. C'est en amenant les enfants à lui faire confiance au Club, du fait que ses fonctions l'obligeaient à tisser des liens d'intimité et de respect, qu'il a pu accomplir ses actes ignobles. Là encore, une comparaison pourrait être utile. Si un caissier d'un supermarché invite un collègue à souper chez lui et l'agresse, on ne saurait dire que ce délit résulte de l'emploi. Il en est ainsi même si c'est l'emploi qui a fourni l'occasion, par la socialisation sur les lieux de travail, de convaincre le collègue d'accepter l'invitation. Cet épisode demeurerait un exemple de «simple occasion» par ailleurs anodine. Il ne permet pas, à lui seul, de rattacher le délit au supermarché. Toutefois, l'affaire qui nous occupe est complètement différente. Ce n'est pas une simple coïncidence de lieu et d'interaction qui a amené Griffiths à s'attaquer à ses victimes, mais plutôt le fait que les fonctions qu'il exerçait le plaçaient dans une situation particulière de confiance et de pouvoir vis-à-vis de personnes vulnérables et le fait qu'il s'est servi de cette situation pour abuser du pouvoir dont il avait été investi pour s'acquitter de ses fonctions. C'est ce lien beaucoup plus solide qui justifie de tenir le Club responsable du coût des pertes causées par Griffiths.

22 Almost all the relevant factors suggest that Griffiths' torts were, in fact, linked to his employment. I would therefore hold the Club vicariously

Presque tous les facteurs pertinents indiquent que les délits commis par Griffiths étaient, en réalité, liés à son emploi. Je suis donc d'avis

liable for his conduct. The policy rationales underpinning vicarious liability — fair compensation and deterrence — support this conclusion. The Club introduced Griffiths to the community's children and clothed him with special responsibilities and powers over those children who were most vulnerable. It created and sustained the risk that materialized. Compensation for the harm that followed may fairly be viewed as a cost of the Club's operations. The rationales of risk distribution and deterrence support vicarious liability in these circumstances.

I differ from the Court of Appeal, not on the factors they considered, but on how those factors relate to the ultimate issue of the relationship between the employee's wrongful act and his employment. The ultimate issue is not the time and place of the wrongs (emphasized by Newbury J.A.), nor whether Griffiths could have perpetrated his wrongs as a friendly neighbour (emphasized by Huddart J.A.). These factors, while relevant, must be considered with the other factors to which I have alluded to determine whether the employment materially and significantly enhanced the risk of the abuse that occurred. While the connection between employment and wrong in this case may have been less compelling than the overwhelmingly close connection established in the *Children's Foundation* appeal, the evidence and the findings of the trial judge suffice to establish that the employment materially and significantly enhanced the risk of the sexual assaults that occurred.

I add three brief comments on related points. First that I do not see the issue as a contest between fairness and liability. The goal of compensation is not simply a deep pockets rule. Fair compensation involves internalizing the cost of a risk on the appropriate party, judged not by terms of ability to pay but by introduction of the risk that led to the tort. To cast the issue in terms of "pro-liability" versus "fairness" is to posit a false dichotomy between vicarious liability and what is

d'imputer au Club une responsabilité du fait d'autrui pour la conduite de Griffiths. Les raisons de politique générale qui sous-tendent la responsabilité du fait d'autrui — la juste indemnisation et la dissuasion — appuient cette conclusion. Le Club a présenté Griffiths aux enfants de la collectivité et l'a investi de responsabilités et de pouvoirs particuliers à l'égard de ces enfants qui étaient très vulnérables. Il a créé et maintenu le risque qui s'est matérialisé. L'indemnisation du préjudice qui a suivi peut à bon droit être considérée comme un coût d'exploitation du Club. Les raisons qui sous-tendent la répartition du risque et la dissuasion appuient l'imputation de la responsabilité du fait d'autrui dans ces circonstances.

Je suis en désaccord avec la Cour d'appel non pas en ce qui concerne les facteurs dont elle a tenu compte, mais plutôt en ce qui a trait à la façon dont ces facteurs se rapportent à la question fondamentale du lien entre l'acte fautif de l'employé et son emploi. L'essentiel n'est pas de savoir quand et où les délits ont été commis (comme l'a souligné le juge Newbury), ni si Griffiths aurait pu commettre ces délits en tant que gentil voisin (comme l'a souligné le juge Huddart). Ces facteurs, qui sont pertinents, doivent être pris en considération avec les autres facteurs que j'ai évoqués pour décider si l'emploi a sensiblement accru le risque d'agression qui s'est matérialisé. Bien que le lien entre l'emploi et l'acte fautif en l'espèce puisse avoir été moins déterminant que le lien des plus étroits qui a été démontré dans le pourvoi *Children's Foundation*, la preuve et les conclusions du juge de première instance suffisent à établir que l'emploi a sensiblement accru le risque d'agression sexuelle qui s'est matérialisé.

J'ajoute trois brefs commentaires sur des points connexes. Premièrement, je ne perçois pas la question comme étant un affrontement entre l'équité et la responsabilité. L'objectif d'indemnisation n'est pas simplement une règle de bourses bien garnies. La juste indemnisation consiste à faire assumer le coût d'un risque par la bonne partie, en fonction non pas de la capacité de payer, mais plutôt de la création du risque à l'origine du délit. Formuler la question en termes de «pro-responsabilité» par

23

24

fair. Our ultimate goal is a rule of vicarious liability that is fair to the plaintiff, the defendant, and society.

25 Second, for the reasons set out in *Children's Foundation*, I cannot agree that the goals of compensation and deterrence are not served in this case, notwithstanding the non-profit character of the Club. I note that the old common law charitable immunity rule has long been abolished. The animation of such a rule was that many charities, performing needed and valuable services to the public, might have had to cease operations had they been inundated with tort claims (either fault-based or non-fault-based claims). The rule having been rejected, the logic on which it was based — that charities should be exempted from tort claims lest they be forced to cease good works — should also be rejected, absent legislative countermand.

26 Finally, I would reject any suggestion that an employee's job must bear a sufficient similarity to parenting to invoke vicarious liability in child abuse cases. Such an analysis seems to me to focus inordinately on the power exercised by the employee to the exclusion of other factors in the test propounded in *Children's Foundation* and is to be eschewed.

27 In the end, however one may parse this tort, it arose from the risks created by the special situation of trust and respect fostered by Griffiths as part of the Club's enterprise. The Club is an institution that has the explicit agenda of taking in troubled youths like the appellants and providing behavioural guidance through activities such as sport. That enterprise carries risks. Those risks materialized here, with grave physical and emotional consequences. The Club's goals are laudable, but they cannot immunize it from

opposition à «équité» revient à établir une fausse dichotomie entre la responsabilité du fait d'autrui et ce qui est équitable. Notre objectif ultime est d'établir une règle de responsabilité du fait d'autrui qui soit équitable pour le demandeur, le défendeur et la société.

Deuxièmement, pour les motifs exposés dans *Children's Foundation*, je ne saurais convenir que les objectifs d'indemnisation et de dissuasion ne sont pas servis en l'espèce, même si le Club est un organisme sans but lucratif. Je souligne que l'ancienne règle de common law de l'exonération des organismes de bienfaisance a été abolie il y a longtemps. Cette règle était justifiée par le fait que de nombreux organismes de bienfaisance, qui rendaient au public des services précieux et utiles, auraient pu devoir cesser leurs activités s'ils avaient été accablés d'actions en responsabilité délictuelle (fondées ou non sur la faute). Vu que la règle a été rejetée, il y a également lieu, à moins que le législateur ne commande le contraire, de rejeter la logique sur laquelle elle reposait — à savoir que les organismes de bienfaisance devraient être exemptés de toute action en responsabilité délictuelle de crainte qu'ils ne soient forcés d'abandonner leurs bonnes œuvres.

Enfin, je rejetterais toute proposition suivant laquelle le travail d'un employé doit être suffisamment semblable au rôle parental pour que puisse être invoquée la responsabilité du fait d'autrui dans des cas d'agression d'enfants. Une telle analyse me semble mettre démesurément l'accent sur le pouvoir exercé par l'employé, au détriment d'autres facteurs du critère proposé dans *Children's Foundation*, et doit être évitée.

Finalement, de quelque manière qu'il puisse être analysé, ce délit résulte des risques créés par la situation particulière de confiance et de respect entretenue par Griffiths dans le cadre de l'entreprise du Club. Le Club est une institution qui a pour mission explicite de s'occuper de jeunes en difficulté comme les appelants, et de guider leur conduite au moyen d'activités comme le sport. Cette entreprise comporte des risques. Ces risques se sont matérialisés en l'espèce et ont entraîné de graves conséquences sur les plans physique et

responsibility for the losses generated by its employee's conduct.

### Conclusion

The appeal should be allowed with costs and the judgment of the trial court restored.

The judgment of Cory, Iacobucci, Major and Binnie JJ. was delivered by

BINNIE J. — The attribution of vicarious liability is not so much a “deduction from legalistic premises” as it is a matter of policy, as the Court observes in *Bazley v. Curry*, [1999] 2 S.C.R. 534, released concurrently (hereinafter “*Children’s Foundation*”), at para. 26. Nevertheless, as the Court adds, “[a] focus on policy is not to diminish the importance of legal principle” (para. 27). In *Children’s Foundation*, the employer set out to create, from the highest of motives, a quasi-parental relationship between its employees and the children in their care, with all of the authority and intimacy of such relationships, and thereby “materially increased the risk of the harm that ensued” para. 43). The physical touching associated with the quasi-parental relationship precipitated into sexual abuse. In my opinion, however, the present case falls on the other side of the line, and does not warrant the imposition of vicarious liability. Much as the Court may wish to take advantage of the deeper pockets of the respondent to see the appellants compensated, we have no jurisdiction *ex aequo et bono* to practise distributive justice. On the facts of this case, legal principle and precedents favour the respondent.

If the Boys’ and Girls’ Club of Vernon were vicariously responsible for damages arising out of the criminal conduct of its employee Griffiths, which so far as this appeal is concerned must be taken to have been unknown, unauthorized and unforeseen, then it would be difficult to imagine many enterprises whose mandate includes

affectif. Les objectifs du Club sont louables, mais ils ne sauraient l’exonérer de toute responsabilité pour les pertes résultant de la conduite de son employé.

### Conclusion

Le pourvoi devrait être accueilli avec dépens et le jugement de la cour de première instance devrait être rétabli.

Version française du jugement des juges Cory, Iacobucci, Major et Binnie rendu par

LE JUGE BINNIE — L’imputation de la responsabilité du fait d’autrui n’est pas tant une «déduction fondée sur des prémisses formalistes» qu’une question de politique générale, comme notre Cour le fait observer au par. 26 de l’arrêt *Bazley c. Curry*, [1999] 2 R.C.S. 534, rendu simultanément (ci-après «*Children’s Foundation*»). Néanmoins, d’ajouter la Cour, «[l]’accent mis sur une politique générale ne doit pas diminuer l’importance des principes juridiques» (par. 27). Dans *Children’s Foundation*, l’employeur cherchait à établir, pour les raisons les plus louables, une relation quasi-parentale entre ses employés et les enfants confiés à leurs soins, avec tout le pouvoir et l’intimité que comportent de telles relations, et il a, de ce fait, «accru sensiblement le risque de préjudice qui a résulté» (par. 43). Les attouchements associés à la relation quasi parentale ont dégénéré en agression sexuelle. J’estime cependant que la présente affaire est différente et ne justifie pas l’imputation de la responsabilité du fait d’autrui. Bien que notre Cour puisse souhaiter profiter de la bourse bien garnie de l’intimé pour voir indemniser les appelants, nous n’avons pas compétence *ex aequo et bono* pour pratiquer la justice distributive. D’après les faits de la présente affaire, les principes juridiques et la jurisprudence favorisent l’intimé.

Si la responsabilité du fait d’autrui du Boys’ and Girls’ Club de Vernon était engagée en raison du préjudice découlant de la conduite criminelle de son employé Griffiths, qui, aux fins du présent pourvoi, doit être considérée comme ayant été adoptée à l’insu du Club, sans son autorisation et sans qu’il l’ait prévue, il serait alors difficilement

28

29

30

mentoring or role models for children being able to escape vicarious liability to provide financial compensation for criminal sexual abuse by an employee. While on the positive side such an all-embracing attribution of no-fault liability would assist victims in the position of the appellants, it would also change the legal ground rules under which recreational organizations were thought to be governed under the existing case law. These organizations could be expected to respond rationally, if reluctantly, to a new harbinger of financial liability. They might vote with their feet. It is therefore important that here, as elsewhere, the test for vicarious liability adopted by the Court in *Children's Foundation* be applied with serious rigour.

concevable que de nombreuses entreprises qui ont pour mandat notamment de fournir des modèles à des enfants et de les encadrer puissent échapper à la responsabilité de verser une indemnité pécuniaire pour l'agression sexuelle criminelle commise par un de leurs employés. Même, si d'un point de vue positif, une telle imputation globale de responsabilité sans faute aidait les victimes dans la situation des appelants, elle changerait également les règles juridiques de base en vertu desquelles les organismes de loisirs sont censés être régis par la jurisprudence actuelle. On pourrait s'attendre que ces organismes réagiraient de manière rationnelle, sinon à contrecœur, à un nouveau présage de responsabilité financière. Ils pourraient décider de mettre fin à leurs activités. Il est donc important que, dans la présente affaire, comme ailleurs, le critère relatif à la responsabilité du fait d'autrui que notre Cour a adopté dans *Children's Foundation* soit appliqué très rigoureusement.

31 McLachlin J. in *Children's Foundation* sets out the two-step process for determining when an unauthorized act is "so connected" to the employer's enterprise that liability should be imposed (at para. 15):

First, a court should determine whether there are precedents which unambiguously determine on which side of the line between vicarious liability and no liability the case falls. If prior cases do not clearly suggest a solution, the next step is to determine whether vicarious liability should be imposed in light of the broader policy rationales behind strict liability.

In my view, the case law, reflecting policy judgments by various courts over many years and across many different jurisdictions, "clearly" suggests that the imposition of no-fault liability in this case would overshoot the existing judicial consensus about appropriate limits of an employer's no-fault liability. This same conclusion is reached under the second step of the analysis in which the "broader policy rationales" are confronted directly. I therefore think the British Columbia Court of Appeal correctly denied vicarious no-fault liability in this case and I would dismiss the appeal on that point, without prejudice to the appellants' right to

Dans *Children's Foundation*, le juge McLachlin énonce la procédure en deux étapes applicable pour décider quand un acte non autorisé est «si étroitement lié» à l'entreprise de l'employeur que la responsabilité devrait être imputée (au par. 15):

Le tribunal doit d'abord décider s'il y a des précédents qui établissent sans équivoque la responsabilité du fait d'autrui ou encore l'absence de responsabilité dans l'affaire en cause. Si aucune solution ne ressort clairement de la jurisprudence, la prochaine étape consiste à décider si la responsabilité du fait d'autrui devrait être imputée compte tenu des raisons de politique générale qui sous-tendent la responsabilité stricte.

À mon avis, il ressort «nettement» de la jurisprudence, qui reflète les jugements de principe rendus par divers tribunaux au cours de nombreuses années et dans de nombreux ressorts différents, que l'imputation d'une responsabilité sans faute en l'espèce irait au-delà du consensus judiciaire existant sur les limites appropriées de la responsabilité sans faute d'un employeur. On arrive à la même conclusion à la deuxième étape de l'analyse dans laquelle on s'attaque directement aux «raisons de politique générale». Je pense donc que la Cour d'appel de la Colombie-Britannique a eu raison de ne pas imputer la responsabilité sans faute du fait

continue proceedings in the Supreme Court of British Columbia, if so advised, on the issues of the Club's potential fault-based liability.

#### Facts

The enterprise operated by the Vernon Boys' and Girls' Club is typical of a vast number of non-profit organizations operating in communities from coast to coast. The founders wisely had the Club incorporated in 1976 under the *Societies Act*, R.S.B.C. 1960, c. 362. As a society, the Club cannot carry on "any trade, industry, or business" (s. 3(1)). It derives most of its revenue from federal and provincial grants, membership and program fees, and fundraisers. Its constitution includes as objectives:

to provide behaviour guidance and to promote the health, social, educational, vocational and character development of boys and girls. . . .

At the time of the assaults, the Club had a board of volunteer Directors. There were two salaried employees. Griffiths, as Program Director, reported to the only other paid employee, the Executive Director. Griffiths supervised volunteer staff on a daily basis. Unlike the employer in the *Children's Foundation*, the Vernon Boys' and Girls' Club provided a recreational, not a residential, facility for children. It did not purport to offer parenting of any description to its members. Griffiths' function, so far as the Club was concerned, was to organize recreational activities and the occasional outing, as will be discussed below in greater detail, and nothing more.

In 1982 Jody Jacobi was 13 years old, and her brother Randy was 11. They lived at home. The Club was within walking distance. Jody and Randy on occasion participated in Club activities after school or on Saturdays. Amongst these activities, Randy played floor hockey and Jody did gymnastics.

d'autrui en l'espèce et je rejetterais le pourvoi sur ce point, sous réserve du droit des appelants de poursuivre les procédures devant la Cour suprême de la Colombie-Britannique, si cela leur est conseillé, relativement aux questions de la responsabilité potentielle du Club, fondée sur la faute.

#### Les faits

L'entreprise exploitée par le Boys' and Girls' Club de Vernon ressemble à un grand nombre d'organismes sans but lucratif qui œuvrent dans des collectivités au Canada. Les fondateurs du Club ont eu la sagesse, en 1976, de le constituer en personne morale sous le régime de la *Societies Act*, R.S.B.C. 1960, ch. 362. En qualité de société, le Club ne peut exercer [TRADUCTION] «aucune activité industrielle ou commerciale» (par. 3(1)). Il tire la majorité de ses revenus de subventions fédérales et provinciales, de frais d'adhésion et de programme, et de campagnes de financement. Les objectifs suivants figurent dans son acte constitutif:

[TRADUCTION] . . . guider la conduite des jeunes garçons et des jeunes filles et [. . .] favoriser leur épanouissement sur les plans physique, social, pédagogique, professionnel et moral . . .

À l'époque des agressions, le conseil d'administration du Club était composé de bénévoles. Il y avait deux employés salariés. Griffiths, en tant que directeur de programme, relevait du seul autre employé rémunéré, le directeur général. Griffiths assurait la supervision quotidienne du personnel bénévole. Contrairement à l'employeur dans *Children's Foundation*, le Boys' and Girls' Club de Vernon fournissait non pas le logement mais des installations récréatives aux enfants. Il ne prétendait aucunement tenir lieu de parent pour ses membres. Le rôle de Griffiths, en ce qui concernait le Club, se limitait à organiser des activités récréatives et des sorties occasionnelles, comme nous le verrons plus en détail ultérieurement.

En 1982, Jody Jacobi avait 13 ans et son frère Randy, 11 ans. Ils vivaient chez leur mère et pouvaient se rendre à pied au Club. Jody et Randy participaient parfois aux activités du Club après l'école ou le samedi. Randy jouait notamment au hockey en salle et Jody faisait de la gymnastique.

32

33

tics. The trial judge found that “[t]he Club was a fun place to go and was safe” ([1995] B.C.J. No. 2370 (QL), at para. 7).

Le juge de première instance a conclu que [TRADUCTION] «[l]e Club était un endroit sûr et amusant à fréquenter» ([1995] B.C.J. No. 2370 (QL), au par. 7).

34 For both Jody and Randy, their home life was not easy. Their mother had moved them to Vernon, British Columbia from Calgary in 1979 after splitting up with their father, her second husband. Her third marriage lasted a few months in 1980 and came to an end in January 1981. She married again in 1982, but separated in 1985. The trial judge found that there was “a lot of turmoil at home” (para. 26) in the late 1970s, and her marriage in 1980 was “a disaster”, including “inter-family tension” and “serious emotional and physical abuse, certainly in the presence of the two youngest children [the appellants], if not directed at them” (para. 27).

La vie familiale de Jody et de Randy n’était pas facile. Leur mère avait déménagé avec eux de Calgary à Vernon (Colombie-Britannique) en 1979, après s’être séparée de leur père, qui était son deuxième mari. Son troisième mariage a duré quelques mois en 1980 et a pris fin en janvier 1981. Elle s’est remariée en 1982, mais s’est séparée en 1985. Le juge de première instance a conclu qu’il y avait eu [TRADUCTION] «beaucoup d’agitation à la maison» (par. 26) à la fin des années 70, et que le mariage de la mère en 1980 avait été «un désastre», sans compter «les tensions interfamiliales» et «la violence grave sur les plans affectif et physique, certainement en présence des deux plus jeunes enfants [les appelants], quand ils n’en étaient pas eux-mêmes victimes» (par. 27).

35 The Vernon Boys’ and Girls’ Club happened to offer something of a sanctuary for these children, particularly Jody, who completed a course of leadership training. Jody testified at trial that she felt safe at the Club and her only friends were other members of the Club. After the assaults in question she continued her association with the Club, and years later participated in its activities as a full-time salaried worker. Randy also felt safe at the Club and all his friends and activities centred around the Club. The trial judge found (at para. 8):

Le Boys’ and Girls’ Club de Vernon se trouvait à servir en quelque sorte de refuge à ces enfants, particulièrement à Jody qui y a suivi un cours de formation de moniteurs. Celle-ci a témoigné au procès qu’elle se sentait en sécurité au Club et que ses seuls amis étaient d’autres membres du Club. Après les agressions en cause, elle a continué à fréquenter le Club et, quelques années plus tard, elle a participé à ses activités à titre d’employée salariée à plein temps. Randy se sentait aussi en sécurité au Club, où il rencontrait tous ses amis et exerçait toutes ses activités. Le juge de première instance a conclu (au par. 8):

All this was precisely the sort of thing the Club was supposed to foster and was particularly beneficial to children such as [Randy] whose family background was not especially happy.

[TRADUCTION] C’est précisément le genre de chose que le Club était supposé favoriser et qui était particulièrement bénéfique pour des enfants comme [Randy] dont le milieu familial n’était pas particulièrement gai.

36 The sexual abuse occurred on separate occasions in approximately 1982. Randy and Jody were each assaulted away from the Club and outside working hours (except for one incident of sexual touching of Jody in the Club’s van for which Newbury J.A. in the British Columbia Court of Appeal would

Les agressions sexuelles sont survenues à des occasions différentes vers 1982. Randy et Jody ont tous deux été agressés en dehors des locaux et des heures d’ouverture du Club (à l’exception de l’épisode d’attouchements sexuels dont Jody a été victime dans la fourgonnette du Club, pour lequel le

have found the Club vicariously responsible). Griffiths' job was to coordinate the after-school activities. This included supervising and some participation in the members' activities. He was expected to develop a "rapport" with the members. The trial judge found that both Jody and Randy suffered long-term trauma from the incidents. Neither even felt able to disclose them until about 10 years later. The trial judge found that "[e]ssentially there was a single incident involving" Randy and "one incident of sexual intercourse involving" Jody "following several lesser incidents" (para. 1). Griffiths pleaded guilty to these and other offences and was jailed for six years.

This background is important because it is clear that by reason of their age and unsettled home life these children were vulnerable to a sexual predator like Griffiths. If the Club was negligent in hiring Griffiths, or supervising him, or in using Griffiths to discharge its own duty of care to the children, direct liability would result. In this appeal, however, we are asked to proceed on the basis that there is no *direct* liability. We are concerned only with the possibility of the Club's vicarious "no-fault" liability for Griffiths' crimes. The trial judge considered that it was necessary to impose vicarious liability as a matter of public policy "[i]f the scourge of sexual predation is to be stamped out, or at least controlled" (para. 69). I agree that we are dealing with public policy as developed in the jurisprudence but, with respect, it seems to me there is a whole complex of such public policy considerations that have to be weighed if justice is to be done to all concerned. More importantly, at the end of the day, judicial policy must yield to legal principle.

juge Newbury de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique aurait déclaré le Club responsable du fait d'autrui). Le travail de Griffiths consistait à coordonner les activités parascolaires. Il consistait aussi à superviser et à participer jusqu'à un certain point aux activités des membres. On s'attendait à ce qu'il établisse des liens avec les membres. Le juge de première instance a décidé que Jody et Randy avaient souffert d'un traumatisme à long terme en raison de ces épisodes. Dix années se sont écoulées avant même qu'ils soient capables de révéler ce qui leur était arrivé. Le juge de première instance a conclu que [TRADUCTION] «[i]l y [avait] eu essentiellement un seul épisode impliquant» Randy et «un épisode de rapports sexuels impliquant» Jody «à la suite de plusieurs épisodes moins graves» (par. 1). Griffiths a plaidé coupable relativement à ces infractions et à d'autres infractions et a purgé six ans d'emprisonnement.

Ce contexte est important parce qu'il est clair qu'en raison de leur âge et d'une vie familiale instable, ces enfants étaient vulnérables aux attaques d'un prédateur sexuel comme Griffiths. Si le Club avait été négligent en embauchant Griffiths ou en le supervisant, ou encore en se servant de lui pour s'acquitter de sa propre obligation de diligence envers les enfants, une responsabilité directe s'en suivrait. Toutefois, on nous demande, en l'espèce, de tenir pour acquis qu'il n'y a pas de responsabilité *directe*. Nous nous intéressons seulement à la possibilité que la responsabilité «sans faute» du fait d'autrui du Club soit engagée en raison des crimes de Griffiths. Le juge de première instance a estimé qu'il était nécessaire, pour des raisons de politique générale, d'imputer la responsabilité du fait d'autrui [TRADUCTION] «[p]our éliminer ou, du moins, freiner le fléau de la prédation sexuelle» (par. 69). Je conviens que nous avons affaire à une politique générale établie par la jurisprudence mais, en toute déférence, il me semble qu'il existe tout un ensemble de telles considérations de politique générale qu'il faut soupeser si on veut que justice soit rendue à l'égard de toutes les intéressés. Qui plus est, la politique établie par les tribunaux doit, en fin de compte, céder le pas aux principes juridiques.



The “Opportunity” for Abuse Created by the Employer

38 The trial judge found that Griffiths took the opportunity to develop friendly relationships with the victims through Club activities. With regard to Randy, the trial judge stated at para. 8:

During the course of his attendance, Harry [Griffiths] paid more and more attention to him, appeared to respect him and encouraged him to become involved in more activities. Harry made him feel more important. Randy was taken on a floor hockey trip to Edmonton in the Club van. He felt safe at the Club and his friends and activities became centred at the Club and Harry made him feel important and respected.

In respect of Jody, the trial judge stated at para. 11:

[Jody] found Harry Griffiths to be very friendly and supportive. He encouraged her and appeared to respect her greatly. He encouraged her to take leadership roles in various activities and she became an instructor and eventually a full-time worker in the Club. She thought Harry was wonderful and believed that he liked and respected her.

39 The testimony of Griffiths in portions of his discovery transcript that were read in at trial demonstrate that Griffiths was not placed in a special position of trust with respect to the children’s “care, protection and nurturing”. While any friendship between an adult and a child has an aspect of trust, the trial judge I think went beyond the reality of this Club when he accepted Jody’s description at trial of Griffiths as a “god-like” authority. Even if true, it is fair to say that this view of Griffiths did not reflect any state of affairs willed into existence by the Club or that was foreseeably incidental to its enterprise.

40 When asked how he selected these victims from all of the children that attended at the Club, Griffiths responded that there was no specific reason. The children who later became victims were particularly outgoing and friendly and were the

L’«occasion» de commettre une agression créée par l’employeur

Le juge de première instance a décidé que Griffiths avait saisi l’occasion fournie par les activités du Club pour se lier d’amitié avec les victimes. En ce qui concerne Randy, le juge de première instance a dit, au par. 8:

[TRADUCTION] Pendant qu’il était à son poste, Harry [Griffiths] lui a prêté de plus en plus attention, il paraissait le respecter et l’encourageait à participer à plus d’activités. Harry le faisait sentir plus important. [Randy] s’est rendu à une joute de hockey en salle à Edmonton dans la fourgonnette du Club. Il se sentait en sécurité au Club, où il en est venu à rencontrer tous ses amis et à exercer toutes ses activités, et Harry le faisait sentir important et respecté.

En ce qui concerne Jody, le juge de première instance a affirmé, au par. 11:

[TRADUCTION] [Jody] trouvait Harry Griffiths très amical et d’un grand soutien. Il l’a encouragée et paraissait lui vouer un grand respect. Il l’encourageait à jouer un rôle de premier plan dans diverses activités, puis elle est devenue monitrice et, en fin de compte, employée à plein temps du Club. Elle pensait que Harry était merveilleux et croyait qu’il l’aimait et la respectait.

Le témoignage de Griffiths, dans certaines parties de la transcription de son interrogatoire préalable qui ont été lues au procès, démontre qu’il ne se trouvait pas dans une situation spéciale de confiance en ce qui concernait [TRADUCTION] «la garde, [. . .] la protection et [. . .] l’éducation» des enfants. Bien que toute amitié entre un adulte et un enfant comporte un aspect de confiance, j’estime que le juge de première instance a outrepassé la réalité de ce Club lorsqu’il a accepté la façon dont Jody a décrit Griffiths au procès, comme étant un être à qui elle vouait un culte. Même si cela était vrai, il est juste de dire que cette perception de Griffiths n’était ni un résultat souhaité par le Club, ni une conséquence prévisible de son entreprise.

Quand on lui a demandé comment il avait choisi ces victimes parmi tous les enfants qui fréquentaient le Club, Griffiths a répondu qu’il n’y avait aucune raison particulière. Les enfants qui sont devenus par la suite des victimes étaient particuliè-

ones who had sought Griffiths out to participate in the games and activities. Over a period of time a friendly relationship was built up between Griffiths and the two children. The course of criminal conduct grew step by step from that friendship, and not from any alleged position of trust. This is evident from the transcript: when asked whether there were any particular words he used to get the children to participate in sex acts, Griffiths responded:

... it was the — I guess the sexual talk and innuendo, joking, and they seemed to partake in that also with the jokes back and comments. So you know that started and then it continued on into where they spent more and more time and they were coming over at my place and then the sexual acts started. [Emphasis added.]

In my view, an accurate summary of the evidence relating to the relationship between Griffiths and the Club as well as the authority (or lack thereof) Griffiths had over the children is found in the decision by Huddart J.A. of the British Columbia Court of Appeal ((1997), 31 B.C.L.R. (3d) 1, at pp. 7-8):

Mr. Griffiths was the Program Director of the respondent Club, one of two full-time employees. His job was to encourage children to participate in its activities and to supervise those activities, and in so doing to further the Club's objectives, among which is "to promote behaviour guidance and to promote the health, social, educational, vocational and character development of boys and girls." In that capacity he was encouraged to form friendships with the boys and girls. That was the most the Club could ask him to do. It had no power or authority over the children. It was not their parent. Nor did it stand *in loco parentis*. The boys and girls went home to their parents after every activity. [Emphasis added.]

This description is to be contrasted with the facts in *Children's Foundation* where, as explained by McLachlin J. at para. 58, "[t]he opportunity for intimate private control and the parental relationship and power required by the terms of employment created the special environment that nurtured

reusement sociables et amicaux, et étaient ceux qui avaient incité Griffiths à participer aux jeux et aux activités. Après un certain temps, une relation d'amitié s'est établie entre Griffiths et les deux enfants. Une conduite criminelle s'est développée progressivement grâce à cette amitié, et non pas grâce à une prétendue situation de confiance. La transcription le montre clairement: quand on lui a demandé s'il avait employé des mots particuliers pour amener les enfants à participer à des actes sexuels, Griffiths a répondu:

[TRADUCTION] ... c'était — je crois la conversation sexuelle et les allusions sexuelles, les plaisanteries, et ils semblaient également y participer en répondant par d'autres plaisanteries et des commentaires. Ainsi vous savez, cela a débuté et s'est poursuivi jusqu'au point où ils passaient de plus en plus de temps et ils venaient chez moi et alors les actes sexuels ont commencé. [Je souligne.]

J'estime qu'un résumé fidèle de la preuve relative à la relation entre Griffiths et le Club, ainsi qu'au pouvoir (ou à l'absence de pouvoir) que Griffiths exerçait sur les enfants, figure dans la décision du juge Huddart de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique ((1997), 31 B.C.L.R. (3d) 1, aux pp. 7 et 8):

[TRADUCTION] Monsieur Griffiths était le directeur de programme du Club intime, l'un des deux employés à plein temps. Son travail consistait à encourager les enfants à participer aux activités du Club et à superviser ces activités, et ce faisant, à favoriser la réalisation des objectifs du Club, qui étaient notamment «de guider la conduite des jeunes garçons et des jeunes filles et de favoriser leur épanouissement sur les plans physique, social, pédagogique, professionnel et moral». À ce titre, il était encouragé à se lier d'amitié avec les garçons et les filles. C'était le maximum que le Club pouvait lui demander de faire. Le Club n'avait ni pouvoir, ni autorité sur les enfants. Il n'était pas leur parent. Il ne leur tenait pas lieu de parent non plus. Les garçons et les filles retournaient chez leurs parents après chaque activité. [Je souligne.]

Cette description doit être opposée aux faits de l'affaire *Children's Foundation* où, comme l'a expliqué le juge McLachlin, au par. 58, «[l]'occasion d'exercer un contrôle personnel intime ainsi que l'autorité et la relation parentales requises par les conditions de travail ont engendré le climat

and brought to fruition Curry's sexual abuse. . . . Indeed, it is difficult to imagine a job with a greater risk for child sexual abuse" (emphasis added). While any situation which places adults in contact with children creates some possibility of abuse, an employer who encourages an employee to create no more than a positive rapport with children is not at the same end of the spectrum of risk as the employer in *Children's Foundation*.

#### Applying the Test from *Children's Foundation*

42

In *Children's Foundation*, this Court endorses the "enterprise risk" approach to vicarious liability. Thus at para. 31 McLachlin J. explains, "[t]he employer puts in the community an enterprise which carries with it certain risks. When those risks materialize and cause injury to a member of the public despite the employer's reasonable efforts, it is fair that the person or organization that creates the enterprise and hence the risk should bear the loss." The touchstone of "fairness" in this context depends not on "foreseeability of risks from specific conduct, but . . . foreseeability of the broad risks incident to a whole enterprise" (para. 39). Finally, "there must be a strong connection between what the employer was asking the employee to do (the risk created by the employer's enterprise) and the wrongful act. It must be possible to say that the employer significantly increased the risk of the harm by putting the employee in his or her position and requiring him to perform the assigned tasks" (para. 42) (first emphasis added; second emphasis in original).

43

It is important to be precise about the characteristics of the particular enterprise at issue in this appeal. The Club provided the employee with an opportunity to meet children, as does any organization that deals with children. The Club authorized Griffiths to develop a rapport with these children. This again is inevitable in any such enterprise. The Club offered recreation in a public

propice à la perpétration de l'agression sexuelle par Curry. [. . .] En réalité, il est difficile d'imaginer un travail qui comporte un plus grand risque d'agression sexuelle pour les enfants» (je souligne). Bien que toute situation qui met des adultes en contact avec des enfants crée une certaine possibilité d'agression, l'employeur qui encourage un employé à n'établir que des liens positifs avec des enfants ne présente pas le même risque que l'employeur dont il est question dans *Children's Foundation*.

#### Application du critère établi dans *Children's Foundation*

Dans *Children's Foundation*, notre Cour adhère à la façon, fondée sur le «risque d'entreprise», d'aborder la responsabilité du fait d'autrui. Ainsi, comme l'explique le juge McLachlin, au par. 31, «[l']employeur implante dans la collectivité une entreprise qui comporte certains risques. Quand ces risques se matérialisent et causent un préjudice à un membre du public malgré les efforts raisonnables de l'employeur, il est juste que la perte soit assumée par la personne ou l'organisme qui a créé l'entreprise et, en conséquence, le risque.» La pierre angulaire de l'«équité» dans ce contexte est non pas «la prévisibilité des risques découlant d'une conduite particulière, mais [. . .] la prévisibilité des risques généraux que comporte l'ensemble d'une entreprise» (par. 39). Enfin, «il doit exister un lien solide entre ce que l'employeur demandait à l'employé de faire (le risque créé par l'entreprise de l'employeur) et l'acte fautif. Il doit être possible de dire que l'employeur a accru sensiblement le risque de préjudice en plaçant l'employé dans son poste et en lui demandant d'accomplir les tâches qui lui étaient assignées» (par. 42) (le premier soulignement est de moi; le deuxième est dans l'original).

Il est important d'être précis en ce qui concerne les caractéristiques particulières de l'entreprise en cause dans le présent pourvoi. Le Club fournissait à l'employé l'occasion de rencontrer des enfants, à l'instar de tout organisme qui s'occupe d'enfants. Le Club autorisait Griffiths à établir des liens avec ces enfants, ce qui, encore une fois, est inévitable dans une telle entreprise. Le Club offrait des loisirs

setting (as opposed to the privacy of Griffiths' home) in group activities with other persons including children and volunteers whose continuing presence would have been fatal to Griffiths' personal agenda. Griffiths had no job-created authority to insinuate himself into the intimate lives of these children. Unlike *Children's Foundation* the enterprise here had only two employees and its emphasis was on developing (horizontal) relationships among the members, not (vertical) relationships to persons in authority.

#### Stage 1: Previous Cases

As McLachlin J. points out, different torts may raise different issues in the analysis of potential vicarious liability. It is easier to rationalize the imposition of no-fault vicarious liability for an employee's negligent performance of the employer's contract, for example, than to impose on the employer vicarious liability for criminal conduct, such as a sexual assault, committed by the employee for personal gratification. The case law included in the stage 1 analysis ought therefore to raise as closely as possible the same issues as are raised in the case under appeal. Canadian courts have in fact examined a variety of circumstances in which it has been sought to make employers liable for sexual assaults committed by employees. It is fair to say that these cases demonstrate a strong reluctance to impose no-fault liability for such deeply personal and abhorrent behaviour on the part of an employee. The trial judge in this case, navigating without the benefit of McLachlin J.'s decision in *Children's Foundation*, felt it unnecessary to make a comprehensive study of the case law. Apart from the trial decision in *Children's Foundation*, he cited only *Boothman v. Canada*, [1993] 3 F.C. 381 (T.D.), a case of workplace harassment by an immediate supervisor, and *The Queen v. Levy Brothers Co.*, [1961] S.C.R. 189, a case of mail theft by employees of Canada Post. Neither *Boothman* nor *Levy Brothers* sheds much light on the specific problems raised by this

dans un endroit public (par opposition à l'intimité du foyer de Griffiths) sous forme d'activités de groupe avec d'autres personnes, y compris des enfants et des bénévoles dont la présence permanente aurait été fatale aux projets personnels de Griffiths. L'emploi de Griffiths ne l'autorisait nullement à s'immiscer dans la vie intime de ces enfants. À la différence de *Children's Foundation*, l'entreprise en l'espèce comptait seulement deux employés, et était axée sur l'établissement de liens (de consultation) entre les membres, et non pas de liens (de subordination) avec des personnes en autorité.

#### Première étape: la jurisprudence

Comme le juge McLachlin le souligne, des délits différents peuvent soulever des questions différentes lorsqu'il s'agit de déterminer s'il peut y avoir responsabilité du fait d'autrui. Il est plus facile de rationaliser, par exemple, l'imputation de la responsabilité sans faute du fait d'autrui en raison de l'exécution négligente par l'employé du contrat de l'employeur, que d'imputer à l'employeur une responsabilité du fait d'autrui en raison d'un comportement criminel, comme une agression sexuelle, adopté par un employé pour son propre plaisir. La jurisprudence comprise dans la première étape de l'analyse devrait donc soulever des questions aussi semblables que possible à celles du présent pourvoi. Les tribunaux canadiens ont effectivement examiné une gamme de circonstances dans lesquelles on a cherché à tenir l'employeur responsable d'une agression sexuelle commise par un employé. Il est juste de dire que ces affaires témoignent d'une grande hésitation à imputer la responsabilité sans faute pour un comportement aussi personnel et répugnant de la part d'un employé. En l'espèce, le juge de première instance, qui ne bénéficiait pas des motifs du juge McLachlin dans l'affaire *Children's Foundation*, a estimé qu'il était inutile de procéder à une étude complète de la jurisprudence. Outre le jugement de première instance rendu dans *Children's Foundation*, il n'a cité que *Boothman c. Canada*, [1993] 3 C.F. 381 (1<sup>re</sup> inst.), une affaire de harcèlement en milieu de travail par un supérieur immédiat, et *The Queen c. Levy Brothers Co.*, [1961] R.C.S.

appeal, and *Children's Foundation* is a very different case on the facts.

(a) *The "Opportunity" Cases*

45

As McLachlin J. notes at para. 40 of *Children's Foundation*, "any employment can be seen to provide the causation of an employee's tort. Therefore, 'mere opportunity' to commit a tort, in the common 'but-for' understanding of that phrase, does not suffice" to impose no-fault liability (emphasis in original). The "janitor" cases, for example, illustrate that the creation of opportunity without job-created power over the victim or other link between the employment and the tort will seldom constitute the "strong connection" required to attract vicarious liability. In *E.D.G. v. Hammer*, [1998] B.C.J. No. 992 (QL) (S.C.), Vickers J. found there was no vicarious liability on a school board for the sexual assault committed by a janitor since "[a]ll that can be said to support a finding of vicarious liability is that Mr. Hammer was employed as a janitor at the school and his duties provided him with the opportunity to commit the wrongful acts" (para. 52). With regard to the policy considerations in such cases, Vickers J. expressed concern about courts encroaching on matters better left to the legislature (at para. 54):

The choice is whether to impose the burden of these damages on an innocent School Board as opposed to leaving them lie with the innocent victim. It is not a proper policy choice to impose on the court. If school boards are to become insurers for all of the actions of their employees then that is a policy choice that must be made by Members of the Legislative Assembly.

46

The Ontario Court of Appeal declined to impose vicarious liability in *Q. v. Minto Management Ltd.* (1985), 15 D.L.R. (4th) 581 (Ont. H.C.), aff'd (1986), 34 D.L.R. (4th) 767 (Ont. C.A.). In that

189, une affaire de vol de courrier par des employés de Postes Canada. Ni *Boothman* ni *Levy Brothers* ne clarifient grandement les problèmes particuliers que pose le présent pourvoi, et l'affaire *Children's Foundation* est très différente sur le plan des faits.

(a) *La jurisprudence relative à l'occasion fournie*

Comme le fait observer le juge McLachlin, au par. 40 de l'arrêt *Children's Foundation*, «tout emploi [. . .] fournit la relation de cause à effet du délit d'un employé. Par conséquent, la "simple occasion" de commettre un délit, au sens ordinaire de "n'eût été", ne suffit pas» pour imputer la responsabilité sans faute (souligné dans l'original). Les affaires de concierge, par exemple, montrent que la création d'une occasion ne comportant ni pouvoir sur la victime créé par l'emploi ni aucun autre lien entre l'emploi et le délit constitue rarement le «lien solide» requis pour déclencher la responsabilité du fait d'autrui. Dans *E.D.G. c. Hammer*, [1998] B.C.J. No. 992 (QL) (C.S.), le juge Vickers a conclu que la responsabilité du fait d'autrui d'un conseil scolaire n'était pas engagée en raison de l'agression sexuelle commise par son concierge, car [TRADUCTION] «[t]out ce qu'on peut dire pour étayer une conclusion de responsabilité du fait d'autrui est que M. Hammer travaillait comme concierge de l'école et que ses tâches lui ont fourni l'occasion de commettre les actes fautifs» (par. 52). En ce qui concerne les considérations de politique générale dans ces affaires, le juge Vickers a dit craindre que les tribunaux empiètent sur des questions qu'il appartient davantage au législateur de trancher (au par. 54):

[TRADUCTION] Il s'agit de choisir entre imposer le fardeau de ce préjudice à un conseil scolaire innocent, ou le laisser assumer par la victime innocente. Il ne s'agit pas d'un bon choix de politique générale à imposer au tribunal. Si les conseils scolaires doivent devenir assureurs de tous les actes de leurs employés, alors il s'agit d'un choix de politique générale qui doit être fait par les membres de l'assemblée législative.

La Cour d'appel de l'Ontario a refusé d'imputer la responsabilité du fait d'autrui dans *Q. c. Minto Management Ltd.* (1985), 15 D.L.R. (4th) 581 (H.C. Ont.), conf. par (1986), 34 D.L.R. (4th) 767

case a tenant was raped in her apartment by the landlord's employee. The employee had access through his employment to the master keys for the apartment building. Gray J. rejected the claim of vicarious liability against the landlord for the sexual assaults because he viewed the act of the employee as an independent act that was insufficiently related to the scope of employment. (Gray J. did, however, find that the landlord was negligent, and this finding afforded a basis of direct liability that was upheld by the Ontario Court of Appeal.)

Similarly, in *Goodwin c. Commission scolaire Laureval*, [1991] R.R.A. 673, 8 C.C.L.T. (2d) 267 (Que. S.C.), Forget J. found that a janitor of a school in that case had been told that if he let students into the locked school after hours, he was to follow them to ensure that they did not wander in the school without supervision. A young girl who had asked the janitor to use the washroom facilities at a time when the school was closed was subjected to an episode of sexual touching by the janitor. Forget J. found that the school board was not liable because even though the Board had conferred some child-related responsibilities (i.e., supervision to and from the washroom), the assault was insufficiently connected to the janitor's duty to supervise (at p. 679 R.R.A.):

[TRANSLATION] Applying these criteria, it becomes clear that Mr. Cheng was not acting in the performance of his duties when he engaged in the alleged conduct. What Mr. Cheng said and what he did were not in any way connected with a supervisory activity. The situation would be entirely different if, for example, the janitor had struck the children because they refused to leave the school or obey his instructions; but that is not the case.

A further level of complexity is added in cases where the enterprise provides not only the "bare opportunity", but adds a job-created excuse for intimate access to the individual who becomes the victim. In these cases the enterprise adds to a "mere" opportunity a mode of operation that

(C.A. Ont.). Dans cette affaire, une locataire avait été violée dans son appartement par l'employé du propriétaire. Grâce à son emploi, l'employé avait accès aux passe-partout de l'immeuble d'habitation. Le juge Gray a rejeté l'action en responsabilité du fait d'autrui intentée contre le propriétaire pour les agressions sexuelles commises, parce qu'il considérait que l'acte de l'employé était un acte indépendant non suffisamment lié à l'exercice de ses fonctions. (Le juge Gray a toutefois conclu que le propriétaire avait été négligent, et cette conclusion constituait un motif de responsabilité directe qui a été confirmé par la Cour d'appel de l'Ontario).

De même, dans *Goodwin c. Commission scolaire Laureval*, [1991] R.R.A. 673 (C.S. Qué.), le juge Forget a conclu que, dans cette affaire, le concierge d'une école avait été prévenu que s'il laissait entrer des élèves dans l'école fermée à clef après les heures d'ouverture, il devrait les suivre afin de s'assurer qu'ils n'y déambulent pas sans surveillance. Une jeune fille qui avait demandé au concierge de lui donner accès aux toilettes à un moment où l'école était fermée a subi un épisode d'attouchement sexuel de la part du concierge. Le juge Forget a décidé que le conseil scolaire n'était pas responsable, parce que même si celui-ci avait confié au concierge certaines responsabilités liées aux enfants (c.-à-d. la surveillance des enfants qui se rendaient aux toilettes et qui en sortaient), l'agression n'était pas suffisamment liée au rôle de surveillance du concierge (à la p. 679):

En appliquant ces critères, il devient évident que M. Cheng n'agissait pas dans l'exécution de ses fonctions au moment où il a posé le geste reproché. Les paroles prononcées par M. Cheng et le geste posé, n'avaient aucune relation avec une activité de surveillance. Il en serait tout autrement, par exemple, si le concierge avait frappé les enfants, puisqu'elles refusaient de quitter l'école ou d'obéir à ses directives; tel n'est pas le cas.

Le degré de complexité s'accroît quand l'entreprise fournit non seulement la «simple occasion», mais ajoute une excuse créée par l'emploi pour justifier un accès intime auprès de l'individu qui devient la victime. En pareil cas, l'entreprise ajoute à la «simple» occasion un mode de fonc-

facilitates access to the victim to commit the very type of tort that happened. This, however, has not been thought by Canadian courts a sufficiently “strong connection” to impose no-fault liability on the employer.

49 In *B. (J.-P.) v. Jacob* (1998), 166 D.L.R. (4th) 125, the New Brunswick Court of Appeal found that the hospital corporation was not vicariously liable when one of the male nurses in its employ sexually assaulted a sleeping patient. The assault took place during working hours. The court found that the male nurse had, through his employment, the opportunity to enter the room of the sleeping patient where he committed the assault, but these facts were not sufficient to find the employer vicariously liable.

50 In *Barrett v. The Ship “Arcadia”* (1977), 76 D.L.R. (3d) 535 (B.C.S.C.), an employee engaged as an officer’s steward by the defendant navigation shipping company dressed in a steward’s uniform and entered the stateroom of a passenger. The passenger had no reason to believe that he was not acting within the capacity of a passenger’s steward. Upon entering the room, the employee began sexually assaulting the passenger, who then ran out of the cabin to call for help. The court found that the defendant steamship company could not be held vicariously liable since the assault was “an act clearly separate and apart from, and unconnected with his employment as an officer’s steward” (p. 537).

51 While these cases did not have the benefit of the *Children’s Foundation* framework of analysis, they do illustrate the historical reluctance of judges in this country to fix employers with no-fault liability on the basis merely of job-created opportunity even where accompanied (as in the present appeal) by privileged access to the victim. In such cases it may be acknowledged that proximity and regular contact may afford a pool of potential

tionnement qui facilite l’accès auprès de la victime pour commettre le type même de délit qui est survenu. Cependant, les tribunaux canadiens n’ont pas cru que ce lien était suffisamment «solide» pour pouvoir imputer la responsabilité sans faute à l’employeur.

Dans *B. (J.-P.) c. Jacob* (1998), 166 D.L.R. (4th) 125, la Cour d’appel du Nouveau-Brunswick a décidé que la responsabilité du fait d’autrui de la corporation hospitalière n’était pas engagée en raison de l’agression sexuelle d’un patient endormi commise par un membre de son personnel infirmier. L’agression avait eu lieu pendant les heures de travail. La cour a conclu que l’infirmier avait, à cause de son emploi, eu l’occasion d’entrer dans la chambre du patient endormi où il avait commis l’agression, mais ces faits n’étaient pas suffisants pour déclarer l’employeur responsable du fait d’autrui.

Dans *Barrett c. The Ship «Arcadia»* (1977), 76 D.L.R. (3d) 535 (C.S.C.-B.), un employé embauché comme steward pour les officiers par la compagnie de transport maritime défenderesse avait revêtu un uniforme de steward et était entré dans la cabine d’une passagère. La passagère n’avait aucune raison de croire que l’employé n’agissait pas en qualité de steward pour les passagers. Après être entré dans la cabine, l’employé a commencé à agresser sexuellement la passagère, qui a alors quitté les lieux en courant pour aller chercher du secours. Le tribunal a conclu que la responsabilité du fait d’autrui de la compagnie de navigation défenderesse ne pouvait pas être engagée parce que l’agression était [TRADUCTION] «un acte clairement séparé et distinct de son emploi de steward pour les officiers et n’avait aucun lien avec cet emploi» (p. 537).

Bien que les tribunaux n’y aient pas bénéficié du cadre d’analyse établi dans *Children’s Foundation*, ces affaires montrent l’hésitation que les juges de notre pays ont eue, dans le passé, à imputer à l’employeur la responsabilité sans faute simplement en raison d’une occasion créée par l’emploi, même lorsque cette occasion était accompagnée (comme en l’espèce) d’un accès privilégié auprès de la victime. Dans de telles affaires, il est possible de

victims. Nevertheless, while each of the enterprises in the above cases foreseeably created risks that were not otherwise present, it was concluded (to put it in terms of the *Children's Foundation* analysis) that there was an insufficiently strong connection between the type of risk created and the actual assault that occurred to warrant imposition of no-fault liability.

The U.S. cases are generally to the same effect. In *Boykin v. District of Columbia*, 484 A.2d 560 (D.C. 1984), the Court of Appeals found that the District of Columbia public schools could not be held vicariously liable for a sexual assault on a blind, deaf and mute student by the coordinator of a program for blind and deaf students. "We do not believe that a sexual assault may be deemed a direct outgrowth of a school official's authorization to take a student by the hand or arm in guiding her past obstacles in the building" (p. 562). The employee's conduct was "utterly without relation to the service which he was employed to render" (p. 564). (I add, parenthetically, that the authority in the present case to "touch" a child by steadying his or her dismount from a piece of gym equipment or as part of a ball or hockey game, is no more related to a sexual assault than was the authority to take the blind child by the hand to guide her around obstacles in the building in the *Boykin* case.) In *Lourim v. Swensen*, 936 P.2d 1011 (Or. Ct. App. 1997), at p. 1015, the Oregon Court of Appeals reviewed many of the more recent cases of sexual assaults by employees and refused to find, as a matter of law, that the Boy Scouts of America could be held liable for sexual assaults committed by a scout leader. See also *Ciarochi v. Boy Scouts of America, Inc.*, Alaska Sup. Ct., Ketchikan Registry IKE-89-42 CI, August 6, 1990, where the trial court refused to impose vicarious

reconnaître que la proximité et les contacts réguliers peuvent fournir un bassin de victimes potentielles. Néanmoins, bien que chacune des entreprises dans les affaires susmentionnées ait créé des risques prévisibles qui n'auraient pas existé par ailleurs, il a été décidé (pour reprendre les termes de l'analyse de *Children's Foundation*) qu'il n'y avait pas de lien suffisamment solide entre le type de risque créé et l'agression réellement survenue pour justifier l'imputation d'une responsabilité sans faute.

La jurisprudence américaine va généralement dans le même sens. Dans *Boykin c. District of Columbia*, 484 A.2d 560 (D.C. 1984), la Court of Appeals a conclu que la responsabilité du fait d'autrui des écoles publiques du district de Columbia ne pouvait pas être engagée en raison de l'agression sexuelle d'une élève aveugle, sourde et muette par le coordonnateur d'un programme destiné aux élèves sourds et aveugles. [TRADUCTION] «Nous ne croyons pas qu'il soit possible de considérer qu'une agression sexuelle résulte directement de l'autorisation d'un responsable de l'école de prendre une élève par la main ou le bras pour la guider à travers les obstacles de l'édifice» (p. 562). La conduite de l'employé n'avait «absolument rien à voir avec les services pour lesquels il avait été embauché» (p. 564). (J'ajoute, incidemment, que le pouvoir dans la présente affaire de «toucher» un enfant en l'aidant à descendre d'un appareil de gymnastique ou en jouant une partie de balle ou de hockey, n'est pas plus lié à une agression sexuelle que ne l'était le pouvoir, dans l'affaire *Boykin*, de prendre une enfant aveugle par la main pour la guider à travers les obstacles de l'édifice.) Dans *Lourim c. Swensen*, 936 P.2d 1011 (Or. Ct. App. 1997), à la p. 1015, la Court of Appeals de l'Oregon a examiné un grand nombre des plus récentes décisions en matière d'agression sexuelle commise par un employé et a refusé de conclure, du point de vue juridique, que les Boy Scouts of America pouvaient être tenus responsables des agressions sexuelles commises par un chef scout. Voir également l'affaire *Ciarochi c. Boy Scouts of America, Inc.*, Cour supérieure de l'Alaska, greffe de Ketchikan IKE-89-42 CI, 6 août 1990, dans laquelle le tribunal de première instance a refusé



liability on the Boy Scouts of America for the sexual assaults committed by a scoutmaster.

(b) *The “Employer’s Aims” Cases*

53

It is difficult to think of a situation where sexual assault by an employee would advance the aims of the employer’s enterprise. For this reason, my colleague McLachlin J. considers the employer’s aims to be “of little significance” in the present appeal (at para. 15). It is, of course, true that generally it does not matter if an employee has not been acting in furtherance of the employer’s aims so long as there is a strong connection between the job and the tort, for example, where the employee is acting within the scope of his authority: *Lloyd v. Grace, Smith & Co.*, [1912] A.C. 716 (H.L.); *Lockhart v. Canadian Pacific Railway Co.*, [1941] S.C.R. 278; *W. W. Sales Ltd. v. City of Edmonton*, [1942] S.C.R. 467. However, if, as my colleague argues at para. 16, the respondent’s vicarious liability in this appeal is to be based on a type of “role modelling” inferred from the Club’s mission statement, it is only fair that the context of its aims and objectives also be taken into account. An employer’s aims do constitute part of the architecture of an enterprise, and provide some guidance as to what risks the employer reasonably believed it was introducing into the community, and thus the sort of broad risks it may reasonably have contemplated, and for which it may reasonably be held responsible. Moreover, if one is to approach the case law in a spirit of enquiry, the employers’ aims have traditionally been given prominence in the decided cases.

54

Much reliance was placed by the respondent on *McDonald v. Mombourquette* (1996), 152 N.S.R. (2d) 109 (C.A.) (leave to appeal refused, [1997] 2 S.C.R. xi), which involved a claim against the Roman Catholic & Episcopal Church Corporation for sexual assaults committed by one of its priests against the children of parishioners. The trial judge imposed vicarious liability on the Church primarily because he considered that the priest had been

d’imputer la responsabilité du fait d’autrui aux Boy Scouts of America en raison des agressions sexuelles commises par un chef scout.

b) *La jurisprudence relative aux objectifs de l’employeur*

Il est difficile de songer à une situation où l’agression sexuelle commise par un employé favoriserait la réalisation des objectifs de l’entreprise de l’employeur. Pour cette raison, ma collègue le juge McLachlin estime que les objectifs de l’employeur ont «peu d’importance» dans le présent pourvoi (au par. 15). Il est vrai naturellement qu’en général il est sans importance qu’un employé n’ait pas agi en vue de réaliser les objectifs de son employeur, pourvu qu’il existe un lien solide entre l’emploi et le délit, par exemple, lorsque l’employé agit conformément à ses pouvoirs: *Lloyd c. Grace, Smith & Co.*, [1912] A.C. 716 (H.L.); *Lockhart c. Canadian Pacific Railway Co.*, [1941] R.C.S. 278; *W. W. Sales Ltd. c. City of Edmonton*, [1942] R.C.S. 467. Toutefois, si, comme ma collègue l’affirme au par. 16, la responsabilité du fait d’autrui de l’intimé en l’espèce doit être fondée sur un genre de présentation de «modèles à imiter» inféré de l’énoncé de mandat du Club, il n’est que juste de tenir compte également du contexte de ses objectifs. Les objectifs de l’employeur font partie de la structure de l’entreprise et sont d’une certaine utilité pour identifier les risques que l’employeur croyait raisonnablement créer dans la collectivité, et ainsi le genre de risques généraux qu’il peut avoir raisonnablement prévus et dont il peut raisonnablement être tenu responsable. De plus, si elle doit être abordée dans un esprit investigateur, la jurisprudence a traditionnellement accordé de l’importance aux objectifs de l’employeur.

L’intimé s’est fondé considérablement sur l’arrêt *McDonald c. Mombourquette* (1996), 152 N.S.R. (2d) 109 (C.A.) (autorisation de pourvoi refusée, [1997] 2 R.C.S. xi), où il était question d’une action intentée contre la Roman Catholic & Episcopal Church Corporation («l’Église») pour des agressions sexuelles d’enfants de paroissiens commises par l’un de ses prêtres. Le juge de première instance a imputé la responsabilité du fait

placed by the employer in a position of trust and authority. The Nova Scotia Court of Appeal reversed, finding that the test “is not simply that an employee is placed in a position of trust and authority that provides the opportunity to do wrong. Applying that test employers would be liable for all wrongful acts of their employees” (pp. 116-17). The Court of Appeal ruled that the fact the Church had employed Mombourquette as a clergyman and authorized him to act in a privileged position was not sufficient to impose liability, particularly “where he acts criminally and totally contrary to the religious tenets which he has sworn to uphold” (p. 123). The Court of Appeal cited two U.S. cases where liability against religious institutions was denied on similar grounds for sexual assaults by clergymen (at p. 122): *Destefano v. Grabrian*, 763 P.2d 275 (Colo. 1988), and *Tichenor v. Roman Catholic Church of the Archdiocese of New Orleans*, 32 F.3d 953 (5th Cir. 1994). In *Tichenor* the Fifth Circuit court said: “It would be hard to imagine a more difficult argument than that [the priest’s] illicit sexual pursuits were somehow related to his duties as a priest or that they in any way furthered the interests of St. Rita’s, his employer” (p. 960). This is not to say that churches and other high-minded organizations will escape liability simply because of the nature of their teachings, but nevertheless, as stated, the antithetical nature of the crime has generally been thought a relevant factor to be considered in assessing the risks associated with the enterprise which the employer set out to introduce into the community. In *Milla v. Tamayo*, 232 Cal. Rptr. 685 (Ct. App. 1986), the court asserted, at p. 690: “It would defy every notion of logic and fairness to say that sexual activity between a priest and a parishioner is characteristic of the Archbishop of the Roman Catholic Church.” As stated by McLachlin J. in *Children’s Foundation* at para. 39, quoting Professor Fleming, *The Law of Torts* (9th ed. 1998), the Court is properly concerned with “the measure of risks that may fairly be

d’autrui à l’Église principalement parce qu’il considérait que l’employeur avait placé le prêtre dans une situation de confiance et de pouvoir. La Cour d’appel de la Nouvelle-Écosse a infirmé cette décision, en concluant que le critère [TRADUCTION] «n’est pas simplement le fait qu’un employé soit placé dans une situation de confiance et de pouvoir qui lui fournit l’occasion de commettre une faute. Si ce critère était appliqué, l’employeur serait responsable de tous les actes fautifs de ses employés» (pp. 116 et 117). La Cour d’appel a jugé que le fait que l’Église avait engagé Mombourquette à titre de membre du clergé et l’avait autorisé à agir dans une situation privilégiée n’était pas suffisant pour imputer la responsabilité, notamment [TRADUCTION] «quand il commet un acte criminel et agit tout à fait à l’opposé des préceptes religieux qu’il a juré de faire respecter» (p. 123). La Cour d’appel a cité deux décisions américaines dans lesquelles la responsabilité d’institutions religieuses a été rejetée pour des motifs analogues relativement à des agressions sexuelles commises par des membres du clergé (à la p. 122): *Destefano c. Grabrian*, 763 P.2d 275 (Colo. 1988), et *Tichenor c. Roman Catholic Church of the Archdiocese of New Orleans*, 32 F.3d 953 (5th Cir. 1994). Dans *Tichenor*, la Fifth Circuit Court a affirmé: [TRADUCTION] «Il serait difficile d’imaginer un argument plus difficile que celui selon lequel les visées sexuelles illicites [du prêtre] étaient liées d’une façon quelconque à ses fonctions de prêtre ou qu’elles servaient en quelque sorte les intérêts de St. Rita’s, son employeur» (p. 960). Cela ne revient pas à dire que les églises ou autres organismes aux nobles sentiments échapperont à toute responsabilité simplement en raison de la nature de leurs enseignements, mais néanmoins, comme nous l’avons vu, la nature antithétique du crime a généralement été considérée comme un facteur pertinent dont il faut tenir compte dans l’évaluation des risques liés à l’entreprise que l’employeur a voulu établir dans la collectivité. Dans *Milla c. Tamayo*, 232 Cal. Rptr. 685 (Ct. App. 1986), la cour a affirmé, à la p. 690: [TRADUCTION] «Affirmer que l’activité sexuelle entre un prêtre et un paroissien est typique à l’archevêque de l’Église catholique romaine défierait toute notion de logique et d’équité.» Comme le juge McLachlin l’a

regarded as typical of the enterprise in question” (emphasis added).

affirmé dans *Children’s Foundation*, au par. 39, en citant le professeur Fleming, *The Law of Torts* (9<sup>e</sup> éd. 1998), la Cour s’intéresse à bon droit aux [TRADUCTION] «risques qui peuvent être considérés à juste titre comme typiques à l’entreprise en cause» (je souligne).

55 Courts in many of the United States apply variants of the *Salmond* test for vicarious liability (much discussed in *Children’s Foundation*, particularly in the British Columbia Court of Appeal) and in that context have placed considerable emphasis on the antithesis between the employer’s aims and the employee’s personal agenda: see *Salmond and Heuston on the Law of Torts* (21st ed. 1996), at p. 443, which provides as follows:

Les tribunaux de nombreux États américains appliquent des variantes du critère *Salmond* relatif à la responsabilité du fait d’autrui (il en a beaucoup été question dans *Children’s Foundation*, particulièrement devant la Cour d’appel de la Colombie-Britannique) et insistent beaucoup, dans ce contexte, sur l’antithèse entre les objectifs de l’employeur et les projets personnels de l’employé: voir *Salmond and Heuston on the Law of Torts* (21<sup>e</sup> éd. 1996), à la p. 443:

A master is not responsible for a wrongful act done by his servant unless it is done in the course of his employment. It is deemed to be so done if it is either (1) a wrongful act authorised by the master, or (2) a wrongful and unauthorised mode of doing some act authorised by the master. . . . [A master] is liable even for acts which he has not authorised, provided they are so connected with acts which he has authorised that they may rightly be regarded as modes – although improper modes – of doing them. [Emphasis added.]

[TRADUCTION] L’employeur n’est responsable de l’acte fautif de son employé que si ce dernier l’a accompli dans l’exercice de ses fonctions. Il est réputé en être ainsi dans le cas (1) d’un acte fautif autorisé par l’employeur, ou (2) d’une façon fautive et non autorisée d’accomplir un acte autorisé par l’employeur [. . .] [L’employeur] est responsable même des actes qu’il n’a pas autorisés, pourvu qu’ils soient si étroitement liés aux actes qu’il a autorisés qu’ils peuvent être considérés à juste titre comme des façons, quoiqu’incorrectes, de les accomplir. [Je souligne.]

The *Salmond* test was endorsed by the Privy Council in *Canadian Pacific Railway Co. v. Lockhart*, [1942] A.C. 591, and by this Court in *W. W. Sales Ltd.*, *supra*. The *Salmond* approach is reflected in much of the U.S. jurisprudence, and this common legal foundation makes the U.S. decisions particularly interesting.

Le critère *Salmond* a été adopté par le Conseil privé dans *Canadian Pacific Railway Co. c. Lockhart*, [1942] A.C. 591, et par notre Cour dans *W. W. Sales Ltd.*, précité. La méthode *Salmond* se reflète dans une grande partie de la jurisprudence américaine, et ce fondement juridique commun rend cette jurisprudence particulièrement intéressante.

56 In *Big Brother/Big Sister of Metro Atlanta, Inc. v. Terrell*, 359 S.E.2d 241 (Ga. Ct. App. 1987), it was held that the organization could not be vicariously liable for sexual assaults committed by an accused volunteer: “While Hendricks may have been advancing Big Brother’s interest by spending time with Sheridan, he clearly abandoned Big Brother’s interest and pursued only his own when he sodomized the child” (p. 243). For other illustrations of the U.S. “independent purpose” doctrine, see e.g. *Rabon v. Guardsmark, Inc.*, 571 F.2d

Dans *Big Brother/Big Sister of Metro Atlanta, Inc. c. Terrell*, 359 S.E.2d 241 (Ga. Ct. App. 1987), il a été décidé que la responsabilité du fait d’autrui de l’organisme ne pouvait pas être engagée en raison des agressions sexuelles commises par le bénéficiaire accusé: [TRADUCTION] «Bien que Hendricks puisse avoir servi les intérêts de Big Brother en passant du temps avec Sheridan, il a manifestement délaissé les intérêts de Big Brother et agi dans son propre intérêt quand il a sodomisé l’enfant» (p. 243). Pour d’autres exemples de la théorie

1277 (4th Cir. 1978), where the plaintiff, who was the last person to leave the building she worked in at night, was assaulted by the security guard on duty. On appeal, the justices held: “The assault was to effect [the security guard’s] independent purpose, and it was not within the scope of his employment. The mere fact that the tort was committed at a time that [the guard] should have been about Guardsmark’s business and that it occurred at the place where [the guard] was directed to perform Guardsmark’s business does not alter these conclusions” (p. 1279). See also: *Webb by Harris v. Jewel Companies, Inc.*, 485 N.E.2d 409 (Ill. App. Ct. 1985) (vicarious liability denied where a security guard who had the power both to detain and to search suspected shoplifters detained and assaulted victim who was taken to an enclosed office for the purpose of searching her); *Doe v. Village of St. Joseph, Inc.*, 415 S.E.2d 56 (Ga. Ct. App. 1992), (vicarious liability denied where a recreational supervisor at a boarding school was alleged to have engaged in a “consensual” sexual relationship with a 13-year-old student); and *Noto v. St. Vincent’s Hospital and Medical Center of New York*, 537 N.Y.S.2d 446 (Sup. Ct. 1988) (hospital not vicariously liable for employing a psychiatrist who engaged in an “affair” with a patient who sought treatment for depression and drug and alcohol dependency).

Regard should be had in this connection to the decision of the English Court of Appeal in *S.T. v. North Yorkshire County Council*, [1999] I.R.L.R. 98 (whose reasoning is criticized in *Children’s Foundation*, at para. 23, for undue emphasis on semantics). In that case, on a school trip to Spain, S.T., who suffered from epilepsy and a mental handicap, shared a room with the deputy headmaster employed by the Council. S.T. required nocturnal supervision in case seizures occurred. During the night, the deputy headmaster sexually assaulted S.T. The trial judge, applying the second branch of the *Salmond* test, concluded that “the acts of the

américaine de «l’objectif indépendant», voir, par exemple *Rabon c. Guardsmark, Inc.*, 571 F.2d 1277 (4th Cir. 1978), où la demanderesse, qui était la dernière personne à quitter l’édifice dans lequel elle travaillait le soir, avait été agressée par l’agent de sécurité qui était de service. En appel, les juges ont conclu: [TRADUCTION] «L’agression avait pour but de réaliser l’objectif indépendant [de l’agent de sécurité] et n’entraînait pas dans l’exercice de ses fonctions. Le seul fait que le délit a été commis à un moment où [l’agent] aurait dû vaquer aux affaires de Guardsmark et qu’il est survenu là où [l’agent] devait accomplir les tâches de Guardsmark ne change rien à ces conclusions» (p. 1279). Voir également *Webb by Harris c. Jewel Companies, Inc.*, 485 N.E.2d 409 (Ill. App. Ct. 1985) (responsabilité du fait d’autrui refusée dans une affaire où un agent de sécurité habilité à détenir et à fouiller des gens soupçonnés de vol à l’étalage avait détenu et agressé la victime qu’il avait amenée dans un bureau fermé dans le but de la fouiller), *Doe c. Village of St. Joseph, Inc.*, 415 S.E.2d 56 (Ga. Ct. App. 1992), (responsabilité du fait d’autrui refusée dans une affaire où il était allégué qu’un surveillant d’activités récréatives dans un pensionnat avait eu des relations sexuelles «consensuelles» avec une élève de 13 ans), et *Noto c. St. Vincent’s Hospital and Medical Center of New York*, 537 N.Y.S.2d 446 (Sup. Ct. 1988) (la responsabilité du fait d’autrui de l’hôpital n’était pas engagée en raison de l’embauche d’un psychiatre qui a eu une aventure avec une patiente qui se faisait traiter pour une dépression et pour une dépendance à la drogue et à l’alcool).

Il y a lieu, à cet égard, de tenir compte de l’arrêt de la Cour d’appel d’Angleterre *S.T. c. North Yorkshire County Council*, [1999] I.R.L.R. 98 (dont le raisonnement est critiqué dans *Children’s Foundation*, au par. 23, pour avoir trop mis l’accent sur la sémantique). Dans cette affaire, au cours d’une sortie scolaire en Espagne, S.T., qui souffrait d’épilepsie et de déficience intellectuelle, partageait une chambre avec le directeur d’école adjoint employé par le conseil. S.T. avait besoin de surveillance nocturne au cas où il serait pris d’une crise d’épilepsie. Pendant la nuit, le directeur d’école adjoint a agressé sexuellement S.T.

deputy head were so connected with his authorised responsibilities that they can be regarded as modes, albeit improper modes, of performing his authorised duties” (para. 5). The Court of Appeal reversed. None of the members of the court were prepared to impose vicarious liability on the Council. Butler-Sloss L.J. found the deputy headmaster’s conduct “a negation of the duty of the council to look after children for whom it was responsible” (para. 18). As McLachlin J. points out in *Children’s Foundation*, the reasoning in *S.T.* presents difficulties.

(c) *Cases of Risks Inherent and Foreseeable in the Nature of the Employer’s Enterprise*

58

It may be thought that in many of the cases mentioned above, the employer’s enterprise had created a “risk” that went beyond the mere creation of an initial opportunity for the assailant to encounter his victims, yet vicarious liability was denied. In terms of the *Children’s Foundation* analysis, the courts were not persuaded that the connection between the job-creating enterprise and the sexual assault was sufficiently close or “strong” to impose no-fault liability on the employer. The result has been otherwise, and the employer held vicariously liable, in cases where the “strong connection” was enhanced by a combination of job-created power and job-created intimacy. Power and intimacy, of course, are hallmarks of a parenting relationship. It was the job-created parent-like relationship that attracted vicarious liability in *Children’s Foundation*. It is the same potent combination that explains numerous other decisions in this country and in the United States. In *A. (C.) v. Critchley* (1998), 166 D.L.R. (4th) 475, the British Columbia Court of Appeal upheld a trial decision finding the Crown liable vicariously as a result of sexual assaults committed by Critchley, the operator of a wilderness group home, on male youths at the facility. Some question arose as to whether Critchley could be considered an employee or an independent contractor, but the court found that it

Applicant le deuxième volet du critère *Salmond*, le juge de première instance a conclu que [TRADUCTION] «les actes du directeur adjoint étaient si étroitement liés à ses responsabilités autorisées qu’ils pouvaient être considérés comme des façons, quoiqu’incorrectes, d’accomplir ses tâches autorisées» (par. 5). La Cour d’appel a infirmé cette décision. Aucun des membres de la cour n’était disposé à imputer la responsabilité du fait d’autrui au conseil. Le lord juge Butler-Sloss a conclu que la conduite du directeur d’école adjoint était [TRADUCTION] «une négation du devoir du conseil de veiller sur des enfants dont il était responsable» (par. 18). Comme le juge McLachlin le souligne dans *Children’s Foundation*, le raisonnement de l’arrêt *S.T.* pose des difficultés.

c) *La jurisprudence relative aux risques inhérents et prévisibles compte tenu de la nature de l’entreprise de l’employeur*

On peut penser que, dans bien des affaires susmentionnées, l’entreprise de l’employeur avait engendré un «risque» qui allait au-delà la simple création d’une première occasion pour l’agresseur de rencontrer ses victimes, et pourtant la responsabilité du fait d’autrui a été refusée. En ce qui concerne l’analyse de *Children’s Foundation*, les tribunaux n’étaient pas convaincus que le lien entre l’entreprise créatrice de l’emploi et l’agression sexuelle était suffisamment étroit ou «solide» pour pouvoir imputer la responsabilité sans faute à l’employeur. Le résultat a été différent, et l’employeur a été tenu responsable du fait d’autrui, dans des affaires où le «lien solide» était accentué par une combinaison de pouvoir et d’intimité créés par l’emploi. Le pouvoir et l’intimité sont évidemment la marque d’une relation parentale. C’est la relation tenant du rôle parental créée par l’emploi qui a donné lieu à la responsabilité du fait d’autrui dans *Children’s Foundation*. C’est cette même combinaison puissante qui explique beaucoup d’autres décisions dans notre pays et aux États-Unis. Dans *A. (C.) c. Critchley* (1998), 166 D.L.R. (4th) 475, la Cour d’appel de la Colombie-Britannique a confirmé une décision de première instance qui tenait l’État responsable du fait d’autrui en raison des agressions sexuelles commises par Critchley, l’exploitant d’un foyer collectif de

is the true nature of the relationship, not the traditional classification, that is determinative. The court found the Crown vicariously liable because the Crown conferred “virtual 24-hour-a-day parental authority over the residents” (p. 506) and viewed Critchley as having essentially a “surrogate parent” relationship with the victims (p. 506).

In *D.C.B. v. Boulianne*, [1996] B.C.J. No. 2183 (QL) (S.C.), Clancy J. held that the Nanaimo Indian Band was not vicariously liable for a sexual assault by Boulianne, a drug counsellor in its employ, on a woman he was counselling. The case shows a similar pattern of predatory ingratiating to the present one. Clancy J. concluded, at para. 56:

Mr. Boulianne could be said to have cultivated the affections of Ms. B in the same time frame within which he provided counselling services. That seems to me to be a tenuous basis on which to found liability. What is lacking is a connection between the counselling and the growing affection between the parties. The evidence does not support the suggestion that there was a deliberate cultivation of Ms. B. It seems more likely that in the course of meeting her Mr. Boulianne became attracted and acted upon that attraction. The same result could have occurred in any relationship which put the parties in each other's company.

In *B. (K.L.) v. British Columbia* (1998), 51 B.C.L.R. (3d) 1 (S.C.), Dillon J. found that the Crown was vicariously liable for the damage caused by the wrongful behaviour of foster parents towards children in their care. Although the foster parents were not alleged to have sexually assaulted the young children, it was contended that the foster parents had abused and neglected the children. Dillon J. found that, in addition to direct liability for breach of fiduciary duty and negligence, the Crown was vicariously liable for the actions of the

pleine nature, sur des jeunes hommes qui avaient été placés dans ce foyer. Certaines questions se sont posées quant à savoir si Critchley pouvait être considéré comme un employé ou comme un entrepreneur indépendant, mais la cour a conclu que c'est la nature véritable de la relation qui est déterminante et non pas la classification traditionnelle. La cour a tenu l'État responsable du fait d'autrui parce qu'il avait conféré [TRADUCTION] «une autorité parentale de presque 24 heures par jour sur les résidents» (p. 506), et a considéré que Critchley avait essentiellement une relation de «parent de substitution» avec les victimes (p. 506).

Dans *D.C.B. c. Boulianne*, [1996] B.C.J. No. 2183 (QL) (C.S.), le juge Clancy a conclu que la responsabilité du fait d'autrui de la bande indienne de Nanaimo n'était pas engagée en raison de l'agression sexuelle commise par Boulianne, un conseiller en toxicomanie qui travaillait pour elle, sur une femme qu'il conseillait. Dans cette affaire, le procédé est semblable à celui utilisé en l'espèce: c'est celui d'un prédateur qui cherche à gagner la confiance de quelqu'un. Le juge Clancy a conclu, au par. 56:

[TRADUCTION] On pourrait dire que M. Boulianne a cultivé l'affection de M<sup>me</sup> B en même temps qu'il lui procurait des services de consultation. Cela me semble être un faible motif de conclure à la responsabilité. Il manque un lien entre la consultation et l'affection grandissante entre les parties. La preuve n'étaye pas l'idée que l'affection de M<sup>me</sup> B a été cultivée délibérément. Il semble plus probable que, dans le cadre des rencontres avec cette dernière, M. Boulianne a été attiré par elle et a agi conformément à cette attirance. Le même résultat aurait été possible dans n'importe quelle relation qui aurait placé les parties en compagnie l'une de l'autre.

Dans *B. (K.L.) c. British Columbia* (1998), 51 B.C.L.R. (3d) 1 (C.S.), le juge Dillon a décidé que la responsabilité du fait d'autrui de l'État était engagée en raison du préjudice causé par le comportement fautif des parents d'une famille d'accueil envers des enfants confiés à leurs soins. Malgré l'absence d'allégation que les parents de la famille d'accueil avaient agressé sexuellement les jeunes enfants, on prétendait qu'ils les avaient maltraités et négligés. Le juge Dillon a conclu que, outre sa responsabilité directe pour manquement à

59

60

foster parents within the Crown's control because of the job-related conferral of parental authority (see p. 41).

une obligation fiduciaire et pour négligence, la responsabilité du fait d'autrui de l'État était engagée en raison des actes accomplis par les parents de la famille d'accueil dont il était responsable à cause de l'attribution d'autorité parentale reliée à l'emploi (voir p. 41).

61 In *B. (W.R.) v. Plint* (1998), 161 D.L.R. (4th) 538 (B.C.S.C.), the plaintiffs claimed against the United Church of Canada and the federal government as a result of sexual assaults committed against them at the Alberni Indian Residential School by a dormitory supervisor. Brenner J. found that Plint, as dormitory supervisor, had the authority of a parent conferred upon him as he "in all respects functioned as their parent" (p. 545). Both the Church and the federal government were held to be vicariously liable.

Dans *B. (W.R.) c. Plint* (1998), 161 D.L.R. (4th) 538 (C.S.C.-B.), les demandeurs poursuivaient l'Église unie du Canada et le gouvernement fédéral pour les agressions sexuelles dont ils avaient été victimes de la part d'un surveillant de dortoir de l'Alberni Indian Residential School. Le juge Brenner a décidé que Plint, en sa qualité de surveillant de dortoir, exerçait une autorité parentale du fait qu'il [TRADUCTION] «agissait à tous les égards comme leur parent» (p. 545). L'Église et le gouvernement fédéral ont tous les deux été tenus responsables du fait d'autrui.

62 In *K. (W.) v. Pornbacher* (1997), 32 B.C.L.R. (3d) 360 (S.C.), Quijano J. held the Catholic Church to be both negligent and vicariously liable for sexual assaults committed by a priest, based on his view that the appropriate test was "whether Paul Pornbacher was to be involved in the care or nurturing of children in the course of his employment" (p. 380).

Dans *K. (W.) c. Pornbacher* (1997), 32 B.C.L.R. (3d) 360 (C.S.), le juge Quijano a conclu que l'Église catholique avait fait preuve de négligence et était responsable du fait d'autrui en raison des agressions sexuelles commises par un prêtre, parce qu'il était d'avis que le critère approprié était [TRADUCTION] «de savoir si Paul Pornbacher devait prendre part à la garde ou à l'éducation d'enfants dans l'exercice de ses fonctions» (p. 380).

63 The U.S. cases exhibit a similar judicial consensus that the combination of power plus intimacy creates a strong connection between the enterprise and the sexual assault. In *Doe v. Samaritan Counseling Center*, 791 P.2d 344 (Alaska 1990), a counsellor at the Center engaged in sexual activity with the plaintiff, which arose out of the counsellor's handling of the "transference phenomenon", described as a "parent-dependent relationship" (p. 345). The sexual activity was characterized as incidental to the therapy, and the employer was held vicariously liable. This result is consistent with the *Children's Foundation* analysis that employers who place employees in a parental-type

La jurisprudence américaine témoigne d'un consensus judiciaire semblable selon lequel la combinaison de pouvoir et d'intimité crée un lien solide entre l'entreprise et l'agression sexuelle. Dans *Doe c. Samaritan Counseling Center*, 791 P.2d 344 (Alaska 1990), un conseiller du centre s'était livré à des activités sexuelles avec la demanderesse, qui résultaient de la façon dont il avait traité le [TRADUCTION] «phénomène du transfert», décrit comme une «relation de dépendance de type parental» (p. 345). Ces activités sexuelles ont été considérées comme ayant été occasionnées par la thérapie, et l'employeur a été tenu responsable du fait d'autrui. Ce résultat est compatible avec l'analyse de *Children's Foundation*, selon laquelle la responsabilité du fait d'autrui de l'employeur qui place un employé dans une relation de type parental est plus susceptible d'être engagée en

relationship will be more likely to be held vicariously liable for the employee's sexual assaults.

I would not want to be taken as suggesting that creation of a parent-type relationship constitutes a precondition to vicarious liability in child abuse cases. However, not only do the "parental" cases have a particular relevance to the facts of this appeal, they show how high the courts have set the bar before imposing no-fault liability. I think Huddart J.A. was correct in this case in the B.C. Court of Appeal to emphasize job-created power as the most relevant source of "connectedness" (p. 7) to the present appeal. Of course, other power relationships have also been held to supply the necessary "strong connection" in different fact situations. In the United States, the cases suggest that job-created authority is sufficient, for example, if it could be expected to intimidate a reasonable individual in the shoes of the victim. Thus the Supreme Court of California dealt with police power in *Mary M. v. City of Los Angeles*, 814 P.2d 1341 (1991). The majority of that court, sitting *en banc*, found the City of Los Angeles to be liable for the rape of a motorist by a police officer. The majority concluded, in terms of the *Salmond* test, that the rape had occurred in "the course of employment". A police officer, in uniform, found a motorist impaired while driving, and instead of taking her to the police station, he took her to her house and raped her. He was convicted and sent to prison. The issue was whether his employer should be held vicariously liable to provide financial compensation. The majority of the court found that in view of the significant power and authority granted to the officer by the City, which included the power to detain persons at gunpoint, place them in handcuffs, remove them from their residences, frisk them, and even use deadly force, "it is neither startling nor unexpected that on occasion an officer will misuse that authority by engaging in assaultive conduct" (p. 1350). In other words, the manifest power inherent in the job-created role of police officer made the employer liable for its abuse. By contrast, the job-created power of a high school teacher over his pupil was considered by the same court to be insufficient to impose vicarious liability in *John R. v. Oakland Unified School*

raison des agressions sexuelles commises par cet employé.

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



*District*, 769 P.2d 948 (Cal. 1989), discussed below.

inattendu qu'un policier abuse parfois de ce pouvoir en adoptant un comportement violent» (p. 1350). Autrement dit, le pouvoir manifeste, inhérent au rôle de policier créé par l'emploi, rendait l'employeur responsable de l'abus qui en avait été fait. Par contre, dans l'affaire *John R. c. Oakland Unified School District*, 769 P.2d 948 (Cal. 1989), analysée plus loin, le même tribunal a jugé que le pouvoir, créé par l'emploi, qu'un professeur d'école secondaire exerçait sur son élève était insuffisant pour imputer la responsabilité du fait d'autrui.

#### Conclusion on the Stage 1 Analysis of the Case Law

#### Conclusion sur la première étape consistant à analyser la jurisprudence

65 It is as important on this subject as elsewhere to look at what courts do, and not merely at what they say. Courts and commentators have acknowledged that the modern articulation of rules governing vicarious liability is largely an attempt to rationalize or explain the existing case law. As noted by La Forest J. in *London Drugs Ltd. v. Kuehne & Nagel International Ltd.*, [1992] 3 S.C.R. 299, at p. 336, this articulation is “an attempt by the law to give some formal, technical explanation of why the law imposes vicarious liability”. Adoption by this Court of the “enterprise risk” theory in *Children's Foundation* was an effort to explain the existing case law, not to provide a basis for its rejection.

Il est important aussi bien à ce sujet qu'à d'autres égards d'examiner ce que les tribunaux font, et non seulement ce qu'ils disent. Des tribunaux et des commentateurs ont reconnu que la formulation moderne des règles qui régissent la responsabilité du fait d'autrui est en grande partie une tentative de rationaliser ou d'expliquer la jurisprudence existante. Comme l'a souligné le juge La Forest, dans *London Drugs Ltd. c. Kuehne & Nagel International Ltd.*, [1992] 3 R.C.S. 299, à la p. 336, cette formulation est «une tentative, en droit, d'expliquer d'une façon formelle et technique pourquoi la responsabilité du fait d'autrui existe en droit». L'adoption par notre Cour de la théorie du «risque d'entreprise» dans *Children's Foundation* était une tentative d'expliquer la jurisprudence existante, et non de donner un motif de la rejeter.

66 Unless we seek to overrule rather than explain the existing law, I conclude as a result of the first step of the *Children's Foundation* analysis that the existing case law does not support the imposition of vicarious no-fault liability on the respondent in this appeal.

À moins que nous cherchions à écarter le droit existant au lieu de l'expliquer, je conclus, à la suite de la première étape de l'analyse de *Children's Foundation*, que la jurisprudence existante ne favorise pas l'imputation à l'intimé de la responsabilité sans faute du fait d'autrui dans le présent pourvoi.

#### Stage 2: Consideration of Policy

#### Deuxième étape: les considérations de politique générale

67 The “enterprise risk” rationale holds the employer vicariously responsible because, however innocently, it introduced the seeds of the

Selon le raisonnement du «risque d'entreprise», l'employeur est responsable du fait d'autrui parce que, quoiqu'innocemment, il est à l'origine d'un

potential problem into the community, or aggravated the risks that were already there, but only if its enterprise *materially* increased the risk of the harm that happened. Once materiality is established under the “strong connection” test, the imposition of no-fault liability is justified under the second phase of the analysis, as set out in *Children’s Foundation* (para. 41) by policy considerations, including in particular:

- (a) Compensation; and
- (b) Deterrence.

These policy considerations have to be balanced with a measure of fairness to the employer and adherence to legal principle because standing on their own these particular policies will generally favour vicarious liability, i.e., a solvent employer will almost always be in a better position to provide effective compensation to an assault victim than the assailant, and the higher the likelihood of financial liability on the employer, generally speaking, the more potent the deterrent. These pro-liability policies have therefore been restrained historically by a recognition that competing social objectives also have to be weighed in the balance. Professor Fleming, for example, explains that initially the common law held employers generally liable for all of the torts of their employees, a position that was abandoned in response to the forces of economic change and the explosion of commerce that followed the industrial revolution (Fleming, *supra*, at p. 409).

The Court made it clear in *Children’s Foundation* (at paras. 47 *et seq.*) that there is no exemption from the ordinary rules of vicarious liability for non-profit organizations. Immunity from direct or vicarious liability is a matter for legislative consideration (see generally R. Flannigan, “The Liability Structure of Nonprofit Associations: Tort and Fiduciary Liability Assignments” (1998), 77 *Can. Bar Rev.* 73, at p. 90). It is nevertheless relevant to point out to those who contend for an expansion of no-fault liability based on policies of compensation

problème potentiel dans la collectivité, ou a accru les risques qui y existaient déjà, mais seulement si son entreprise a *sensiblement* accru le risque du préjudice qui a été causé. Une fois qu’il est établi qu’il y a eu accroissement sensible du risque selon le critère du «lien solide», l’imputation de la responsabilité sans faute est justifiée, en vertu de la deuxième étape de l’analyse énoncée dans *Children’s Foundation* (par. 41), par des considérations de politique générale, comprenant notamment:

- a) l’indemnisation, et
- b) la dissuasion.

Ces considérations de politique générale doivent être pondérées par une certaine mesure d’équité pour l’employeur et d’adhésion aux principes juridiques parce que, à elles seules, ces politiques particulières favorisent généralement l’imputation de la responsabilité du fait d’autrui, c.-à.-d., un employeur solvable sera presque toujours plus en mesure que l’agresseur de verser une indemnité efficace à une victime d’agression, et, en général, plus la probabilité de responsabilité financière de l’employeur est élevée, plus la dissuasion est puissante. L’application de ces politiques en faveur de la responsabilité a donc, par le passé, été restreinte par la reconnaissance qu’il faut également tenir compte des objectifs sociaux opposés. Le professeur Fleming explique, par exemple, qu’au début la common law tenait l’employeur généralement responsable de tous les délits de son employé, un point de vue qui a été abandonné en raison des forces de changement économique et de l’explosion du commerce qui a suivi la révolution industrielle (Fleming, *op. cit.*, à la p. 409).

Notre Cour a clairement dit dans *Children’s Foundation* (aux par. 47 et suiv.) que les organismes sans but lucratif ne sont pas exemptés de l’application des règles ordinaires de la responsabilité du fait d’autrui. L’exonération de responsabilité directe ou du fait d’autrui est une question qu’il appartient au législateur d’examiner (voir, de manière générale, R. Flannigan, «The Liability Structure of Nonprofit Associations: Tort and Fiduciary Liability Assignments» (1998), 77 *R. du B. can.* 73, à la p. 90). Il est cependant utile de sou-

and deterrence that imposition of no-fault liability does not necessarily achieve a comparable result when applied to non-profit organizations as it does when applied to commercial organizations. If the objectives of effective compensation and deterrence are not advanced to the same extent or in the same way, these differences in function or performance undercut the argument for expansion and may indeed call for a measure of judicial restraint.

(a) *Compensation*

69 As stated by McLachlin J. in *Children's Foundation* (at para. 30), the law seeks "to provide a just and practical remedy to people who suffer as a consequence of wrongs perpetrated by an employee". Vicarious liability is thus seen as a no-fault mechanism for spreading the loss over the customer base of the employer on the theory that "a person who employs others to advance his own economic interest should in fairness be placed under a corresponding liability for losses incurred in the course of the enterprise" (*per* McLachlin J., at para. 30, quoting Fleming, *supra*, at p. 410). In *London Drugs*, *supra*, La Forest J. observed that "[v]icarious liability has the broader function of transferring to the enterprise itself the risks created by the activity performed by its agents" (p. 339).

70 Some commentators have less elegantly characterized this aspect of public policy as primarily a search for deep pockets (*Critchley, supra, per* McEachern C.J.B.C., at p. 506; G. H. L. Fridman, *The Law of Torts in Canada* (1990), vol. 2, at pp. 315-16; P. S. Atiyah, *Vicarious Liability in the Law of Torts* (1967), at p. 22; T. Baty, *Vicarious Liability* (1916), at p. 154). As Professor Fridman states (at pp. 315-16):

ligner, à ceux qui préconisent un élargissement de la responsabilité sans faute basée sur des politiques d'indemnisation et de dissuasion, que l'imputation de responsabilité sans faute ne permet pas nécessairement d'atteindre un résultat comparable selon qu'il s'agit d'organismes sans but lucratif ou d'organismes commerciaux. Si la réalisation des objectifs d'indemnisation et de dissuasion efficaces n'est pas favorisée dans la même mesure ni de la même façon, ces différences de rôle ou de rendement mineront l'argument en faveur de l'élargissement et pourront, en fait, commander une certaine retenue judiciaire.

a) *L'indemnisation*

Comme l'a affirmé le juge McLachlin dans *Children's Foundation* (au par. 30), le droit cherche à «fournir un recours juste et pratique aux gens qui subissent les conséquences des fautes d'un employé». La responsabilité du fait d'autrui est donc perçue comme un moyen non fondé sur la faute de répartir la perte entre les clients de l'employeur, en fonction de la théorie selon laquelle [TRADUCTION] «la personne qui emploie d'autres personnes pour promouvoir ses propres intérêts financiers devrait, en toute équité, se voir imputer une responsabilité correspondante pour les pertes causées dans le cadre de l'exploitation de son entreprise» (le juge McLachlin, au par. 30, citant Fleming, *op. cit.*, à la p. 410). Dans *London Drugs*, précité, le juge La Forest a fait observer que «[l]a responsabilité du fait d'autrui a pour fonction plus générale de transférer à l'entreprise elle-même les risques créés par l'activité à laquelle se livrent ses mandataires» (p. 339).

Certains commentateurs ont qualifié, de façon moins élégante, cet aspect de politique générale comme étant avant tout une recherche de bourses bien garnies (*Critchley, précité, le juge en chef* McEachern, à la p. 506; G. H. L. Fridman, *The Law of Torts in Canada* (1990), vol. 2, aux pp. 315 et 316; P. S. Atiyah, *Vicarious Liability in the Law of Torts* (1967), à la p. 22; T. Baty, *Vicarious Liability* (1916), à la p. 154). Comme le professeur Fridman l'affirme (aux pp. 315 et 316):

In truth, however, as some judges have recognised and accepted, the reason why vicarious liability has been incorporated into the law of torts, when, generally speaking, it has not been accepted in the criminal law, is because the purpose of the law of tort, in contrast with that of the criminal law, is compensation, not punishment; therefore, it is desirable that the plaintiff should be able to make liable someone who is financially capable of satisfying a money judgment awarded the plaintiff in respect of his injuries or loss.

The same point is made in different words by Professor Atiyah (at p. 22): “Accordingly if the victims of torts are to be compensated for their losses this must, in general, be done by finding someone other than the actual tortfeasor on whom liability is to be imposed.”

The “strong connection” test limits the ability of a court to reach into an employer’s deep pocket simply because it is there. In the case of a non-profit corporation such as the respondent, however, there is the further reality that the employer does not operate in a market environment and has little or no ability to absorb the cost of such no-fault liability by raising prices to consumers in the usual way to spread the true cost of “doing business”. It has no efficient mechanism to “internalize” the cost. This is not to say that such employers should escape vicarious liability on that account. Nor is it to suggest that ability to pay is a necessary precondition to the imposition of such liability. It is simply to suggest that the Court would be hard pressed to enlarge no-fault liability in this appeal based on a particular policy justification that has little or no application to the broad category of non-profit “enterprise” that we have here under consideration.

(b) *Deterrence*

Deterrence is another key policy reason supporting vicarious liability, yet it too has to be assessed with some sensitivity to context, including the

[TRADUCTION] En vérité, cependant, comme certains juges l’ont reconnu et accepté, la raison pour laquelle la responsabilité du fait d’autrui a été insérée dans le droit de la responsabilité délictuelle, alors qu’en général elle n’a pas été acceptée en droit criminel, est que le droit de la responsabilité délictuelle, contrairement au droit criminel, a pour objet d’indemniser et non pas de punir; par conséquent, il est souhaitable que le demandeur puisse tenir responsable quelqu’un qui est financièrement capable de payer le montant accordé dans un jugement rendu en sa faveur relativement aux blessures ou à la perte qu’il a subies.

Le professeur Atiyah fait la même remarque, mais en des termes différents (à la p. 22): [TRADUCTION] «En conséquence, si la victime d’un délit doit être indemnisée de la perte qu’elle a subie, cela doit, en général, se faire en imputant la responsabilité à quelqu’un d’autre que l’auteur véritable du délit.»

Le critère du «lien solide» limite la capacité d’un tribunal de mettre la main sur la bourse bien garnie d’un employeur simplement parce que c’est là qu’elle se trouve. Toutefois, dans le cas d’une société sans but lucratif comme l’intimé, il y a également le fait que l’employeur n’œuvre pas dans un environnement de marché et qu’il est peu ou n’est pas du tout en mesure d’éponger le coût d’une telle responsabilité sans faute en augmentant les prix aux consommateurs de la façon habituelle pour répartir le coût réel de l’exploitation de son entreprise. Une telle société n’a aucun moyen efficace d’assumer ce coût. Cela ne revient pas à dire que de tels employeurs devraient échapper à la responsabilité du fait d’autrui pour ce motif, ni à laisser entendre que la capacité de payer est une condition préalable nécessaire de l’imputation d’une telle responsabilité. Cela signifie simplement que notre Cour aurait beaucoup de mal, en l’espèce, à élargir la responsabilité sans faute pour une raison de principe particulière qui s’applique peu ou ne s’applique pas du tout à la vaste catégorie d’«entreprises» sans but lucratif qui fait ici l’objet de notre examen.

b) *La dissuasion*

La dissuasion est une autre raison de politique principale qui justifie la responsabilité du fait d’autrui, quoiqu’elle doive également être évaluée

nature of the conduct sought to be deterred, the nature of the liability sought to be imposed, and the type of enterprise sought to be rendered liable.

jusqu'à un certain point en fonction du contexte, dont la nature de la conduite que l'on cherche à dissuader d'adopter, la nature de la responsabilité que l'on cherche à imputer, et le type d'entreprise que l'on cherche à tenir responsable.

73

As to the nature of the conduct, an employee who commits a sexual assault is committing a crime. Society has already placed a high deterrence factor on such conduct: the tortfeasor can face up to ten years in jail for sexual assaults (*Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 271). There may be little an employer can do in reality to deter such conduct in its employees if the possibility of ten years in jail is not sufficient. Jahnke J. made this point in *Ciarochi*, *supra*, at p. 22:

En ce qui concerne la nature de la conduite, l'employé qui commet une agression sexuelle commet un crime. La société a déjà prévu un bon moyen de dissuader d'adopter une telle conduite: l'auteur d'une agression sexuelle est passible d'un emprisonnement maximal de dix ans (*Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 271). Il se peut qu'en réalité un employeur ne soit pas très en mesure de dissuader ses employés d'adopter une telle conduite si la possibilité de dix ans d'emprisonnement n'est pas suffisante. Le juge Jahnke a fait la remarque suivante dans *Ciarochi*, précité, à la p. 22:

It is difficult if not impossible for an enterprise to structure inducements and precautions to deter sexually inappropriate conduct toward children. While a business enterprise and its employees might foresee a physical altercation or a safety violation on the shop floor and negotiate means to deal with it, including inspections, procedures, risk sharing, and personnel actions, the sexual abuse of children by caregivers is rarely foreseen and is always surreptitious. Conventional incentives and disincentives used by enterprises simply do not work to deter compulsive sexual misconduct.

[TRANSDUCTION] Il est difficile, voire impossible, pour une entreprise de prendre des mesures incitatives et des précautions pour prévenir tout comportement sexuel incorrect envers des enfants. Bien qu'une entreprise commerciale et ses employés puissent prévoir une altercation physique ou un manquement à la sécurité dans une usine et négocier des moyens de s'en occuper, y compris les inspections, les procédures, le partage du risque et les actions personnelles, l'agression sexuelle d'un enfant par une personne qui en prend soin est rarement prévue et est toujours subreptice. Les mesures incitatives et dissuasives conventionnelles auxquelles les entreprises ont recours ne permettent tout simplement pas de prévenir l'inconduite sexuelle compulsive.

74

As to the nature of the liability, an undue emphasis on the deterrence factor may blur the line between vicarious liability and negligence. This was a point made by the Supreme Court of California in *John R.*, *supra*, where the court *en banc* considered a claim of vicarious liability against a school district where a teacher invited a child to his home as part of a school-authorized program, then sexually assaulted him. Job-created activities in the privacy of the teacher's home obviously generated a higher level of "enterprise risk" than did the Club's activities in the present appeal, yet a majority of the Supreme Court of California

Quant à la nature de la responsabilité, le fait de trop insister sur l'élément dissuasif peut brouiller la ligne de démarcation entre la responsabilité du fait d'autrui et la négligence. La Cour suprême de la Californie a fait cette remarque dans *John R.*, précité, où, siégeant en formation plénière, elle a examiné une action en responsabilité du fait d'autrui intentée contre un district scolaire, dans lequel un enseignant avait invité un enfant chez lui dans le cadre d'un programme autorisé par l'école, et l'avait alors agressé sexuellement. Les activités créées par l'emploi qui se déroulaient dans l'intimité du foyer de l'enseignant engendraient manifestement un «risque d'entreprise» plus élevé que les activités du Club dans le présent pourvoi, et

denied vicarious liability, stating, at p. 956, note 10:

Thus, to the extent the extracurricular program involved in this case may have lacked certain prudent safeguards, such as requiring the written permission of a child's parents before the child could participate or requiring the presence of other children or adults if the activities were to occur in a private location away from the school, we think these factors relevant mainly to plaintiffs' claims against the district based on its *own* alleged negligence and not to the *policy* question. . . . [Emphasis in original.]

There is much to be said for developing and refining the paths of potential *direct* liability against employers which introduce child-related enterprises into the community, but that is not the issue before us on this appeal.

As to the nature of the enterprise sought to be held liable, the imposition of no-fault liability in this case would tell non-profit recreational organizations dealing with children that even if they take all of the precautions that could reasonably be expected of them, and despite the lack of any other direct fault for the tort that occurs, they will still be held financially responsible for what, in the negligence sense of foreseeability, are unforeseen and unforeseeable criminal assaults by their employees. It has to be recognized that the *rational* response of such organizations may be to exit the Children's recreational field altogether. This is particularly the case with unincorporated groups, whose key members may find themselves personally responsible as the "employer" for the unforeseen criminal acts of a deviant employee; see Professor Atiyah, *supra*, at pp. 387 *et seq.*, *Bradley Egg Farm, Ltd. v. Clifford*, [1943] 2 All E.R. 378 (C.A.), *per* Goddard L.J., at p. 381, referred to but distinguished by Schroeder J.A. in *Dodd v. Cook*, [1956] O.R. 470 (C.A.), at p. 486; and, in a non-employment context, *Olinski v. Johnson* (1997), 32 O.R. (3d) 653 (C.A.). Children's recreation is not a field that offers monetary profits as an incentive to

pourtant la Cour suprême de la Californie a refusé à la majorité d'imputer la responsabilité du fait d'autrui, en disant, à la p. 956, note 10:

[TRADUCTION] Ainsi, dans la mesure où le programme parascolaire en cause dans la présente affaire peut avoir été marqué par l'absence de certaines précautions, comme le fait d'exiger l'autorisation écrite des parents d'un enfant pour que l'enfant puisse participer, ou d'exiger la présence d'autres enfants ou adultes si les activités doivent se dérouler dans un endroit privé en dehors de l'école, nous croyons que ces facteurs sont pertinents surtout en ce qui a trait aux actions que le demandeur a intentées contre le district pour la négligence dont il aurait *lui-même* fait preuve, et non quant à la question de *politique générale*. . . . [En italique dans l'original.]

Il y a beaucoup à dire sur l'établissement et la clarification des bases de la responsabilité *directe* potentielle des employeurs qui implantent des entreprises liées aux enfants dans la collectivité, mais telle n'est pas la question dont nous sommes saisis dans le présent pourvoi.

En ce qui concerne la nature de l'entreprise que l'on cherche à tenir responsable, l'imputation d'une responsabilité sans faute en l'espèce enseignerait aux organismes de loisirs sans but lucratif qui s'occupent d'enfants que même s'ils prennent toutes les précautions que l'on pourrait raisonnablement s'attendre qu'ils prennent, et malgré l'absence de toute autre faute directe à l'origine du délit qui survient, ils seront quand même tenus financièrement responsables de ce qui, au sens que l'on donne à la prévisibilité en matière de négligence, constitue des agressions criminelles imprévues et imprévisibles commises par leurs employés. Il faut reconnaître que la réaction *rationnelle* de tels organismes pourra consister à abandonner le domaine des activités récréatives destinées aux enfants. Cela vaut particulièrement pour les groupes non constitués en personne morale, dont les membres clés pourront se retrouver personnellement responsables, en qualité d'«employeur», des actes criminels imprévus d'un employé déviant; voir le professeur Atiyah, *op. cit.*, aux pp. 387 et suiv., *Bradley Egg Farm, Ltd. c. Clifford*, [1943] 2 All E.R. 378 (C.A.), le lord juge Goddard, à la p. 381, mentionné par le juge

volunteers to soldier on despite the risk of personal financial liability.

Schroeder, qui établit toutefois une distinction à son sujet, dans *Dodd c. Cook*, [1956] O.R. 470 (C.A.), à la p. 486; et dans un contexte autre que l'emploi, *Olinski c. Johnson* (1997), 32 O.R. (3d) 653 (C.A.). Les activités récréatives destinées aux enfants ne sont pas un domaine qui permet de réaliser des profits monétaires incitant des bénévoles à persévérer malgré le risque de voir engager leur responsabilité financière personnelle.

76 I agree entirely with McLachlin J. in *Children's Foundation*, para. 54, when she says that "[t]he suggestion that the victim must remain remediless for the greater good smacks of crass and unsubstantiated utilitarianism." The issue here, however, is whether the "greater good" would be *unnecessarily* sacrificed by a judicial shift in policy that does not in the end provide the *effective* remedy that is desired.

Je suis entièrement d'accord avec le juge McLachlin lorsqu'elle affirme, au par. 54 de l'arrêt *Children's Foundation*, que «[l]'idée que la victime doit demeurer sans recours pour le plus grand bien de tous fleure l'utilitarisme grossier et non fondé.» Toutefois, il s'agit en l'espèce de savoir si le «plus grand bien de tous» serait sacrifié *inutilement* par un changement de politique des tribunaux qui, en fin de compte, ne fournit pas le recours *efficace* souhaité.

77 In the context of a public school board, the Supreme Court of California expressed a related concern in *John R.*, *supra*, at p. 957:

Dans le cas d'un conseil scolaire public, la Cour suprême de la Californie a exprimé une crainte correspondante dans *John R.*, précité, à la p. 957:

[W]e see a significant and unacceptable risk that school districts would be dissuaded from permitting teachers to interact with their students on any but the most formal and supervised basis.

[TRADUCTION] [N]ous estimons qu'il existe un risque important et inacceptable que les districts scolaires soient dissuadés de permettre aux enseignants d'interagir avec leurs élèves autrement que de la façon la plus formelle et sous la plus stricte surveillance.

A public authority such as a school board will typically have a greater capacity for loss-spreading and deterrence management than a volunteer, non-profit organization such as the Club. Nevertheless, I think the California court is correct to point out that in an understandable desire to help victims of child abuse, courts ought not to be oblivious to the societal ramifications of the proposed solution.

Une autorité publique comme un conseil scolaire sera habituellement plus en mesure de répartir les pertes et de gérer des mesures dissuasives qu'un organisme bénévole sans but lucratif comme le Club. Je crois néanmoins que le tribunal californien a raison de souligner que, dans leur volonté compréhensible d'aider les enfants victimes de mauvais traitements, les tribunaux ne doivent pas oublier les ramifications sociales de la solution proposée.

#### Conclusion from the Stage 2 Policy Analysis

#### Conclusion sur la deuxième étape consistant à analyser la politique générale

78 Applying the *Children's Foundation* policy analysis, and despite the serious reservations I have mentioned about the extent to which non-profit organizations will be able to advance the policy objectives therein discussed, I accept never-

Appliquant l'analyse de la politique générale contenue dans *Children's Foundation*, et en dépit des sérieuses réserves que j'ai exprimées au sujet de la mesure dans laquelle des organismes sans but lucratif seront capables de favoriser la réalisation

theless that imposition of no-fault liability here will be of *some* benefit to *some* victims. I also accept, of course, that “fairness” to these non-profit organizations is entirely compatible with vicarious liability provided that a *strong* connection is established between the enterprise risk and the sexual assault. Given the weakness of the policy justification however, I think the respondent and other non-profit organizations are entitled to insist that the *strong* connection test be applied with appropriate firmness. My disagreement with the trial judge ultimately rests on my view, respectfully, that his judgment in favour of the appellants represented an unfortunate dilution of that requirement, as I will now discuss.

#### Application of the Analysis to this Case

To find a strong connection, there must be a material increase in the risk of harm occurring in the sense that the employment significantly contributed to the occurrence of the harm. In *Children’s Foundation* at para. 41, the Court suggested that five factors (at least) could be relevant in assessing whether an employer created or materially enhanced the risk of an employee committing an intentional tort and thereby incurred no-fault liability. These were:

- (a) the opportunity that the enterprise afforded the employee to abuse his or her power;
- (b) the extent to which the wrongful act may have furthered the employer’s aims (and hence be more likely to have been committed by the employee);
- (c) the extent to which the wrongful act was related to friction, confrontation or intimacy inherent in the employer’s enterprise;
- (d) the extent of power conferred on the employee in relation to the victim;

des objectifs de politique générale qui y sont analysés, je reconnais néanmoins que l’imputation de la responsabilité sans faute en l’espèce procurera un *certain* avantage à *certaines* victimes. Il va sans dire que je reconnais également que «l’équité» envers ces organismes sans but lucratif est tout à fait compatible avec la responsabilité du fait d’autrui, pourvu que l’on établisse l’existence d’un lien *solide* entre le risque d’entreprise et l’agression sexuelle commise. En raison de la faiblesse de la justification de principe, je crois toutefois que l’intimé et d’autres organismes sans but lucratif ont le droit d’insister pour que le critère du lien *solide* soit appliqué avec toute la fermeté qui s’impose. En fin de compte, mon désaccord avec le juge de première instance résulte du fait que j’estime, en toute déférence, que son jugement en faveur des appelants représentait une atténuation malheureuse de cette exigence, comme nous allons maintenant le voir.

#### Application de l’analyse à la présente affaire

Pour pouvoir conclure à l’existence d’un lien solide, il doit y avoir eu un accroissement sensible du risque de préjudice qui a été causé, en ce sens que l’emploi doit avoir contribué sensiblement à la matérialisation de ce préjudice. Dans *Children’s Foundation*, au par. 41, notre Cour a laissé entendre que cinq facteurs (au moins) pouvaient être pertinents pour évaluer si un employeur a créé ou accru sensiblement le risque qu’un employé commette un délit intentionnel, et s’il doit, en conséquence, se voir imputer une responsabilité sans faute. Ces facteurs étaient les suivants:

- a) l’occasion que l’entreprise a fournie à l’employé d’abuser de son pouvoir;
- b) la mesure dans laquelle l’acte fautif peut avoir contribué à la réalisation des objectifs de l’employeur (et avoir donc été plus susceptible d’être commis par l’employé);
- c) la mesure dans laquelle l’acte fautif était lié à la situation de conflit, d’affrontement ou d’intimité propre à l’entreprise de l’employeur;
- d) l’étendue du pouvoir conféré à l’employé relativement à la victime;



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

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

80

The key to this case, in my view, is that the Club's "enterprise" was to offer group recreational activities for children to be enjoyed in the presence of volunteers and other members. The opportunity that the Club afforded Griffiths to abuse whatever power he may have had was slight. The sexual abuse only became possible when Griffiths managed to subvert the public nature of the activities. The success of his agenda of personal gratification, which ultimately progressed to sex acts, depended on his success in isolating the victims from the group. The progress from the Club's program to the sexual assaults was a chain with multiple links, none of which could be characterized as an inevitable or natural "outgrowth" of its predecessor:

L'élément essentiel dans la présente affaire est, à mon avis, le fait que l'«entreprise» du Club consistait à offrir des activités récréatives de groupe aux enfants, auxquelles ces derniers participeraient en présence de bénévoles et d'autres membres. L'occasion que le Club fournissait à Griffiths d'abuser de tout pouvoir qu'il pouvait posséder était mince. L'agression sexuelle n'est devenue possible que lorsque Griffiths a réussi à contourner la nature publique des activités. Pour réaliser ses projets de plaisir personnel, qui ont finalement abouti à des actes sexuels, il devait réussir à isoler les victimes du groupe. C'est un ensemble de faits, dont aucun ne pouvait être qualifié de «résultat» inévitable ou naturel de celui qui l'avait précédé, qui a permis de passer du programme du Club aux agressions sexuelles:

(1) The Club provided Griffiths with the opportunity to work with children.

(1) Le Club a fourni à Griffiths l'occasion de travailler avec des enfants.

(2) While it was undoubtedly part of Griffiths' job to develop a positive rapport with the children, the relationship envisaged by the Club had no element of intimacy comparable to the situation in *Children's Foundation*.

(2) Bien qu'il ne fasse aucun doute que le travail de Griffiths consistait notamment à établir des liens positifs avec les enfants, la relation envisagée par le Club ne comportait aucun élément d'intimité comparable à ce qui était le cas dans *Children's Foundation*.

(3) While Griffiths might come into occasional physical contact with children by reason of his job, e.g., steadying a child on a piece of gym equipment, the authorized "touching" had no more to do with parenting, nurture or intimacy than could be said of a normal adult reaching out to steady a child who, e.g., tripped over a carpet.

(3) Bien que Griffiths ait parfois pu avoir des contacts physiques avec les enfants en raison de son travail, par exemple, en aidant un enfant à garder l'équilibre sur un appareil de gymnastique, l'«attouchement» autorisé n'avait rien de plus à voir avec le rôle parental, l'éducation ou l'intimité que ce qu'il serait possible de dire au sujet d'un adulte normal qui, par exemple, s'élançait vers un enfant qui trébuche sur un tapis, en vue de l'empêcher de tomber.

(4) Griffiths enticed each child to his home to cultivate a one-on-one relationship. The Club activities did not require the Program Director to be alone with a child off Club premises and outside Club hours. Such a practice was explicitly prohibited after 1988.

(4) Griffiths a attiré chaque enfant à son domicile en vue d'établir une relation personnelle avec lui. Les activités du Club n'exigeaient pas que le directeur de programme soit seul avec un enfant en dehors des locaux et des heures d'ouverture du Club. Une telle pratique était explicitement interdite après 1988.

(5) Griffiths established his own bait of home attractions, such as video games, that had nothing to do with Club activities. It was not part of his job to entertain children at home after hours.

(6) Unlike the situation in *Children's Foundation*, the appellants' mother was a parental authority interposed between the assailant and his victims. She gave permission to the children to go to Griffiths' home. No doubt, knowing of Griffiths' job at the Club, she did not regard him as a stranger or as a threat. Nevertheless, it must have been evident to a reasonably cautious parent that Griffiths' home entertainment was not part of the Club's program.

(7) Once the children were drawn into his home-based activities, Griffiths gradually increased the level of intimacy, initially with Randy and subsequently with Jody, in terms of banter and sexually suggestive talk. This was not only unauthorized, it was antithetical to the moral values promoted by the Club.

(8) Eventually, when Griffiths saw his chance, he committed the assaults.

If it was the law that the provision of "opportunity" was enough to render the employer liable, then the progression from step 1 to step 8 might be seen as a series of "but-for" opportunities sufficient to impose liability. But that is not the law. I accept that "but for" the opportunity created by Griffiths' employment at the Club, it is unlikely these assaults would have occurred in the way that they did. As pointed out by McLachlin J. in *Children's Foundation* (at para. 37), however, the relevant nexus, if it exists, is between the job-related conduct at step one and Griffiths' criminal assault at step eight. It is not enough to postulate a series of steps each of which might not have happened "but for" the previous steps. Where, as here, the chain of events constitutes independent initiatives on the part of the employee for his personal gratification, the ultimate misconduct is too remote from the employer's enterprise to justify "no fault"

(5) Pour attirer les enfants, Griffiths a aménagé chez lui son propre matériel de divertissement, tels des jeux vidéo, qui n'avait rien à voir avec les activités du Club. Divertir les enfants chez lui après les heures d'ouverture du Club ne faisait pas partie de son travail.

(6) Contrairement à la situation dans *Children's Foundation*, la mère des appelants était une autorité parentale interposée entre l'agresseur et ses victimes. Elle a autorisé les enfants à aller chez Griffiths. Il ne fait aucun doute que, connaissant le travail de Griffiths au Club, elle ne le considérait ni comme un étranger ni comme une menace. Néanmoins, il devait être évident pour un parent raisonnablement prudent que les divertissements au domicile de Griffiths ne faisaient pas partie du programme du Club.

(7) Une fois les enfants amenés à participer à ses activités à la maison, Griffiths a progressivement augmenté le degré d'intimité, d'abord avec Randy et ensuite avec Jody, au moyen de plaisanteries et de propos suggestifs, ce qui était non seulement interdit, mais encore contraire aux valeurs morales préconisées par le Club.

(8) En fin de compte, Griffiths a commis les agressions dès que l'occasion de le faire s'est présentée.

Si le droit prévoyait que fournir une «occasion» est suffisant pour rendre l'employeur responsable, alors le passage de la première à la huitième étape pourrait être considéré comme une série d'occasions de type «n'eût été» qui seraient suffisantes pour imputer la responsabilité. Or, ce n'est pas ce que le droit prévoit. Je reconnais que «n'eût été» l'occasion créée par l'emploi de Griffiths au Club, il est peu probable que ces agressions auraient été commises de la façon dont elles l'ont été. Cependant, comme l'a souligné le juge McLachlin dans *Children's Foundation* (au par. 37), le lien pertinent, s'il existe, est entre le comportement relié à l'emploi, à la première étape, et l'agression criminelle de Griffiths à la huitième étape. Il ne suffit pas d'établir une série d'étapes dont chacune pourrait ne pas s'être matérialisée «n'eussent été» les étapes précédentes. Lorsque, comme c'est le cas en l'espèce, la suite d'événements est composée d'ini-

liability. Direct liability would attach, of course, if the employer could be found derelict in respect of any of its own responsibilities towards these children. However, this appeal has been argued on the assumption that there is no such fault on the part of the employer.

tatives indépendantes que l'employé a prises pour son propre plaisir, l'inconduite qui a résulté en fin de compte est trop éloignée de l'entreprise de l'employeur pour justifier l'imputation de la responsabilité «sans faute». La responsabilité directe de l'employeur serait naturellement engagée s'il était possible de conclure qu'il a manqué à ses propres responsabilités envers ces enfants. Toutefois, le présent pourvoi a été plaidé en tenant pour acquis que l'employeur n'avait pas commis une telle faute.

82

My colleague finds that because the Club's formal constitutional objectives include the provision of "behaviour guidance and to promote the health, social, education, vocational and character development of boys and girls" (para. 16) it must be taken to have "encouraged an intimate relationship to develop between Griffiths and his young charges" (para. 17). With respect, using words like "intimate" and "trust and power" to describe the ordinary relationship between recreational directors and their after-school participants robs these words of their capacity to differentiate situations where vicarious liability may be appropriate from those where it is not. As noted by Professor H.J. Laski over 80 years ago in "The Basis of Vicarious Liability" (1916), 26 *Yale L.J.* 105, at p. 114:

Ma collègue conclut que, du fait que d'après son acte constitutif, le Club avait notamment pour objectif officiel de [TRADUCTION] «guider la conduite des jeunes garçons et des jeunes filles et de favoriser leur épanouissement sur les plans physique, social, pédagogique, professionnel et moral» (par. 16), il faut considérer qu'il «encourag[eait] l'établissement de liens intimes entre Griffiths et les jeunes qui lui étaient confiés» (par. 17). En toute déférence, l'utilisation de mots tels «intime» et «confiance et pouvoir» pour décrire la relation ordinaire entre des directeurs de loisirs et les élèves qui participent à leurs activités parascolaires dépouille ces mots de la possibilité qu'ils offrent de différencier les situations où il peut convenir d'imputer la responsabilité du fait d'autrui, de celles où il ne convient pas de le faire. Comme l'a souligné le professeur H.J. Laski il y a plus de 80 ans dans «The Basis of Vicarious Liability» (1916), 26 *Yale L.J.* 105, à la p. 114:

The real problem in vicarious liability, in fact, is not so much the rectitude of its basal principles, as the degree in which they are to be applied. [Emphasis added.]

[TRADUCTION] En réalité, le vrai problème que pose la responsabilité du fait d'autrui n'est pas tant la rectitude de ses principes de base, que la mesure dans laquelle ils doivent être appliqués. [Je souligne.]

I do not accept that an enterprise that seeks to provide a positive role model thereby encourages intimacy. Nor do I believe that "mentoring", as such, puts one on the slippery slope to sexual abuse. If it did, any organization that offered "role models" would be looking at no-fault liability. Most organizations dealing with children inevitably involve role models, from the neighbourhood soccer league to Girl Guides to the Duke of Edinburgh awards programs. "Mentoring" is characteristic of everything from Air Cadets to Big Sisters. I can find in the evidence nothing to suggest that

Je n'admets pas qu'une entreprise qui cherche à offrir un modèle positif encourage ainsi l'intimité. Je ne crois pas non plus que l'«encadrement», comme tel, mène sur le terrain glissant de l'agression sexuelle. Si c'était le cas, tout organisme qui offrirait des «modèles» serait exposé à la responsabilité sans faute. La majorité des organismes s'occupant d'enfants, de la ligue de soccer du quartier aux Guides et aux programmes de prix du duc d'Édimbourg, comportent inévitablement des modèles à imiter. L'«encadrement» est typique autant aux Cadets de l'Air qu'aux Grandes Sœurs.

Griffiths' own role required anything more than the establishment of a "rapport" with the children. There is no suggestion that physical intimacy would be either necessary or desirable. Intimacy between Griffiths and one or more of the members, even if maintained on a wholly non-sexual level, would have been destructive of the Club's program, leading to problems of favouritism, feelings of exclusion, and dissension.

The Club did not confer any meaningful "power" over the appellants. They were free to walk out of the Club at any time. They went home to their mother every night. In the circumstances I agree with the point made by Newbury J.A. in the British Columbia Court of Appeal in the *Children's Foundation* case (1997), 30 B.C.L.R. (3d) 1 (*sub nom. B. (P.A.) v. Curry*), at pp. 39-40:

Where, for example, a teacher uses his or her authority to develop a relationship with a pupil in his or her class and then abuses that relationship by approaching the child at a park during the summer holidays, it may be said that by employing the teacher and giving him or her some authority (albeit not parental authority) over the child, the teacher's employer "made the wrong more probable". But it is likely vicarious liability would not be imposed on the employer given the absence of a close connection between the teacher's duties and his or her wrongful acts. To put the matter another way, the fact that the teacher took advantage of his opportunity at the school to develop a relationship with the child is not enough: something more is required — a close connection between the teacher's duties and his or her wrongful acts — to render the school board liable without proof of negligence or other fault on its part. [Emphasis added.]

Griffiths took advantage of the opportunity the Club afforded him to make friends with the children. His manipulation of those friendships is both despicable and criminal, but whatever power Griffiths used to accomplish his criminal purpose for personal gratification was neither conferred by the Club nor was it characteristic of the type of enterprise which the respondent put into the community. That being the case, I do not think the one act of sexual touching which occurred on the Club

Je ne trouve rien dans la preuve qui laisse entendre que le propre rôle de Griffiths exigeait plus que l'établissement de «liens» avec les enfants. Il n'y a aucune indication que l'intimité physique était nécessaire ou souhaitable. L'intimité entre Griffiths et un seul ou plusieurs des membres, même sans aucune connotation sexuelle, aurait ruiné le programme du Club, et engendré des problèmes de favoritisme, des sentiments d'exclusion et de la discorde.

Le Club ne conférait aucun «pouvoir» significatif sur les appelants. Ceux-ci étaient libres de quitter le Club en tout temps. Ils retournaient chez leur mère tous les soirs. Dans ces circonstances, je suis d'accord avec la remarque que le juge Newbury de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique a faite dans l'arrêt *Children's Foundation* (1997), 30 B.C.L.R. (3d) 1 (*sub nom. B. (P.A.) c. Curry*), aux pp. 39 et 40:

[TRADUCTION] Lorsque, par exemple, un enseignant se sert de son autorité pour établir des liens avec un élève de sa classe et qu'il abuse ensuite de ces liens en abordant l'enfant dans un parc pendant les vacances d'été, il est possible de dire qu'en embauchant cet enseignant et en lui conférant une autorité (quoique non parentale) sur l'enfant, l'employeur «a rendu la faute plus probable». Toutefois, il est probable que la responsabilité du fait d'autrui ne serait pas imputée à l'employeur compte tenu de l'absence de lien étroit entre les fonctions de l'enseignant et ses actes fautifs. En d'autres termes, le fait que l'enseignant a saisi l'occasion d'établir des liens avec l'enfant à l'école n'est pas suffisant: il doit y avoir quelque chose de plus — un lien étroit entre les fonctions de l'enseignant et ses actes fautifs — pour rendre le conseil scolaire responsable sans preuve de négligence ou de faute de sa part. [Je souligne.]

Griffiths a saisi l'occasion que le Club lui fournissait pour se lier d'amitié avec les enfants. Sa manipulation de ces amitiés est à la fois abjecte et criminelle, mais quel que soit le pouvoir que Griffiths a utilisé pour réaliser ses fins criminelles pour son propre plaisir, ce pouvoir ne lui a pas été conféré par le Club et n'était pas propre au type d'entreprise que l'intimé a implanté dans la collectivité. Cela étant, je ne crois pas que le seul acte d'attouchement sexuel qui est survenu dans la

van, given that it was a minor and incidental part of Griffiths' ongoing campaign of sexual predation outside Club facilities and outside Club hours, was sufficient to trigger no-fault liability. As McLachlin J. pointed out in *Children's Foundation* at para. 45, the mechanical application of time and place criteria obscures the more fundamental analysis.

fourgonnette du Club, compte tenu du fait qu'il s'agissait d'un élément mineur et secondaire de la campagne de prédation sexuelle que Griffiths menait en dehors des locaux et des heures d'ouverture du Club, était suffisant pour déclencher la responsabilité sans faute. Comme le juge McLachlin l'a fait remarquer dans *Children's Foundation*, au par. 45, l'application machinale de critères temporels et spatiaux éclipse l'analyse plus fondamentale.

85 Finally, as to the vulnerability of potential victims, my colleague notes at para. 18 that the trial judge in this case found that "Griffiths exercised a 'god-like' authority over his victims". The only reference to "god-like" in the trial judgment is at para. 12 in relation to the intercourse that occurred between Griffiths and the appellant Jody as follows: "She did not assist and did not resist. She was scared and confused. He had been a mentor to her and had seemed almost god-like and because of that she had some thought that it must be okay." It may have been part of Griffiths' plan to appear to be "god-like" to his victim, but the question is whether such a "god-like" image can be attributed to anything intended by the Club, or was a foreseeable element of its "enterprise". The answer, in my view, is no. The liability of the Club cannot be determined solely on the basis of the subjective reaction of the victim. There is no suggestion in the evidence that an ordinary girl of Jody's age and background, knowing the nature of Griffiths' employment as an organizer of after-school recreation, would have considered that he had "god-like" job-created status. The need to relate the victim's impressions to some objective inducement, express or implied, by the employer was noted in *Armagas Ltd. v. Mundogas SA*, [1986] 2 All E.R. 385 (H.L.), at p. 393.

Enfin, en ce qui concerne la vulnérabilité des victimes potentielles, ma collègue souligne, au par. 18, que le juge de première instance a conclu, dans la présente affaire, que «Griffiths exerçait sur ses victimes un pouvoir tenant du culte». La seule mention d'un culte dans le jugement de première instance est faite au par. 12 relativement aux rapports sexuels que Griffiths a eus avec l'appelante Jody: [TRADUCTION] «Elle n'a ni aidé ni résisté. Elle était effrayée et confuse. Elle l'avait considéré comme un mentor et avait presque semblé lui vouer un culte, et à cause de cela elle a pensé que ce devait être correct.» Il peut avoir fait partie du plan de Griffiths d'amener sa victime à lui vouer un culte, mais il s'agit de savoir si ce résultat peut avoir été voulu par le Club, ou si c'était un élément prévisible de son «entreprise». À mon avis, la réponse est non. La responsabilité du Club ne peut pas être établie seulement en fonction de la réaction subjective de la victime. Il ne ressort pas de la preuve qu'une fille ordinaire qui aurait eu le même âge et les mêmes antécédents que Jody, et qui aurait connu la nature de l'emploi de Griffiths comme organisateur d'activités récréatives parascolaires, aurait considéré que son emploi lui conférerait un statut tenant du culte. Le besoin de relier les impressions de la victime à une incitation objective, expresse ou implicite, de l'employeur a été souligné dans *Armagas Ltd. c. Mundogas SA*, [1986] 2 All E.R. 385 (H.L.), à la p. 393.

86 There is a natural tendency to want to impose vicarious liability for virtually all instances of abuse where the employer is dealing with children because of the inherent vulnerability of children. Vulnerability is said to justify a zero tolerance policy. This reasoning is apparent in the present case

Il existe une tendance naturelle à vouloir imputer la responsabilité du fait d'autrui dans pratiquement tous les cas d'agressions où l'employeur s'occupe d'enfants, en raison de la vulnérabilité inhérente des enfants. On dit que la vulnérabilité justifie une politique de tolérance zéro. Ce raison-

where the trial judge concluded, as stated, that “[i]f the scourge of sexual predation is to be stamped out, or at least controlled, there must be powerful motivation acting upon those who control institutions engaged in the care, protection and nurturing of children” (para. 69). Nevertheless, the way in which this appeal was presented to us requires us to assume that the employer here did everything a reasonable employer ought to have done in terms of recruiting and supervising Griffiths, and in the design and conduct of its programs of which he was Director. While the vulnerability of children provides the appropriate context in which the respondent’s enterprise is to be evaluated, vulnerability does not itself provide the “strong link” between the enterprise and the sexual assault that imposition of no-fault liability would require.

#### Disposition of the Appeal

The trial judge, upon being satisfied that the Club was liable under the doctrine of vicarious liability, did not address the question of whether the Club was also negligent (at para. 69) despite the fact that negligence was specifically pleaded by the plaintiffs. Also, the trial judge did not consider the question of whether the Club owed a fiduciary duty to the plaintiffs and hence did not consider that head of liability (at para. 66). In the result, the matter should be sent back to trial for a determination as to whether the Club is liable under a fault-based cause of action, whether it be negligence or other breach of duty, on the whole of the evidence. The present appeal, based as it is purely on the attribution of vicarious liability, should be dismissed.

*Appeal dismissed, L’HEUREUX-DUBÉ, MCLACHLIN and BASTARACHE JJ. dissenting.*

*Solicitors for the appellants: Kendall, Penty & Company, Kelowna, B.C.*

nement est manifeste dans la présente affaire quand le juge de première instance décide, comme nous l’avons vu, que [TRADUCTION] «[p]our éliminer ou, du moins, freiner le fléau de la prédation sexuelle, il faut une motivation puissante chez les dirigeants d’établissements qui se consacrent à la garde, à la protection et à l’éducation d’enfants» (par. 69). Quoi qu’il en soit, la façon dont le présent pourvoi nous a été présenté nous oblige à présumer que l’employeur, en l’espèce, a fait tout ce qu’un employeur raisonnable aurait dû faire en ce qui concerne le recrutement et la supervision de Griffiths, ainsi que la conception et la mise en œuvre de son programme dont ce dernier était le directeur. Bien que la vulnérabilité des enfants fournisse le contexte approprié dans lequel l’entreprise de l’intimé doit être évaluée, la vulnérabilité elle-même ne fournit pas le «lien solide» entre l’entreprise et l’agression sexuelle que l’imputation de responsabilité sans faute exigerait.

#### Dispositif

Une fois qu’il a été convaincu que le Club était responsable selon le principe de la responsabilité du fait d’autrui, le juge de première instance n’a pas abordé la question de savoir si le Club avait aussi été négligent (au par. 69), malgré le fait que les demandeurs avaient expressément invoqué la négligence. Le juge de première instance ne s’est pas demandé non plus si le Club avait une obligation fiduciaire envers les demandeurs et n’a pas, de ce fait, envisagé ce domaine de responsabilité (au par. 66). En définitive, il y a lieu de renvoyer l’affaire au tribunal de première instance pour qu’il tranche la question de savoir si le Club est responsable en vertu d’une cause d’action fondée sur la faute, que ce soit la négligence ou un autre manquement à une obligation, compte tenu de l’ensemble de la preuve. Il y a lieu de rejeter le présent pourvoi, qui repose uniquement sur l’imputation de responsabilité du fait d’autrui.

*Pourvoi rejeté, les juges L’HEUREUX-DUBÉ, MCLACHLIN et BASTARACHE sont dissidents.*

*Procureurs des appelants: Kendall, Penty & Company, Kelowna (C.-B.).*

*Solicitors for the respondent Boys' and Girls' Club of Vernon: Watson Goepel Maledy, Vancouver.*

*Solicitors for the intervener the Canadian Conference of Catholic Bishops: Barnes, Sammon, Ottawa.*

*Solicitors for the intervener Wunnumin Lake First Nation: Goodman & Carr, Toronto.*

*Procureurs de l'intimé le Boys' and Girls' Club de Vernon: Watson Goepel Maledy, Vancouver.*

*Procureurs de l'intervenante la Conférence des évêques catholiques du Canada: Barnes, Sammon, Ottawa.*

*Procureurs de l'intervenante la Première Nation de Lac Wunnumin: Goodman & Carr, Toronto.*